

----- x

02 Civ. 5571 (RJH) (HBP)

INZAKE VIVENDI UNIVERSAL, S.A.  
GESCHIL INZAKE EFFECTEN

**HERZIEN MEMORANDUM**  
**VAN MOTIVERING EN UITSPRAAK\***

----- x

Eisers maken deze class action inzake effectenfraude tegen gedaagde Vivendi Universal, S.A. (“Vivendi”) en haar twee voormalige topfunctionarissen, Jean-Marie Messier (voormalig CEO) en Guillaume Hannezo (voormalig CFO), individueel en namens kopers van Vivendi-effecten in een gelijksoortige situatie, aanhangig. Eisers beweren dat de materieel onjuiste en misleidende verklaringen van de gedaagden ertoe hebben geleid dat Vivendi-effecten tegen kunstmatig opgedreven prijzen zijn verhandeld en tevens dat de gedaagden hebben aangezet tot het aankopen of op een andere manier verwerven van Vivendi-effecten ingevolge een registratieverklaring en prospectus gedateerd 30 oktober 2000, die is uitgegeven in verband met de driedelige fusie op 8 december 2000 van Vivendi, Seagram Company Limited (“Seagram”) en Canal Plus, S.A. (“Canal Plus”), hetgeen in strijd is met respectievelijk Secties 10(b) en 20(a) van de Securities Exchange Act (Amerikaanse Beurswet) uit 1934 (“Beurswet”), gewijzigd 15 U.S.C. § 78j(b) en daaronder afgekondigde Regel 10b-5, en Secties 11, 12(a) en 15 van de Securities Act (Amerikaanse Effectenwet) uit 1933 (“Effectenwet”), gewijzigd 15 U.S.C. § 77k.<sup>1</sup>

---

\* Het Memorandum van Motivering en Uitspraak van de rechtbank opgetekend op 26 maart 2007, is hierbij herzien ter correctie van typefouten op pagina twee en pagina zesentachtig, waarin abusievelijk staat dat de voorgestelde class periode van de eisers begint op 20 oktober 2000; de voorgestelde class periode van de eisers begint op 30 oktober 2000.

<sup>1</sup> De sectie 12(a)(2) claim zoals ingediend tegen gedaagde Hannezo in persoonlijke hoedanigheid werd afgewezen, *Vivendi Universal, S.A. Effectengeschil*, 381 F. Supp. 2d 158, 187 (S.D.N.Y. 2003), en werd niet opnieuw bepleit in de eerste gewijzigde geconsolideerde class action. (Zie Bepaling en Uitspraak [107], 17 dec. 2003.) De Sectie 12(a)(2) claim ingediend tegen gedaagde Messier wordt gehandhaafd.

Eisers verzoeken nu op grond van de Regels 23(a) en 23(b)(3) van de Federale Regels voor Burgerlijke Rechtsvordering, om certificatie van een class bestaande uit alle binnenlandse en buitenlandse personen die tussen 30 oktober 2000 en 14 augustus 2002 gewone aandelen of American Depository Shares (“ADSs”) van Vivendi Universal, S.A. gekocht of op een andere manier verworven hebben. Om hieronder nader besproken redenen, wijst de Rechtbank het verzoek [234] van eisers deels toe en deels af.

## ACHTERGROND

### Voorgeschiedenis

Het geschil ving aan op 18 juli 2002 met het indienen van de initiële aanklacht. Op 19 augustus 2002 dienden eisers een gewijzigde geconsolideerde aanklacht in. Bij uitspraak van 1 oktober 2002 consolideerde Rechter Harold Baer Jr., aan wie deze action oorspronkelijk was toegewezen, veertien gerelateerde actions tegen Vivendi. Op 7 januari 2003 dienden de eisers een geconsolideerde class action in. Op grond van Uitspraken van 25 juli 2003 en 3 september 2003 werden bijkomende zaken van aandeelhouders hiermee geconsolideerd. Bij kennisgeving van 24 januari februari 2003 verzochten gedaagden om niet-ontvankelijk verklaring van de geconsolideerde class action op grond van, onder andere, het argument dat de Rechtbank in deze zaak niet bevoegd is te oordelen over claims ingediend door buitenlandse Groepsleden die gewone Vivendi-effecten hadden gekocht op buitenlandse beurzen. Na toepassing van de “conduct test” (*subjectief territoriaal principe*) om te bepalen of extraterritoriale toepassing van de federale wetten inzake effectenhandel gerechtvaardigd was, wees Rechter Baer bij uitspraak van 4 november 2003 het verzoek van gedaagden tot niet-ontvankelijk verklaring op grond van bevoegdheid inzake het onderwerp af. *Zie Vivendi Universal, S.A.*, 381 F. Supp. 2d onder 169. Rechter Baer concludeerde dat de aanklacht van de eisers voldoende aantoonde dat “het gedrag van de gedaagden in de Verenigde Staten meer inhield dan voorbereiding op de fraude, en dat bepaalde handelingen of laakbare nalatigheden binnen de Verenigde Staten rechtstreeks schade veroorzaakten aan buitenlandse investeerders.”

*Id.* (quote *Alfadda v. Fenn*, 935 F.2d 475, 478 (2d Cir.1991)); zie ook *id.* onder 170 (concluderend “dat de aangevoerde vermeende fraude op de Amerikaanse beurs een ‘substantiële’ of ‘aanzienlijk meewegende factor’ was bij het of de besluit[en] [van buitenlandse investeerders] tot het aankopen van [Vivendi’s] aandelen in het buitenland”) (haakjes gebruikt in origineel, citaat weggelaten). Eisers dienden een eerste gewijzigde geconsolideerde class action (“FACC”, First Amended Consolidated Complaint) in op 24 november 2003. Kort daarna werd op 4 december 2003 deze zaak opnieuw aan deze Rechtbank toegewezen. Gedaagden verzochten vervolgens om heroverweging van de uitspraak van Rechter Baer, wat deze Rechtbank bij uitspraak van 21 september 2004 afwees. De Rechtbank gaf een afzonderlijk Memorandum van Motivering en Uitspraak uit met betrekking tot een van de vragen die naar voren werd gebracht in de verzoeken om heroverweging van de gedaagden, namelijk of deze Rechtbank ter zake bevoegd was te oordelen over claims van buitenlandse eisers op grond van Sectie 10(b) van de Beurswet en de daaronder afgekondigde Regel 10b-5. Zie *Vivendi Universal, S.A.*, Nr. 02 Civ. 5571 (RJH), 2004 WL 2375830 (S.D.N.Y. 22 okt., 2004). De conclusie dat de claims van buitenlandse Groepsleden die gewone Vivendi-aandelen kochten op buitenlandse beurzen onder de bevoegdheid van de Rechtbank vallen en onderworpen zijn aan Amerikaanse federale wetten inzake effectenhandel, werd door de Rechtbank gemotiveerd door te stellen dat het door eisers aangevoerde, in de Verenigde Staten gebaseerde gedrag “in belangrijk mate bijdroeg aan de vermeende fraude en dat er een direct causaal verband bestaat tussen dergelijk gedrag en de vermeende verliezen van buitenlandse investeerders”. *Id.* onder \*7 (citaat *Europe & Overseas Commodities Traders, S.A. v. Banque Paribas London*, 147 F.3d 118, 128–29 (2d Cir. 1998)).

Bij kennisgeving van 15 juli 2005, dienden eisers een substituut-verzoek tot certificatie van een class in op grond van Regels 23(a) en 23(b)(3) van de Federale Regels voor Burgerlijke Rechtsvordering<sup>2</sup>. Zoals

---

<sup>2</sup> In de eerste gewijzigde geconsolideerde aanklacht definieerden de eisers de class als personen die:

opgemerkt bestaat de voorgestelde class uit alle personen die tussen 30 oktober 2000 en 14 augustus 2002 gewone Vivendi-aandelen of ADSs kochten of op een andere manier verwierven. Het verzoek is gericht op benoeming van de eisers Olivier M. Gerard, het Pensioensysteem voor Algemene Medewerkers van de stad Miami Beach (“RSMB”), Bruce Doniger, Gerard Morel, Capital Invest Die Kapitalanlagegesellschaft der Bank Austria Creditanstalt Gruppe GmbH (in de hoedanigheid van haar manager en gevolmachtigde voor APK EU-Big Caps Fund) (‘Capital Invest’), en William Cavanagh (gezamenlijk de “voorgestelde groepsvertegenwoordigers”), als groepsvertegenwoordigers, en Milberg, Weiss, Bershad & Shulman LLP en Abbey Gardy, LLP als advocaten van de class. (*Id.*)

### **Feitelijke achtergrond**

Vivendi is een onderneming naar Frans recht. Het is een wereldwijd conglomeraat dat zaken doet op twee primaire gebieden: “Media en Communicatie” en “Milieu Services”. (FACC ¶ 30.) Gedurende de class periode was Vivendi’s totaal aantal uitstaande aandelen (inclusief gewone aandelen en ADS) ongeveer 1,08 miljard. (Verklaring van François Bisiaux ter ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s bezwaar tegen het verzoek tot class-certificatie van de eisers, 30 september 2005. (“Bisiaux Verkl.”), Bewijsstukken 1–5.). Ongeveer vijftig procent hiervan was in handen van Amerikaanse aandeelhouders. (*Id.*)

---

(a) namens henzelf en alle personen die gewone aandelen of American Depository Shares (“ADSs”) van Vivendi gekocht of op een andere manier verworven hebben (de “Aankoop Class”) in de periode van 30 oktober 2000 tot en met 14 augustus 2002 (de “Class Periode”), een aanklacht voor vermeende inbreuk op de Amerikaanse Beurswet 1934 (de “Beurswet”) indienen; (b) namens henzelf en namens alle personen die gewone aandelen of ADSs gekocht of op een andere manier verworven hebben (de “Fusie Subclass”) op grond van de registratieverklaring en prospectus uitgegeven op 30 oktober 2002 in verband met de drieledige fusie (de “Fusie”) van Vivendi, S.A., The Seagram Company Limited (“Seagram”) en Canal Plus, S.A. (“Canal Plus”) die uitmondde in de oprichting van Vivendi Universal, S.A., een aanklacht wegens vermeende inbreuk op de Effectenwet uit 1933 (de “Effectenwet”) indienen; en (c) namens henzelf en alle personen die vanaf 25 november 2000 aandeelhouders waren van Vivendi of Seagram en stemrecht hadden betreffende de Fusie (de “Proxy Subclass”) op grond van de Prospectus – Gezamenlijke Proxy Verklaring uitgegeven in verband met de Fusie, een aanklacht wegens vermeende inbreuk op de Beurswet indienen. (FACC ¶ 1.) Het verzoek van de eisers om certificatie van de class en ondersteunende memoranda bevat geen voorstel tot subclasses voor certificatie.

Ongeveer zevenendertig procent van de totale aandelen van Vivendi was in handen van Franse aandeelhouders. (*Id.*) De resterende Vivendi-aandelen waren in handen van niet-Franse Europese personen of entiteiten en een klein percentage (ongeveer vijf procent) was consequent in handen van aandeelhouders in andere niet nader geïdentificeerde landen. (*Id.*) Gedurende deze periode waren bijna alle ADSs van Vivendi – die verhandeld werden op de NYSE – in handen van personen of entiteiten in Noord-Amerika, terwijl bijna alle gewone aandelen van Vivendi – die overwegend verhandeld werden op de Beurs van Parijs – in handen waren van personen of entiteiten buiten de Verenigde Staten, voornamelijk in Frankrijk en de rest van Europa. (Bisiaux Verkl. ¶ 7.)

Begin juni 1996, op het moment dat gedaagde Messier CEO werd en gedaagde Hannezo CFO was, ging Vivendi (toen Générale des Eaux, en later, vanaf april 1999, Vivendi, S.A.) over tot enorme speculatieaankopen, waaronder aankopen waarmee meerdere miljarden dollars gemoeid waren. (FACC ¶¶ 48–51.) Vivendi kocht aanzienlijke aandelenposities in verschillende Amerikaanse en niet-Amerikaanse bedrijven door Vivendi-effecten als betaling te gebruiken en door het aangaan van contante leningen tegen toekomstige inkomsten. Door de financiering van deze groeistrategie bouwde Vivendi een aanzienlijke schuld op. (*Id.* ¶ 50.) eisers voeren aan dat om de groeistrategie van Vivendi voort te zetten, het bedrijf verplicht was positieve financiële resultaten te blijven rapporteren (*zie id.* ¶ 53), wat resulteerde in een reeks onjuiste en misleidende publieke verklaringen waarin melding werd gemaakt van “beter dan verwachte” en “sterke” financiële resultaten, het systematisch ontkennen van geruchten over problemen (*zie in het algemeen id.* ¶¶ 56–113), en het indienen van financiële verklaringen bij de Amerikaanse Effecten- en Beurscommissie (‘SEC’, Securities and Exchange Commission) die materieel onjuist en misleidend waren omdat deze, onder andere, niet tijdig melding maakten van verlies van goodwill<sup>3</sup> en omdat hierin algemeen aanvaarde boekhoudbeginselen (“GAAP”; Generally Accepted Accounting Principles) onjuist werden toegepast (*zie in het algemeen id.* ¶¶ 54–55, 119–80).

---

<sup>3</sup> Goodwill is de overwaarde boven de aankoopwaarde ten opzichte van de reële marktwaarde van activa. Het geeft de waarde weer van immateriële activa zoals reputatie, merknaam, goede klantenrelaties, goede werknemersrelaties, eventuele patenten en eigendomstechnologie en andere immateriële activa die de zakelijke situatie van een bedrijf verbeteren. Goodwill is een waarde op de balans van een bedrijf en wordt over een bepaalde tijdsperiode afgeschreven.

Zoals besproken in voorgaande motivering van Rechter Baer waarin het verzoek tot niet-ontvankelijk verklaring wordt afgewezen, 381 F. Supp. 2d 158, en voorgaande aanvullende motivering van deze Rechtbank waarin het verzoek om heroverweging wordt afgewezen, 2004 WL 2375830, vond de vermeende fraude in de FACC grotendeels in de Verenigde Staten plaats. Vivendi's snelle expansieproject omvatte de aankoop van talrijke bekende entertainment- en uitgeversbedrijven in de Verenigde Staten, zoals Universal Studios, Houghton Mifflin en USA Networks (FACC ¶ 23). Om dit project succesvol uit te voeren ging het bedrijf een schuld aan van 21 miljard dollar, terwijl het op een vermoedelijk frauduleuze manier alle investeerders geruststelde via onjuiste en misleidende bij de SEC ingediende rapporten en nieuwsberichten waarin het meldde over voldoende kasstroom te beschikken voor het beheren van de bedrijfsschulden (*id.* ¶¶ 24, 54–192). Het is opvallend dat beide vermeende hoofdrolspelers in dit project, Messier en Hannezo, in 2001 naar de Verenigde Staten verhuisden. Messier koos in september 2001 zijn hoofdverblijfplaats in New York, en bracht vanaf dat moment tot het eind van de class periode (31 augustus 2002), de helft van zijn tijd in de Verenigde Staten door, naar verluidt met het doel de Amerikaanse investeringen in Vivendi uit te breiden. (*Id.* ¶¶ 69, 77, 90–92, 105.) Messier deed veel van deze vermeende onjuiste en misleidende uitspraken na zijn verhuizing naar New York. *Zie* 2004 WL 2375830, onder \*4; (*zie ook* FACC ¶¶ 73–76, 81–97.)

Na de fusie van Vivendi, Seagram en Canal Plus op 8 december 2000, voorspelde Vivendi herhaaldelijk “sterke groeiperspectieven” en meldde financiële resultaten die zelfs hun “te ambitieuze” verwachtingen te boven gingen. (*Id.* ¶ 57–68.)

In september 2001 – dezelfde periode dat Messier en Hannezo naar de Verenigde Staten verhuisden – begonnen geruchten de ronde te doen dat de inkomsten van Vivendi teleurstellend zouden zijn. Messier bleef ontkennen dat er problemen waren - tot op de dag van zijn uiteindelijke aftreden bleef hij ontkennen dat er een serieus probleem was - wat de negatieve speculaties enigszins de kop indrukte. (*Zie id.* ¶¶ 73–77.) Eind 2001 kondigde Vivendi de aankoop van USA Networks aan voor 10,3 miljard dollar en verklaarde dat deze transactie Vivendi's netto vrije kasstroom zou verhogen met naar schatting 350 miljoen dollar. (*Id.* ¶¶ 80–81.) Gedurende het voorjaar 2002 bleven Vivendi (en Messier) positieve verklaringen afgeven in de pers om de “zorgen over het schuldenniveau en de boekhoudpraktijken van het bedrijf te ontkrachten”. (*Id.* ¶ 83; *zie ook id.* ¶¶ 84–87, 89, 94–97.) Op 3 mei 2002 verlaagde Moody's vanwege bezorgdheid over het feit dat Vivendi “wellicht niet in staat zou zijn de schulden zo snel en volledig als gepland af te lossen”, Vivendi's langetermijnschuldclassificatie tot net boven de “junk”-status die aan speculatieve investeringen wordt toegekend. (*Id.* ¶ 99.) In reactie daarop bagatelliseerde Vivendi de classificatie en kondigde aan dat dit “geen invloed had op Vivendi Universal's liquiditeitssituatie”, die het bedrijf beschreef als “comfortabel” en voldoende voor de financiering van Vivendi's voortgaande schuldvermindering. (*Id.* ¶¶ 100, 102–03.)

In reactie op de voortdurende zorgen over de schuldenniveaus van Vivendi, werd op 25 juni 2002 een persbericht uitgegeven waarin stappen bekend werden gemaakt ter vermindering van de schuld en waarin tevens werd vermeld dat de liquiditeitssituatie niet precair was. Messier hield op 26 juni 2002 een telefonische vergadering om investeerders ervan te verzekeren dat er geen sprake was van “verborgen verplichtingen” en waarin hij tevens zijn vertrouwen uitsprak over Vivendi's schuld- en liquiditeitsperspectieven. (*Id.* ¶¶ 104–05.) Op 2 juli 2002 stuurde Messier zijn medewerkers een e-mail waarin hij verklaarde dat ondanks de rapporten waarin melding werd gemaakt van naderend betalingsverzuim van Vivendi, er geen verborgen risico's in de bedrijfsboeken waren (*Id.* ¶ 109).

Messier nam echter de volgende dag ontslag en de prijs van Vivendi-effecten kelderde. (*Id.*) Vivendi gaf via het nieuwe management een persbericht uit waarin het “kortetermijn liquiditeitsprobleem” van het bedrijf werd erkend, hoewel Messier bleef volhouden dat de financiële verklaringen van Vivendi transparant waren. (*Id.* ¶ 110.) In tegenstelling tot de inhoud van Vivendi’s talloze persberichten, financiële verklaringen en SEC-dossiers over de class periode, stellen eisers dat het bedrijf feitelijk op de rand van de financiële ondergang stond. Op het moment van de aankoop van USA Networks op 17 december 2001 (*id.* ¶ 8), “bevond Vivendi zich al in een uiterst hachelijke financiële situatie”, ondanks de totaal andere voorstelling van zaken die Messier aan de investeerders en de directieraad presenteerde (*id.* ¶ 184). Vermoedelijk stond Vivendi eind 2001 op de rand van insolventie en had vanaf mei 2002 maar net genoeg “liquide middelen voor het betalen van de rekeningen”. (*Id.* ¶ 185.) Desondanks was Vivendi investeerders blijven verzekeren dat het bedrijf haar verplichtingen voor de komende twaalf maanden kon blijven nakomen, ondanks het feit dat privéadviseurs hadden gewezen op de hachelijke financiële vooruitzichten. (*Id.* ¶ 186.)

Op 14 augustus 2002, de dag dat Standard & Poor’s Vivendi’s langetermijnbedrijfskrediet een junkstatus gaf, kondigde het nieuwe management aan dat Vivendi de eerste helft van 2002 een nettoverlies van 12 miljard euro had geleden en dat het bedrijf een goodwillafwaardering van 11 miljard euro op aan in waarde verminderde activa zou opvoeren. (*Id.* ¶ 114.) Het nieuwe management gaf later toe dat Vivendi “binnen 10 dagen verplicht zou zijn geweest het faillissement aan te vragen als Jean-Marie Messier geen ontslag had genomen”. (*Id.* ¶ 187.)

## DISCUSSIE

### I. Wettelijke norm

De analyse van een districtrechtbank betreffende een verzoek tot certificatie van een class vindt in principe in twee stappen plaats, die beide worden beheerst door Regel 23 van de Federale Regels voor Burgerlijke Rechtsvordering. Om te beginnen moet de Rechtbank er “na een grondige analyse van overtuigd zijn dat aan de voorwaarden van Regel 23(a) is voldaan”. *Gen. Tel. Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 161 (1982). Regel 23(a) bepaalt:

(a) Voorwaarden voor een Class Action. Een of meer leden van een class kunnen een klacht indienen of worden aangeklaagd als vertegenwoordigende partij namens alle leden, indien (1) de class zo groot is dat vereniging van alle leden onpraktisch is, (2) er feitelijke en rechtsvragen bestaan die gemeenschappelijk voor de hele class gelden, (3) de claims of verdediging van de vertegenwoordigende partijen kenmerkend zijn voor de claims of verdediging van de class, en (4) de vertegenwoordigende partijen de belangen van de class eerlijk en adequaat zullen behartigen.

Fed. R. Civ. P. 23(a).

Indien een Rechtbank oordeelt dat aan de voorwaarden van Regel 23(a) is voldaan, moet de Rechtbank vervolgens besluiten of de class gehandhaafd kan worden op grond van een van de subsecties van Regel 23(b), die onder andere voorzien in de vorm van herstel en de rechten van afwezige leden van de class. Bij een verzoek tot class-certificatie op grond van Regel 23(b)(3), moeten eisers aan de volgende twee aanvullende criteria voldoen: (1) feitelijke of rechtsvragen die gemeenschappelijk gelden voor alle class-leden, moeten belangrijker zijn dan vragen die betrekking hebben op de individuele leden, en (2) het rechtsmiddel van een class action moet voorrang hebben op alle andere rechtsmiddelen.

Fed. R. Civ. P. 23(b)(3). De voorwaarde “grondige analyse” voor het vaststellen van “feitelijke, niet vermoedelijke conformiteit” met Regel 23(a) is “in dezelfde vorm van toepassing op alle voorwaarden van Regel 23, inclusief de voorwaarden vermeld in Regel 23(b)(3)”. *Miles v. Merrill Lynch & Co. (Initial Public Offering Effectengeschil)*, 471 F.3d 24, 33 & n.3 (2d Cir. 2006) (citaat *Falcon*, 457 U.S. at 160–61).

Het is dus niet voldoende dat eisers “gewoon aantonen” dat aan de voorwaarden van Regel 23 is voldaan. *Id.* onder 35–36 (citaat en onderscheid *Caridad v. Metro-North Commuter Railroad*, 191 F.3d 283, 292 (2d Cir. 1999) en *Visa Check/Master Money Antitrustgeschil*, 280 F.3d 124, 134-35 (2d Cir. 2001)).

Integendeel, in dit circuit (ressort) is de volgende norm van toepassing op verzoeken tot class-certificatie:

(1) een districtsrechter kan alleen een class certificeren nadat hij heeft vastgesteld dat aan alle voorwaarden van Regel 23 is voldaan; (2) de vaststelling dat aan de voorwaarden is voldaan, kan alleen plaatsvinden als de rechter uitspraak doet over feitelijke kwesties gerelateerd aan elke Regel 23 voorwaarde en vaststelt dat alle onderliggende feiten die van belang zijn voor een bepaalde Regel 23 voorwaarde, vastgesteld en conform de regel zijn, gebaseerd op relevante feiten en de geldende wettelijke norm; (3) de vaststellingsverplichting wordt niet beperkt door overlapping van een Regel 23 voorwaarde en een ontvankelijkheidsvraag, zelfs als deze ontvankelijkheidsvraag identiek is aan een Regel 23 voorwaarde; (4) bij de vaststelling moet de rechter geen aspecten van de niet aan Regel 23 voorwaarden gerelateerde ontvankelijkheid meenemen; en (5) een districtsrechter heeft een ruime beoordelingsvrijheid voor het definiëren van zowel de reikwijdte van de bevindingen betreffende de voorwaarden van Regel 23 als de reikwijdte van een hoorzitting om te bepalen of aan deze voorwaarden is voldaan, om te garanderen dat een verzoek tot certificatie van een class niet als voorwendsel wordt gebruikt voor een gedeeltelijke rechtszaak inzake de ontvankelijkheid.

*IPO Effectengeschil* 471 F.3d onder 41. Met deze beginselen in gedachten gaat de Rechtbank over tot de Regel 23 analyse.

## **II. Regel 23(a)**

### **A. Talrijkheid**

Regel 23(a)(1) vereist dat de voorgestelde class “een zodanig aantal personen omvat dat vereniging van alle leden onpraktisch is”. Fed. R. Civ. P. 23(a)(1). “Onpraktisch betekent dat vereniging moeilijkheden of ongemakken inhoudt, maar [niet]... onmogelijk is”, *Blech Effectengeschil*, 187 F.R.D. 97, 103 (S.D.N.Y. 1999) (citaat weggelaten), en in het Tweede Circuit (ressort) werd geconstateerd dat “vanaf 40 leden sprake is van talrijkheid”.

*Consol. Rail Corp. v. Town of Hyde Park*, 47 F.3d 473, 483 (2d Cir. 1995), *cert. afgewezen*, 515 U.S. 1122 (1995) (citaat 1 *Newberg over Class Actions* § 3.05 (2d ed. 1985)); zie ook *Presbyterian Church v. Talisman Energy, Inc.*, 226 F.R.D. 456, 466 (S.D.N.Y. 2005) (“Er is sprake talrijkheid als een class bestaat uit veertig of meer leden”). “Een precieze telling van Groepsleden is niet nodig omdat een rechtbank op basis van gezond verstand aannames mag maken met betrekking tot talrijkheid”. *Blech effectengeschild* 187 F.R.D. onder 103 (citaten weggelaten); zie ook *de la Fuente v. DCI Telecomms., Inc.*, 206 F.R.D. 369, 390 (S.D.N.Y. 2002); *Weissman v. ABC Fin. Servs., Inc.*, 203 F.R.D. 81, 84 (E.D.N.Y. 2001).

“In class actions betreffende effectenfraude in verband met overheidsbedrijven en nationaal geregistreerde bedrijven, kan aan de voorwaarde van talrijkheid voldaan worden door aan te tonen dat een groot aantal aandelen was uitgegeven en verhandeld gedurende de relevante periode”. *Teachers’ Ret. Sys. van La. v. ACLN Ltd.*, Nr. 01 Civ. 11814 (LAP), 2004 WL 2997957, onder \*3 (S.D.N.Y. 27 dec. 2004) (citaten en interne aanhalingstekens weggelaten); zie ook *Globalstar Effectengeschild*, Nr. 01 Civ. 1748 (PKC), 2004 WL 2754674, onder \*3–\*4 (S.D.N.Y. 1 dec. 2004) (“[H]et is niet ongebruikelijk dat districtsrechtbanken classes van eisers in effectenfraude zaken certificeren op basis van het aantal uitstaande aandelen”. (citaten weggelaten)); *Deutsche Telekom AG Effectengeschild*, 229 F. Supp. 2d 277 (S.D.N.Y. 2002) (“Class-certificatie is vaak toepasselijk in rechtszaken over effectenfraude waarin een groot aantal aandelen openbaar verhandeld is op een gevestigde markt”.); *Frontier Group Ins., Inc. Effectengeschild*, 172 F.R.D. 31, 40 (E.D.N.Y. 1997). Met meer dan 107 miljoen ADSs en ongeveer 1 miljard gewone aandelen die tijdens de relevante class periode uitstonden, hebben eisers aangetoond dat vereniging onpraktisch is en dat de voorgestelde class voldoet aan het criterium van talrijkheid.

(Zie FACC ¶ 41; Bisiaux Verkl. Bewijsstuk 2 (waaruit blijkt dat er vanaf 30 juni 2001, 1,086 miljard uitstaande Vivendi-aandelen, inclusief gewone aandelen en ADSs waren)).

### **B. Gemeenschappelijkheid**

Gemeenschappelijkheid als voorwaarde voor class-certificatie vereist dat “feitelijke en rechtsvragen bestaan die gemeenschappelijk voor de hele class gelden...” Fed. R. Civ. P. 23(a)(2); *Marisol A. v. Giuliani*, 126 F.3d 372, 376 (2d Cir. 1997) (per curiam) (“[D]e grieven van de eisers [moeten] een gemeenschappelijke rechtsvraag of feitelijk vraag bevatten”). Het is niet noodzakelijk dat elke kwestie[] voor ieder [class] lid identiek is, maar... eiser [moet] een gemeenschappelijke lijn kunnen identificeren in de claims van de leden die een behandeling als class rechtvaardigen”. *Cutler v. Perales*, 128 F.R.D 39, 44 (S.D.N.Y. 1989) (interne aanhalingstekens en citaten weggelaten). Het gemeenschappelijkheidscriterium “is ruim toegepast” in geschillen inzake effectenfraude. *Nortel Networks Corp. Effectengeschil*, Nr. 01 Civ. 1855 (RMB), 2003 WL 22077464, onder \*3 (S.D.N.Y. 8 sept. 2003) (interne aanhalingstekens en aanhalingstekens weggelaten); zie ook *Frontier*, 172 F.R.D. onder 40. Hier betogen eisers dat de volgende feitelijke of rechtsvragen gemeenschappelijk gelden voor alle leden van de voorgestelde class: (1) de vraag of gedaagden inbreuk pleegden op de wetten inzake effecten door vermeende handelingen en gedrag opgenomen in de FACC; (2) de vraag of gedaagden onjuiste en misleidende verklaringen aflegden gedurende de class periode; (3) de vraag of gedaagden willens en wetens handelden bij het afleggen van onjuiste en misleidende verklaringen; (4) de vraag of de marktprijzen van de gewone aandelen en ADSs van Vivendi gedurende de class periode kunstmatig opgedreven werden vanwege het wangedrag van de gedaagden, en (5) de vraag of de class-leden schade leden, en zo ja, de vraag welke vergoedingsmaatregelen passend zijn. (FACC ¶ 45.)

*Cf. Interpublic Effectengeschil*, Nr. 02 Civ. 6527 (DLC), 2003 WL 22509414, onder \*3 (S.D.N.Y. 6 nov. 2003) (waar vastgesteld werd dat aan het gemeenschappelijkheids criterium werd voldaan aangezien eisers gemeenschappelijke kwesties naar voren brachten betreffende de vragen of de openbaar ingediende documenten en verklaringen van de gedaagden materieel onjuiste verklaringen bevatten, of de gedaagden willens en wetens handelden bij het onjuist voorstellen van materiële feiten van de openbaar ingediende documenten en persberichten van het bedrijf, en of de door de investeerders geleden schade veroorzaakt werd door de onjuiste verklaringen van de gedaagden); *Ashanti Goldfields Effectengeschil*, Nr. CV 00-0717 (DGT), 2004 WL 626810, onder \*12 (E.D.N.Y. 30 maart 2004) (vastgesteld werd dat sprake was van gemeenschappelijkheid bij vergelijkbare aantijgingen). Gedaagden bestrijden de gemeenschappelijkheid niet. Eisers hebben afdoende aangetoond dat deze claims gemeenschappelijk gelden voor de leden van de voorgestelde class, en de Rechtbank stelt vast dat aan het gemeenschappelijkheidscriterium is voldaan.

### **C. Typisch karakter en geschiktheid**

Regel 23(a)(3) vereist dat “de claims of verdedigingen van de vertegenwoordigende partijen typisch zijn voor de claims en verdedigingen van de class”. Fed. R. Civ. P. 23(a)(3). “Terwijl het onderzoek naar gemeenschappelijkheid gebruikt voor het vaststellen van de mogelijkheid tot certificering van de class, wordt bij het onderzoek naar het typisch karakter gekeken of de claims van de voorgestelde groepsvertegenwoordigers typisch zijn voor de hele class waarvoor de gemeenschappelijke rechtsvragen gelden”. *Frontier*, 172 F.R.D. onder 40. Het criterium “typisch karakter” vereist dat “claims van de genoemde eisers voortvloeien uit dezelfde gedragspraktijken of –patronen die leiden tot de claims van de voorgestelde Groepsleden”. *Marisol A. v. Giuliani*, 929 F. Supp. 662, 691 (S.D.N.Y. 1996), *aff’d* 126 F.3d 372 (2d Cir. 1997); zie ook *Robidoux v. Celani*, 987 F.2d 931, 936–36 (2d Cir. 1993) (“Als beweerd wordt dat hetzelfde onrechtmatige gedrag gericht was op of gevolgen had voor zowel genoemde eiser als de class die vertegenwoordigd wordt, is meestal voldaan aan het criterium “typisch karakter”, ongeacht kleine variaties in het feitenpatroon dat aan individuele claims ten grondslag ligt”).

Regel 23(a)(4) vereist dat de eisers aantonen dat “de vertegenwoordigende partijen de belangen van de class eerlijk en adequaat zullen behartigen”. Fed. R. Civ. P. 23(a)(4). Om dit aan te tonen moeten eisers bewijzen dat de voorgestelde class-vertegenwoordiger “geen belangen heeft [die] strijdig zijn met de belangen van de andere leden van de class”. *Baffa v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Sec. Corp.*, 222 F.3d 52, 60 (2d Cir. 2000). Zoals door meerdere rechtbanken is vastgesteld, vloeien de criteria “typisch karakter” en “geschiktheid” vaak in elkaar over omdat beide “dienen als richtlijn bij de bepaling of... de claim van genoemde eiser en de claims van de class zodanig onderling gerelateerd zijn dat de belangen van de class eerlijk en adequaat behartigd zullen worden in hun afwezigheid”. *Falcon*, 457 U.S. onder 157 n.13.

In deze zaak betogen voorgestelde groepsvertegenwoordigers dat aan de voorwaarde “typisch karakter” is voldaan omdat hun claims “voortvloeiën uit hetzelfde uniforme gedragspatroon – i.e. het falen van de gedaagden betreffende bekendmaking van het feit dat Vivendi’s operaties en financiële situatie aanzienlijk slechter waren dan in openbare verklaringen werd vermeld”. (Pls.’ Supp. Mem. 11.) In de Eerste Gewijzigde Geconsolideerde Aanklacht hebben genoemde eisers, evenals bedoelde Groepsleden verklaard dat zij tijdens de class periode Vivendi-aandelen gekocht of op een andere manier verworven hebben en schade hebben ondervonden van de onjuiste en misleidende voorstelling van zaken van gedaagden, waarmee inbreuk is gemaakt op wetten inzake effecten. Het vermeende gedragspatroon van gedaagden tijdens de class periode staat centraal in alle voorgestelde claims van groepsvertegenwoordigers. In het vervolg van de rechtszaak zullen eisers uiteraard proberen de feiten met betrekking tot de vermeende boekhoudkundige onregelmatigheden en de verspreiding van vermeende onjuiste of misleidende verklaringen die aan hun claim ten grondslag liggen, verder uit te werken. Dergelijke beweringen worden over het algemeen afdoende geacht om te voldoen aan het criterium “typisch karakter”.

*Zie bijv. Interpublic Effectengeschil.*, Nr. 02 Civ. 6527 (DLC), 2003 WL 22509414, onder \*3 (S.D.N.Y. 6 nov. 2003); *WorldCom Inc. Effectengeschil*, 219 F.R.D. 267, 280–81 (S.D.N.Y. 2003). Voorts zijn de individuele argumenten van gedaagden met betrekking tot de criteria “typisch karakter” en geschiktheid van de voorgestelde groepsvertegenwoordigers van geen enkel nut. De rechtbank zal vervolgens de argumenten met betrekking tot de zes genoemde eisers één voor één behandelen.

### **1. Olivier Gerard**

Voorgedragen class-vertegenwoordiger Gerard is een ingezetene van Frankrijk die op 11 december 2000 Vivendi, S.A. aandelen inruilde voor aandelen van Vivendi Universal op grond van de driedledige fusie met Seagram en Canal Plus. (*Zie* Verklaring van Olivier Marie-Guillaume Gerard, 24 juni 2005 (“Gerard Verkl.”) onder 81:05–82:13; Gerard Tweede Gecorrigeerde Certificering 24 juni 2005 onder Schedule A, Zach Verkl. Ex. 7.)

Beklaagden voeren aan dat Gerard om twee redenen geen geschikte class-vertegenwoordiger is. Ten eerste stellen gedaagden dat personen als Gerard, die Vivendi Universal aandelen en/of ADSs alleen verkregen in de een-op-een uitwisseling van effecten Vivendi S.A., niet mogen worden opgenomen in de hypothetische class, omdat deze personen<sup>4</sup> geen economische schade hebben geleden en de materialiteit niet kunnen bewijzen. (*Zie* Mem. van bezwaar van gedaagden. (“Verded.”) 21–23, 27.)

Gedaagden beweren dat deze groep Groepsleden, als reeds bestaande Vivendi-aandeelhouders, “niet kan aantonen dat de vermeende onjuiste verklaringen die de waarde van de aandelen of ADSs die zij al in hun bezit hadden, opdreef, voor hen van materieel belang was of hen enige economische schade heeft berokkend”. (Verded. 21.)

---

<sup>4</sup> Het standpunt van de gedaagden dat alle buitenlandse personen uitgesloten moeten worden van de voorgestelde class, wordt hieronder besproken in verband met de evaluatie van de vraag of een class action waaraan buitenlandse aandeelhouders deelnemen, superieur zou zijn aan alternatieve rechtsmiddelen.

Eisers stellen als oplossing ten aanzien van de zorgen van de gedaagden voor de woorden “en ondervonden hiervan schade” toe te voegen aan de definitie van de class. Eisers beweren tevens dat het prematuur zou zijn Groepsleden uit te sluiten die Vivendi S.A. aandelen inruilden voor Vivendi Universal S.A. aandelen, omdat de vraag of de onjuiste verklaringen van de gedaagden van materieel belang waren voor de eisers, niet beantwoord kan worden in de certificatiefase van de class.

Gezien de lering die getrokken kan worden uit *IPO Effectengeschil*, 471 F.3d onder 41–42, is het niet onjuist zowel schade als materialiteit mee te nemen in de vaststelling van het criterium “typisch karakter” van de claims van individuele eisers, hoewel een bestudering van de ontvankelijkheid van hun claims in bepaalde mate vereist is. De Rechtbank is er echter niet van overtuigd dat deze vragen de vaststelling dat voldaan is aan het criterium “typisch karakter”, uitsluiten. Voor alle Groepsleden geldt dat de materialiteit gebaseerd is op de aard en nauwkeurigheid van alle openbare verklaringen van de gedaagden, inclusief de verklaring betreffende de drieledige fusie van Vivendi, Seagram en Canal Plus in december 2000. Het feit dat Vivendi S.A. aandeelhouders ten gevolge van de fusie Vivendi Universal-aandelen ontvingen, doet niets af aan de materialiteit van de vermeende onjuiste verklaringen van de gedaagden bij het nemen van het besluit tot goedkeuring voor de fusie door de eisers-aandeelhouders en de aanvaarding van aandelen van de nieuwe entiteit. Gegeven het vermoeden dat de gedaagden een groeiend kaartenhuis aan het bouwen waren, is het aannemelijk dat voormalige Vivendi S.A. aandeelhouders die aandelen in Vivendi Universal accepteerden, hiervan schade hebben ondervonden<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> In aanvulling op het bezwaar tegen het opnemen van personen die Vivendi-aandelen verkregen via de een-op-een uitwisseling, maken gedaagden tevens bezwaar tegen het opnemen van de zogenaamde “in-en-uit” kopers in een gecertificeerde class - i.e. personen die aandelen kochten en verkochten gedurende de class periode. Gedaagden maken op basis hiervan geen bezwaar tegen de benoeming van een van de voorgestelde groepsvertegenwoordigersgroepsvertegenwoordigers. Indien zij dit echter wel zouden doen, wordt opgemerkt dat rechtbanken consistent oordelen dat dit geen afbreuk doet aan het criterium “typisch kenmerk” van de claim. *Zie bijv. Gaming Lottery effectengeschil*, 58 F. Supp. 2d 62, 69–71 (S.D.N.Y. 1999) (afwijzing van het argument van gedaagden dat een “in-en-uit” koper die wordt voorgedragen als class-vertegenwoordiger ongeschikt is vanwege het feit dat hij geen schade heeft ondervonden omdat hij tegen opgedreven prijzen aan- en verkocht); *Werner v. Satterlee, Stephens, Burke & Burke*, 797 F. Supp. 1196, 1215 (S.D.N.Y. 1992) (afwijzing van poging tot diskwalificatie van een voorgedragen groepsvertegenwoordigersgroepsvertegenwoordigers vanwege de timing van hun aankoop en stellende dat hoewel vraagstukken met betrekking tot timing eventueel afwijkende belangen tussen Groepsleden naar boven zou kunnen brengen, “het grotere gewicht dat aan recente informatie moet worden toegekend, pleit voor afwijzing van certificering van de class op grond daarvan” (interne citaten weggelaten));

De Rechtbank wijst daarom het verzoek van de gedaagden tot uitsluiting van Groepsleden die hun aandelen verkregen in de een-op-een uitwisseling, inclusief Gerard als class-vertegenwoordiger, gebaseerd op het argument betreffende schade en materialiteit, af.

Gedaagden beweren voorts dat Gerard niet in staat is de fiduciaire verantwoordelijkheden als class-vertegenwoordiger uit te voeren omdat Gerard toegang tot documenten te hebben vernietigd. (Verded. n 27–28 n.23.) De documenten waaraan gedaagden refereren, blijken echter Franse en Europese krantenartikelen over het Vivendi-schandaal te zijn en eventueel enkele persoonlijke aantekeningen die Gerard maakte tijdens gesprekken met zijn Franse advocaat. (Gerard Verkl. 28:24–29:16, 30:23–31:02.) Gerard verklaarde dat hij de artikelen had weggegooid omdat hij dacht dat de advocaten belast met deze zaak alle relevante documenten en persartikelen verzameld hadden en er voor hem geen reden was deze te bewaren. (*Id.* onder 29:11–30:05.) Gedaagden voeren geen gronden aan ter ondersteuning van de stelling dat dit gedrag Gerard ongeschikt maakt als class-vertegenwoordiger, en de Rechtbank concludeert dat Gerard een geschikte class-vertegenwoordiger is. *Zie bijv. Initial Pub. Offering Effectengeschil.*, 227 F.R.D. 65, 88 (S.D.N.Y. 2004) (afwijzing van het geloofwaardigheidsargument van gedaagden dat gericht was op het verijdelen van aanwijzing van genoemde eiser als class-vertegenwoordiger, omdat “er geen bewijs was dat dit gedrag het resultaat was van opzet of een poging tot misleiding van gedaagden of de rechtbank”).

---

*Sumitomo Copper geschil.*, 182 F.R.D. 85 (S.D.N.Y. 1998) (afwijzing van het argument van gedaagden betreffende het ontstaan van een conflictsituatie door het opnemen van “in-en-uit” kopers in de voorgestelde subclasses met de opmerking dat “het gebruikelijk is in dit circuit (ressort) dat feitelijke verschillen in de schadebedragen, data, omvang of manier van aankoop, het type aankoop, de aanwezigheid van zowel kopers als verkopers en andere soortgelijke onderwerpen van zorg, de certificering van de class action niet zullen tegenhouden indien eisers aanvoeren dat hetzelfde onrechtmatige gedrag schade heeft toegebracht aan alle Groepsleden van de voorgestelde class” (citaat *Green v. Wolf*, 406 F.2d 291, 299–301 (2d Cir. 1968), *cert. afgewezen sub nom. Troster, Singer & Co. v. Green*, 395 U.S. 977 (1969))).

## 2. Gerard Morel

Gerard Morel is eveneens een ingezetene van Frankrijk die aandelen in Vivendi, S.A. en Canal Plus inruilde voor aandelen Vivendi Universal na de fusie van december 2000. (Verklaring van Gerard Morel, 19 feb. 2005 (“Morel Verkl.”) onder Schedule A, Zach Verkl. Ex. 8.) Hij kocht en verkocht tevens gewone aandelen van Vivendi op de Beurs van Parijs tijdens de voorgestelde class periode. (*Id.*) Zijn laatste transactie in Vivendi-effecten vond plaats op 11 januari 2002. (*Id.*)

Gedaagden betogen dat Morel alleen een class kan vertegenwoordigen die bestaat uit Europese personen die Vivendi-effecten op een Europese beurs hebben gekocht tot uiterlijk de datum van de laatste transactie betreffende Vivendi-aandelen waarbij hij betrokken was. (Verded. 28.) De gedaagden beweren dat zonder geschikte class-vertegenwoordiger die na 11 januari 2002 gewone Vivendi-aandelen kocht op de Beurs van Parijs, het eind van de class periode van een class waaraan Franse aandeelhouders deelnemen niet later kan zijn dan deze datum<sup>6</sup>. Voorts beweren gedaagden dat inconsistenties in Morel’s getuigenverklaring en het overleggen van documenten over zijn transacties in Vivendi-effecten, belangrijke punten zullen zijn in het kruisverhoor en het pleidooi tijdens de rechtszaak in het nadeel van de class. (*Id.* onder 28 n.25.)

Met betrekking tot de status van een class-vertegenwoordiger is duidelijk vastgesteld dat indien, zoals in dit geval, eisers beweren dat hun verlies het resultaat is van een aanhoudend gedragspatroon dat de prijs van de effecten van gedaagden opdreef tijdens de class periode, de class vertegenwoordigd kan worden door een persoon die zijn aandelen voor de class periode heeft gekocht. *Zie Robbins v. Moore Med. Corp.*, 788 F. Supp. 179, 187 (S.D.N.Y. 1992) (vaststelling dat groepsvertegenwoordigers aanspraak kunnen maken op Sectie 10(b) claims die “voortvloeiën uit verklaringen afgelegd zowel voor als na de aankoopdatum, als deze verklaringen vermoedelijk werden afgelegd ter bevordering van een gemeenschappelijke fraudeopzet”).

---

<sup>6</sup>De gedaagden hebben bezwaar tegen het opnemen van buitenlandse aandeelhouders in de voorgedragen class. Zie hierboven, vn. 5, en de discussie rond superioriteit hieronder.

(citaat *Nicholas v. Poughkeepsie Savings Bank/FSB*, Nr. 90 Civ. 1607 (RWS), 1990 WL 125154, at \*5 (S.D.N.Y. 27 sept. 27, 1990)); *Zucker v. Sasaki*, 963 F. Supp. 301, 306–07 (S.D.N.Y. 1997) (discussie betreffende *Robbins* met de opmerking dat in gevallen waarin gedaagden met winstogmerk een reeks “onderling gerelateerde onjuiste verklaringen” afleggen als onderdeel van een “gemeenschappelijk gedragspatroon”, verklaringen afgelegd na de aankoop relevant zijn voor dit vermeende onrechtmatige gedragspatroon); cf. *Denny v. Barber*, 576 F.2d 465, 468–69 (2d Cir. 1978) (vaststelling dat de voorgestelde class-vertegenwoordiger ongeschikt was voor het vertegenwoordigen van personen die effecten hadden gekocht op basis van frauduleuze verklaringen terwijl hij effecten had gekocht voordat *enige* onjuiste verklaringen werden afgelegd). Gezien bovenstaande oordeelt de Rechtbank dat Morel geschikt is voor de vertegenwoordiging van latere kopers. Zie *Nicholas*, 1990 WL 145154, onder \*6 (afwijzing van de implicatie dat alleen iemand die aandelen heeft gekocht op de laatste dag van de class periode een class action namens zichzelf of de hele class aanhangig kan maken, en de vaststelling dat “er voldoende informatie beschikbaar is op basis waarvan eisers van een class latere verkopers kunnen vertegenwoordigen” (interne citaten weggelaten)).

### 3. Capital Invest

Capital Invest, het fondsenbeheer bedrijf van de Bank Austria Creditanstalt Gruppe GmbH (“Bank Austria”), wenst in de hoedanigheid van haar manager en gevolmachtigde de claims van APK EU–Big Caps fund (“Big Caps Fund”) te vertegenwoordigen. (Verklaring van Irene Reisenberger, 30 augustus 2005 (“Verkl. Reisenberger.”) ¶ 2, Zach Verkl. Ex. 12.) De enige eigenaar van de aandelen (i.e. units) in het Big Caps Fund is een groot Oostenrijks pensioenfonds bekend als APK Pensionskasse Aktiengesellschaft (“APK”).

Het Big Caps Fund verkreeg Vivendi Universal-aandelen in ruil voor aandelen van Vivendi, S.A. die het in bezit had, en kocht en verkocht tevens Vivendi Universal-aandelen op buitenlandse beurzen waarvan de laatste aankoop op 21 januari 2002 plaatsvond. (Zach Verkl. Exs. 15, 16.). Om redenen die later nader besproken worden, zullen de Oostenrijkse eisers uitgesloten worden van de class in deze aanklacht. De Rechtbank oordeelt daarom dat het onnodig is in te gaan op de criteria typisch karakter/geschiktheid van de vraagstukken betreffende vertegenwoordiging in verband met deze eiser, aangezien deze niet geschikt is als vertegenwoordiger van de class.

#### **4. William Cavanagh**

William Cavanagh is een ingezetene van de Verenigde Staten. Hij kocht op 13 juni 2002, 100 Vivendi Universal ADSs op de NYSE. (Zach Verkl. Ex. 31, onder 21; Verklaring van William Cavanaugh, 29 juli 2005, Parr Verkl. Ex. 24 (“Cavanaugh Verkl.”) onder 170:23–171:07.). Gedaagden betwisten de geschiktheid van Cavanagh als class-vertegenwoordiger vanwege zijn “opvallende” gebrek aan kennis betreffende zijn claim. (Verded. n 34.) Gedaagden voeren volgende voorbeelden aan ter ondersteuning van dit argument: (1) Cavanagh is niet in staat het jaar waarin de klacht werd ingediend en de relevante data van de voorgestelde class periode te noemen, uit te leggen hoe hij tot het besluit kwam zich kandidaat te stellen als class-vertegenwoordiger of belangrijke elementen van de claims te verwoorden; (2) Cavanagh is evenmin in staat te getuigen betreffende zijn transacties in Vivendi-effecten, behalve de verklaring dat hij ooit 100 Vivendi Universal-aandelen verkocht waarvan hij niet meer weet tegen welke prijs of op welk moment (Cavanaugh Verkl. 259:23–260:11, 181:14–182:03); (3) Cavanagh’s onvermogen de advocaten van de class te monitoren, zoals blijkt uit het feit dat hij zich niet kan herinneren een advocaat van het advocatenkantoor Millberg Weiss te hebben ontmoet of gesproken en alleen werkt met advocaten van de kantoren van Murray Frank en Abbey Gardy (*id. onder* 15:25–16:19, 278:25–280:02).

“Het Hoogerechtshof... keurde aanvallen op de geschiktheid van een class die gebaseerd zijn op de onwetendheid van vertegenwoordigers uitdrukkelijk af”. *Baffa*, 222 F.3d onder 61 (citaat *Surowitz v. Hilton Hotels Corp.*, 383 U.S. 363, 370–74 (1966)). Rechtbanken in dit district stelden dat “[e]isers het recht hebben te vertrouwen op de ‘expertise van advocaten’”, en “groepsvertegenwoordigers zullen alleen dan ongeschikt geacht worden vanwege onwetendheid als zij zodanig weinig kennis hebben van of betrokken zijn bij de class action dat zij niet in staat of bereid zouden zijn tot het beschermen van de belangen van de class tegen eventuele tegenstrijdige belangen van de advocaten”. *Worldcom Inc. Effectengeschil*, 219 F.R.D. 267, 286 (S.D.N.Y. 2003) (quote *Baffa*, 222 F.3d onder 61); *accord Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum Co.*, 67 F.3d 1072, 1077–78 (2d Cir. 1995). “[H]et staat vast dat ‘in complexe geschillen zoals aanklachten betreffende effecten, een eiser niet over expertkennis van alle aspecten van de zaak hoeft te beschikken om geschikt te zijn als class-vertegenwoordiger en dat verwacht mag worden dat een groot beroep wordt gedaan op de expertise van de advocaten’”. *Fogarazzo v. Lehman Bros., Inc.*, 232 F.R.D. 176, 181 (S.D.N.Y. 2005) (quote *AM Int’l, Inc. Effectengeschil*, 108 F.R.D. 190, 196–97 (S.D.N.Y. 1985)).

Ondanks de zorgen van de gedaagden over het feit dat Cavanaugh zich niet alle aspecten van de zaak kan herinneren, zijn er geen aanwijzingen in het dossier die erop wijzen dat Cavanaugh niet bereid of in staat zou zijn de aanklacht namens de class voor te zetten. Uit Cavanaugh’s getuigenverklaring blijkt dat hij zich bewust is van zijn voordracht als class-vertegenwoordiger (Cavanaugh Verkl. 97:22–97:24), hij begrijpt dat dit inhoudt dat “hij, in overleg met [zijn] advocaten, de Groepsleden zo goed mogelijk zal vertegenwoordigen” en hij toezicht moet houden op de advocaten van de class (*id.* onder 278:04–278:09, 278:25–279:04), hij weet dat de aanklacht is gericht tegen Vivendi en de voormalige CEO en CFO en is zich van de claims bewust (*id.* onder 117:20–117:25, 254:10–255:22; 306:02–306:08), en heeft aangegeven, in overleg met de advocaten, de zaak “energiek” te willen voortzetten (*id.* onder 306:02–306:08).

*Cf. Baffa*, 222 F.3d onder 62. De kritiek van gedaagden dat Cavanaugh slechts met één van de twee als class advocaten aangewezen advocatenkantoren communiceert, is niet van belang. Gezien het voorgaande stelt de Rechtbank vast dat Cavanaugh geschikt is als class-vertegenwoordiger is.

## 5. RSMB

RSMB beheert het pensioenfonds van het pensioensysteem van de algemene medewerkers van de stad Miami Beach, Florida. Tijdens de driedelige fusie in december 2000 fusie, ruilde RSMB ADSs van Vivendi S.A. en Canal Plus in voor ADSs van Vivendi Universal (Zach Verkl. Ex. 33 onder 3.) RSMB kocht geen andere Vivendi Universal-effecten gedurende de voorgestelde class periode. Daarom beweren gedaagden dat RSMB alleen Noord-Amerikaanse inwoners kan vertegenwoordigen die Vivendi Universal ADSs verkregen als onderdeel van de fusie, en niet de vereiste status heeft voor het indienen van claims op grond van vermeende onjuiste verklaringen die zijn afgelegd na het omruilen van de aandelen volgend op de fusie. Zoals hierboven besproken in sectie 2.C.ii. (discussie geschiktheid voorgestelde class-vertegenwoordiger Gerard Morel), zijn deze argumenten in zaken als onderhavige, waarin een gemeenschappelijke fraudeopzet later afgelegde verklaringen relevant maakt voor aan claims van eerdere verkopers (of kopers) onderliggend onjuist gedrag, niet overtuigend<sup>7</sup>.

Gedaagden beweren voorts dat RSMB geen geschikt class-vertegenwoordiger is omdat RSMB's "best geïnformeerde" vertegenwoordiger, Rick Rivera, RSMB's pensioenfunctionaris, over te weinig kennis beschikt om aan te tonen dat RSMB een geschikte class-vertegenwoordiger is.

---

<sup>7</sup> De Rechtbank stelt vast dat RSMB een enigszins andere positie heeft dan Morel omdat het bedrijf zowel Vivendi S.A. als Canal Plus aandelen bezat op het moment van de fusie. Dit verschil heeft geen invloed op de analyse van de rechtbank inzake materialiteit, schade of de capaciteit van een aandeelhouder om adequaat aandeelhouders te vertegenwoordigen die later in de class periode aandelen hebben gekocht.

Gedaagden betogen dat uit Rivera's getuigenverklaring blijkt dat RSMB de belangrijke aspecten van de action of de verantwoordelijkheden van het groepsvertegenwoordigerschap niet begrijpt<sup>8</sup>. Eisers hebben echter aangetoond dat Rivera begrijpt dat het pensioenfonds als class-vertegenwoordiger wil optreden en in die hoedanigheid zal ijveren voor het verkrijgen van vergoeding namens de hele class, en dat het volgen van de zaak, het bestuderen en indienen van documenten en overleggen met advocaten onderdeel uitmaakt van zijn verantwoordelijkheden. (Verklaring van Rick Rivera, 20 mei 2005 ("Rivera Verkl.") 152:21–153:14, 150:02–150:11.) Hij begreep tevens dat RSMB als class-vertegenwoordiger de belangen van de class, bestaande uit alle leden die schade hebben ondervonden van de vermeende fraude van Vivendi, moet vertegenwoordigen. (*Id.* onder 153:24–154:03, 107:03–108:07.) Tevens begreep hij dat de aanklacht betrekking heeft op de vermeende "onjuiste verklaringen van de gedaagden die de prijs van effecten opdreven". (*Id.* onder 59:15–59:23.) De rechtbank heeft geen bewijs ontvangen waaruit blijkt dat RSMB niet in staat of bereid zou zijn de class adequaat te vertegenwoordigen, of dat RSMB belangen heeft die strijdig zijn met de belangen van de class als geheel, beide ter zake relevante vraagstukken. Het gebrek aan kennis waar gedaagden zich over beklagen kan niet als onwetendheid betiteld worden die een afwijzing van de status als class-vertegenwoordiger rechtvaardigt. *Zie bijv. Worldcom*, 219 F.R.D. onder 286.

---

<sup>8</sup> Rivera was bijvoorbeeld niet in staat (1) de reikwijdte van de voorgestelde class te beschrijven (Verkl. Rivera 107:15–108:07); (2) documenten die relevant zijn in verband met de action die RSMB bestudeerd had, te identificeren, of met zekerheid te verklaren dat RSMB de aanklacht bestudeerd had (of de term 'aanklacht' begreep) (*id.* onder 27:07–27:20, 58:02–58:04); (3) met zekerheid te verklaren dat RSMB de antwoorden op de verhoren van de gedaagden had gelezen, hoewel hij de antwoorden persoonlijk had gecontroleerd (*id.* onder 73:08–73:25); (4) te melden hoe vaak RSMB met de raadsman van de gedaagden heeft gesproken en of RSMB dit ooit in het afgelopen jaar had gedaan had (*id.* onder 57:03–57:25); (5) het aantal aandelen dat RSMB gedurende de voorgestelde class periode had gekocht te vermelden of te melden wanneer dergelijke aandelen waren gekocht of verkocht (*id.* onder 85:14–86:09); (6) met zekerheid te verklaren of RSMB gedurende de voorgestelde class periode beschikking had over (zich ontdaan had van) al haar Vivendi-effecten (*id.* onder 185:16–186:02); (7) de belangen van de leden van de class of de manier waarop RSMD deze belangen zou bepalen, te beschrijven (*id.* onder 124:16–124:10).

## 6. Bruce Doniger

Bruce Doniger is een ingezetene van de Verenigde Staten. Doniger heeft na de drieledige fusie in december 2000 ADSs Vivendi verkregen in ruil voor zijn voordien gehouden Seagram-aandelen. Gedaagden stellen dat Doniger status mist om eisen te stellen op grond van de vermeende onjuiste verklaringen, die hij had afgegeven nadat hij zijn aandelen had ingewisseld, en zij merken op dat er geen andere vertegenwoordigers met status zijn om eisen voor de gebeurtenissen na december 2000 te stellen. Dit argument is reeds aan de Rechtbank voorgelegd en verworpen.

Gedaagden betogen eveneens dat Doniger een achterneef is van Edgar Bronfman Sr. en Charles Bronfman (respectievelijk de vader en oom van Edgar Bronfman Jr.), en Samuel Minzberg, voormalig lid van de Raad van Bestuur van Vivendi. Vóór de fusie van december 2000 waren de belangrijkste eigenaars van Seagram Edgar Bronfman Jr. en de familie Bronfman, die na de fusie de belangrijkste aandeelhouders van Vivendi werden. (FACC ¶ 51.) Edgar Bronfman Jr. bekleedde de positie van Uitvoerend Vice-Voorzitter van de Raad van Bestuur van Vivendi tot december 2001, waarna hij aftrad. (FACC ¶ 79.) Gedaagden stellen voorts dat Doniger zijn Seagram-aandelen verkreeg op grond van zijn familiebetrekkingen. (Doniger Verkl. 20:03–23:10, 38:23–39:08, 101:11–102:11.) De gedaagden lijken te betogen dat Doniger op grond van deze betrekkingen een speciale verdediging zou krijgen die tijdens het proces de aandacht zou trekken, waardoor hij opvallend zou worden en afwezige groepsleden zou benadelen. Gedaagden leveren echter geen bewijs dat Doniger een speciale verdediging zou krijgen, bijvoorbeeld met betrekking tot een gebrek aan vertrouwen door het ontvangen van niet-openbare informatie die hij op grond van deze betrekkingen had verkregen. *Vgl. Landry v. Price Waterhouse Registeraccountants*, 123 F.R.D. 474, 475-76 (S.D.N.Y. 1989) (waarin de voorgestelde groepsvertegenwoordigers als atypisch werden gekwalificeerd, omdat uit hun getuigenverklaring bleek dat ze niet-openbare informatie en aanbevelingen van vrienden en compagnons hadden ontvangen).

Daarnaast is de Rechtbank niet van mening dat de familiebetrekkingen van Doniger op zich voldoende zijn om te concluderen dat Doniger belangen heeft die tegengesteld zijn aan die van de groep, of dat hij niet bereid of niet in staat zou zijn om de groep eerlijk en correct te vertegenwoordigen.

### **III. Regel 23(b)(3)**

Nadat de Rechtbank de vereisten van Regel 23(a) heeft behandeld, gaat zij nu na of is voldaan aan Regel 23(b)(3). Regel 23(b)(3) vereist dat een rechtbank oordeelt “dat de feitelijke en rechtskwesties die alle groepsleden aangaan, vóór de vragen gaan die slechts individuele leden betreffen, en dat de groep in deze actie bovengeschild is aan andere beschikbare methoden voor een eerlijke en efficiënte beslechting van het geschil.” Fed. R. Civ. P. 23(b). Soms wordt overeenkomstig Regel 23(b) (3) naar een groep verwezen als een “opt-out”-groep, omdat Regel 23(c)(2) erin voorziet dat aan de leden van een door Regel 23(b)(3) gecertificeerde groep de mogelijkheid moet worden geboden om “uitsluiting” van deze groep “te verzoeken”.<sup>9</sup> Dit is in het bijzonder relevant voor een voorgestelde groep waarin buitenlandse kopers zijn opgenomen: eenieder die de Rechtbank niet-bevestigend informeert dat zij van de groep wenst te worden uitgesloten, wordt door de definitieve uitspraak in die zaak gebonden.

#### **A. Voorrang van Gemeenschappelijke Kwesties**

Regel 23(b)(3) voorziet in certificering van een groep, waarbij gemeenschappelijke “feitelijke of rechtskwesties” van de groepsleden voorrang hebben op kwesties die slechts individuele leden beïnvloeden. Fed. R. Civ. P. 23(b)(3). Dit onderzoek “richt zich op feitelijke of rechtskwesties die de zaak van elk groepslid als een daadwerkelijk geschil kwalificeren...

---

<sup>9</sup> In Regel 23(c)(2)(B) wordt in het betreffende deel gesteld dat kennisgeving aan de Groepsleden van “enige krachtens Regel 23(b)(3) gecertificeerde groep... Sectie in eenvoudige, makkelijk te begrijpen taal precies en duidelijk moet verklaren.... dat het Hof groepsleden die om uitsluiting verzoeken, zal uitsluiten”.

[en] toetst of de voorgestelde groepen voldoende samenhangend zijn om rechtswijzing door middel van vertegenwoordiging te garanderen”. *Amchem Prods vs. Windsor*, 521 U.S. 591, 623 (1997). Het onderzoek naar voorrang overeenkomstig Regel 23(b)(3) “is een veeleisender criterium dan het onderzoek naar gemeenschappelijkheid overeenkomstig Regel 23(a). Kwesties die de hele groep betreffen hebben voorrang indien het oplossen van een aantal van de feitelijke en rechtskwesties, die de zaak van elk groepslid kwalificeren als een daadwerkelijk geschil, bereikt kan worden op grond van veralgemeniseerd bewijs, en indien deze specifieke kwesties wezenlijker zijn dan de kwesties die alleen gestaafd kunnen worden door geïndividualiseerd bewijs.” *Moore vs. Paine Webber, Inc.* 306 F.3d 1247, 1252 (2d Cir. 2002) (interne citaties en aanhalingstekens zijn weggelaten). De Amerikaanse Hoge Raad heeft echter opgemerkt dat “[v]oorrang een toetsing is waaraan in bepaalde zaken waarin (...) aandelenfraude wordt aangevoerd, (...) makkelijk aan voldaan wordt.” *Amchem Prods.*, 521 U.S. bij 625 (citeert Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie 1966 Amendement, 28 U.S.C.A. Regel 23, bij 385).

In dit geval zijn er gemeenschappelijke feitelijke en rechtskwesties die betrekking hebben op het overtreden van de effectenwetgeving gebaseerd op een gemeenschappelijke gedragscode die gericht is op de gehele groep en die voorrang heeft op mogelijk bestaande individuele kwesties. De gemeenschappelijke kwesties in dit geschil behelzen ondermeer of gedaagden wezenlijk onware en misleidende verklaringen hebben afgegeven met betrekking tot de winst van Vivendi (zowel in verband met de registratieverklaring en het prospectus van 30 oktober 2000 als hierna), en of hierbij sprake was van opzet, vertrouwensbreuk en causaliteit. Alle Eisers zullen zich baseren op dezelfde of nagenoeg soortgelijke documenten, verklaringen en juridische theorieën om de aansprakelijkheid van gedaagden te bewijzen. Gedaagden hebben geen gronden aangevoerd waarom over de onderhavige eisen niet grotendeels op grond van groepsbreed bewijs zou kunnen worden geoordeeld. Gedaagden lijken niet tegen te spreken dat in dit geval aan het vereiste van voorrang is voldaan. Omdat gemeenschappelijke feitelijke en rechtskwesties voorrang hebben op individuele kwesties, heeft de Rechtbank bepaald dat aan dit vereiste is voldaan.

*Zie, b.v. In re AOL Time Warner, Inc. Sec. en ERISA Litig.*, Nr. 02 Civ. 5575 (SWK), 2006 WL 903236, bij \*5 (S.D.N.Y. 6 april 2006) (waarin geoordeeld werd dat makkelijk wordt voldaan aan het voorrangscriterium, omdat “beschuldigingen terzake van een verkeerde voorstelling van zaken en het creatief oppompen van de boekhoudkundige winst van AOL ten grondslag liggen aan de feitelijke en rechtseisen van ieder groepslid”); *In re Globalstar Effectengeschil*, Nr. 01 Civ. 1748 (PKC), 2004 WL 2754674, bij \*5 (S.D.N.Y. 1 december 2004) (waarin voorrang gedeeltelijk vastgesteld werd, en waarbij gemeenschappelijke kwesties bestonden met betrekking tot door gedaagden met opzet, vertrouwensbreuk en causaliteit afgegeven, onware en misleidende verklaringen met betrekking tot de abonnementsprijs en de winsten van Globalstar).

### **B. Superioriteit van Class Action Behandeling**

Het vereiste van superioriteit vraagt de rechtbank om de voordelen van een class action in termen van eerlijkheid en efficiëntie af te wegen tegen de voordelen van andere beschikbare methoden van rechtswijzing. *Zie* Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie, 1966 Amendment, 28 U.S.C.A. Regel 23 bij 385 (“Subparagraaf (b)(3) omvat die gevallen waarin een class action tot besparing van tijd, moeite en kosten zou leiden en eensluidende besluitvorming met betrekking tot personen in gelijksoortige situaties zou bevorderen, zonder procedurele billijkheid op te offeren of andere ongewenste resultaten teweeg te brengen.”). Regel 23(b)(3) noemt een aantal factoren waarmee rekening gehouden moet worden bij het vaststellen of een class action werkelijk “superieur is aan andere beschikbare methodes voor een eerlijke en efficiënte beslechting van het geschil”:

(A) het belang van groepsleden bij het individueel besturen van de vervolging of verdediging van afzonderlijke gedingen; (B) de mate en aard van procesvoering met betrekking tot het geschil die reeds door of tegen de groepsleden aangevangen is; (C) de wenselijkheid of onwenselijkheid van het samenbrengen van de procesvoering met betrekking tot de eisen in de specifieke rechtbank; (D) de moeilijkheden waaraan bij het voeren van de class action waarschijnlijk het hoofd geboden moet worden.

Fed. R. Civ. P. 23(b)(3). Deze lijst van relevante factoren is niet uitputtend, *zie* Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie, 1966 Amendement, 28 U.C.S.A. Regel 23 bij 386 (1992), “en de doelen van Regel 23 zouden bij dit besluit zwaar moeten wegen,” 2 Alba Conte & Herbert Newberg, *Newberg on Class Actions* § 4:28 (4e ed. 2002).

**1. Belangen bij het Voeren van Individuele Rechtszaken; de Mate en Aard van Andere Lopende Processen**

Zoals de opmerkingen van de adviescommissie met betrekking tot Regel 23 aangeven, “[m]oet de rechtbank de belangen van de individuele groepsleden bij het voeren van hun eigen processen en het voortzetten hiervan zoals zij gepast achten in beschouwing nemen”. Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie, 1966 Amendement 28 U.S.C.A. Regel 23 bij 386. Bij het in beschouwing nemen van dit belang, “moet de rechtbank zich op de hoogte stellen van lopende processen van... de individuen, “omdat uit het bestaan van lopende processen kan blijken dat “de belangen van individuen in het voeren van afzonderlijke rechtszaken zo sterk zijn dat afwijzing van een class action noodzakelijk is.” *Id.*, *zie ook In re “Agent Orange” Productaansprakelijkheidsgeschil*, 818 F.2d 145, 165 (2d Cir. 1987) (“Niet alle eisers kunnen class certificatie willen... omdat de eisers met sterke zaken beter af kunnen zijn door alleen actie te ondernemen”).

Zoals rechtbanken dikwijls hebben opgemerkt, is class action-behandeling in het bijzonder geschikt wanneer eisers schadeloos gesteld willen worden voor overtredingen van de effectenwetgeving. *Zie Mills v. Elec. Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375, 382 (1970); *Green v. Wolf Corp.*, 406 F.2d 291, 296 (2d Cir. 1968), (“[E]en class action in een federale effectenprocedure kan goed het meest geschikt zijn voor een snelle geschilbeslechting, omdat een groot aantal individuen benadeeld kan zijn terwijl geen enkele afzonderlijke persoon benadeeld is in een mate die hem zou hebben aangezet tot het aanspannen van een rechtszaak alleen in zijn eigen naam.”); *Eisenberg v. Gagnon*, 766 F.2d 770, 785 (3d Cir. 1985) (“[C]lass actions zijn een zeer geschikt en gewenst middel om geschillen te beslechten die gebaseerd zijn op effectenwetgeving, omdat de doeltreffendheid van de effectenwetgeving in grote mate af kan hangen van het toepassen van het class action-instrument.”

(interne aanhalingstekens en citaten weggelaten)); *In re Blech*, 187 F.R.D. bij 101; *Baron v. Commercial & Indus. Bank of Memphis*, Nr. 75 Civ. 1274 (LBS), 1978 WL 168588, bij \*2 (S.D.N.Y. 21 aug. 1978) (“Omdat de meeste effectenfraudezaken betrekking hebben op eisen van kopers die op een andere manier te onbeduidend zouden zijn om individuele procesvoering te rechtvaardigen, hebben de rechtbanken in effectenzaken de conclusie getrokken dat class action niet alleen superieur is, maar waarschijnlijk onontbeerlijk voor de verdediging van de rechten van de eisers... en om te verzekeren dat de effectenwetgeving krachtdadig wordt toegepast.” (interne aanhalingstekens en citaten weggelaten)); 5 James Wm. Moore et al., *Moore’s Federal Practice* § 23.03 (3<sup>e</sup> ed. 2004). In een zaak zoals deze, waar elke individuele eiser slechts een fractie van het belang van de gedaagden kan hebben in de uitkomst van het proces, wegen de duidelijke voordelen van het instellen van hun eisen als een class veel zwaarder dan enig belang dat de groepsleden kunnen hebben in het individueel voeren van afzonderlijke processen. *Zie Anchem*, 521 U.S. bij 617 (“Het beleid dat de kern vormt van het mechanisme van class action is het oplossen van het probleem dat kleine schadevergoedingen geen stimulans zijn voor individuen om een individuele rechtsvordering in te stellen om zijn of haar rechten te verdedigen. Een class action lost dit probleem op door de betrekkelijk onbeduidende schadevergoedingen samen te voegen tot iets dat het werk van iemand (meestal een advocaat) waard is.” (citaat *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (1997))).

De rechtsvorderingen door vermeende groepsleden die op het moment voor Franse rechtbanken tegen Vivendi lopen, veranderen naar de mening van de rechtbank deze analyse niet. Volgens door beide partijen overgelegde documenten is Vivendi momenteel de verdedigende partij in twee rechtszaken die aangespannen zijn door individuele aandeelhouders bij het Tribunal de Grande Instances (arrondissementsrechtbank) van Parijs: *Société Richard Hugo v. Vivendi Universal, S.A.* en *Courage v. Vivendi Universal, S.A.* (Bisiaux Verkl. ¶¶ 12–13 & Exs. 8–9).<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Een derde proces, *Pasturaud v. Vivendi Universal, S.A.*, een rechtszaak aangespannen door zevenennegentig individuele aandeelhouders, werd onder alle voorbehoud niet ontvankelijk verklaard door de nalatigheid van de eisers om de aanklacht te laten registreren. (Aanv. Gedaagde Mem. 1. n.1)

Het lopen van deze procedures overtuigt de Rechtbank niet dat het belang van elke individuele aandeelhouder om separate processen te voeren voldoende groot is om zwaarder te wegen dan de voordelen voor alle aandeelhouders om op basis van een class action te procederen. *Zie*, Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie, 1966 Amendment, 28 U.S.C.A. Regel 23, bij 386 (waar opgemerkt wordt dat zelfs wanneer andere processen lopen, de belangen bij het voeren van afzonderlijke rechtszaken “meer theoretisch dan praktisch kunnen zijn” omdat, *onder andere*, “de bedragen waar het voor individuen om gaat, zo klein kunnen zijn dat afzonderlijke rechtszaken onuitvoerbaar zouden zijn”).

## **2. Wenselijkheid of Onwenselijkheid van Samenvoeging van de Procesvoering met betrekking tot de Eisen in deze Specifieke Rechtbank**

De door Eisers voorgestelde definitie van de class omvat een aanzienlijk aantal buitenlandse groepsleden; zevenendertig procent van de gewone aandelen van Vivendi waren dan ook in het bezit van Franse staatsburgers die deze op de Bourse kochten, terwijl Amerikaanse investeerders vijftwintig procent van de aandelen van Vivendi bezaten in de vorm van op de NYSE aangeschafte ADSs. (Bisiaux Verkl. ¶ 7.) Zich voornamelijk baserend op het oordeel van Rechter Friendly in *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.*, 519 F.2d 974, 996 (2d Cir. 1975), voeren gedaagden aan dat alle buitenlandse eisers van de class moeten worden uitgesloten omdat het “bijna zeker” is dat, als deze eis afgewezen wordt, hierover een uitspraak gedaan wordt of geschikt wordt, gedaagden niet in staat zouden zijn om gezag van gewijsde (“claim preclusion”) te doen gelden om navolgende procedures in de landen waarin de buitenlandse eisers woonachtig zijn te verhinderen. Hoewel gedaagden hun argument niet consequent als zodanig kenmerken, zal de Rechtbank dit aspect van hun bezwaar beschouwen als een aanval op de superioriteit van de class action-behandeling van de eisen van buitenlandse kopers.

(a) **De “Bijna Zekerheid” Toetsing**

In *Bersch* was sprake van een action in naam van alle kopers van aandelen van een in Zwitserland gevestigde, Canadese rechtspersoon waarin eisen op grond van overtreding van de federale wetgeving met betrekking tot buiten de Verenigde Staten aangeboden aandelen verdedigd werden. De voorgestelde class omvatte ongeveer 50.000 kopers waarvan 386 Amerikanen en de rest buitenlanders waren.

*Id.* bij 977–78 n.2. De Rechtbank bepaalde eerst dat federale effectenwetgeving zich *niet* uitstreckte tot verliezen uit verkoop van effecten aan buitenlanders buiten de Verenigde Staten, omdat in de Verenigde Staten geen rechtshandelingen hadden plaatsgevonden die deze verliezen direct hadden veroorzaakt, *zie id.* bij 986-90. Na deze gerechtelijke federale effecteneisen te hebben afgewezen wegens gebrek aan absolute bevoegdheid, richtte de Rechtbank zich vervolgens op de vraag of de class wellicht nog met inbegrip van buitenlandse kopers inzake hun statenrechtelijke eisen gecertificeerd kon worden. De eisers in de *Bersch*-zaak argumenteerden dat er lopende rechtszaken met betrekking tot hun vermeende eisen op grond van fraude overeenkomstig de common law waren, en dat dit de opname van buitenlandse kopers in de voorgestelde class zou rechtvaardigen. *Id.* bij 993. Het Tweede Circuit (ressort) verwierp dit argument, en noemde het “belachelijk” om de vorderingen van de buitenlandse kopers op grond van statenrecht als lopend te beschouwen, en vond dat het misbruik van discretionaire bevoegdheid van de districtsrechtbank zou zijn om lopende jurisdictie uit te oefenen over de common law rechtsovereenkomsten van buitenlandse kopers inzake fraude. *Id.* bij 996 (citaat *United Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 726–27 (1960)). De Rechtbank sprak ook praktische bezwaren uit, zoals het inbrengen van complexe rechtsconflictenkwesties, en de hieruit voortvloeiende noodzaak om de wetten van minstens veertien andere landen waar verkopen uitgevoerd waren te bekijken, en de minimale binnenlandse impact van een hoofdzakelijk buitenlandse transactie, die alles bij elkaar ook zwaar opwogen tegen het uitoefenen van het principe van jurisdictie van het rechtsgebied (“pendent jurisdiction”).

Hoewel niet noodzakelijk voor het vaststellen van gebrek aan rechtsbevoegdheid, merkte de Rechtbank op dat het behandelen van een class action-zaak die duizenden buitenlandse kopers omvat een zware last voor overbelaste district courts zou zijn. Daarnaast, en van kritisch belang voor het argument van de gedaagden hier, nam Rechter Friendly ook de waarschijnlijkheid van buitenlandse erkenning van een Amerikaanse rechterlijke uitspraak die uiteindelijk in de zaak zou kunnen worden gegeven in beschouwing: “Daarbij, terwijl een Amerikaanse rechtbank er niet van af hoeft te zien om recht te spreken omdat er een mogelijkheid bestaat dat een buitenlandse rechtbank het vonnis niet erkent of uitvoert, staat de zaak er anders voor wanneer dit een *bijna zekerheid* is,” omdat, zoals Rechter Frenkel in zijn districtsrechtbank-beslissing voor het certificeren van een class had opgemerkt, “als gedaagden winnen van een class hebben ze recht op een overwinning die net zo verstrekkend is als een nederlaag geweest zou zijn.” *Id.* (nadruk toegevoegd).<sup>11</sup> In het licht van “niet weerlegde beëdigde verklaringen dat Engeland, de Bondsrepubliek Duitsland, Zwitserland, Italië en Frankrijk een Amerikaans vonnis ten gunste van gedaagden niet zouden erkennen als belemmering voor een rechtszaak van zijn eigen burgers” en een beëdigde verklaring waarin gesteld werd dat enkele honderden individueel ingestelde rechtszaken in Zwitserland in behandeling waren en dat tenminste negentig zaken geschikt waren, droeg het Tweede Circuit (ressort) de districtsrechtbank op om alle buitenlandse kopers uit te sluiten over wiens eisen er – zwaarwegend – noch federale rechtsbevoegdheid of hangende rechtszaken waren. *Id.* bij 996-97.

**(b) Het Resultaat van Bersch**

Sinds *Bersch*, en zonder het voordeel van nadere richtsnoeren van het Tweede Circuit, hebben rechtbanken in dit district en op andere plaatsen, op een enigszins lukrake manier, het risico van niet-erkenning door een buitenlandse rechtbank in beschouwing genomen als een relevante factor voor het bepalen of class-behandeling van eisen van buitenlandse kopers, in het kader van het voldoen aan Regel 23(b)(3), een superieure methode van rechtswijzing is.

---

<sup>11</sup> Het besluit van Rechter Frankel van 28 juni 1972 werd niet genoemd, maar het lijkt erop dat ondanks zijn zorgen over het gezag van gewijsde, hij een class van alle kopers, buitenlandse en binnenlandse, certificeerde. *Id.* bij 982.

Gedaagden verwijzen naar drie zaken na *Bersch* om de uitsluiting van buitenlandse kopers uit de voorgestelde class hier te ondersteunen. In *CL-Alexanders Laing & Cruickshank v. Goldfeld*, 127 F.R.D. 454, 459 (S.D.N.Y. 1989), wees Rechter Mukasey class certificering in een effectenfraudezaak af omdat de combinatie van (1) een onbetwiste beëdigde verklaring waarin uiteengezet werd dat een Britse rechtbank een buitenlands vonnis in een Amerikaanse opt-out class action “niet zal” erkennen, (2) een omvang van de class van slechts 25 members, en (3) atypische eisen van de genoemde eiser er samen voor zorgden dat niet voldaan werd aan de vereisten van Regel 23. “[D]e combinatie van deze problemen”, merkte Rechter Mukasey op, “geen waarvan op zichzelf noodzakelijkerwijs de weigering van class-certificatie zou vereisen, verplicht hier feitelijk tot verwerping van de vorm van class action.” *Id.* bij 460. Terwijl het niet duidelijk is welke norm Rechter Mukasey toepaste met betrekking tot de kwestie van gezag van gewijsde, lijkt het erop dat hij een onbetwiste beëdigde verklaring die tot bepaalde hoogte zeker stelde dat een Engelse rechtbank een Amerikaanse vonnis niet zou erkennen, op zichzelf als onvoldoende beschouwde om een class-certificering te weigeren. Op dezelfde manier vond Rechter Mukasey in *Ansari v. New York University*, 179 F.R.D. 112 (S.D.N.Y. 1998) dat twijfels met betrekking tot gezag van gewijsde in buitenlandse jurisdicties in een reeds zwak verzoek voor class-certificering de doorslag gaven. In *Ansari* klaagde een tandarts New York University, waar hij gestudeerd had, en verscheidene universiteitsambtenaren aan, waarbij hij contractbreuk en overtreding van statelijke wetten aanvoerde met betrekking tot vermeende nalatigheid om onderwijsdiensten te verschaffen. De voorgestelde class van eisers omvatte slechts vijftig leden, waarvan enkelen buitenlanders waren, en voldeed niet aan het vereiste van talrijkheid van Regel 23(a)(1). *Id.* bij 116.

Ten tweede werd class-certificering, hoewel “niet zo belangrijk als het niet voldoen aan het vereiste van talrijkheid” geweigerd omdat “beperkte jurisprudentie... aanvoert” dat minstens zes van de betreffende buitenlandse staten geen gezag van gewijsde aan een opt-out class action zouden toestaan. *Id.* bij 117. Rechter Mukasey beschouwde dit feit “nader bewijs dat class-certificering ongepast is”, hoewel de beslissing natuurlijk natuurlijk geheel had kunnen berusten op het niet kunnen bereiken van talrijkheid door de gedaagden. *Id.*

In *In re Daimler Chrysler AG Effectengeschil*, 216 F.R.D. 291 (D. Del. 2003), waarop gedaagden zich eveneens baseren, stelden eisers vorderingen op grond van effectenfraude in tegen een Duitse autofabrikant, op basis van vermeende onware verklaringen in verband met de aankoop van een Amerikaanse autofabrikant. De rechtbank haalde niet *Bersch* maar *Ansari* en *CL-Alexanders* aan voor de bewering dat class-certificering ongepast kan zijn indien “obstakels” bestaan door de opname van buitenlandse groepsleden. *Id.* bij 301. De rechtbank oordeelde dat het behouden van een class met buitenlandse investeerders “praktische moeilijkheden” zou opleveren en voorts dat eisers de handelbaarheids- en schadevergoedingskwesties niet adequaat aan de orde gesteld hadden, en beperkte de class tot Amerikaanse investeerders.

In *Cromer Finance Limited v. Berger*, 205 F.R.D. 113 (S.D.N.Y. 2001), kwam Rechter Cote tot een andere uitkomst, door het gezag van gewijsde-effect van een class action-vonnis te beschouwen als “een factor die in beschouwing moet worden genomen bij het onderzoek naar de superioriteit van het class action-instrument”, maar maakte een onderscheid tussen zaken “waarin een ‘mogelijkheid’ bestaat dat een buitenlandse rechtbank een vonnis niet zal erkennen, en die waarin er een ‘bijna zekerheid’ is dat het niet erkend zal worden.” *Id.* bij 134–35 (citaat *Bersch*, 519 F.2d bij 996). Rechter Cote concludeerde, na onderzoek van de tegengestelde beëdigde deskundigenverklaringen, dat er “hoogstens een ‘mogelijkheid’ was dat buitenlandse rechtbank een Amerikaans vonnis niet zou erkennen, en certificeerde een class die buitenlandse eisers omvatte die effectenfraude krachtens federale wetgeving aanvoerden tegen een handelaar van een buitenlands investeringsfonds en accountantsfirma’s uit Bermuda.

*Id* bij 135. Rechter Sweet gooidde het in *In re Lloyd's American Trust Fund Effectengeschil*, Nr. 96 Civ 1262 (RWS), 1998 WL 50211, bij \*15 (S.D.N.Y. 6 feb. 1998) over een andere boeg, en achtte *Bersch* uitsluitend van toepassing op de vraag of een class action al dan niet onder principes van jurisdictie van het rechtsgebied ("pendent jurisdiction") valt, en benadrukte dat *Bersch* de kwestie van superioriteit volgens 23(b)(3) niet direct aan de orde stelde. Zonder de "bijna zekerheid"-toetsing toe te passen, concludeerde Rechter Sweet dat "een buitenlandse rechtbank voor advies naar de hier bereikte resultaten zou kunnen kijken, en zo bij zou kunnen dragen aan de superioriteit van de class action procedure," en certificeerde de class. *Id.*; zie ook *In re U.S. Fin. Effectengeschil*, 69 F.R.D. 24, 50 (S.D. Cal. 1975) (waarin gesteld werd dat eiser's "vertrouwen in *Bersch* misplaatst is, omdat *Bersch* buitenlandse staatsburgers niet eenvoudigweg op grond van gezag van gewijsde-kwesties uitsluit van lidmaatschap van een class die overtredingen van de federale effectenwetgeving aanvoert" en merkt op dat "hoewel het probleem van gezag van gewijsde een factor is die in beschouwing moet worden genomen... zou het niet moeten worden gebruikt om [class-certificering] te weigeren... met name wanneer deze Rechtbank anders absolute competentie heeft").

In *Frietsch v. Refco, Inc.*, 92 C. 6844, 1994 WL 10014 (N.D. Ill. 13 jan. 1994), behandelde de districtsrechtbank van het Noordelijk District van Illinois een verzoek om een rechterlijke uitspraak om een class te certificeren van investeerders in een beleggingsclub, inclusief een aantal voorgestelde Duitse groepsleden. De eisers voerden onder andere overtredingen van Secties 10(b) en 12(2) van de Beurswet aan. *Id.* bij \*1. Net als in de onderhavige zaak, voerden de gedaagden aan dat het class action-instrument krachtens Regel 23(b)(3) niet geldig was, omdat een vonnis in een Amerikaanse class action onder Duits recht niet erkend zou worden. *Id.* bij \*11. Ter ondersteuning van dit argument, verklaarde de Duits rechtsdeskundige voor de verdediging dat aan een vonnis ten gunste van de gedaagden "zeer waarschijnlijk" geen gezag van gewijsde (*res judicata*)-effect zou worden gegeven."

*Id.* De Duitse rechtsdeskundige voor de eisers verklaarde daarentegen dat “de kwestie van gezag van gewijsde niet met zekerheid voorspeld kan worden omdat er geen precedents zijn, en elk besluit van een Duitse rechtbank dus specifiek zou zijn.” *Id.* Geconfronteerd met tegenstrijdige beëdigde verklaringen, concludeerde de rechtbank dat de kwestie van uitsluiting “een onzekerheid bleef die de rechtbank niet zal de kracht zal ontnemen om een uitspraak te doen die alle partijen de meest efficiënte instrumenten zal geven om te procederen over de eisen in deze zaak.” *Id.* De *Freitsch* rechtbank maakte een onderscheid tussen *CL-Alexanders* en *Bersch*, omdat in die zaken het dossier onbetwiste beëdigde verklaringen bevatte die de respectieve rechtbanken ervan overtuigden dat buitenlandse rechtbanken zeker geen gezag van gewijsde zouden verschaffen aan een Amerikaans vonnis in naam van een class. *Id.*

Uit de voornoemde zaken, ongeacht hun uiteindelijke uitkomst, blijkt dat overwegingen met betrekking tot gezag van gewijsde op een juiste manier toegevoegd zijn aan het onderzoek naar superioriteit. Het lijkt er echter niet op dat aangelegenheden met betrekking tot gezag van gewijsde bepalend zouden moeten zijn zonder hetzij een beoordeling van de waarschijnlijkheid van niet-erkenning, dan wel een overweging van andere factoren die bepaling van het vereiste van superioriteit beïnvloeden. *Ansari*, 179 F.R.D. bij 116 (gezag van gewijsde is “één van de factoren die in beschouwing moeten worden genomen.”); *Cromer*, 205 F.R.D. bij 134; *In re U.S. Fin. Effectengeschil*, 69 F.R.D. bij 49 (citaat *Bersch*, 519 F.2d 974)). Met betrekking tot een beoordeling van het risico van niet-erkenning, vindt de rechtbank de norm van “bijna zekerheid” geen bijzonder nuttig analytisch instrument. In *Bersch*, oordeelde Rechter Friendly op basis van niet aangevochten beëdigde verklaringen dat niet-erkenning bijna zeker was; er is echter geen aanwijzing dat alleen deze mate van zekerheid de superioriteit van een class action in twijfel trekt. Evenmin is het waarschijnlijk dat alleen wanneer niet-erkenning “louter een mogelijkheid” is, een rechtbank zou moeten oordelen dat superioriteit vastgesteld is. Het lijkt daarentegen gepaster om het risico van niet-erkenning langs een continuüm te beoordelen.

Waar eisers in staat zijn om een waarschijnlijkheid vast te stellen dat een buitenlandse rechtbank het gezag van gewijsde van een Amerikaans class action-vonnis zal erkennen, zullen eisers dit aspect van het vereiste van superioriteit vastgesteld hebben. *Zie In re IPO Effectengeschil*, 471 F.3d bij 33 (waarbij de eiser de last werd opgelegd om niet slechts “wat bewijs” voor het voldoen aan Regel 23 te overleggen, maar om aan te tonen dat aan de vereisten van de Regel voldaan werd). Waar eisers niet in staat zijn om aan te tonen dat de erkenning door een buitenlandse rechtbank eerder een waarschijnlijkheid dan een onwaarschijnlijkheid is, weegt deze factor op tegen het vaststellen van superioriteit en kan, samen met andere factoren in overweging genomen, leiden tot het uitsluiten van buitenlandse eisers van de class. Naarmate de waarschijnlijkheid van niet-erkenning meer een “bijna zekerheid” wordt, is het voor de rechtbank passender om certificering van buitenlandse eisers te weigeren. Met deze beginselen in gedachten, gaat de Rechtbank nu over tot de argumenten van de partijen met betrekking tot het risico van buitenlandse niet-erkenning in deze zaak.

### (c) **Erkenning in Frankrijk**

Beide partijen hebben lijvige elkaar tegensprekende deskundigenverklaringen overlegd met betrekking tot de vraag of buitenlandse rechtbanken gezag van gewijsde zouden geven aan een Amerikaans vonnis of een Amerikaanse schikking in deze zaak.<sup>12</sup> Omdat een grote meerderheid van de buitenlandse aandeelhouders Franse staatsburgers zijn, zal de Rechtbank eerst, en meer gedetailleerd, de waarschijnlijkheid van erkenning van een Franse rechtbank behandelen.

---

<sup>12</sup> Voor citaten met betrekking tot de tegenstrijdige deskundigenverklaringen van de partijen zullen de volgende afkortingen gebruikt worden: Verklaring van Bernart Audit ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 27 sept. 2005 (“Audit Verkl.”); Verklaring van Guy Carcassonne ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 23 sept. 2005 (“Carcassonne Verkl.”); Verklaring van Daniel Cohen ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 3 okt. 2005 (“Cohen Verkl.”); Verklaring van Gérard de Geouffre de la Pradelle ter Ondersteuning van Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 29 sept. 2005 (“de la Pradelle Verkl.”); Verklaring van Olivier Renard-Payen ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 27 sept. 2005 (“Renard-Payen Verkl.”); Verklaring van François Terré ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Bezwaar tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 30 sept. 2005 (“Terré Verkl.”); Gemeenschappelijke Verklaring van Daniel Cohen en Géraud de Geouffre de la Pradelle ter Ondersteuning van Vivendi Universal, S.A.’s Dupliek van Bezwaar tegen het Vervangende Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 3 feb. 2006 (“Cohen/de la Pradelle Verkl.”); Verklaring van Alexis Mourre ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 6 dec. 2005 (“Mourre Verkl.”); Verklaring van Hélène Gaudemet-Tallon ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 1 dec. 2005 (“Gaudemet-Tallon Verkl.”); Verklaring van Hans Smit ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers

Beide partijen zijn het erover eens, dat er geen bilateraal (of multilateraal) verdrag tussen Frankrijk en de Verenigde Staten bestaat dat de erkenning en de tenuitvoerlegging regelt van vonnissen en juridische uitspraken die door hun respectieve rechtbanken gewezen en gedaan worden. (Zie Mourre Verkl. ¶ 19; Renard-Payen Verkl. ¶ 12; Audit Verkl. ¶ 13; de la Pradelle Verkl. ¶ 15.) De Franse wet volgt ook niet de voorwaarde van wederkerigheid, waarbij een buitenlandse rechterlijke uitspraak alleen in Frankrijk rechtsgeldigheid heeft indien de buitenlandse bevoegdheid rechtsgeldigheid verleent aan Franse beslissingen. (Zie Terré Verkl. ¶ 14.) De Amerikaanse regels voor erkenning van buitenlandse vonnissen zijn derhalve niet relevant, en Franse erkenning van een Amerikaans vonnis wordt uitsluitend door middel van raadpleging van Frans recht vastgesteld. De kwestie of een Amerikaans class action-vonniss door een Franse rechtbank erkend en uitgevoerd zou worden, is door Franse rechtbanken nooit direct aan de orde gesteld. (Zie Mourre Verkl. ¶ 17; de la Pradelle Verkl. ¶ 35; Gaudemet-Tallon Verkl. ¶ 26; Smit Verkl. ¶ 91.) Franse jurisprudentie behandelt echter wel in algemene termen de omstandigheden waaronder buitenlandse vonnissen kunnen worden erkend. (Zie de la Pradelle Verkl. ¶ 15.)

Krachtens Franse jurisprudentie moet een buitenlandse beslissing, alvorens deze in Frankrijk uitgevoerd of erkend kan worden (d.w.z. gezag van gewijsde kan krijgen), eerst onderworpen worden aan de “exequatur”-procedure. (Terré Verkl. ¶ 15; de la Pradelle Verkl. ¶ 30; Mourre ¶ 154.) Exequatur-procedures hebben betrekking op de uitvoerbaarheid van een buitenlandse beslissing onder Frans recht, en niet op de essentie van het onderliggende geschil. (Terré Verkl. ¶ 16; Smit Verkl. ¶ 56.)

---

tot Class-Certificering, 20 dec. 2005 (“Smit Verkl.”); Aanvullende Verklaring van Alexis Mourre ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 22 juni 2006 (“Mourre Aanv. Verkl.”); Gezamenlijke Verklaring van Bernard Audit, Guy Carcassonne, Daniel Cohen, Gérard de Geouffre de la Pradelle, en Olivier Renard-Payen Waarin Opmerkingen Uiteengezet Worden met Betrekking tot de Aanvullende Verklaring van Alexis Mourre en de Beslissing van de *Cour de Cassation* in *Prieur v. De Montenach*, 7 juli 2006 (“Aanv. Verkl. Ged.”).

Wanneer exequatur wordt toegekend, wordt het onderliggende geschil niet veranderd, maar wordt de inhoud ervan in de exequatur-uitspraak opgenomen, die dan executoriale titel en gezag van gewijsde in Frankrijk verkrijgt. (Terré Verkl. ¶ 16; Mourre Verkl. ¶¶ 154–56.) De tegenstrijdige deskundigenverklaringen zijn het erover eens, dat erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen (toekennen van exequatur) in Frankrijk voornamelijk geregeld wordt door het in de *Munzer*-zaak, gewezen vonnis van de hoogste rechtbank van Frankrijk, het *Cour de cassation*, in 1964. (Zie, bv., Audit Verkl. ¶¶ 14, 16; Mourre Verkl. ¶ 20; de la Pradelle Verkl. ¶ 17; Terré Verkl. ¶ 19; Renard-Payen Verkl. ¶ 13.) De voorwaarden waaraan volgens *Munzer* voldaan moet worden om exequatur toe te kennen, kunnen als volgt worden samengevat: (1) de buitenlandse rechtbank dient de vereiste bevoegdheid te hebben onder Frans recht (de “jurisdictiecomponent”); (2) de buitenlandse rechtbank moet het juiste recht onder de Franse beginselen voor rechtsconflicten hebben toegepast (“het toepasbaar recht-element”); (3) de beslissing mag niet in strijd zijn met de Franse opvattingen over internationale openbare orde (het “openbare orde-element”); en (4) de beslissing mag niet het resultaat zijn van een *fraude à la loi* (ontduiken van de wet), of “forumshopping” (het “forumshopping-element”). (Zie Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 5.)

#### (i) Jurisdictiecomponent

Of deze rechtbank beschouwd zou worden als juist aanspraak makend op bevoegdheid over de Franse gedaagden wordt geregeld door de uitspraak van de *Cour de cassation* in de zaak *Simitch v. Fairhurst* (Cass. 1e civ. 6 feb. 1985) (zie Aanv. Verkl. Ged. ¶ 3; Mourre Verkl. ¶ 22; Smit Verkl. ¶ 58). De *Simitch*-toetsing vereist voor een juiste uitoefening van zijn bevoegdheid door een buitenlandse rechtbank, moet zijn voldaan aan de volgende vereisten: (1) de zaak mag niet vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de Franse rechtbanken, (2) de omstandigheden van de zaak of het vonnis in kwestie moeten op een “kenmerkende manier” met de buitenlandse rechtbank verbonden zijn, en (3) de keuze van de buitenlandse rechtbank mag niet bedrieglijk zijn. (Zie Mourre Verkl. ¶ 24; zie ook Aanv. Verkl. Ged. ¶ 3.)

De door gedaagden aanvankelijk ingediende conclusies steunden zwaar op de bewering dat de Franse rechtbanken exclusieve bevoegdheid over Franse gedaagden zouden hebben onder Artikel 15 van het Frans Burgerlijk Wetboek, en dat Franse rechtbank, zonder verklaring van afstand, nooit een Amerikaans vonnis tegen een Franse rechtspersoon zouden erkennen. Dit standpunt is in het licht van de recente beslissing van de *Cour de cassation* in *Prieur v. Montenach* (Cass. 1e civ. 23 mei 2006), waarin gesteld wordt dat “Artikel 15 alleen een optionele bevoegdheid van Franse rechtbanken verschaft”, niet langer houdbaar.

De vraag is dan of er een voldoende of “kenmerkend verband” bestaat om de uitoefening van bevoegdheid door een Amerikaanse rechtbank te rechtvaardigen. Eiser’s deskundigen voeren aan dat om aan dit vereiste te voldoen, een Franse rechtbank niet hoeft vast te stellen dat de buitenlandse rechtbank onder de Franse conflicterende bevoegdheidsregels geen bevoegdheid heeft, maar eerder dient aan te tonen dat er tussen de zaak en de buitenlandse rechtbank zodanig voldoende verbanden bestonden dat zijn bevoegdheidsuitoefening niet ongeoorloofd was. (Mourre Verkl. ¶ 76.) Hoewel er geen exacte criteria bestaan om te definiëren wat een “kenmerkend verband” (*id.* bij ¶ 75) zou kunnen vormen, vergelijkt één van de deskundigen van eisers, Professor Hans Smit, het met het Amerikaanse concept van absolute competentie. (Smit Verkl. ¶ 58). Deze Rechtbank heeft natuurlijk vastgesteld dat absolute competentie bestaat, gebaseerd op de bewering van eisers dat een substantieel aantal van de aandelen van Vivendi in de Verenigde Staten verhandeld werd, en dat individuele gedaagden naar de Verenigde Staten verhuisden om de aanwezigheid van Vivendi daar uit te breiden, en dat een aantal van de vermeende frauduleuze handelingen in de Verenigde Staten plaatsvond. (*Zie* Mourre Verkl. ¶ 77.) Gebaseerd op het voorgaande, concluderen de deskundigen van eisers dat “in deze zaak makkelijk voldaan wordt” aan het vereiste van “kenmerkend verband” (*id.* bij ¶ 78), en dat er dus “geen twijfel kan bestaan” over dit feit (Smit Verkl. ¶ 58).

De deskundigen van gedaagden zijn echter niet overtuigd van de waarschijnlijkheid dat voldaan wordt aan de “kenmerkend verband”-toetsing. Ze zijn daarentegen “zeker van hun standpunt dat een Franse rechtbank een bewering van bevoegdheid van een Amerikaanse rechtbank over de buitenlandse/afwezige groepsleden als onjuist zou verwerpen”. (Aanv. Verkl. Ged. ¶ 5). De deskundigen van gedaagden baseren deze conclusie grotendeels op de omstandigheden die ten grondslag liggen aan de erkenning door de *Cour de cassation* van buitenlandse bevoegdheid in de bovengenoemde *Prieur*-zaak. In deze zaak oordeelde de Franse rechtbank dat het uitoefenen van bevoegdheid door de Zwitserse rechtbanken juist was in een procedure tot nietigverklaring waarin de man en vrouw beiden in Zwitserland geboren waren, in Zwitserland onder Zwitsers recht getrouwd waren, en hun echtelijke verblijfplaats in Zwitserland hadden gevestigd. Hoewel de man Frans staatsburger was, concludeerde de Franse Rechtbank dat deze “banden” met Zwitserland het verwijzen van de zaak naar Zwitserse rechtbanken om te oordelen over de nietigverklaring van het huwelijk rechtvaardigden. (Zie *Mourre* Aanv. Verkl. Ex. A, bij 3.) De deskundigen van gedaagden betogen dat de *Prieur*-zaak aantoont, dat een Franse rechtbank een gelijksoortige bewijsvoering van wezenlijke contacten tussen de partijen en de buitenlandse bevoegdheid zal vereisen alvorens een “kenmerkend verband” te erkennen. (Aanv. Verkl. Ged. ¶¶ 8-9). In tegenstelling tot de partijen in de *Prieur*-zaak, hadden de buitenlandse aandeelhouders in de voorgestelde class geen directe contacten met de Verenigde Staten, en kochten hun Vivendi-aandelen niet in de Verenigde Staten. (*Id.* bij ¶ 10.) Daarnaast hebben de buitenlandse aandeelhouders geen enkele expliciete wens getoond om Vivendi (een Franse rechtspersoon met hoofdkantoor in Parijs) in de Verenigde Staten te vervolgen of hier in de voorgestelde class opgenomen te worden. (*Id.*)

Het erkende verschil in mate van de contacten tussen de partijen en de buitenlandse rechtbank in *Prieur* en in de onderhavige zaak, is echter niet voldoende om deze Rechtbank te overtuigen dat een Franse rechtbank geen voldoende kenmerkend verband tussen de vermeende fraude in deze rechtszaak en de Verenigde Staten zou vinden om het uitoefenen van bevoegdheid door de Rechtbank te ondersteunen. De deskundigen van gedaagden tonen slechts aan, dat waar de banden van een zaak met de buitenlandse bevoegdheid zo significant zijn dat ze als bijna onbetwistbaar beschouwd kunnen worden, een kenmerkend verband gemakkelijk vastgesteld kan worden. Hieruit volgt niet dat het verband tussen het vermeend frauduleus handelen van gedaagden, dat voor een voldoende deel in de Verenigde Staten plaatsvond om een absolute competentie van bevoegdheid onder ons recht te rechtvaardigen, onvoldoende zou zijn volgens de “kenmerkend verband”-norm. De banden tussen de partijen en het buitenlandse gerecht in *Prieur* strekken zich meer uit tot het vaststellen van een als voorbeeld kunnen dienend geval, dan dat ze licht werpen op wat een Franse rechtbank zou beslissen wanneer deze geconfronteerd zou worden met de potentieel concretere vraag die hier aan de orde is. Op basis van overgelegde stukken, volgens welke de CEO en CFO van Vivendi hun werkzaamheden naar de Verenigde Staten verplaatsten en, zoals beweerd, daar hun frauduleuze praktijken voortzetten, concludeert de Rechtbank dat een Franse rechtbank waarschijnlijk een “kenmerkend verband” zou vaststellen dat voldoende zou zijn om te voldoen aan de tweede component van de *Simititch*-toetsing.

De laatste component van de *Simititch*-toetsing is dat de keuze van eisers voor een Amerikaanse rechtbank niet frauduleus mag zijn geweest. Dit vereiste omvat twee verschillende elementen: Ten eerste mag het buitenlandse vonnis “niet zijn verkregen door middel van misleidende handelingen”. (Mourre Verkl. ¶ 79.) Gedaagden betwisten dit element niet. Ten tweede mag de zaak niet behandeld zijn door “een buitenlandse rechtbank om een vonnis van die buitenlandse rechtbank te verkrijgen onder buitenlands recht dat verschilt van het recht waaraan de procederende partij anders in het binnenland onderworpen zou zijn.” (Terré Verkl. ¶ 45.) Dat wil zeggen, dat eiser bevoegdheid niet mag hebben opgebracht teneinde een gunstiger gerecht te kiezen als de Franse wet had moeten worden toegepast.

Gedaagden voeren aan dat de Amerikaanse rechtszaak van eisers “geconstrueerd” is om een vonnis onder Frans recht te ontwijken. In 2002 verzocht de “ADAM”-vereniging (die minderheidsaandeelhouders beschermt) samen met een aantal aandeelhouders van Vivendi (met naam genoemd) aan de Handelsrechtbank van Parijs om Vivendi tijdens de basis class-periode te onderzoeken. De rechtbank achtte de eis “ongegrond” en verwierp deze. De voorzitter van ADAM verklaarde naar verluidt dat de afwijzing haar aanzette om een class action in de Verenigde Staten in naam van Franse aandeelhouders in te stellen. Gedaagden voeren aan, dat de Amerikaanse rechtszaak dus een poging is om juiste toepassing van Frans recht te vermijden, en een toekenning van exequatur zal uitsluiten. (Terré Verkl. ¶ 46; zie ook Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 21.)

Ten eerste is er geen bewijs dat de voor de Rechtbank hangende zaak daadwerkelijk aangespannen is op instigatie van de voorzitter van ADAM. Daarnaast is het, hoewel eisers in deze zaak zeker voor deze Rechtbank verschenen zijn om de rechtsgronden en procedurele middelen te benutten die in Frankrijk niet beschikbaar zijn, geenszins zeker dat deze vermeende forumshopping een belemmering voor erkenning zou vormen. Het is inderdaad moeilijk te zien hoe eisers in deze zaak de rechtbank bedriegen door eisen op grond van Amerikaanse effectenwetgeving in te dienen die deels gebaseerd zijn op activiteiten in de Verenigde Staten, en waarvan vastgesteld is dat ze onder de absolute competentie van de Rechtbank vallen. De Rechtbank concludeert daarom dat het onwaarschijnlijk is dat een Franse rechtbank zal oordelen dat eisers betrokken zijn bij ongepaste forumshopping door deze rechtszaak in de Verenigde Staten te vervolgen, en zou concluderen dat voldaan wordt aan het derde element van de *Simititch*-toetsing (en daarbij aan de bevoegdheidscomponent van *Munzer*).

## (ii) Toepasbaar recht-component

De toepasbaar recht-component bestaat uit de vraag of volgens de Franse beginselen voor rechtsconflicten het toepassen van Amerikaans recht in deze zaak juist is. Hoewel de Franse wet erkent dat wanneer een Frans bedrijf aandelen op buitenlandse beurzen verhandelt, dit bedrijf onderworpen is aan de wetten van deze landen (*zie* Mourre Verkl. ¶ 139), is de vraag hier of het Amerikaans recht juist werd toegepast ten aanzien van niet-Amerikaanse investeerders die Vivendi-aandelen niet op de NYSE kochten. Geen van beide partijen verschaft richtsnoeren over wat erkende Franse beginselen voor rechtsconflicten in feite zijn, noch welke analyseregels toegepast worden bij het bepalen of, vanuit het Franse gezichtspunt, de juiste wet is toegepast.

De meningen van de deskundigen van gedaagden zijn niet eensluidend met betrekking tot hun analyse van de toepasbaar recht-component. Twee van de deskundigen van eisers geloven dat een Franse rechtbank zou besluiten dat het juiste toepasbare recht Frans recht zou zijn, omdat de gedaagden Frans zijn, een groot deel van de vermeende vergrijpen in Frankrijk plaatsvond, en veel van de ter zake doende transacties door Franse investeerders in Frankrijk afgesloten werden. (*Zie* Terré Verkl. ¶ 28; Audit Verkl. ¶ 25.) Terré en Audit erkennen echter beiden, dat de toepassing van buitenlands recht als juist erkend kan worden waar de doctrine van “gelijkwaardigheid” van toepassing is. (*Zie* Terré Verkl. ¶ 29; Audit Verkl. ¶ 26.) Gelijkwaardigheid bestaat indien de uitspraak van de zaak onder Frans recht dezelfde geweest zou zijn als de uitspraak die onder het betreffende buitenlands recht gedaan is. (*Zie* Terré Verkl. ¶ 29.) Zowel Terré als Audit voeren aan, dat het toepassen van Amerikaans recht en Frans recht onder deze omstandigheden niet als gelijkwaardig beschouwd zou worden door de fundamentele procedurele verschillen, zoals het opt-out- mechanisme en de berekening van schadevergoeding waarin door Regel 23 voorzien wordt.<sup>13</sup> (*Zie* Terré Verkl. ¶¶ 30–31; Audit Verkl. ¶ 26.)

---

<sup>13</sup> Ondanks de procedurele verschillen, geeft Terré toe dat de eisen in deze rechtszaak en in twee zaken die door twee aandeelhouders in Frankrijk hangend zijn, onomstotelijk gelijkend zijn. (Terré Verkl. ¶ 31; zie ook Cohen Verkl. ¶ 24 met betrekking tot gelijksoortigheid van rechtszaken die onder Frans recht aangespannen zijn.)

De deskundigen van gedaagden Cohen en De la Pradelle hebben een iets andere zienswijze, alhoewel ze tot dezelfde conclusie komen dat een Franse rechtbank niet zou oordelen dat voldaan zou worden aan de toepasbaar recht-component. Krachtens Frans recht, is een bedrijf waarvan het kantoor zich op Frans grondgebied bevindt onderworpen aan Frans recht.<sup>14</sup> (Zie Cohen Verkl. ¶ 18.) Cohen en De La Pradelle concluderen dat, gebaseerd op de voormelde bepalingen van Frans recht, ieder vonnis waarbij Amerikaans recht toegepast wordt op een zaak betreffende een Frans bedrijf, niet erkend zou worden. (Zie Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 15; zie ook Cohen Verkl. ¶ 18.) Deze bepalingen op zich verschaffen echter geen grond om te concluderen dat een bedrijf waarvan de statutaire zetel zich op Frans grondgebied bevindt, onder bepaalde omstandigheden niet onderworpen kan zijn aan de wetten van een andere bevoegdheid. Naast deze bepalingen van Frans recht, baseren Cohen en De la Pradelle zich op een beslissing van de *Cour de cassation* uit 1997, *Société Africatours* (Cass. 1e civ. 1 juli 1997). (Zie Cohen Verkl. ¶ 20, Ex. 6.) Er werd geen vertaling van de zaak verschaft, maar de volledige door Cohen verschaft vertaling luidt als volgt:

In [*Société Africatours*], legde de *Cour de cassation* de beslissing van het Hof naast zich neer waarin het Hof Senegalees recht van toepassing had verklaard op een bedrijf met statutaire zetel in Senegal, maar waarin het Hof dit recht geïnterpreteerd had vanuit het gezichtspunt van Frans recht waarvan het dacht dat het gelijkkluidend was: door dit te doen, had het hof gewoonlijk toepasselijk recht onjuist toegepast en dit verkeerd geïnterpreteerd.

(Cohen Verkl. ¶ 20.) Hoewel Cohen en De la Pradelle beweren dat deze zaak “specifiek [oordeelt] dat als de statutaire zetel van een bedrijf zich in Frankrijk bevindt, elke rechtszaak aangespannen tegen dat bedrijf door aandeelhouders, overeenkomstig Frans recht gevoerd moet worden” (Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 16), volgt deze conclusie eenvoudigweg niet zonder meer uit de beschreven redenering van de *Cour de cassation*.

---

<sup>14</sup> “Volgens Artikel 1837 van het Frans Burgerlijk Wetboek en Artikel L. 210-3 van het Franse Wetboek van Handelsrecht “zijn bedrijven waarvan de statutaire zetel zich op Frans grondgebied bevindt, onderworpen aan Frans recht”. (Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 15; Cohen Verkl. Ex. 5.)

Net als bij de jurisdictie-component, geloven de deskundigen van eisers dat in deze zaak makkelijk aan de toepasbaar recht-component voldaan wordt. “[H]et vereiste dat de buitenlandse rechtbank het recht toegepast moet hebben dat volgens de Franse regels voor rechtsconflicten bepalend is, is flexibel en... het is voldoende als het toegepast recht krachtens de Franse grondbeginselen voor rechtsconflicten wezenlijk gelijkwaardig is. Aan dit vereiste lijkt ruimschoots voldaan te worden.” (Smit Verkl. ¶ 87.) Meer specifiek, voert de deskundige van eisers Mourre eerst aan dat de heersende opvatting onder Franse rechtsgeleerden is, dat de toepasbaar-recht component niet zou moeten worden toegepast, en stelt dat dit vereiste dan ook vaak niet door de rechtbanken wordt toegepast. (Mourre Verkl. ¶ 142.) Volgens deze “heersende opvatting” hoeft in juist onderzoek alleen gekeken te worden of de buitenlandse rechter jurisdictie heeft “gegrepen” met de bedoeling om de toepassing van Frans recht te vermijden, of dat de toepassing van buitenlands recht een overtreding van de openbare orde zou vormen. (*Id.*) Subsidiair betoogt Mourre dat voldaan kan worden aan toepasselijk recht krachtens de doctrine van gelijkwaardigheid, die de toepassing van ander recht dan het recht aangewezen door de Franse regels voor rechtsconflicten accepteert wanneer de toepassing van dat recht leidt tot een resultaat dat gelijk is aan het resultaat dat onder Frans recht bereikt zou zijn. (*Id.* bij ¶ 146.) De elementen van de Sectie 10(b) eis van eisers in beschouwing genomen, samen met het feit dat in deze zaak geen vergoeding voor gevolgschade of andere speciale of morele schade kan worden toegekend, concludeert Mourre dat het resultaat in deze rechtszaak gelijk zou zijn aan het resultaat dat onder Artikel L. 465-2 van de *Code monétaire et financier*<sup>15</sup> bereikt zou zijn. (*Id.* bij ¶ 148.) Deze conclusie wordt indirect ondersteund door de deskundige van gedaagden, Professor Cohen, die zeer uitgebreid en nauwkeurig de wezenlijke overeenkomsten uiteenzet van Amerikaanse en Franse wetgeving die de verspreiding van onjuiste en misleidende informatie aan aandeelhouders verbiedt. (Cohen Verkl. ¶¶ 27–43.)

---

<sup>15</sup> Deze bepaling “voorziet in de aansprakelijkheid van natuurlijke of rechtspersonen die “op welke manier dan ook, onware of misleidende informatie in de gemeenschap verspreidt over de ontwikkelingsvooruitzichten of de situatie van een uitgever

Deskundige van gedaagden Audit is van mening dat procedurele verschillen tussen de Franse en Amerikaanse wetgeving met betrekking tot aandeelhoudersgeschillen het vaststellen van gelijkwaardigheid uitsluiten, maar hij verschaft geen grond voor zijn opvattingen. (Audit Verkl. ¶ 26). Samenvattend, concludeert de Rechtbank (a) dat de procedurele verschillen eigenlijk meer het onderwerp van een analyse van de openbare orde zijn en (b) dat de wezenlijke overeenkomsten tussen Amerikaans en Frans recht met betrekking tot aandelenfraude waarschijnlijk volgens de doctrine van gelijkwaardigheid voldoende zijn om te voldoen aan de toepasbaar recht-component van de *Munzer*-toetsing.

### (iii) Openbare Orde Component

Deze component van de *Munzer*-toetsing vereist, dat het buitenlandse vonnis in “overeenstemming moet zijn met de internationale openbare orde”. (Audit Verkl. Ex. 5.) Dit vereiste is misschien het meest problematische van alle *Munzer*-voorwaarden, aangezien Frans recht geen opt-out class actions erkent. (Cohen Verkl. ¶ 49–51; Mourre Verkl. ¶¶ 102–05). Het feit dat opt-out class actions thans niet toegestaan zijn, is natuurlijk een indicatie dat dergelijke rechtszaken in strijd met de Franse openbare orde zijn. Het feit dat een bepaald recht in Frankrijk niet erkend wordt, zal echter alleen tot niet-erkenning van een buitenlands vonnis leiden wanneer het vonnis “beginselen van universele gerechtigheid zouden schenden.” *Lautour v. Guiraud* (Cass. 1e civ. 25 mei 1948) (Mourre Verkl., Bijlage 27) (“Buitenlandse regels... zijn niet in strijd met de Franse opvatting van internationale openbare orde alleen omdat ze verschillen van verplichte bepalingen van Frans recht, maar slechts voor zover zij de beginselen van universele gerechtigheid schenden die in de Franse opvatting beschouwd worden als universele waarde bezittend.”).)

---

van aandelen wiens aandelen op een gereguleerde effectenbeurs worden verhandeld, of met betrekking tot de ontwikkelingsvooruitzichten van een financieel instrument dat op een gereguleerde markt wordt verhandeld, op een manier die de marktwaarde kan beïnvloeden.” (Mourre Verkl. ¶ 148.)

Gedaagden betogen dat een opt-out class action deze universele beginselen in drie opzichten krenkt: Ten eerste is het een geaccepteerd beginsel van Frans recht dat niemand bij volmacht een eis bij de rechtbank kan indienen. Dit beginsel (in het Frans, *nul ne plaide par parcourreur*) vereist procedureel gezien dat iedereen die in een rechtszaak optreedt als eiser of gedaagde zijn identiteit individueel in de juridische procedure bekendmaakt. (Zie Terré Verkl. ¶ 38.) Gedaagden betogen dat als resultaat hiervan, het feit dat niet alle leden van de voorgestelde class met naam geïdentificeerd zullen worden, maar in plaats daarvan vertegenwoordigd zullen worden door class vertegenwoordigers die door de rechtbank worden aangewezen, in dit geval fnuikend zal zijn voor erkenning van een Amerikaans vonnis door een Franse rechtbank. (Zie *id.* bij ¶ 39; Renard-Payen Verkl. ¶ 15; de la Pradelle Verkl. ¶¶ 40–43; Cohen/de la Pradelle ¶¶ 19–20.) Gedaagden betogen voorts dat het niet identificeren van elke eiser individueel in strijd is met Franse ideeën over behoorlijke rechtsgang. (Audit Verkl. ¶ 30.) Dit is wegens een “sterk beginsel” van Frans recht dat niemand een eiser zou mogen zijn zonder daarvoor uitdrukkelijke toestemming te geven. (Audit Verkl. ¶ 31.) Members van een opt-out class zijn natuurlijk niet vereist om stappen te ondernemen om in deze class te worden opgenomen. Gedaagden voeren ook aan dat de opt-out class strijdig is met het fundamentele beginsel van het conflictmodel, *le principe du contradictoire*, dat elke procederende partij de “persoonlijke vrijheid” geeft om tijdens elke procedure die zijn rechten beïnvloedt te verschijnen en gehoord te worden. (Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 20; Audit Verkl. ¶ 32) Met name waar individuele kennisgeving niet vereist is (zoals krachtens Regel 23 toegestaan is), zou een class member zijn fundamentele recht om te verschijnen kunnen worden ontnomen zonder ooit een daadwerkelijke kennisgeving te hebben ontvangen. (Cohen/de la Pradelle Verkl. ¶ 20.) Tenslotte zijn resultaatsafhankelijke honoraria onder Frans recht verboden, omdat dergelijke honoraria het voor de eisers beschikbare bedrag aan schadevergoeding verlagen, en daarom zou een Amerikaans vonnis waarin resultaat afhankelijke honoraria werden toegekend “waarschijnlijk worden beschouwd” als een overtreding van de Franse openbare orde. (Audit Verkl. ¶ 34.)

De deskundigen van eisers verwerpen de opvatting dat class actions Amerikaanse stijl onverenigbaar zijn met fundamentele rechtsbeginselen zoals die door de Franse rechtbanken worden geïnterpreteerd. (Smit Verkl. ¶¶ 85-90; Mourre Verkl. ¶¶ 97-105.) En zo betoogt Mourre dat collectieve vorderingen kunnen worden ingesteld door vakbonden namens werknemers zonder individuele toestemming, en dat verenigingen van houders van auteursrechten in de rechtbank mogen handelen in naam van de leden van hun groep. (Mourre ¶¶ 99-101.) Daarnaast hebben verenigingen van aandeelhouders, zoals één van de eigen deskundigen van gedaagden aanvoert, het recht om bedrijven en hun directeuren te vervolgen, en om een volmacht van individuele aandeelhouders (met gebruik van post en openbare kennisgeving) te vragen om namens hen te handelen. (Cohen Verkl. ¶¶ 45-48.) Hoewel deze procedures zeker kunnen worden onderscheiden van een Regel 23(b)(3) opt-out class, tonen ze geen fundamentele afkerigheid tegen het concept collectieve vorderingen.

De deskundigen van eisers betogen voorts dat gedaagden het beginsel van *nul ne plaide par procureur* verkeerd interpreteren en toepassen. In Mourre's opvatting, staat het beginsel van *nul ne plaide par procureur* voor de bewering dat een partij bij een rechtbankprocedure niet kan verschijnen als optredend in zijn eigen belang, wanneer deze partij in werkelijkheid de rechten laat gelden van een andere partij wiens identiteit verborgen wordt gehouden. Het doel is om procedurele fraude te vermijden, zodat een gedaagde op de hoogte is van specifieke verweren. (Mourre Verkl. ¶ 131; zie ook Smit Verkl. ¶ 74 (van oordeel zijnde dat de regel het Franse equivalent is van het vereiste van daadwerkelijk-belanghebbende-partij van Regel 17).) In dit geval, weten eisers dat gedaagden de afwezige groepsleden vertegenwoordigen, die de daadwerkelijke partijen zijn, samengevoegd door het vereiste van gemeenschappelijkheid en typisch karakter van Regel 23.

(Zie Smit Verkl. ¶ 74; Mourre Verkl. ¶ 132.) Daarnaast, wijst Mourre op jurisprudentie die bevestigt dat *nul ne plaide par procureur* geen deel uitmaakt van het Franse opvatting van internationale openbare orde, en geen grond is om een buitenlands vonnis nietig te verklaren. (Mourre Verkl. ¶¶ 133–34 (citaat *Chenue v. Brachat* (Paris 5e. B, 24 okt. 1991); *Colmar, Kruger v. Fougerolle* (30 apr. 1996); *Mandel v. Coprim* (Paris 1e. C, 27 okt. 1998)).

De deskundigen van eisers erkennen dat Franse staatsburgers als “persoonlijke vrijheid” het recht hebben om in elk proces te verschijnen en gehoord te worden, maar bestrijden eenvoudigweg dat Regel 23(b)(3) deze rechten respecteert door alle groepsleden de gelegenheid te geven geen deel uit te maken van de class. (Smit Verkl. ¶ 88; Mourre Verkl. ¶¶ 109–10. Mourre merkt ook op, dat collectieve vorderingen door vakbonden door Franse vakbonden zijn toegestaan op een gelijke basis als een opt-out-procedure, op voorwaarde dat leden-werknemers in kennis gesteld worden van de vordering. (Mourre Verkl. ¶ 99.) Het kan dus goed zijn dat Franse rechtbanken een Amerikaans class action vonnis zouden uitvoeren dat gericht is tegen een groepslid dat een feitelijke kennisgeving ontving, en daarom een zinvolle kans had om zijn “persoonlijke vrijheid” uit te oefenen, maar weigeren om het vonnis uit te voeren tegen een groepslid dat kan aantonen dat hij geen feitelijke kennisgeving ontving.

Na de gedetailleerde beëdigde verklaringen van beide partijen te hebben afgewogen, concludeert de Rechtbank dat een opt-out class-vonnis de Franse opvattingen over internationale openbare orde niet zou krenken. Hoewel het duidelijk is dat dergelijke class actions momenteel niet toegestaan zijn, is het eveneens duidelijk dat de situatie snel aan het veranderen is. De eigen deskundige van gedaagden, Professor Cohen, merkte deze ontwikkeling op:

De Franse wet ontwikkelt zich continu in een voor *class actions* gunstige richting. In navolging van de Amerikaanse praktijk, wilde de President van de Franse Republiek serieus collectieve vorderingen ontwikkelen, en stelde op 13 april 2005 een onderzoekscommissie in die belast werd met de invoering van een soort “class action” voor consumentenbetrekkingen.

De kwestie van het invoeren van “*effecten class actions*” in Frans recht om aandeelhouders en investeerders op een doeltreffender manier te beschermen kwam natuurlijk ook aan de orde... Het minste dat men kan zeggen, is dat deze ontwikkeling snel terrein wint en de evolutie van Frans recht zeer snel lijkt te gaan.

Hoewel nog niet zo lang geleden leek dat class actions ver van Frans recht afstonden, wordt tegenwoordig steeds meer actie ondernomen om te proberen om de exacte mate te bepalen en de class actions aan de Franse situatie aan te passen... Het Franse recht beweegt zich dus in de richting van “class actions” in zaken van bescherming van aandeelhouders en investeerders.

(Cohen Verkl. ¶¶ 49–50.) Gedaagden voeren snel aan, dat in het onderzoek waarnaar door Professor Cohen verwezen wordt, opgemerkt wordt dat de meeste leden van de onderzoeksgroep van mening waren dat opt-out class strijdig met Frans recht zou zijn. (Cohen/de la Pradelle Verkl. Ex. D bij 32). Aan de andere kant, beval een aantal van de leden van het onderzoek wetgeving aan voor invoering van een opt-out class mechanisme gebaseerd op de in de Verenigde Staten en Québec van kracht zijnde modellen. (*Zie, bv., id.* Ex. D, Werkgroeprapport, Commentaar van Jean-Guy Lévy, Voorzitter van de Orde van Advocaten.) Of Frankrijk al dan niet class action-wetgeving aanneemt en of deze wetgeving een opt-out mechanisme zal bevatten, kan natuurlijk niet voorspeld worden. De door de Franse President uitgesproken opvattingen, alsmede de aanhoudende discussie binnen de juridische en zakenwereld, is een sterk bewijs dat het class action-model niet in dusdanige mate strijdig is met de Franse openbare orde dat het gebruik hiervan waarschijnlijk zou worden beoordeeld als een schending van de “beginselen van universele gerechtigheid” of strijdig met de “internationale openbare orde.” Dienovereenkomstig, is het waarschijnlijk dat voldaan wordt aan de openbare orde-component van de *Munzer*-toetsing.

#### (iv) Afwezigheid van Bedrog

De laatste component van de *Munzer*-toetsing (dat de procedure voor de buitenlandse rechtbank niet bedrieglijk is), is behandeld tijdens de overweging door de Rechtbank van de *Simitch*-beslissing. *Zie discussie hierboven.* Om de hierboven vermelde redenen, lijkt het onwaarschijnlijk dat een Franse rechtbank zou oordelen dat sprake is van bedrog of ongepaste forumshopping bij het instellen voor deze Rechtbank van vorderingen die voortkomen uit Amerikaans effectenrecht.

\* \* \*

Samenvattend concludeert de Rechtbank, dat de deskundigen van eisers een waarschijnlijkheid hebben aangetoond dat Franse rechtbanken zullen oordelen dat (i) deze Rechtbank zijn jurisdictie over eisen die een “kenmerkend verband” met deze jurisdictie hebben juist heeft vastgesteld; (2) Amerikaanse effectenwetten voldoen aan de doctrine van gelijkwaardigheid en op juiste wijze zijn toegepast; (3) een vonnis in deze zaak de beginselen van universele gerechtigheid niet zal schenden; en (4) eisers zich niet hebben ingelaten met verboden forumshopping. Er zou dus eerder wel dan niet erkenning aan dit vonnis worden verleend wanneer een exequaturprocedure zou worden ingesteld.

#### (d) Erkenning in Engeland

Er bestaat geen duidelijke autoriteit die het kracht van gewijsde-effect van een Amerikaans class action-vonnis in Engeland behandelt. Omdat er geen wet of verdrag in het spel is, wordt de kwestie behandeld krachtens regels van gewoonterecht (common law rules). Engels gewoonterecht voorziet in tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis wanneer de buitenlandse rechtbank “competent” was.<sup>16</sup> Engelse autoriteiten behandelen de competentie van een buitenlandse rechtbank consequent in termen van of er jurisdictie over de *gedaagde* bestond. Een rechtbank is dus competent wanneer (i) de gedaagde zich binnen zijn jurisdictie bevond toen de procedure werd ingesteld, of (ii) de gedaagde zich aan zijn jurisdictie onderworpen heeft. (Verklaring van Laurence Rabinowitz ter Ondersteuning van het Verweer van Vivendi Universal, S.A. tegen het Verzoek tot Class-Certificering van Eiser, 29 sept. 2005 (“Rabinowitz Verkl.”), ¶ 25.) Volgens deze norm, zou deze Rechtbank natuurlijk competent zijn omdat de uitgebreide Amerikaanse activiteiten van Vivendi haar binnen de competentie van de Rechtbank plaatsen.

Gedaagden betogen echter, dat indien Engelse rechtbanken zich voor deze vraag geplaagd zagen, ze ook zouden vereisen dat een Amerikaanse rechtbank persoonlijke jurisdictie zou hebben over niet-Amerikaanse groepsleden door middel van hun individuele verschijning in de rechtszaak.

(Rabinowitz Verkl. ¶ 26.)

---

<sup>16</sup> De andere elementen die over het algemeen vereist zijn om gezag van gewijsde vast te stellen zijn (i) dat het vonnis definitief is, (ii) dat er een gelijkheid van partijen is en (iii) dat er gelijkheid van onderwerp is. (Rabinowitz. Verkl. ¶ 34 (citaat *Good Challenger v. Navegante SA v. Metalexportimport SA* [2003] EWCA Civ. 1668).) Gedaagden betogen niet dat niet aan deze elementen zou worden voldaan.

In dicta in *Campos v. Kentucky & Indiana Terminal Railroad Company* [1962] 2 Lloyd's Rep.459 (QB) kan enige steun voor dit standpunt gevonden worden. In deze zaak besloot de rechtbank ten gunste van de gedaagde over de zaak ten gronde, maar merkte verder op, dat het subsidiaire verweer van gedaagde van gezag van gewijsde met betrekking tot een positief Amerikaans class action-vonnis waarschijnlijk zou falen omdat (i) het Amerikaanse proces een "pseudo" class proces was,<sup>17</sup> dat zelfs krachtens Amerikaans recht niet bindend was voor afwezige partijen en (ii) eiser in ieder geval geen class member groepslid was bij aanvang van de Amerikaanse procedure. Tenslotte oordeelde de rechtbank dat het argument dat gezag van gewijsde in een Engelse rechtbank niet tegen een partij die in de buitenlandse procedure geen proces heeft gehad kon werken, "zeer sterk" was. Dit doet de vraag ontstaan of een groepslid een partij is. Het is dus verre van duidelijk hoe de opmerking van de rechtbank (accuraat voor zover de strekking ervan) toegepast zou zijn in het geval van een "echte" Regel 23(b)(3) class waarin afwezige groepsleden voor een uiteenlopende reeks procedurele doelen, inclusief het betekenen van documenten, geen partijen zijn. Conte & Newberg, hierboven, § 1.4 n.2. De deskundige van gedaagden negeert het onderwerp eenvoudigweg, en veronderstelt, zonder analyse, dat afwezige groepsleden onderworpen zijn aan dezelfde regels van Engels gewoonrecht die, zoals reeds opgemerkt, alleen verwijzen naar de noodzaak voor betekening aan, of een verschijning van, individuele gedaagden van partijen. Hoewel Engelse rechtbanken hierdoor niet gebonden zijn, heeft het Hooggerechtshof (*Supreme Court*) deze redenering expliciet verworpen, door te stellen dat niet-ingezetene groepsleden niet individueel hoeven te verschijnen, en dat een adequate kennisgeving zonder de mogelijkheid van opt-out voldoende is om een beperkte toestemming voor bevoegdheid vast te stellen. *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 806-14 (1984). Daarbij zou de gevolgtrekking dat een Engelse rechtbank zou oordelen dat een Amerikaanse rechtbank niet competent zou zijn wanneer niet-ingezetene groepsleden niet persoonlijk gedagvaard zouden zijn, lijkt inconsistent te zijn met de regels van Engels recht met betrekking tot class processen of "vertegenwoordigingsprocessen", waarin het in feite mogelijk is dat afwezige partijen gebonden worden.

---

<sup>17</sup> "Pseudo class action was weinig meer dan een toegeeflijk samenvoegingsinstrument, dat alleen bindend zou zijn voor de oorspronkelijke partijen in het proces en degenen die vervolgens zouden interveniëren." 1 Conte & Newberg, hierboven, § 1:9.

Regel 19.6 van de Civil Procedure Rules van 1998 voorziet in het volgende:

- (1) Wanneer meer dan één persoon hetzelfde belang bij een eis heeft -
  - a. mag de eis ingesteld worden; of
  - b. mag de rechtbank bevelen dat de eis voortgezet wordt door of tegen één of meer van de personen die hetzelfde belang hebben als vertegenwoordigers van andere personen die dat belang hebben.
- (2) Mag de rechtbank instrueren dat een persoon niet mag optreden als een vertegenwoordiger.
- (3) Elke partij mag een verzoek indienen bij de rechtbank voor een rechterlijk bevel krachtens paragraaf (2).
- (4) Tenzij de rechtbank op een andere manier instrueert, is elk vonnis of bevel in een eis waarin een partij optreedt als een vertegenwoordiger krachtens deze regel -
  - a. Bindend voor alle personen die in deze eis vertegenwoordigd worden; maar
  - b. kan alleen met de toestemming van de rechtbank ten uitvoer worden gelegd door of tegen een persoon die geen partij in de eis is.

(Harris Verkl. ¶ 44.) Engelse vertegenwoordigingsprocessen zullen dus degenen binden in wiens naam een eis is ingediend (en, krachtens paragraaf 4(b), personen die geen partijen in het proces zijn met de toestemming van de rechtbank). *Zie algemeen* Neil Andrews, *Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions*, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 249 (2001). Er is geen impliciet of expliciet vereiste dat buitenlandse of binnenlandse groepsleden moeten verschijnen of gedagvaard moeten worden om gebonden te zijn. Het is waar dat de reikwijdte van vertegenwoordigingsprocessen ("representative actions") inzake eisen tot schadevergoeding in Engeland veel nauwer is dan in de Verenigde Staten, en dat het onwaarschijnlijk is dat de onderhavige zaak in Engeland als een vertegenwoordigingsproces zou kunnen worden voortgezet. (Verklaring van Jonathan Harris ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 8 dec. 2005, ¶ 45.)<sup>18</sup> Dit blijkt echter meer een procedureel dan een juridisch onderscheid te zijn, omdat het punt is dat Engels recht de competentie van zijn eigen rechtbanken om afwezige partijen te binden in passende situaties erkent.

---

<sup>18</sup> Maar de deskundige van gedaagden merkt op dat "een Engelse rechtbank zelfs een class (of vertegenwoordigings-)action tegen Vivendi in overweging zou kunnen nemen. Een dergelijke procedure wordt toegestaan door CPR Regel 19.6..." (Rabinowitz. Verkl. ¶ 23.)

Hoewel de kwestie niet vrij is van twijfels, concludeert de rechtbank op basis van de overgelegde beëdigde verklaringen dat Engelse rechtbanken, wanneer ze de kwestie uiteindelijk voorgelegd krijgen, eerder wel dan niet zouden oordelen dat Amerikaanse rechtbanken competent zijn om een definitief vonnis te vellen over de eisen van afwezige groepsleden, en daarom een vonnis of een schikking in dit geding zouden erkennen.

(Harris Verkl. ¶¶ 14–20 en 50–51 (citaat John C. L. Dixon, *The Res Judicata Effect In England of a US Class Action Settlement*, 46 Int'l & Comp. L.Q. 134, 145–50 (1997)).)<sup>19</sup>

#### (e) Erkenning in Duitsland

Of een buitenlands vonnis al dan niet in Duitsland erkend wordt, wordt geregeld door Duits procesrecht. De deskundige van eisers, Dr. Peter Mankowski, en de deskundige van gedaagden, Dr. Gerhard Herman Otto Wegen, zijn het erover eens dat er geen beslissing door een Duitse rechtbank bestaat met betrekking tot de vraag of een vonnis in een Amerikaanse class action krachtens het Duitse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Zivilprozessordnung) (“ZPO”) zou worden erkend. (Verklaring van Peter Mankowski ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 12 dec. 2005 (“Mankowski Verkl.”), ¶ 8; Verklaring van Gerhard Hermann Otto Wegan ter Ondersteuning van het Verweer van Vivendi Universal, S.A tegen het Verzoek van Eiser tot Class-Certificering, 27 sept. 2005 (“Wegan Decl.”), ¶¶ 7–8.) Artikel 328 van de ZPO voorziet in de erkenning van buitenlandse vonnissen als aan vijf voorwaarden voldaan wordt:

(1) als de buitenlandse rechtbank op basis van de Duitse bepalingen met betrekking tot jurisdictie competent was om te beslissen over de eisen, (2) of de gedaagde (in de juridische betrekkingen tussen de Verenigde Staten en Duitsland overeenkomstig het Haags Betekeningsverdrag) juist en tijdig genoeg betekend is om gedaagde in staat te stellen zich op een juiste manier te verdedigen, (3) als het vonnis niet inconsistent is met een eerder Duits of buitenlands vonnis dat op zichzelf in Duitsland erkend zou worden, (4) als de inhoud van het vonnis niet de Duitse *ordre public* schendt, d.w.z. de *conditio sine qua non*-bepalingen van Duits recht en (5) als wederkerigheid gegarandeerd is, d.w.z. als de buitenlandse rechtbank een overeenkomstig Duits vonnis zou erkennen.

---

<sup>19</sup> Net zoals in Frankrijk, zullen Engelse rechtbanken geen buitenlandse vonnissen erkennen die strijdig zijn met de “beginselen van behoorlijke rechtspleging.” Dixon, *supra*, bij 148. Het is veelzeggend dat de deskundige van gedaagden dit punt niet bestrijdt. (Zie *algemeen* Rabinowitz Verkl.)

(Wegen Verkl. ¶ 7.) De deskundige van gedaagden trekt niet in twijfel dat aan de eerste, tweede, derde en vijfde voorwaarden voldaan wordt.

Dr. Wegen betoogt echter, dat een Amerikaans class action-vonnis de “ordre public” zou schenden. (Wegen Verkl. ¶ 7.) De grondwettelijke premisse voor dit standpunt wordt gevonden in Artikel 103 van de Duitse Grondwet, dat het recht van een burger om gehoord te worden en om deel te nemen aan rechtszaken vestigt. (Wegen Verkl. ¶ 9; Mankowski Verkl. ¶ 36.) Naar dit recht wordt, in het kader van de bescherming van behoorlijke rechtsgang, verwezen als het recht van “hoor en wederhoor” (Wegen Verkl. ¶ 10), of de “hoogste grondregel”, (Mankowski Decl. ¶ 39). Interessant genoeg, lijkt Dr. Wegen te concluderen dat aan het recht van hoor en wederhoor voldaan zou kunnen worden, en dat een Amerikaans vonnis uitgevoerd zou worden ten aanzien van afwezige groepsleden, op voorwaarde dat zij een daadwerkelijke kennisgeving van de class action zouden ontvangen en de mogelijkheid zouden hebben zich terug te trekken (opt-out). (Wegen Verkl. ¶ 12.) De kennisgeving zou echter plaats moeten vinden “op een manier die strikt voldoet aan de vereisten van het Haags Betekeningsverdrag.”<sup>20</sup> (Wegen Verkl. ¶ 17.)

Het is waar dat het betekenen van documenten overeenkomstig het Haags Betekeningsverdrag een individuele betekening via de Duitse Centrale Autoriteit en plaatselijke Duitse rechtbanken zou vereisen. (Wegen Verkl. ¶¶ 13–14.) Maar betekening van documenten verwijst in deze context naar de formele overhandiging van een initieel processtuk aan een *tegenpartij*, d.w.z. de gedaagde. Het kan niet makkelijk worden opgevat als een middel om een kennisgeving te verschaffen door een eiser aan een lid van de class van eisers. (Mankowski Verkl. ¶¶ 49–54.) Overeenkomstig heeft het in de Amerikaanse context weinig zin om het recht in het kader van behoorlijke rechtsgang van een groepslid op adequate kennisgeving te beoordelen in termen van of voldaan is aan de betekeningvereisten van Regel 4 van de Federal Rules of Civil Procedure.

---

<sup>20</sup> Krachtens Duits recht, kunnen Duitse staatsburgers alleen conform de bepalingen van het Haags Betekeningsverdrag door buitenlandse eisers betekend worden.

Eisers lijken dus het betoog te winnen, dat voldaan zou kunnen worden aan de vereisten van behoorlijke rechtsgang van de Duitse grondwet door redelijk ingeschatte maatregelen om groepsleden daadwerkelijk in kennis te stellen van hun recht om zich terug te trekken uit een Amerikaans class action, en hun individuele vorderingen in te dienen of hiervan af te zien. Maar zelfs in de analyse van Dr. Mankowski lijkt het erop, dat een Amerikaans vonnis niet ten uitvoer gelegd zou worden tegen een groepslid dat feitelijk geen daadwerkelijke kennisgeving heeft ontvangen, ondanks de moeite van de eisers om kennisgeving breed uit te leggen.

Er is nog een andere aspect met betrekking tot de uitvoerbaarheid van een class action-vonnis dat door de deskundige van gedaagden niet direct behandeld wordt. Kan, afgezien van de vraag of het Haags Betekeningsverdrag het enige middel is om afwezige groepsleden te betekenen, gesteld worden dat het gebruik van een collectieve action op dusdanige wijze in strijd is met de Duitse openbare orde, dat een Amerikaans class action-vonnis onder geen enkele omstandigheid erkend zal worden? Op dit punt merkt de Rechtbank op dat collectieve actions, in tegenstelling tot Frankrijk en Engeland, in Duitsland nog steeds onbekend zijn. Duitsland heeft recentelijk de Wet op de Modelprocedure voor Investeerdersbescherming aangenomen, die meervoudige rechtsgedingen door aandeelhouders die overtredingen van de kapitaalmarkt wetten aanhangig maken aanpakt. (Mankowski Verkl. ¶¶ 32–33.) Deze wet voorziet in het gebruik van testcases waarvan het resultaat in andere individuele rechtszaken van aandeelhouders bindend zou zijn. (*Id.*) Dit is echter geen collectieve vordering in de zin dat aandeelhouders die geen partij zijn door de uitkomst gebonden worden. Ter vergelijking: zowel Frankrijk als Engeland erkennen, ofschoon onder beperkte omstandigheden, collectieve vorderingen waarin de belangen van niet-partijen verdedigd worden en niet-partijen door de resultaten gebonden zijn. *Zie discussie hierboven.* De beëdigde verklaringen van de deskundigen als geheel in beschouwing genomen, blijft de Rechtbank achter met de sterke indruk dat het goed mogelijk is dat de formaliteiten van Duits recht de erkenning van een vonnis in de onderhavige zaak uitsluiten.

De deskundige van eisers concludeert dan ook dat “men niet kan uitsluiten dat een Amerikaanse class action-schikking of class action-vonnis... in Duitsland erkend of uitgevoerd zal worden.” Deze duidelijke mening is op het oog onvoldoende, en brengt de Rechtbank ertoe te concluderen dat eisers geen waarschijnlijkheid hebben aangetoond dat Duitse rechtbanken kracht van gewijsde-effect aan een vonnis in deze zaak zullen toekennen.

**(f) Erkenning in Oostenrijk**

Met betrekking tot Oostenrijks recht, zijn deskundigen van partijen het erover eens dat er krachtens huidig toepasbaar recht een “formele wederkerigheid” moet bestaan tussen de buitenlandse staat en de Republiek Oostenrijk als voorwaarde voor erkenning van en buitenlands vonnis. (Verklaring van Christian Herbst ter Ondersteuning van het Verweer van Vivendi Universal, S.A. tegen het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 1 okt. 2005 (“Herbst Verkl.”), ¶ 34; Verklaring van Leopold Specht ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 12 mei 2005 (“Specht Verkl.”), ¶ 23.) Formele wederkerigheid kan gevestigd worden door een verdrag waarbij de buitenlandse staat en Oostenrijk partij zijn, of door een naar behoren gepubliceerd Oostenrijks decreet waarin het bestaan van wederkerigheid meegedeeld wordt. (Herbst Verkl. ¶ 34; Specht Verkl. ¶ 23.) De Verenigde Staten en Oostenrijk zijn geen partij bij een wederkerigheidsverdrag, noch is een Oostenrijks decreet gepubliceerd dat voorziet in de tenuitvoerlegging van een Amerikaans vonnis (Herbst Decl. ¶ 35.) Het antwoord van de deskundige van eisers hierop omvat slechts de opinies van een aantal Oostenrijkse rechtsgeleerden dat het vaststellen van deze vereisten door de Oostenrijkse wet van deze vereisten ongrondwettig is. (Specht Verkl. ¶¶ 23–24.) Deze opinies schieten ruimschoots tekort om vast te stellen dat een Oostenrijkse rechtbank gezag van gewijsde zou verlenen aan een vonnis of schikking dat uit deze class action voortkomt.

**(g) Erkenning in Nederland**

Eisers hebben de opinie van Professor Smit overlegd, dat Nederlandse rechtbanken bindend rechtsgevolg zouden geven aan een vonnis in of schikking van een Amerikaanse class action. Zoals in andere Europese rechtsgebieden, lijkt in Nederland een class action van aandeelhouders niet beschikbaar te zijn. (Smit Verkl. ¶ 46). Desalniettemin heeft de Nederlandse Wetgever recentelijk class action-wetgeving in andere contexten ingevoerd, hetgeen aangeeft dat erkenning van een vonnis in deze zaak niet strijdig zou zijn met fundamentele beginselen van billijkheid in Nederlands recht (*Id.* ¶¶ 36–39.) Gedaagden hebben geen bewijs geleverd om de Smit Verklaring te betwisten. Gebaseerd op de voorliggende processtukken, oordeelt de Rechtbank dat eisers een waarschijnlijkheid hebben aangetoond dat Nederlandse rechtbanken een vonnis of schikking in deze zaak zouden erkennen.

**(h) Het Risico op Niet-Erkenning Dwingt Niet tot Uitsluiting van Alle Buitenlandse Groepsleden**

Na de door beide partijen aangevoerde argumenten met betrekking tot het risico op niet-erkenning van een Amerikaans vonnis of Amerikaanse schikking in het buitenland in beschouwing te hebben genomen, concludeert de Rechtbank dat deze overwegingen, op zichzelf, geen uitsluiting rechtvaardigen van de burgers van Frankrijk, Engeland en Nederland, die anderszins mogelijke leden van de voorgestelde class zouden zijn. Als en wanneer de kwestie aan deze landen wordt voorgelegd, is het waarschijnlijker dan niet dat de rechtbanken in deze landen de uitvoerbaarheid van een vonnis of schikking in de onderhavige zaak zouden erkennen.

Het is echter eerder waarschijnlijk dan onwaarschijnlijk dat Duitse en Amerikaanse rechtbanken, op dit moment, geen gezag van gewijsde-effect zouden toekennen aan vonnissen of schikkingen in een Amerikaanse opt-out class action. Omdat rechtszaken aangespannen zouden kunnen worden door Oostenrijkse en Duitse staatsburgers tegen gedaagden die dezelfde overtreding aanvoeren als de overtreding de basis vormt van de beschuldigingen in deze zaak, concludeert de Rechtbank dat de rechtswijzing van eisen van Duitse en Oostenrijkse aandeelhouders in deze class action niet noodzakelijkerwijs superieur is.

De waarschijnlijkheid van niet-erkenning in Duitsland en Oostenrijk doet zwaarwegendere vraagstukken van billijkheid ontstaan, en beperkt, ofschoon in weinig realistische situaties, de belofte van besparing, consistentie en doelmatigheid die mogelijk gemaakt wordt wanneer groepsleden aan een definitief vonnis of definitieve schikking gebonden worden. *Zie* Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(C); *zie ook* 7AA Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* § 1780 (3e ed. 2005) (waarin opgemerkt wordt dat Regel 23(b)(3)(C) onder meer vereist dat een rechtbank “beoordeelt of het toestaan van het voortzetten van een Regel 23(b)(3)-zaak een verdubbeling van de inspanningen en de mogelijkheid van inconsistente resultaten zal voorkomen”); Edward F. Sherman, *American Class Actions Significant Features and Developing Alternatives in Foreign Legal Systems*, 215 F.R.D. 130, 130 (2003) (“[De Amerikaanse class action] dient de belangen van de economie doordat dezelfde kwesties niet telkens opnieuw in verschillende zaken hoeven te worden behandeld. De class action dient tevens de belangen van consistentie en doelmatigheid, doordat de mogelijkheid van inconsistente resultaten in verschillende processen van gelijksoortige zaken vermeden wordt, en alle vorderingen in één enkele zaak die bindend is voor alle groepsleden beslecht worden.”).

Een factor van tegenwicht is echter, dat in een globale economie bedrijven zaken doen over internationale grenzen heen en hun aandelen wereldwijd verhandelen, en handelingen van wangedrag van bedrijven (gepleegd in de Verenigde Staten, in het buitenland of beide), aanzienlijke gevolgen op de Amerikaanse markt kunnen hebben. Wanneer, zoals hier, de Rechtbank bepaald heeft dat een belangrijk deel van het vermeend gedrag in de Verenigde Staten plaatsvond, waardoor toepassing van de federale effectenwetgeving op buitenlandse overtredders gerechtvaardigd wordt, *zie In re Vivendi*, 381 F. Supp. 2nd bij 169, hebben de Verenigde Staten een sterk belang bij het, waar van toepassing, uitvoeren van deze wetten. *Cf. Dirienzo v. Philip Servs. Corp.*, 294 F.3d 21, 32 (2d Cir. 2002) (waarin de *forum non conveniens* argumenten van gedaagde deels verworpen werden op grond van het belang van de Verenigde Staten bij de tenuitvoerlegging van haar effectenwetgeving, en waarin ook opgemerkt wordt dat “[v]oor het efficiënt functioneren van aandelenmarkten, wetgeving met betrekking tot aandelenfraude duidelijk en uitvoerbaar moet zijn”); *Fidenas AG v. Compagnie Internationale Pour L’Informatique CII Honeywell Bull, S.A.*, 606 F.2d 5, 9 (2d Cir. 1979)

(“Het Congres heeft niet de bedoeling gehad om ‘toe te staan dat de Verenigde Staten gebruikt worden als een basis voor het produceren van frauduleuze aandelenconstructies voor export, zelfs wanneer ze alleen aan buitenlanders worden verkocht.” (citaat *ITT v. Vencap, Ltd.*, 519 F.2d 1001, 1017 (2d Cir. 1975))); Ilana T. Buschkin, Noot, *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy—Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, 90 Cornell L. Rev. 1563, 1569 (2005) (waarin geoordeeld werd ten gunste van “standaard vermoeden ten gunste van het opnemen van buitenlandse eisers in class action aandelenprocessen met kleine vorderingen,” omdat anders handelen de ontmoedigende werking van class rechtswijziging zou verminderen).

Daarnaast zou de Rechtbank, bij het overwegen of de dreiging van niet-erkenning de bovengeschiedheid van de voorgestelde class tenietdoet, de praktijkomstandigheden die het risico dat gedaagden in feite door een mogelijke niet-erkenning in de vorm van verdubbeling van inspanningen of inconsistente resultaten benadeeld zouden worden, niet moeten negeren. *See Cromer*, 205 F.R.D. at 135 n.32;<sup>21</sup> *In re U.S. Fin. Effectengeschil*, 69 F.R.D. at 48 (waarin opgemerkt wordt “dat praktische moeilijkheden in elk land rechtszaken door deze buitenlandse eisers feitelijk onmogelijk maken”); zie ook Buschkin, hierboven, bij 1597. In dit opzicht, zijn overwegingen met betrekking tot kracht van gewijsde van gedaagden “meer hypothetisch dan reëel,” omdat de waarschijnlijkheid van het aanspannen van een nieuwe rechtszaak door afwezige groepsleden bij voor een Europees gerecht klein is. (Mem. van Antw. van Eisers 11.)

---

<sup>21</sup> De eventualiteiten waaraan voldaan moet worden voordat echte vragen met betrekking tot gezag van gewijsde binnen de context van een vonnis zouden kunnen ontstaan worden als volgt beschreven:

“[V]eel gebeurtenissen zouden plaats moeten vinden voordat gedaagde door een onvermogen om het verweer van gezag van gewijsde succesvol te kunnen aanvoeren zou worden benadeeld. In het bijzonder (1) zou de class action door middel van een vonnis beslecht moeten worden, ondanks de grotere waarschijnlijkheid dat de zaak in plaats hiervan geschikt zou worden; (2) de class zou op gronden moeten verliezen; (3) een afwezig groepslid zou een volgende rechtszaak bij een buitenlandse rechtbank aanhangig moeten maken, ondanks praktische repressieve middelen zoals het niet beschikbaar zijn van vertegenwoordiging op basis van resultaatsafhankelijke honoraria of het class action-instrument bij die rechtbanken; (4) het afwezige groepslid zou erin moeten slagen bij die buitenlandse rechtbank bevoegdheid tegenover de gedaagden te laten vaststellen; (5) het buitenlandse groepslid zou de buitenlandse rechtbank ervan moeten overtuigen de uitspraak van deze rechtbank naast zich neer te leggen en op grond van het bewijsmateriaal ten gunste van hem te oordelen; en (6) het afwezige groepslid zou dan een rechtbank in Bermuda moeten overtuigen om een buitenlands vonnis uit te voeren en het door deze Rechtbank gegeven vonnis naast zich neer te leggen.”

Zoals de deskundige van eisers betoogt, zouden afwezige groepsleden die niet tevreden zouden zijn met een negatief vonnis, eisen indienen (1) waarover reeds in hun nadeel beslist is, (2) zonder het voordeel van resultaat afhankelijke honoraria-afspraken, (3) met het extra risico om de advocatenkosten en proceskosten te moeten betalen. Daarnaast zouden dergelijke eisers geconfronteerd worden met het risico dat gedaagden zich met succes beroepen op de bevoegdheid van deze Rechtbank om schadevergoeding te voorkomen. (Zie Smit Verkl. ¶ 105) Gelijksoortige belemmeringen zouden van toepassing zijn op afwezige groepsleden die niet tevreden zijn met een positieve uitspraak die zij inadequaat achtten. (*Id.*) En in het geval van een schikking, kan de Rechtbank een bewijs-van-vordering-mechanisme modelleren, bedoeld om alle deelnemers te binden en opnieuw procederen te ontmoedigen. Zie *Cromer*, 205 F.R.D. bij 135. Hoewel betoogd zou kunnen worden dat praktische overwegingen sterk wegen ten gunste van het toestaan van deelname van alle buitenlandse kopers aan de door eisers voorgestelde class, kiest de Rechtbank ervoor om behoedzaam te handelen en de class te beperken tot buitenlandse aandeelhouders wiens rechtbanken, in het onwaarschijnlijke geval van verdere rechtszaken, waarschijnlijk gezag van gewijsde-effect aan vonnissen in deze zaken zouden verlenen. Deze dubbele veiligheidslaag zou de gegronde overwegingen van gedaagden moeten verlichten, en pleit ten voordele van het opnemen van Franse, Engelse en Nederlandse aandeelhouders in de voorgestelde class.

### **3. Behandelbaarheid**

Bij het bepalen of een class action een superieure methode van rechtswijzing voor een bepaalde rechtszaak is, moeten rechtbanken ook de moeilijkheden bij de behandelbaarheid in beschouwing nemen waarmee zij waarschijnlijk geconfronteerd worden in een class proces, zoals de last van het voldoen aan de vereisten voor kennisgeving van Regel 23.

---

*Cromer*, 205 F.R.D. bij 135 n.32.

Zie 7AA Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* § 1780, bij 187–90. De bepaling of een bepaalde action behandelbaar is behoort “typisch” tot de discretie van de districtsrechtbank. *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Gesch.*, 280 F.3d 124, 141 (2d Cir. 2001), *cert. geweigerd*, 536 U. S. 917 (2001).

Regel 23(c)(2) vereist dat “kennisgeving bevolen moet worden, en niet slechts een discretionaire bevoegdheid is, om de leden in een subparagraaf (b)(3) class action de gelegenheid te geven om uitsluiting van de class zeker te stellen.” Fed. R. Civ. P. 23 Opmerkingen Adviescommissie, 1966 Amendement, 28 U.S.C.A. Regel 23, bij 388. Regel 23(c)(2) stelt, dat de vereiste kennisgeving de “onder de omstandigheden best haalbare kennisgeving moet zijn, inclusief individuele kennisgeving aan alle members die met redelijke inspanningen kunnen worden geïdentificeerd.” Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B). Daarbij

[m]oet in de kennisgeving in eenvoudige, makkelijk te begrijpen taal precies en duidelijk het volgende uiteengezet worden: de aard van de rechtsvordering, de definitie van de gecertificeerde class, de eisen, geschilpunten of verweren van de class, dat een class member door middel van raadsliden mag optreden als de member dit wenst, dat de rechtbank members die om uitsluiting van de class verzoeken zal uitsluiten, en het bindende rechtsgevolg van een class vonnis op groepsleden krachtens Regel 23(c)(3).

*Id.* Gedaagden betogen dat, omdat Vivendi geen informatie bezit, geen toegang heeft tot en geen recht heeft tot toegang tot informatie die individuele kennisgeving aan aandeelhouders die “aandelen aan toonder” bezitten, mogelijk zou maken, individuele kennisgeving alleen mogelijk zijn aan een klein aantal Europese groepsleden die “aandelen op naam” bezitten. (Zie Bisiaux Verkl. ¶ 9; Heiser Verkl. ¶¶ 13, 23.) Openbare aankondiging in een aantal buitenlandse staten en in verschillende buitenlandse talen zou, zo betogen gedaagden, onbehandelbaar zijn en onvoldoende om in overeenstemming te zijn met behoorlijke rechtsgang.

Hoewel individuele kennisgeving, waar redelijkerwijs mogelijk, vereist is als de namen en adressen van groepsleden niet door redelijke inspanningen kunnen worden geverifieerd, is openbare aankondiging als adequaat beoordeeld voor het voldoen aan behoorlijke rechtsgang. *Zie Eisen*, 417 U.S. bij 173 (waarin individuele kennisgeving aan alle groepsleden vereist werd wiens namen en adressen middels redelijke inspanningen konden worden geverifieerd); *Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950) (waarin kennisgeving door publicatie als grondwettelijk voldoende werd beschouwd om begunstigen te vertrouwen wiens naam en adres onbekend zijn). Zo lang als de rechtbank overtuigd is dat “de raadslieden van de class redelijk gehandeld hebben bij het selecteren van middelen waarmee de betrokken personen waarschijnlijk geïnformeerd zouden worden”, zal kennisgeving als adequaat worden beschouwd. *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, Nr. 02 Civ. 5460, 2005 WL 388562, at \*20 (S.D.N.Y. 18 feb. 2005); *zie ook In re Western Union Money Transfer Gesch.*, Nr. 01 Civ. 0335 (CPS), 2004 WL 3079932, bij \*5 (E.D.N.Y. 19 okt. 2004) (waar, in een zaak van een class die gedeeltelijk uit buitenlandse groepsleden bestond, geoordeeld werd dat een individuele kennisgeving verstuurd moet worden aan alle groepsleden die in de computerbestanden van gedaagde kunnen worden geïdentificeerd, en waarbij openbare aankondiging vereist werd, waaronder “de media opzoeken in de vorm van een perscommuniqué, een op band opgenomen persbericht en een radiopersbericht, die in verschillende buitenlandse talen moeten worden vertaald en internationaal verspreid moeten worden”); *In re Austrian & German Bank Holocaust Gesch.*, 80 F. Supp. 2d 164, 175 (S.D.N.Y. 2000) (waarin kennisgeving van een schikking aan buitenlandse groepsleden beschreven wordt als een directe kennisgeving per post aan verifieerbare members en openbare aankondiging, als, onder andere, een wijdverbreide kennisgevingscampagne in buitenlandse kranten, advertentieberichten in de belangrijkste buitenlandse steden.); *In re Holocaust Victim Assets Gesch.*, 105 F. Supp. 2d 139, 144 (E.D.N.Y. 2000) (waarin een kennisgevingsplan werd goedgekeurd dat bestond uit verschillende middelen, waaronder geadresseerde post, wereldwijde aankondiging, public relations, internet en het bereiken van de achterban in het licht van de onmogelijkheid om kennisgeving alleen per geadresseerde post te versturen).

In een recente class action schikking van American Depository Receipts en/of gewone aandelen van Royal Ahold N.V. die wereldwijde kopers omvatte, oordeelde het United States District Court voor het District of Maryland dat kennisgeving die geadresseerde post aan alle redelijkerwijs identificeerbare natuurlijke en rechtspersonen, publicatie van documenten of websites, en openbare aankondiging in een groot aantal verschillende landen en verschillende talen omvatte “volledig voldoet aan de vereisten van Regel 23 van de Federale Regels van Burgerlijke Rechtsvordering en de vereisten van behoorlijke rechtsgang.” *In re Royal Ahold N.V. Sec. & ERISA Gesch.*, 437 F. Supp. 2d 467, 472 (D. Md. 2006).

In antwoord op de overwegingen van gedaagden met betrekking tot behandelbaarheid, hebben eisers een uitgebreide beëdigde verklaring ingediend waarin de doeltreffendheid van de door hen voorgestelde methode voor het verschaffen van kennisgeving in het buitenland uiteengezet wordt. (*Zie Beëdigde Verklaring van Todd B. Hilsee op de Mogelijkheid om Kennisgeving te Verschaffen aan Groepsleden in Verschillende Landen*, 19 dec. 2005 (“Hilsee Beëd. Verkl. ¶ 7.)) Volgens deze beëdigde verklaring, zullen de volgende methoden voor kennisgeving worden gebruikt om de krachtens Regel 23(c)(2) vereiste verspreiding van kennisgeving uit te voeren: (1) individueel per post verstuurd kennisgeving aan alle redelijkerwijs identificeerbare groepsleden; (2) openbare aankondiging in geschikte media in verschillende landen om, in combinatie met geadresseerde post, een hoog percentage van de aandeelhouders in elk land te bereiken; (3) een neutraal informatief perscommuniqué, dat vooraf door de Rechtbank goedgekeurd moet worden, waarin de aanvang van het kennisgevingsprogramma wordt aangekondigd om het bewustzijn te vergroten; (4) kennisgeving via mogelijk bestaande communicatiekanalen, inclusief de website van Vivendi; en (5) een neutrale website, die door de Rechtbank vooraf goedgekeurd moet worden, vertaald in alle relevante talen, waarop de kennisgevingen, de aanklacht van de eisers, de antwoorden van gedaagden, het rechterlijk bevel tot class-certificering, een formulier voor verzoek tot uitsluiting en andere relevante documenten worden geplaatst. (*Id.* ¶ 11.)

Hoewel noodzakelijkerwijs teruggekomen zal worden op de kwestie van het uitbrengen van een passende kennisgeving, is het voor de Rechtbank voor de doeleinden van het in overweging nemen van het verzoek van eisers om een class te certificeren genoeg, dat eisers de bedoeling hebben om aan die groepsleden wiens naam en adres verifieerbaar zijn individuele kennisgeving te verschaffen, en dat de door eisers voorgestelde vorm van openbare aankondiging, hoewel complex, zowel behandelbaar als het best haalbare middel om kennisgeving te verschaffen zal blijken te zijn.<sup>22</sup> Op dit punt, “is de kwestie van buitenlandse kennisgeving niet voldoende ernstig om class-certificering te weigeren.” *In re Lloyd’s*, 1998 WL 50211, bij \*16; *cf. In re DaimlerChrysler*, 215 F.R.D. bij 301 (waarin moeilijkheden bij het behouden van een class met inbegrip van buitenlandse investeerders werden opgemerkt, en gesteld werd dat toonaangevende eisers niet adequaat hadden geantwoord op de overwegingen van gedaagden met betrekking tot class management).

#### **IV. Subclasses**

Gedaagden betogen dat er niet een enkele geïntegreerde wereldmarkt voor gewone aandelen van Vivendi en ADSs van Vivendi bestaat, en dat daarom een enkele class bestaande uit bezitters van beide soorten aandelen niet kan worden gecertificeerd. (Verd. 4–6). Impliciet in hun argument opgenomen is de bewering dat als het verzoek van eiser tot certificatie toegekend wordt, afzonderlijke subclasses ingesteld zouden moeten worden voor kopers van ADSs en voor kopers van gewone aandelen. De Rechtbank heeft onder Regel 23(c)(4)(B) de bevoegdheid van de Federale Regels van Burgerlijke Rechtsvordering om de class in subclasses op te delen. Het bestaan van uiteenlopende belangen is de voornaamste reden om subclasses in te stellen. *Zie* 1 Conte & Newberg, *hierboven*, § 8:12. Gedaagden betogen dat een enkele class niet gecertificeerd kan worden, omdat Amerikaanse en Europese aandelenmarkten niet volledig geïntegreerd zijn, en dat daarom elke groep kopers een afzonderlijk bewijs met betrekking tot de kwesties van betrouwbaarheid en schadevergoeding zullen vereisen. (Aanv. Gedaagde Mem. 8-9.)

---

<sup>22</sup> Het standpunt van gedaagden dat het verschaffen van kennisgeving aan buitenlandse groepsleden onbehandelbaar is, wordt verder ondergraven door de recente goedkeuring van Rechter P. Kevin Castel van een uitgebreid programma om kennisgeving te verschaffen aan in aanmerking komende eisers van geld dat ontvangen werd uit de schikking tussen de Securities Exchange Commission en Vivendi, Messier en Hannezo voor de overtreding van effectenwetgeving. *Zie SEC v. Vivendi Universal, S.A.*, Nr. 03 Civ. 10195 (PKC) (S.D.N.Y. 18 dec. 2006). Het kennisgevingsplan leek in veel opzichten op het plan dat in deze procedure door Hilsee werd voorgesteld. Hoewel de beslissing natuurlijk niet bindend is voor de Rechtbank, wordt door de beslissing gesuggereerd dat het realistisch is om kennisgeving te verschaffen aan buitenlandse groepsleden die bij deze zaak betrokken zijn.

Volgens de deskundige van gedaagden, Professor Gompers, zijn er twee handelsmarktgebieden omdat (1) in Amerika gevestigde investeerders geconfronteerd werden met een wisselkoersrisico waarmee buitenlandse investeerders niet te maken kregen en (2) investeerders in elk soort aandeel door het tijdsverschil tussen de markten verschillende handelsstrategieën volgden en verschillende handelsmogelijkheden hadden.

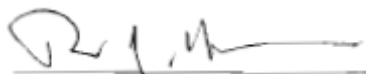
(Verklaring van Paul A. Gompers ter Ondersteuning van het Verweer van Vivendi Universal, S.A. tegen het Verzoek van Eiser tot Class-Certificering, 3 okt. 2005, ¶ 6.) Het gebrek aan volledige integratie wordt duidelijk door de marktparameters die segmentatie laten zien, en een vermeende marktvertraging die in de prijs van gewone aandelen op de Bourse van Parijs opgenomen werd alvorens de prijs van ADSs op de NYSE te beïnvloeden. (*Id.* ¶¶ 40–44.) Eisers presenteren hun eigen deskundige, Jane D. Nettesheim, die van oordeel is dat de markten voor gewone aandelen Vivendi en ADSs “in hoge mate geïntegreerd zijn”, hoewel ze toegeeft dat ze niet “perfect geïntegreerd” zijn. (Verklaring van Jane D. Nettesheim ter Ondersteuning van het Verzoek van Eisers tot Class-Certificering, 19 dec. 2005, ¶ 7.) Na de relatieve prijzen van elk aandeel tijdens het tijdsbestek waarin beide markten handelen geanalyseerd te hebben, oordeelt Nettesheim dat de prijzen “bijna altijd effectief gelijk waren”. (*Id.* ¶ 8 & Exs. 4, 5.) Hoewel de NYSE en de Bourse misschien niet perfect geïntegreerd zijn, zodanig dat gewone aandelen Vivendi en ADSs perfecte substituten met identieke prijzen en opbrengsten zouden zijn, vereist dit onderscheid geen creatie van subclasses. Er bestaat geen twijfel over dat de twee markten in hoge mate geïntegreerd zijn, en dat niets in de door gedaagden ingediende stukken de bewering dat dergelijke mogelijk bestaande kleine ondoelmatigheden tussen de markten enige invloed heeft op class-breed bewijs van het element van betrouwbaarheid. En kleine verschillen in opbrengsten tussen bezitters van ADR’s en gewone aandelen, kunnen het bedrag aan schadevergoeding beïnvloeden, maar het is onwaarschijnlijk dat deze verschillen de berekeningsmethoden zullen veranderen, tenminste niet in een mate waarin, onder de huidige omstandigheden, de creatie van subclasses gerechtvaardigd wordt.

## CONCLUSIE

In overeenstemming met het voorgaande, wordt het verzoek van eiser om de class [234] te certificeren gedeeltelijk TOEGEKEND. Hierbij wordt een class gecertificeerd die bestaat uit alle personen uit de Verenigde Staten, Engeland en Nederland die gewone aandelen of American Depository Shares in Vivendi, S.A. kochten of op een andere manier in hun bezit kregen in de periode tussen 30 oktober 2000 en 14 augustus 2002.

ALDUS BEVOLEN.

Gedateerd: New York, New York  
21 mei 2007



Richard J. Holwell

Rechter van de Districtsrechtbank van de Verenigde Staten