

UNITED STATES DISTRICT COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

----- x

INZAKE VIVENDI UNIVERSAL, S.A.
GESCHIL INZAKE EFFECTEN

02 Civ. 5571 (RJH) (HBP)

MEMORANDUM
MENING EN UITSPRAAK

----- x

Dit is een class action over fraude met effecten aangespannen ten behoeve van de aandeelhouders van Vivendi, S.A. (“Vivendi” of de “Onderneming”) tegen de Onderneming en haar vroegere Chief Executive Officer en Chief Financial Officer, Jean-Marie Messier en Guillaume Hannezo. Vivendi is een naamloze vennootschap met zetel in Frankrijk. De eisers beschuldigen de gedaagden van het verheimelijken van een liquiditeitscrisis die, van zodra ze bekend raakte, een belangrijke prijsdaling veroorzaakte van de Vivendi-aandelen die worden verhandeld aan de beurs van New York en diverse buitenlandse beurzen, waaronder de Bourse te Parijs.

In haar mening van 4 november 2003 heeft de Rechtbank (Baer, J.) het verzoek tot seponering van de gedaagden afgewezen wegens absolute onbevoegdheid. *Betreft Vivendi Universal, S.A. Effectengeschil*, 381 F. Bijl. 2d 158, 169 (S.D.N.Y. 2002) (“*Vivendi I*”). In haar mening van 21 september 2004 heeft de Rechtbank (Holwell, J.) het verzoek tot herziening van de gedaagden afgewezen, concluderend dat de absolute bevoegdheid correct gebaseerd was op het vermeende gedrag van de gedaagden (inclusief de bedrijfsvoering van de Onderneming door de CEO en CFO vanuit hun hoofdzetel in New York) dat bijdroeg tot de vermeende fraude en direct schade berokkende aan beleggers in binnen- en buitenland. *Betreft Vivendi Universal, S.A. Effectengeschil*, nr. 02 Civ. 5571 (RJH), 2004 WL 2375830, bij *7 (S.D.N.Y. 22 okt. 2004) (“*Vivendi II*”). Op 21 mei 2007 keurde de Rechtbank (Holwell, J.) het verzoek goed van de eiser voor tot goedkeuring van de class en opname van aandeelhouders uit de Verenigde Staten, Frankrijk, Engeland en Nederland in de class.

Betreft Vivendi Universal, S.A. Effectengeschil, 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007) (“Vivendi III”).

De gedaagden stellen nu voor de beslissing van de Rechtbank tot goedkeuring van de class gedeeltelijk te herzien en halen daarbij “recente” informatie aan die beweerdelijk aantoont dat de voorkeurseis van Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(3) (Regel 23(b)(3)) van de federale voorschriften voor burgerlijke rechtsvoering) niet kan worden gestaafd ten aanzien van Franse aandeelhouders die, naar de gedaagden aanvoeren, nu dienen te worden uitgesloten van de class. Kortom, de gedaagden betogen dat Franse rechtbanken nooit kracht van gewijsde zullen toekennen aan een uitspraak in een class action met opt-out mogelijkheid volgens bepaling Regel 23 (b)(3) en dat dit geding derhalve niet de beste methode is om de aanspraken van de Franse aandeelhouders te beslechten.

Na onderzoek van de doorgaans uitvoerige ingediende stukken van de partijen, concludeert de Rechtbank dat zo goed als alle “recente” ontwikkelingen die de gedaagden aanhalen, betrekking hebben op de aanhoudende discussie in Frankrijk en de Europese Unie over het feit of class action procedures zouden moeten worden aangenomen, met ofwel een mogelijkheid tot deelnemen (opt-in) of tot distantieren (opt-out). De verandert niets aan de onderliggende kwestie, met name welke vorm of vormen van collectieve acties zouden overeenkomen met de Franse grondwet volgens de interpretatie van het grondwettelijk hof van Frankrijk, de Conseil Constitutionnel. Deze kwestie, evenals de directere kwestie of een Franse rechtbank - tegen de internationale openbare orde in - de tenuitvoerlegging van een Amerikaanse class action uitspraak zou weigeren, werden grondig uiteengezet door de partijen en overwogen door de Rechtbank in de context van het oorspronkelijk verzoek tot goedkeuring van de class van de eisers. Op grond van in *Vivendi III* en hieronder uiteengezette redenen, verwerpt de Rechtbank het verzoek tot herziening van de gedaagden.

ACHTERGROND

Zoals uiteengezet in *Vivendi III*, concludeerde de Rechtbank dat ruimschoots is voldaan aan de in Rule 23(a) vastgelegde noodzakelijke voorwaarden tot goedkeuring van de class. Het samenvoegen van individuele aandeelhouders was “onuitvoerbaar” gezien het feit dat er tijdens de relevante class periode ongeveer een miljard uitstaande gewone aandelen waren. Het bestaan van “gemeenschappelijke vragen van de class over wetten en feiten” was onbetwist. En de kenmerkende aard van de aanspraken van de eisers was ruim voldoende vastgesteld voor op een na alle voorgestelde vertegenwoordigers van de class. *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 83-90. Gedaagden betwijfelden evenmin serieus of, volgens Regel 23(b)(3), gemeenschappelijke vragen over wetten of feiten de overhand hadden over vragen die individuele leden troffen. *Id.* bij 90-91. De gedaagden betwisten echter niet dat, wat betreft buitenlandse aandeelhouders, de eisers hadden bewezen dat een class action “beter was dan andere beschikbare methoden voor een eerlijke en efficiënte beslechting van het strijdpunt”, zoals vereist door Regel 23(b)(3). In haar behandeling van dit punt nam de Rechtbank apart de niet-uitputtende lijst pertinente factoren in overweging die in de Regel zijn opgenomen:

(A) het belang dat de leden van de class hebben in een individuele controle over het procederen of verwerpen van afzonderlijke gedingen; (B) de mate en de aard van de procesvoering betreffende het strijdpunt dat al is ingezet door of tegen leden van de class; (C) de wenselijkheid of onwenselijkheid om de procesvoering van de aanspraken samen te brengen in dit specifiek forum; (D) de moeilijkheden die wellicht optreden bij het beheren van de class action.

Id. bij 91.¹

Wat betreft de eerste twee factoren, heeft de Rechtbank geconcludeerd dat dit prototypisch geval van effectenfraude bijzonder geschikt was om als class te worden behandeld. Duizenden individuele aandeelhouders zouden naar verluidt schade hebben geleden door de fraude van de gedaagden, en de meesten van hen zouden aanspraken

¹ In *Vivendi III*, beriep de Rechtbank zich op de versie van Regel 23 van 2003. Regel 23 is sindsdien gewijzigd in het kader van de algemene “restyling” van de Federal Rules of Civil Procedure (federale voorschriften voor burgerlijke rechtsvoering). Citaten in deze mening komen uit de huidige versie van Regel 23.

hebben die te klein zijn om het instellen van een individueel geding te rechtvaardigen. Bovendien waren er slechts twee individuele rechtszaken aangespannen in Frankrijk, wat er op wijst dat individuele belangstelling voor het voeren van aparte gedingen minimaal was. *Id.* bij 92.

Bij gebrek aan een beter hokje om het in onder te brengen, hield de Rechtbank bij de derde verwoorde factor – de wenselijkheid om de aanspraken samen te brengen in dit forum – rekening met de kracht van gewijsde uitwerking van een uitspraak door deze Rechtbank. De Rechtbank analyseerde in het bijzonder in hoeverre de gedaagden zouden worden blootgesteld aan “second bite” gedingen in een ander land, die door de uitspraak in deze zaak niet werden verboden.

Rechter Friendly analyseerde deze kwestie in *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.*, 519 F.2d 974 (2d Cir. 1975) en verklaarde in *dicta*, dat “hoewel een Amerikaanse rechtbank zich niet van een uitspraak dient te onthouden, gewoon omdat de mogelijkheid bestaat dat ze door een ander land niet zou worden erkend of ten uitvoer gelegd, ligt de zaak anders wanneer dit *vrijwel zeker* is.” *Id.* bij 996 (klemtoon toegevoegd). Gezien de onbestreden verklaringen onder ede dat dit het geval was in de zaak ervoor, instrueerde de Second Circuit rechtbank in *Bersch* de Arrondissementsrechtbank buitenlandse kopers uit de sluiten van de class. *Zie Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 92-93 (samenvatting van *Bersch*).

Concluderend dat de test betreffende “vrijwel zeker” onvolkomen is als algemene leidraad voor een beslissing, beoordeelde de Rechtbank het risico van niet-erkenning langs een continuüm. Daar waar een eiser in het kader van de door Regel 23 vereiste algemene bewijsvoering (*zie Betreft Beursgang Effectengeschil*, 471 F.3d 24, 41 (2d Cir. 2006)) niet kan aantonen dat erkenning door een buitenlandse rechtbank eerder waarschijnlijk is, werkt deze factor in het nadeel van de voorkeurstest; rekening houdend met andere relevante factoren, kan dit leiden tot het uitsluiten van buitenlandse eisers om voorkeursredenen. Veralgemeend van *Bersch*, besliste de Rechtbank dat “[h]oe dichter de waarschijnlijkheid van niet-erkenning is bij ‘vrijwel zeker’, hoe meer aangewezen het is voor de Rechtbank om goedkeuring van buitenlandse eisers af te wijzen.” *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 95.

Na een heuse berg onder ede verklaringen te hebben geanalyseerd van deskundigen inzake buitenlands recht, *zie id.* bij 96 n.12, concludeerde de Rechtbank dat Duitse en Oostenrijkse rechtbanken niet waarschijnlijk kracht van gewijsde zouden toekennen aan een uitspraak in deze zaak; Franse, Engelse en Nederlandse rechtbanken daarentegen wel. Voor Frankrijk deed de Rechtbank de test die staat beschreven in *Munzer v. Jacoby*, Cass. civ. Ire, 7 jan. 1964, [1964] *Juris-Classeur Périodique [J.C.P.] II* 13590, die onder meer vraagt of een buitenlandse uitspraak Franse begrippen van “internationale openbare orde”² zou schenden. Concluderend dat dit niet zo zou zijn, en rekening houdend met andere factoren die relevant zijn voor de voorkeurskwestie, nam de Rechtbank Franse aandeelhouders op in de class.

Het Second Circuit weigerde een beroep in kortgeding te horen en het Amerikaanse Supreme Court weigerde een bevel tot verwijzing uit te vaardigen. *Betreft Vivendi Universal, S.A. Effectengeschil*, No. 07-1419 (2d Cir. 8 mei 8, 2007); *Vivendi S.A. v. Gerard*, 128 S. Ct. 391 (2007).

DISCUSSIE

Volgens de gedaagden heeft een reeks “recente gebeurtenissen” in Frankrijk “nu zonder enige twijfel duidelijk gemaakt” dat opt-out class actions ongrondwettelijk zijn in Frankrijk en dat een Franse rechtbank een uitspraak in deze zaak nooit zou erkennen omdat dit “Franse begrippen van internationale openbare orde” zou schenden volgens *Munzer*. (Vivendi Mem. 1, 5). Bijgevolg betogen de gedaagden dat, voor zover haar Franse aandeelhouders betreft, een class action geen beter middel is om de eerlijke en efficiënte beslechting van dit strijdpunt te bereiken. (*Id.* bij 2-3.)

² De vier voorwaarden waar volgens *Munzer* aan moet worden voldaan om *exequatur* te verlenen, kunnen als volgt worden samengevat: (1) de buitenlandse rechtbank moet correct jurisdictie hebben volgens het Franse recht (de jurisdictiehoek”); (2) de buitenlandse rechtbank moet het juiste recht hebben toegepast volgens de Franse principes van de verwijzingsregel (de “toepasselijk recht-hoek); (3) de beslissing mag niet in tegenspraak zijn met de Franse begrippen van internationale openbare orde (de “openbare orde-hoek”); en (4) de beslissing mag niet het resultaat zijn van *fraude á la loi* (wetsontduiking) of forum shopping/keuze tussen meer bevoegde rechters (de “forum shopping-hoek”). Zie *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 96.

Conform Regel 23(c)(1)(C) mag een rechtbank een eerder gerechtelijk bevel tot goedkeuring van een class wijzigen of aanpassen. Een rechtbank dient naar eigen goedgevoelen te overwegen of een “gewijzigde feitelijke situatie” haar oorspronkelijke beslissing ongeldig maakt. *Betreft FleetBoston Fin. Corp. Effectengeschil*, nr. 02 Civ. 4561, 2007 WL 4225832, bij *5 (D.N.J. 28 nov. 2007). De goedkeuring van een class intrekken of het bereik van een class herdefiniëren dient echter alleen te gebeuren wanneer de gedaagden hebben voldaan aan de “zware last” om de noodzaak van het nemen van dergelijke “drastische” stap te bewijzen. *Gordon v. Hunt*, 117 F.R.D. 58, 61 (S.D.N.Y. 1987).

Aandringend op een herziening, pleiten de gedaagden dat de “juridische onderbouwing” van de mening van de Rechtbank – een opmerking dat, hoewel opt-out acties momenteel niet zijn toegestaan in Frankrijk, “het landschap snel verschuift” – niet langer juist is. (Vivendi, Memorie van repliek 2 n.3 (citaat van *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 101.) De gedaagden interpreteerden de Rechtbank foutief als dat ze zou voorspellen dat Frankrijk zelf wetgeving zal goedkeuren die een class action procedure met een opt-out mechanisme zou doen ontstaan. Dit is niet zo. Uit de rest van de mening van *Vivendi III* blijkt dat de Rechtbank geen conclusie trok over het feit of Frankrijk ooit class action wetgeving zou goedkeuren en, indien ja, of deze een opt-out mechanisme zou bevatten. Zie *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 101 “Of/wanneer Frankrijk class action wetgeving goedkeurt en of hierin een opt-out mechanisme is opgenomen, kan natuurlijk niet worden voorspeld.”). Na de felle lopende discussie in de Franse gemeenschap te hebben onderzocht, concludeerde de Rechtbank alleen dat het class action model (al dan niet opt-in of opt-out) niet zo in strijd was met de Franse openbare orde dat de opname van de Franse aandeelhouders in een Amerikaans rechtsgeding dat een schending van de Amerikaanse effectenwetgeving inroept, in strijd zou worden bevonden met de “internationale openbare orde.” *Id.* De Rechtbank zal dan nogmaals overwegen of de “recente gebeurtenissen” in Frankrijk die conclusie wijzigen.

I. “Recente gebeurtenissen”

A. De brieven van Guillaume/Clément/Fombeur

Begrijpelijkerwijs misnoegd over de beslissing van de Rechtbank tot goedkeuring van een class aandeelhouders van Vivendi waarin inwoners van Frankrijk zijn opgenomen, bleek de algemene raadsman van Vivendi, Jean-Francois Debos, de Minister van Justitie om zijn visie betreffende dat aspect van de beslissing te hebben gevraagd. (Zie Brief van Marc Guillaume, Directeur Civiele Aangelegenheden, aan Jean-Francois Dubos, Secretaris-Generaal, bij 1 (3 april 2007), Cameron Decl. Ex. B.) Dhr. Guillaume legde een korte memo voor met een mening in concluderende vorm die stelde dat een opt-out class action niet zou voldoen aan een beslissing die in 1989 werd genomen door de Conseil Constitutionnel, CC Beslissing nr. 89-257.³ (Betr.) De vorm of inhoud van het verzoek van Dhr. Dubos is onbekend, ofschoon het er op lijkt dat om de brief werd verzocht in verband met Vivendi's beroep in kortgeding van *Vivendi III* aan het Second Circuit en het erop volgende verzoekschrift betreffende een bevel tot verwijzing. Het is onbekend of Dhr. Guillaume een afschrift had ontvangen van de beschikking van *Vivendi III* of van de door de partijen ingediende stukken waar die beslissing op was gebaseerd. Nadat de eisers klachten indienden dat de brief van Dhr. Guillaume op de een of andere manier niet was toegestaan, legde Vivendi een brief voor van Pascal Clément, de oud-Minister van Justitie, die erop neerkwam dat het “de moeite waard” was om de “juridische argumenten” van Dhr. Guillaume in overweging te nemen en dat ook hij van mening was dat een Amerikaans class action mechanisme onverenigbaar was met CC Beslissing nr. 89-257. (Brief van Pascal Clément aan Hervé Pisani, bij 1 (15 jan. 2008), verkl. van Cameron, Productie N.)⁴

³ Deze beslissing is bijgevoegd als Bewijsstuk B bij de Verklaring van Jessica R. Buturla (2 juni 2008).

⁴ Dhr. Clément is thans advocaat bij Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, dat Vivendi vertegenwoordigt in een RICO (Door racketeering beïnvloede en corrupte organisaties)-procedure aangespannen tegen Deutsche Telekom. *Vivendi S.A. v. T-Mobile, Inc.*, 06 Civ. 1524 (W.D. Wash. 2006).

Kort daarna werd een bevestigende memo geschreven door Dhr. Pascal Fombeur, de opvolger van Dhr. Guillaume bij het Ministerie van Justitie, die de eerder door Dhr. Guillaume geopperde mening herhaalde. (Zie Memo van Pascal Fombeur, Directeur van het Bureau van Civiele Aangelegenheden (22 jan. 2008), verkl. van Cameron, Productie P.)

De Rechtbank respecteert de meningen van ambtenaren van het Ministerie van Justitie die werden verstrekt nadat haar beslissing betreffende de goedkeuring als class werd uitgevaardigd in *Vivendi III*. Hoewel de Rechtbank niet heeft kunnen genieten van het voordeel van de analyse waar de meningen op steunden, kan eerlijkheidshalve worden gezegd dat door Vivendi ingeschakelde deskundigen identieke, meer gedetailleerde meningen hebben voorgelegd in verband met Vivendi's verzet tegen het verzoek tot goedkeuring van de class. Bovendien had de Rechtbank de visie van Dhr. Guillaume betreffende de grondwettelijkheid van class actions al eerder overwogen in verband met haar onderzoek van een rapport van een door President Jacques Chirac in 2005 aangestelde Werkgroep die aanbeval opt-in class actions goed te keuren en de grondwettelijkheid van een opt-out class action in vraag stelde. Dhr. Guillaume was medevoorzitter van die Groep.⁵

Hoewel de Rechtbank de mening van Dhr. Guillaume zorgvuldig in overweging heeft genomen, heeft ze ook de mening van de deskundigen van de eiser in overweging genomen (evenals die van de eigen deskundigen van de gedaagde) die de mening hebben geopperd dat het opt-out class mechanisme, dat in de Verenigde Staten evenals in verschillende West-Europese landen bestaat en dat in 2006 werd voorgesteld aan de Franse Assemblée Nationale, niet verenigbaar is met de Franse principes van individuele vrijheid en in feite verenigbaar is met Beslissing nr. 89-257 van de Conseil Constitutionnel.

⁵ Dhr. Guillaume werd ergens in 2007 benoemd tot Secretaris-Generaal van de Administratieve Diensten van de Conseil Constitutionnel. Hij heeft onlangs nog een brief geschreven in antwoord op een andere navraag van de algemene raadsman van Vivendi waarin hij de mening was toegedaan dat de "Franse wetgeving de 'class action' gebaseerd op een 'opt-out' mechanisme zoals die bestaan in de Amerikaanse wetgeving, niet erkent." Dhr. Guillaume haalt opnieuw CC Beslissing nr. 89-257 aan als basis voor deze mening. (Zie Brief van Marc Guillaume aan Jean-Francois Dubos (9 maart 2009), beschikbaar bij Productie B bij de Brief van Paul Saunders aan Edelachtbare Richard J. Holwell (11 maart 2009).)

Het volstaat momenteel om op te merken dat de omvangrijke meningen van de heren Guillaume, Clement en Fombeur derhalve bekend zijn bij de Rechtbank en geen nieuwe zaken vormen die anderszins een herziening zouden rechtvaardigen van de beslissing van de Rechtbank inzake goedkeuring van de class. Zie Fed. R. Civ. P. 23(c)(1)(C); S.D.N.Y. Local R. 6.3; *FleetBoston*, 2007 WL 4225832, bij *5. De Rechtbank accepteert voorts de voorwaarden waaronder Dhr. Guillaume zijn mening heeft verstrekt aan Vivendi, namelijk dat “het niet aan... de minister van justitie is om een door een rechtbank uitgevaardigde beslissing te beoordelen, laat staan wanneer deze rechtbank zich in een soeverein vreemd land bevindt, of om tussen te komen in een geschil tussen private partijen.” (Brief van Marc Guillaume aan Jean-François Dubos, bij 1 (3 april 2007) (origineel in hoofdletters), verkl. van Cameron, Productie B.)

B. De Attali Commissie en het Coulon-rapport

De Attali Commissie werd op 30 augustus 2007 benoemd door President Sarkozy en heeft een 242 pagina's tellend rapport opgesteld waarin “300 beslissingen om Frankrijk te veranderen” worden voorgesteld. (verkl. van Cameron, Productie Q.) Een van de voorstellen was “het introduceren van groepsgedingen in de Franse wetgeving.” (*Id.*) Het specifieke voorstel was een opt-in class action te creëren voor consumentenfraude. (*Id.*) Het rapport vermeldt geen opt-out voorstellen of levert geen commentaar op de grondwettelijkheid van dergelijke procedures.

Het “Coulon-rapport” werd in januari 2008 uitgevaardigd door een andere door de overheid aangestelde werkgroep en steunt in sterke mate de introductie van class actions voor consumenten in Frankrijk (verkl. van Cameron, Productie S (“Coulon-rapport”).)

Opmerkelijk genoeg laat het rapport zich gunstig uit over het class action model van Quebec, dat terecht als opt-out systeem wordt aangehaald. (*Id.* bij 76.)⁶ Het rapport stelt uiteindelijk een opt-in model voor en merkt daarbij op dat een opt-out model “grondwettelijk onzeker” is. (*Id.* bij 80.) De Rechtbank is het eens met dit punt en merkt op dat, zolang de Conseil Constitutionnel de grondwettelijke implicaties van een door de wetgevende macht goedgekeurd class action statuut niet aan de orde stelt, deze onzekerheid onopgelost blijft.⁷ Deze kwestie werd slechts indirect aan de orde gesteld in Beslissing nr. 89-257, maar weliswaar op een manier die gunstig uitviel voor de voorstanders van een opt-out model. *Zie* discussie, *infra*, § II. Het feit dat de grondwettelijkheid van een pas aangenomen procedure onzeker kan zijn, duidt er uiteraard niet op dat de ongrondwettelijkheid vaststaat; een vergelijkbare onzekerheid bestond omtrent de goedkeuring van herzieningen van Regel 23 en 1966. Marvin E. Frankel, *Some Preliminary Observations Concerning Civil Rule 23 [Een aantal voorlopige vaststellingen betreffende Regel 23]*, 43 F.R.D. 39, 44-47 (18 sept. 1967); *zie algemeen* Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice & Procedure [Federale praktijk en procedure]* § 1753 (Supp 2008) (“Wright & Miller”).

C. MEDEF en het artikel in La Tribune

Op verzoek van Vivendi gaf een Franse vereniging van ondernemingen, MEDEF (“Mouvement des Entreprises de France”) een “certificaat” uit waarin ze “haar uitgesproken vijandelijkheid” bevestigde tegenover enige class action onder de Franse wet, met inbegrip van een opt-out procedure. (verkl. van Cameron, Productie U.) Pierre Simon, de President van de Kamer van Koophandel van Parijs, schreef in een vergelijkbare geest een commentaar voor de krant La Tribune onder de titel “Class Actions, kijk uit!” (verkl. van Cameron, Productie T.)

⁶ Het rapport bekritiseert vervolgens het Amerikaanse systeem van class action, niet omwille van het opt-out mechanisme, maar omdat het schadevergoeding met een punitief karakter voorziet, evenals mogelijk misbruik van het mededelingsproces (discovery) en de beschikbaarheid van resultaatgebonden advocatenhonoraria. (Coulon-rapport 78.)

⁷ Indien een class action statuut niet wordt goedgekeurd in Frankrijk, kunnen de kwesties betreffende de grondwettelijkheid uiteraard niet worden voorgelegd aan de Conseil Constitutionnel. Wat betreft de tenuitvoerlegging van een class action uitspraak in deze zaak, kunnen de kwesties van de grondwettelijkheid en de internationale openbare orde aan de orde worden gebracht in een rechtbank in eerste instantie zoals de Paris Tribunal de Grand Instance. *Zie Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 92.

Dhr. Simon is van mening dat “grondwettelijk beschouwd” alleen opt-in class actions moeten worden goedgekeurd. (*Id.*) De Rechtbank vindt de visie van dergelijke ondernemingsgroepen even weinig verrassend als de visie van consumentenbonden die de introductie van opt-out wetgeving in Frankrijk sterk steunen. (*Vgl.* Aanvullende verkl. van Mourre ¶ 19 (11 april 2008).) Er bestaan geldige sociale en politieke redenen om de goedkeuring van class action procedures in Frankrijk (al dan niet opt-in of opt-out) zowel goed- als af te keuren. Deze afwegen valt echter niet binnen het bereik van deze Rechtbank.

D. Commentaar in de Cahiers du Conseil

De Rechtbank is meer geïnteresseerd in een recent commentaar van een ongeïdentificeerde auteur in de *Cahiers du Conseil* (of *Journal van het Grondwettelijk Hof*) gepubliceerd in 2007.⁸ (Commentaar nr. 23, Verkl. van Cameron, Productie L (“Commentaar 23”)) Het Journal brengt verslag uit en levert commentaar op recente beslissingen van de Conseil Constitutionnel. Het commentaar is niet van de hand van de rechters van de Conseil, maar werd geschreven door haar administratieve tak. Het commentaar is derhalve niet bindend voor de Conseil en wordt alleen gegeven ter informatie. Desalniettemin kan het als overtuigend worden beschouwd. (*Zie* Verkl. van Cameron, Productie V, bij 3 (Engelse vertaling); Verkl. van Mourre ¶ 24 (4 april 2008).)

De beslissing die werd becommentarieerd, CC Beslissing nr. 2007-556, betrof een herziening van een wettelijke bepaling die, zo beweerden de eisers, het stakingsrecht beperkte van arbeiders uit de sector vervoer over land.⁹

⁸ Een beëdigde schriftelijke verklaring ingediend in een zaak die aanhangig is bij Rechter Marrero schrijft dit commentaar toe aan Dhr. Guillaume, die zoals vermeld in de loop van 2007 het Ministerie van Justitie heeft verlaten om Secretaris-Generaal te worden van de Administratieve Diensten van de Conseil Constitutionnel. (Aanvullende verkl. van Jean-Paul Béraudo ¶¶ 41-42, *Louisiana State Employees’ Retirement System v. Alstom U.S.A., Inc.*, nr. 03 Civ. 6595 (VM) (12 april 2008) (“Het is inderdaad de opt-out die door hem [Guillaume] wordt geïmplementeerd!”).)

⁹ Deze beslissing is toegevoegd in bijlage als Bewijsstuk K bij de Aanvullende verkl. van Timothy G. Cameron (17 maart 2008).

De Conseil oordeelde, *inter alia*, dat het verlengen van een afkoelperiode tussen een stakingsaankondiging door de vakbond en het begin van een staking geen ongerechtvaardigde beperkingen oplegde aan het persoonlijk stakingsrecht van een werknemer. Bovendien vormde het vermogen van de vakbondsvertegenwoordigers om op collectieve, afgevaardigde basis te handelen bij een beslissing tot het uitvaardigen van een stakingsaankondiging, geen inbreuk op de grondwettelijke rechten omdat dergelijke aankondiging “elke werknemer vrijlaat te beslissen om al dan niet deel te nemen aan de staking.” (*Id.* ¶¶ 11-13.)

De Conseil verwees in CC Beslissing nr. 89-257 niet naar haar beslissing en liet zich hier niet over uit. In de bespreking van CC Beslissing nr. 2007-556 maakte de commentator echter een onderscheid tussen het recht van een vakbond om op te roepen tot staking, een recht dat specifiek is voorzien in de Grondwet, en andere rechten zoals het recht om een collectieve actie in te dienen namens werknemers. Citerend uit Beslissing nr. 89-257 merkte de commentator op dat dergelijke actie alleen grondwettelijk is als de werknemer “zijn/haar toestemming verleent met volledige kennis van de zaak” en “de vrijheid behoudt om deze actie te beëindigen”. (Commentaar 23 ¶ III.1.6.) De commentator voegde hieraan toe: “Door deze geïndividualiseerde toestemming niet na te leven, zoals bijvoorbeeld niet is voorzien in Angelsaksische opt-out systemen in collectieve acties, zou de persoon onredelijk beroofd worden van een recht, wat een schending is van de Grondwet.” (*Id.*)

De deskundigen van de gedaagden stellen dat deze zin hun eerdere juridische meningen bevestigt, nl. dat een uitspraak in een Amerikaanse opt-out class action niet zal worden ten uitvoer gelegd in Frankrijk omdat ze niet alleen het recht zou schenden op “persoonlijke vrijheid” dat wordt verzekerd door de Franse grondwet, maar ook Franse begrippen van internationale openbare orde.

De deskundigen van de gedaagden zijn meer bepaald van mening dat een class action alleen grondwettelijk zou zijn in Frankrijk indien de groepsleden een gepersonaliseerd bericht zouden ontvangen en er bovendien een opt-in model werd gebruikt om iemands feitelijke toestemming tot deelname aan de actie aan te tonen. De gedaagden argumenteerden dan dat de class die werd goedgekeurd in deze zaak niet voldoet aan deze grondwettelijke norm, dat daardoor normen van internationale openbare orde worden geschonden, dat een Franse rechtbank daarom geen uitsluitende werking zullen toekennen aan een Amerikaanse uitspraak en tenslotte dat, zonder volledige bescherming van kracht van gewijsde, een class action waarin Franse aandeelhouders van Vivendi zijn opgenomen niet voldoet aan de voorkeurseisen van Regel 23(b)(3). De gedaagden en hun deskundigen stellen anderzijds dat de commentator niet in naam van de Conseil Constitutionnel spreekt en CC Beslissing nr. 89-257 verkeerd heeft geïnterpreteerd en dat deze zou moeten worden geïnterpreteerd als dat ze class actions met een opt-out mechanisme toestaat. Omdat noch de Franse Grondwet, noch Franse begrippen van internationale openbare orde zijn bedreigd, betogen de eisers dat een Franse rechtbank aan een uitspraak in deze zaak allicht uitsluitende werking zal toekennen. Samen met de andere factoren die goedkeuring verzekeren, betogen de eisers dat derhalve is voldaan aan de voorkeurseisen van Regel 23(b)(3).

II. Grondwettelijke voorwaarden betreffende kennisgeving en toestemming

Bij het beoordelen van de argumenten van de partijen moet eraan worden herinnerd dat Frankrijk nog nooit een class action statuut heeft goedgekeurd en derhalve geen enkele Franse rechtbank uitspraak heeft gedaan over de grondwettelijkheid van zulk statuut. Desalniettemin lijkt Frankrijk de kant op te gaan van het goedkeuren van een of andere vorm van groepsgeving. (Aanvullende verkl. van Moure ¶ 9 (19 juni 2008).) Zoals Professor Cohen van de gedaagden opmerkt: “De Franse wet blijft niet stilstaan wat betreft een gunstige houding tegenover class actions.” *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 101. De beleidszorgen die ten grondslag liggen aan deze beweging zijn dezelfde als deze die leiden tot het goedkeuren van het moderne class action mechanisme in de Verenigde Staten in 1966 en daarna in andere landen.

De meeste deelnemers aan het debat erkennen derhalve de behoefte aan collectieve acties zodat consumenten en anderen kunnen worden vergoed voor geleden schade indien het bedrag van de individuele schade te klein is om de kosten voor het verkrijgen van bijstand te rechtvaardigen. (Coulon-rapport 74-75.) In de in Frankrijk voorgestelde modaliteiten waren zowel opt-in als opt-out procedures opgenomen die vergelijkbaar zijn met, maar niet identiek aan, Regel 23. Deze voorstellen weerspiegelen de trend in andere landen om collectieve acties goed te keuren die zowel opt-in als opt-out mechanismen gebruiken. Zo is er wetgeving die class action procedures invoert, inclusief een of andere vorm van opt-out mechanisme, goedgekeurd in Nederland (artikel 3:305 van het Nederlands burgerlijk wetboek), Portugal (wet van 31 augustus 1995), Ontario (artikel 9 van de Ontario Class Proceeding Act van 1992), Quebec (wet van 23 januari 1982), Australië (artikel 33 E van de Federal Court of Australia Act van 1976), Finland (wet 444/2007 inzake groepsacties) en Noorwegen (artikel 35-7(1) van de geschillenwet). (Zie Aanvullende verkl. van Mourre ¶ 13 (11 april 2008) (bronnen worden verzameld).)

De grief van de gedaagden dat een opt-out class action “kennelijk” een inbreuk vormt op het recht van persoonlijke vrijheid en internationale openbare orde is zeker te sterk gesteld, alleen al om de reden dat geen enkele Franse rechtbank deze kwestie heeft overwogen. De gedaagden hebben echter wel gelijk dat een opt-out procedure tot nadenken stemt over grondwettelijke kwesties rond de toereikendheid van kennisgeving aan afwezige groepsleden en de individuele rechten van groepsleden om niet deel te nemen aan de actie. Het is niet verrassend dat dit dezelfde zorgen omtrent grondwettelijke rechtspleging zijn die komen kijken bij de toepassing van Regel 23 in de Amerikaanse context. Zie *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811-12 (1985); *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 313-15 (1950).

Het centrale concept in zowel de Amerikaanse als de Franse rechtssystemen is dat er toevlucht tot de rechtbanken dient te zijn om individuele rechten te beschermen en dat niemand gebonden mag zijn door een uitspraak in een actie waar hij geen partij in is. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 40 (1940). Een class action volgens Regel 23(b)(3) is een “fundamentele afwijking van het traditionele patroon van Anglo-Amerikaanse procesvoering,” Joseph M. McLaughlin, *McLaughlin on Class Actions* § 1:2 (5th ed. Bijl. 2008) (“McLaughlin”), wat ook in Frankrijk het geval zou zijn, mocht een dergelijk mechanisme worden goedgekeurd.

Om iemands rechten op rechtspleging in een Amerikaanse class action te beschermen, eisen Regel 23 én de Rechtsplegingsbepaling (Due Process Clause) dat een afgevaardigde eiser gemeenschappelijke aanspraken van de class moet hebben en de belangen van de class behoorlijk moet kunnen vertegenwoordigen. *Zie Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 623 (1997). Dit lijkt volledig aan te sluiten bij de Franse grondwettelijke principes, althans beweren de gedaagden niet het tegendeel. Wat betreft individuele rechtspleging, schrijft Regel 23(b)(3) tevens voor dat groepsleden een absoluut recht hebben om zich te distantieren (opt out) van een class action en daardoor niet gebonden zijn door een uitspraak. *Zie Shutts*, 472 U.S. bij 812 (“[R]echtspleging vereist op zijn minst dat een afwezige eiser de kans krijgt om uit de class te worden verwijderd door een ‘opt out’ of ‘verzoek tot uitsluiting’ van de rechtbank op te maken en in te dienen.”); *zie ook* McLaughlin § 5:75 (“Het recht tot opt-out is een individueel recht dat welbewust moet worden uitgeoefend op basis van class-lid-per-class-lid.”). Om het individueel recht tot niet-deelname uit te oefenen, schrijft Regel 23(c)(2) voor dat de kennisgeving wordt verstuurd op een manier die de belanghebbenden redelijkerwijs toelaat te beoordelen dat de zaak aanhangig is en dat ze het recht hebben om niet deel te nemen. *Zie algemeen Mullane*, 339 U.S. bij 314. Er kan worden gezien dat kennisgeving en het recht om zich te distantieren aparte, maar nauw verwante begrippen zijn.

Individuele kennisgeving, doorgaans per brievenpost, is verplicht voor alle groepsleden die met redelijke inspanningen kunnen worden geïdentificeerd. *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 417 U.S. 156, 166-67, 177 (1974). Indien identificatie van de groepsleden echter niet mogelijk is, mogen de rechtbanken andere methoden goedkeuren, inclusief publicatie, als “de best haalbare kennisgeving onder de omstandigheden.” Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B).

Hoewel deze kennisgevingsvoorschriften kunnen volstaan voor de Rechtsplegingsbepaling, betogen de deskundigen van de gedaagden dat zij een inbreuk vormen op het Franse begrip van persoonlijke vrijheid, dat grondwettelijk zou eisen dat elk groepslid een gepersonaliseerde kennisgeving zou ontvangen van het aanhangig zijn van een class action. Hoewel wordt toegegeven dat geen enkele Franse rechtbank uitspraak heeft gedaan over deze kwestie, wijzen de gedaagden op CC Beslissing nr. 89-257 waarin de Conseil Constitutionnel de grondwettelijkheid beoordeelt van een statuut dat collectieve acties toestaat die door vakbonden worden ingesteld namens hun leden. Het statuut eiste dat leden per aangetekend schrijven (met ontvangstbevestiging) in kennis zouden worden gesteld van het voornemen van de Vakbond tot het instellen van een collectieve actie. Het lid zou dan vijftien dagen hebben om te beslissen om al dan niet deel te nemen aan het rechtsgeding. De Conseil oordeelde dat deze procedure overeenkwam met het begrip van persoonlijke vrijheid, op voorwaarde dat de kennisgeving “alle nuttige informatie bevat” over de aard van het rechtsgeding en het recht van het individu om niet deel te nemen. (*Id.* ¶ 26.) Als de werknemer niet reageert binnen vijftien dagen “wordt hij geacht zijn toestemming te hebben verleend.” (*Id.* ¶ 25.)

De gedaagden richten zich eerst op de kwestie van kennisgeving en merken terecht op dat de Conseil Constitutionnel een statuut steunde dat een individuele kennisgeving voorzag. De gedaagden betogen derhalve dat dit de *enige* grondwettelijk toegestane methode is tot kennisgeving aan leden van collectieve acties in Frankrijk.

(Vivendi, Memorie van repliek 4.) Maar de Rechtbank ziet weinig rechtvaardiging in deze sprong in de logica, noch in een Amerikaanse, noch in een Franse context. Opmerkelijk genoeg zou het Amerikaanse Supreme Court, indien geconfronteerd met dezelfde class (met name een class waarvan alle leden identificeerbaar zijn) ook op een individuele kennisgeving staan. *Eisen*, 417 U.S. bij 173-75; *Mullane*, 339 U.S. bij 319-20. Ondanks de analyse van Professor Lagarda van de gedaagden, is Regel 23 dus niet aanzienlijk “minder stringent” wat betreft de kennisgeving in dergelijk geval. (Zie verkl. van Lagarde ¶ 9 (23 mei 2008), verkl. van Buturla, Productie C.) Bovendien laat de vereiste van individuele kennisgeving in dergelijk geval zich niet uit over de grondwettelijke toereikendheid in Frankrijk (of de Verenigde Staten) van andere redelijke vormen van kennisgeving daar waar individuele kennisgeving niet mogelijk is. Hoewel de gedaagden volhouden dat kennisgeving via publicatie een belediging zou zijn voor het Franse begrip van persoonlijke vrijheid, zijn er in Frankrijk een aantal class action voorstellen opgesteld die kennisgeving via publicatie overwegen. Het Coulon-rapport, waar de gedaagden zich sterk op verlieten, stelt voor een opt-out class mechanisme goed te keuren dat expliciet steunt op kennisgeving via publicatie. (Coulon-rapport 80.) Volgens het voorgestelde plan wordt een collectieve actie ingesteld door een afgevaardigde consumentenvereniging. In de eerste fase doet de rechtbank uitspraak over de aansprakelijkheid; indien de aansprakelijkheid is vastgesteld, “zou” de rechter “opdracht geven tot publicatie van het declaratoir vonnis conform de voorwaarden en methoden die hij/zij gepast acht.” (*Id.*) Er zijn natuurlijk belangrijke verschillen tussen opt-in en opt-out systemen en deze worden hieronder besproken. Maar voorstellen zoals deze die in het Coulon-rapport worden gedaan, vormen een indicatie dat gepersonaliseerde kennisgeving, indien dit niet mogelijk is, niet de *sine qua non* is van de Franse grondwet. Zoveel kan worden onderscheiden van de eigen deskundigen van de gedaagden. Zo vereist Beslissing nr. 89-257 volgens de interpretatie van Professor Lagarde bijvoorbeeld dat een vakbonds lid persoonlijke kennis moet hebben om te voldoen aan grondwettelijke voorwaarden voor een opt-out situatie, in tegenstelling tot het eisen van een exclusieve methode om kennis vast te stellen.

(Verkl. van Paul Lagarde ¶ 9.) Michel Verpeaux, op wiens verklaring de gedaagden ook vertrouwen, heeft insgelijks elders geschreven dat Beslissing nr. 89-257 “verre van alle hervormingen verwerpt . . . gewoon benadrukt . . . dat de kwestie van *bekendheid* fundamenteel is voor het behouden van de vrijheid van handelen van consumenten als element van persoonlijke vrijheid.” (Zie Michel Verpeaux, *Kan de “class action” worden opgenomen in de Grondwet?*, Recueil Dalloz, bij 258 (2007) (“Commentaar van Verpeaux”), verkl. van Vasilescu, Productie 7.). Dhr. Verpeaux, professor aan de Panthéon-Sorbonne (Paris-1), directeur van het Onderzoekscentrum voor grondwettelijk recht, concludeert inderdaad:

Vanuit een grondwettelijk perspectief staat er . . . geen grote belemmering in de weg van het introduceren in Frankrijk van een class action met een uitsluitingsoptie, met de enige voorwaarde dat elk van de slachtoffers die zijn opgenomen in de actie de mogelijkheid behouden om zich te distantieren om hun persoonlijke vrijheden tot handelen te respecteren. De Grondwet kan derhalve nauwelijks worden ingeroepen als directe belemmering voor het introduceren van de class action.

(*Id.*) De deskundige van de eisers is het hiermee eens. (Verkl. van Mourre ¶ 18 (11 april 2008).)

Er moet voor ogen worden gehouden dat de kwestie hier is hoe een toekomstige Conseil Constitutionnel een *toekomstig* Franse class action statuut zou kunnen zien of, preciezer gesteld, de levensvatbaarheid van een kracht van gewijsde verweer in een eventueel toekomstig rechtsgeding dat wordt aangespannen voor een rechtbank van eerste aanleg door een Franse aandeelhouder die niet tevreden is over een uitspraak in deze zaak. Zoals deze Rechtbank opmerkte in *Vivendi III* “kan het best zijn dat een Franse rechtbank een Amerikaanse class action uitspraak uitvoerbaar zou verklaren tegen een groepslid dat daadwerkelijk in kennis werd gesteld en derhalve een zinvolle kans had om zijn ‘persoonlijke vrijheid’ uit te oefenen, maar zou weigeren de uitspraak uitvoerbaar te verklaren tegen een groepslid dat kan bewijzen dat hij niet werkelijk in kennis werd gesteld.” *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 101.

Overschakelend van kennisgeving op toestemming, houden bepaalde deskundigen van de gedaagden vol dat de Franse Grondwet individuele, werkelijke toestemming vereist en halen daarbij nogmaals CC Beslissing nr. 89-257 aan. Maar zoals de deskundige van de eiser (en ook een van de deskundigen van de gedaagden) terecht naar voren brengen, gaf de Conseil Constitutionnel in die beslissing feitelijk aan dat een opt-out mechanisme niet grondwettelijk zwak is. De Conseil merkte op dat de grondwettelijke notie van persoonlijke vrijheid vereiste dat een persoon zijn of haar toestemming moet verlenen tot deelname aan de actie. (CC Beslissing nr. 89-257 ¶ 24.) Belangrijk genoeg werd de werknemer “geacht” te hebben toegestemd indien hij of zij niet op de kennisgeving reageert en werd het stilzwijgen van de werknemer als “stilzwijgende aanvaarding” beschouwd. (*Id.* ¶¶ 25-26.) Er valt niet te ontsnappen aan de conclusie dat het statuut dat werd goedgekeurd in CC Beslissing nr. 89-257 een opt-out procedure voorzag waarin geïnformeerd stilzwijgen als toestemming werd beschouwd. Er kan dus niet worden gezegd, wat de gedaagden vaak doen, dat alleen een collectieve actie met opt-in grondwettelijk zou zijn in Frankrijk. De mening van de commentator in de *Cahiers du Conseil Constitutionnel* moet dan ook in dit licht worden gezien. Deze mening stelt, verwijzend naar dezelfde beslissing, dat “[b]ij gebrek aan respect voor individuele toestemming, iets wat niet bestaat in Anglo-Amerikaanse “opt-out” mechanismen in collectieve overeenkomsten [sic – acties], zou het individu ten onrechte worden beroofd van een recht, wat een schending is van de Grondwet.” Het “gebrek aan respect voor deze individuele toestemming” verwijst niet noodzakelijk naar de behoefte aan feitelijke toestemming in de vorm van een opt-in procedure omdat de beslissing die de commentator aanhaalt expliciet stilzwijgende toestemming onderschrijft in de vorm van een opt-out procedure. Het lijkt eerder waarschijnlijk dat het probleem met de Amerikaanse vorm van opt-out (en het is niet geweten of de Conseil zelf het hiermee eens is) is dat individuele toestemming in de Amerikaanse context geïmpliceerd is mits bewijs van redelijke kennisgeving aan, in tegenstelling tot bewijs van werkelijke kennis door, een vermeend groepslid.

Dit lijkt in elk geval het standpunt van een van de deskundigen van de gedaagden te zijn. (Zie verkl. van Lagarde ¶ 27 (opmerkend dat een “Amerikaanse uitspraak onder meer tot gevolg zou hebben dat [Franse aandeelhouders] werden achtergesteld, die zich waarschijnlijk niet bewust waren van de [huidige] actie van zijn recht[en]. . . .”.) Dat zou uiteraard niet het geval zijn voor een Franse aandeelhouder die werkelijk voldoende in kennis werd gesteld per brief of via een publicatie.

Een beetje als uitwijkmogelijkheid stellen de gedaagden dat het Amerikaanse opt-out mechanisme ongrondwettelijk zou zijn in Frankrijk omdat een groepslid te allen tijde het recht moet hebben om zich te distantiëren, *inclusief na de uitspraak*. (Zie verkl. van Carcassone ¶ 5 (13 maart 2008), verkl. van Cameron, Productie V; verkl. van Verpeaux ¶ 6 (24 juni 2008).)¹⁰ Het klopt doorgaans dat de opt-out termijn in een class action volgens Regel 23(b)(3) vroeg in de procesvoering plaatsvindt. In onderhavig geval heeft de Rechtbank de toelating tot kennisgeving echter opgeschort tot het verzoek tot herziening van de gedaagde is beslecht. Bijgevolg zullen aandeelhouders die een kennisgeving ontvangen tot aan de vooravond van het proces, een maand of twee voordat er een uitspraak wordt gedaan, een geïnformeerde gelegenheid hebben om zich terug te trekken uit de class. De Rechtbank merkt ook op dat de partijen in individuele acties doorgaans niet het recht hebben om zich terug te trekken na de uitspraak en een nieuwe actie aan te spannen. Hoewel Professor Verpeaux het niet eens kan zijn met dit principe in de context van het door hem bestudeerde voorgestelde statuut inzake collectieve actie (*zie* commentaar van Verpeaux, bij 1), blijken bepaalde wetsvoorstellen voor class actions die werden ingediend bij de Assemblée Nationale opt-outs te voorzien na een uitspraak om de zinnige reden dat, volgens de voorgestelde wetgeving, de Rechtbank een declaratoir vonnis zou uitspreken over aansprakelijkheid in een eerste fase van het geding, daar waar in de tweede fase de consumenten in kennis zouden worden gesteld en de consumenten schadevergoeding zouden krijgen toegekend.

¹⁰ Opmerkelijk genoeg bevestigt Professor Verpeaux in de verklaring die hij indiende namens de gedaagden dat opt-out acties “naleving van de grondbeginselen van de Franse grondwet zouden kunnen toelaten.”

Een dergelijk systeem voorziet uiteraard gewoonweg geen procedure tot distantiëring tot nadat de initiële uitspraak is gedaan en hiervan kennisgeving is gebeurt. (Zie *bijv.* Coulon-rapport 77.)

III. Overwegingen van internationale openbare orde

Gelet op de dubbele voorwaarde van voldoende kennisgeving en de mogelijkheid om zich te distantiëren, moet men in gedachten houden dat er een fundamenteel verschil is tussen (a) of een toekomstig Frans (of EU) statuut aan de Franse grondwettelijke voorwaarden zal voldoen en (b) in welke situaties het voor een Franse aandeelhouder die lid is van een class volgens Regel 23(b)(3) in strijd zal zijn met de “internationale openbare orde” om na een uitspraak te worden verhinderd om een tweede rechtszaak aan te spannen. Het kan best zijn dat, zoals de gedaagden stellen, de huidige politieke winden in Frankrijk in het voordeel waaien van het goedkeuren van een opt-in mechanisme, zoals aanbevolen door de Attali Commissie, of inderdaad helemaal geen class action geding. Het kan ook best zijn dat de Conseil Constitutionnel uiteindelijk zal concluderen dat enig opt-out mechanisme dat door de wetgevende macht wordt goedgekeurd en dat bindend is voor groepsleden, zelfs indien ze geen kennisgeving hebben ontvangen, ongrondwettelijk zou zijn. Het staat echter buiten kijf dat de Franse grondwet en Franse begrippen van internationale openbare orde geen synoniemen zijn. (Verkl. van Seraglini, bij 2-8 (7 april 2008).) Derhalve zal niet elke buitenlandse uitspraak die in enig opzicht inconsistent is met de grondbeginselen van de Franse grondwet worden genegeerd. (Aanvullende verkl. van Mourre ¶¶ 9-12.) Eerder alleen buitenlandse uitspraken die een inbreuk vormen op de “grondbeginselen van universele rechtspleging”, *Lautour v. Guirand*, Cass. le Civ., 25 mei 1948, worden strijdig bevonden met de internationale openbare orde.

Het is ook het vermelden waard dat de beslissing of een buitenlandse uitspraak in strijd is met de internationale openbare orde, individueel per geval gebeurt en niet op basis van een abstracte vergelijking tussen Amerikaans en Frans recht, of door overweging van een nog niet goedgekeurd Frans statuut. (Aanvullende verkl. van Mourre ¶ 9; verkl. van Seraglini ¶ 10.) De kracht van gewijsde van een uitspraak betreffende een specifieke aandeelhouder van Vivendi zal derhalve een bepaling van de feiten tegemoet zien omtrent het instellen van een tweede actie door die aandeelhouder en daarna aanvoering door Vivendi van een kracht van gewijsde verweer. Daar waar die aandeelhouder volledige en billijke openbaarmaking heeft ontvangen van de aard van onderhavige rechtszaak en zijn of haar onherroepelijk recht om zich te distantiëren van het geschil, concludeert deze Rechtbank dat het onwaarschijnlijk is dat een Franse rechtbank zal weigeren een Amerikaanse uitspraak te respecteren omdat de vorm van kennisgeving (post of publicatie) of de methode van toestemming (opt-in of opt-out) een aanfluiting is van de grondbeginselen van de grondwet, laat staan Franse begrippen van internationale openbare orde.¹¹ Op een vergelijkbare manier, omdat van een aandeelhouder die daadwerkelijk in kennis wordt gesteld redelijk kan worden gezegd dat deze stilzwijgend heeft ingestemd met de huidige actie, lijkt het ook onwaarschijnlijk dat een Franse rechtbank zou oordelen dat het onvermogen van de aandeelhouders naar Amerikaans recht om zich te distantiëren na de uitspraak, een schending zou vormen van grondwettelijke begrippen van persoonlijke vrijheid of grondbeginselen van internationale openbare orde.

Deze kwestie zou dichterbij lijken als het om een aandeelhouder gaat die nooit in kennis werd gesteld van de huidige actie en dan na de uitspraak een zaak zou willen aanspannen in Frankrijk.

¹¹ Zoals aangegeven door de Beslissing van 1989 kan een Franse rechtbank de bewijslast betreffende de kennisgeving bij Vivendi leggen. De Rechtbank, als fiduciair van de class, heeft de verplichting om een kennisgevingsplan goed te keuren dat zo veel mogelijk Franse groepsleden de kans biedt om effectief in kennis te worden gesteld van deze actie. Hoewel Vivendi gedwongen kan worden tot het verdedigen van een kennisgevingsplan dat het strikt genomen niet had opgesteld, heeft de Rechtbank er bijgevolg alle vertrouwen in dat het plan zo doeltreffend zal zijn als redelijkerwijs mogelijk. Vivendi zal in elk geval de kans krijgen om bewijzen en argumenten aan te voeren over de toereikendheid van de kennisgeving.

CC Beslissing nr. 89-257 kan enerzijds worden geïnterpreteerd als een beslissing dat stilzwijgende toestemming met een collectieve actie alleen aansluit bij de begrippen van persoonlijke vrijheid als de afwezige eiser werkelijke kennis heeft van de aard van de actie en zijn of haar recht om niet deel te nemen. Anderzijds wordt door een aantal plannen die in Frankrijk zijn voorgesteld en door Franse grondwettelijke geleerden worden onderschreven, duidelijk kennisgeving per publicatie overwogen. (Zie Coulon-rapport 80 (na testcase over aansprakelijkheid, “zou” de rechtbank “de publicatie van het declaratoir vonnis bevelen in overeenstemming met de voorwaarden en methoden die hij/zij gepast acht”); zie ook Commentaar van Verpeaux bij 2.) Deze onenigheid is in zekere mate terug te vinden in de Amerikaanse wetgeving. Hoewel talrijke uitspraken van federale rechtbanken stellen dat afwezige groepsleden die geen effectieve kennisgeving ontvangen, gebonden kunnen zijn in de betrokken zaak, heeft het Supreme Court gezegd dat een groepslid “kennisgeving moet ontvangen” om gebonden te zijn door een uitspraak voor een class, *Shutts*, 472 U.S. bij 813, wat tot enige onzekerheid heeft geleid. Zie *Wright & Miller* § 1789.1 (“*Shutts* kan ook zo worden geïnterpreteerd dat er wordt gesuggereerd dat een groepslid kan verschijnen [na de uitspraak] en beweren dat hij of zij nooit een kennisgeving heeft ontvangen en derhalve niet is gebonden. . .”).

Concluderend dat een Franse rechtbank een Amerikaanse uitspraak betreffende een class wellicht zal respecteren, is de Rechtbank zich bewust van het feit dat een andere Rechtbank in dit Deel [District] tot de tegenovergestelde conclusie is gekomen. Zie *Betreft Alstrom SA Effectengeschil*, 253 F.R.D. 266 (S.D.N.Y. 2008) (Marrero, J.). De eisers in *Alstrom* voerden inbreuken op de federale effectenwetgeving aan tegen Alstrom SA, een Frans bedrijf met vestigingen overal ter wereld, waaronder de Verenigde Staten. De eisers probeerden kopers van aandelen in de Verenigde Staten, Canada, Frankrijk, Engeland en Nederland als class te laten goedkeuren. *Id.* bij 272. Bij de beoordeling van de voorkeursvereiste van Regel 23(b)(3) paste de Rechtbank toe wat ze de “Waarschijnlijkheidsnorm” noemde die door deze Rechtbank werd aangenomen in *Vivendi III*.

De *Alstrom* rechtbank keurde een class goed met Amerikaanse aandeelhouders, evenals Canadese, Britse en Nederlandse aandeelhouders, oordelend dat de rechtbanken van deze landen een uitspraak tegen bepaalde gedaagden waarschijnlijk zouden erkennen. De Rechtbank weigerde echter Franse aandeelhouders op te nemen en concludeerde dat de eisers onvoldoende hadden aangetoond dat een Franse rechtbank eerder wel dan niet een Amerikaanse uitspraak met Franse groepsleden zou erkennen en hieraan uitsluitende werking zou toekennen. *Id.* bij 287.

De *Alstrom* rechtbank onderkende de beslissing van deze Rechtbank op grond van het feit dat “recente juridische ontwikkelingen” in Frankrijk, zoals de brief van het Ministerie van Justitie die werd geschreven door Dhr. Guillaume, na de beslissing inzake goedkeuring als class in deze zaak vielen. *Alstrom*, 253 F.R.D. bij 286-87 n.11. Voor de *Alstrom* beslissing was echter van fundamenteel belang tot welke beslissing deze Rechtbank niet kwam, namelijk dat Beslissing nr. 89-257 stelt dat een collectieve actie voorzieningen moet treffen voor de individuele toestemming van elk lid om ermee door te kunnen volgens de Franse Grondwet. *Id.* bij 285. (“Een Franse rechtbank zou waarschijnlijk concluderen dat een uitspraak van deze Rechtbank waarin Franse groepsleden zijn betrokken, een aanfluiting is van de openbare orde omdat afwezige Franse investeerders niet instemden met de jurisdictie van deze Rechtbank. . .”). Deze conclusie, die ook door de gedaagden in deze zaak werd geopperd, is een onverdedigbare interpretatie van de Beslissing van 1989 die, zoals opgemerkt, feitelijk een opt-out-achtige procedure goedkeurt waarbij vakbondsleden werden verondersteld “stilzwijgend” te hebben ingestemd wanneer ze een schriftelijke kennisgeving ontvingen en zich niet terugtrokken [d.w.z. opt-out] binnen 15 dagen.¹² (Beslissing nr. 84-257 ¶¶ 25-26.) Men kan overwegen, zoals de Rechtbank heeft gedaan, welk type kennisgeving nodig zou zijn om in Frankrijk of zelfs de Verenigde Staten een gevolgtrekking van stilzwijgende toestemming te doen ontstaan, maar de kwestie van kennisgeving gewoon dooreenhalen met de kwestie van toestemming, zoals de gedaagden hebben gedaan, maakt de analyse onduidelijk.

¹² De *Alstrom* opinie schrijft de opmerkingen van de commentator verkeerdelijk toe aan de Conseil, nl. dat “Angelsaksische opt-out class actions” individuele personen het recht zouden ontnemen op “geïndividualiseerde toestemming.” De Conseil heeft dit helemaal niet gezegd. (Vgl. CC dec. nr. 2007-556 met Commentaar 23, bij 7.)

De *Alstrom* rechtbank accepteert ook de duidelijk onjuiste stelling van de gedaagden dat Beslissing nr. 2007-556 van de Conseil Constitutionnel “uitdrukkelijk opt-out mechanismen van class actions verwierp als zijnde in strijd met de grondbeginselen van de Franse Grondwet.” *Alstrom*, 253 F.R.D. bij 287 n.11. Dit is niet zo. Beslissing nr. 2007-556 bevat geen enkele verwijzing naar class actions of de omstandigheden waaronder een class action de grondbeginselen van de Franse Grondwet zou schenden. (Zie Beslissing nr. 2007-556, Verkl. van Cameron, Productie K; zie ook Aanvullende verkl. van Mourre ¶ 22 (11 april 2008).)¹³ Na zorgvuldig de vertalingen van zowel de Beslissing van 1989 als die van 2007 te hebben doorgenomen, concludeert de Rechtbank dat de interpretaties van de eiser overtuigend zijn en dat geen van beide Beslissingen oordeelt of suggereert dat geïndividualiseerde toestemming via een opt-in mechanisme grondwettelijk verplicht is of, anders gesteld, dat een opt-out procedure op basis van stilzwijgende toestemming grondwettelijk is verboden, laat staan een aanfluiting is van “fundamentele Franse grondwettelijke waarden in overeenstemming met principes van universele justitie.” (Vgl. *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 100-03 met *Alstrom*, 253 F.R.D. bij 287.)

* * *

Samenvattend oordeelt de Rechtbank niet dat “recente gebeurtenissen” in Frankrijk het verzoek van de gedaagden steunen voor gedeeltelijke herziening van de eerdere beslissing van de Rechtbank tot goedkeuring van de class. Alle inhoudelijke argumenten van beide partijen werden heel gedetailleerd naar voren gebracht op het moment dat de eisers voor het eerst om goedkeuring als class verzochten. De Rechtbank oordeelt voorts dat, wat betreft Franse aandeelhouders, een class uitspraak van deze Rechtbank waarschijnlijk als compleet obstakel zal fungeren voor een nieuw proces over de hierin gestelde aanspraken, ongeacht of een tweede geding wordt ingesteld in de Verenigde Staten of in Frankrijk.

¹³ De *Alstrom* opinie kent dezelfde conclusie toe aan het 2008 Rapport van de Attali Commissie. Zie *Alstrom*, 253 F.R.D. bij 287 n.11. Zoals eerder opgemerkt, zie hoger p. 9 komt het Rapport niet tot dergelijke conclusie.

De Rechtbank erkent de mogelijkheid dat sommige Franse groepsleden – zij die geen feitelijke kennisgeving van dit geding ontvangen – niet absoluut mogen worden verhinderd om hun aanspraken opnieuw aanhangig te maken. Maar die mogelijkheid bestaat wel degelijk. Om dit te verwezenlijken, moet het Frans recht evolueren op een manier die niet alleen weigert de publicatiekennisgeving als redelijke en noodzakelijke achtervanger voor een feitelijke kennisgeving ten uitvoer te brengen, (*zie Mullane*, 339 U.S. bij 315; Coulon-rapport 80), maar ook stelt dat zulke kennisgeving een inbreuk vormt op de internationale orde, *zie* bespreking *hoger*, bij 21-23. Op dit punt (en niettegenstaande de nieuwe betrokken feiten), vindt de Rechtbank zich aanzienlijk in dezelfde positie als iedere rechtbank waar een beroep op werd gedaan om een uitspraak te doen over goedkeuring als class. Ex ante, “de rechtbank die de actie leidt kan niet voorbeschikken over de kracht van gewijsde van de uitspraak.” Fed. R. Civ. P. 23, Nota van Adviescommissie van 1966, 28 U.S.C.A. Regel 23, bij 20 (2008). Bijgevolg eist Regel 23 alleen dat de Rechtbank een met redenen omklede voorspelling doet wat betreft de waarschijnlijk uitsluitende uitwerking van haar uitspraak op afwezige groepsleden en het risico van niet-erkenning beoordeelt samen met alle factoren die relevant zijn om te bepalen of een class action beter is dan alle andere methoden om het strijdpunt te beslechten. *Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 95.

Het feit dat een aanzienlijk aantal Franse aandeelhouders waarschijnlijk gebonden is, pleit sterk in het voordeel van goedkeuring. Bovendien zou het aanspannen van “seconde bite” gedingen aanzienlijke belemmeringen inhouden, niet in het minst de negatieve beslissing in deze zaak na een volledige discovery die onbeschikbaar is in Frankrijk, het risico dat de aandeelhouder weer zou verliezen en ditmaal de kosten van de Vivendi-raadsliden zou moeten betalen, en het huidige onvermogen om in Frankrijk op basis van een class verder te gaan. De Rechtbank vat de zorgen van Vivendi niet luchtig op, maar de hypothetische mogelijkheid van minder dan volledige kracht van gewijsde is niet dispositief bij de beoordeling of een class action “beter [is] dan andere beschikbare methoden voor een eerlijke en efficiënte beslechting van het strijdpunt.”

Zie bijv. Cromer Fin. Ltd. v. Berger, 205 F.R.D. 113, 135 (S.D.N.Y. 2001) (Cote, J.) (“Zelfs wanneer al het beschikbare bewijsmateriaal er op wijst dat de buitenlandse eisers die verliezen in de Verenigde Staten de gedaagden een tweede keer zullen kunnen dagvaarden in hun eigen land, kan een class action het betere middel blijven om het geschil te beslechten. . . .”). Hier biedt een class action een efficiënt middel waarbij de aanspraken van Franse aandeelhouders die ontstaan onder de Amerikaanse wetgeving, kunnen worden beslecht op een manier die wellicht bindend is voor een brede class van aandeelhouders die, wanneer een uitspraak negatief uitvalt voor de class, eventueel een geding in Frankrijk zouden overwegen. *Zie Vivendi III*, 242 F.R.D. bij 106-07. Bovendien mag redelijkerwijs worden verondersteld dat er veel Franse aandeelhouders van Vivendi zijn met aanspraken die te klein zijn om individuele gedingen te rechtvaardigen en het is zeker in hun belang om deel te nemen aan de class. Het is bovendien in het belang van de Verenigde Staten om een forum te voorzien voor individuele personen, inclusief buitenlandse aandeelhouders, die naar verluidt schade hebben geleden door de managers van een onderneming die direct vanuit de Verenigde Staten werkzaam is. *Zie Fidenas AG v. Compagnie Internationale Pour L’Informatique CII Honeywell Bull S. A.*, 606 F.2d 5, 9-10 (2d Cir. 1979). Tot slot zijn er geen handhaafbaarheidskwesties die een voorkeursverklaring uitsluiten. Een groot aantal zaken met buitenlandse groepsleden heeft de uitdagingen overkomen van het regelen van directe en gepubliceerde kennisgeving. *Zie bijv. Betreft Royal Ahold N.V. Sec. & ERISA Litig.*, nr. 1:03-MD-01539, 2007 WL 3128594 (D. Md. 26 sept. 2007); *betreft Holocaust Victim Assets Litig.*, 314 F. Suppl. 2d 155 (E.D.N.Y. 2004). Vele Franse groepsleden hebben al een of andere kennisgeving ontvangen van hun potentiële aanspraken tegen Vivendi op grond van de SEC kennisgeving en distributie aan aandeelhouders betreffende de aanzienlijke boetes die door de Onderneming werden betaald in verband met de schikking van de executiemaatregel van de SEC.

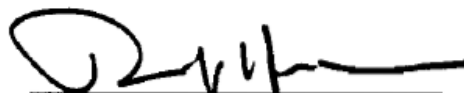
Vivendi III, 242 F.R.D. bij 108 n. 22. Het stuk bevat niets dat er op wijst dat Franse aandeelhouders/eisers enige hinder hebben ondervonden met het begrijpen van hun rechten op een aandeel van dat fonds of de procedures voor het indienen van een aanspraak hierop.

CONCLUSIE

Het verzoek van Vivendi om gedeeltelijke herziening [457] is verworpen om de hierboven aangegeven redenen en de redenen in de oorspronkelijke beslissing van de Rechtbank betreffende het goedkeuren van een class bestaande uit aandeelhouders uit de Verenigde Staten, Frankrijk, Engeland en Nederland.

ALDUS GEWEZEN.

Datum: New York, New York
31 maart 2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. J. Holwell', written over a horizontal line.

Richard J. Holwell
Arrondissementsrechter in de Verenigde Staten