

***Procederen in de polder: Nederland een
procesparadijs?***

Amsterdam 5 juli 2011
Marnix Leijten

Toen de polder nog de polder was ...

- 1999 Nederlandse regering tegen claimcultuur: “In ons rechtssysteem dienen geen maatregelen te worden geïntroduceerd die een claimcultuur zouden kunnen bevorderen”, volgens regering heeft woord claimcultuur een “sterk negatieve” weerklink – maar wat het is blijft onduidelijk (TK 1998-1999, 26630);
- Asser-Hartkamp IV-3 “Dikwijls wordt geleerd dat het adagium “ieder draagt zijn eigen schade” geldt als het uitgangspunt van de buitencontractuele aansprakelijkheid ... Dit standpunt, dat tot en met de tiende druk [1998] van dit werk werd ingenomen, wordt wel beschouwd als een zedelijkheidsoordeel: in beginsel *behoort* een ieder [schade] zelf te dragen. .. Inderdaad zullen velen op grond van hun godsdienstige overtuiging het beginsel huldigen dat zij geestelijk leed, lichamelijke pijn en materiële tegenslagen moeten aanvaarden..”
- Nederlandse corporates veelal litigation-avers, initiëren van procedures “not done”
- Civiele procedures sterk juridisch, weinig aandacht voor feiten

Is de claimcultuur toch gekomen?

- Onrust over claimcultuur – 3/11/2010, ZyLab research
“59% of the Dutch inhouse counsel at Dutch corporations are worried about the strong increase of the number of claims in The Netherlands”
- Kartelclaim tegen AF/KLM leidt tot zorgen in commentaar Telegraaf (30/9/2010):
“claim van meer dan 500 miljoen euro tegen Air France/KLM zou niet het begin moeten zijn van de Amerikaanse claimcultuur”
- Financieel Dagblad 20/06/2011 (voorpagina-kop)
“Nederland aantrekkelijk voor massale claimzaken”
- PvdA: “Stop claimcultuur”, 21 September 2010, Volkskrant
“Het is een soort Amerikaanse trend aan het worden om met ieder probleem naar de Rechtbank te gaan. De PvdA is “zeer bezorgd” dat de “poldercultuur” tot een einde aan het komen is.

Waardoor wordt ontwikkeling “die niemand wilde” veroorzaakt?

Niet juridisch:

- Globalisering
- Toename concurrentie
- Beleid van private enforcement (mededingingsrecht)
- Bewustzijn claims neem toe
- Privatisering en liberalisering
- Ondernemers zien financiële kansen
- Afname in sociale cohesie/individualisatie

Waarvoor wordt ontwikkeling “die niemand wilde” veroorzaakt?

Juridische ontwikkelingen:

- Toegang tot feiten en het belang ervan in procedures zeer sterk vergroot:
 1. Voorlopige getuigenverhoren/deskundigenberichten
 2. Exhibitieplicht, waarheidsplicht, toegang tot documenten
 3. Bewijsbeslag, ook buiten IE zaken
 4. Onderzoek door enqueteurs via OK
- Collectivisering en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade

Ontwikkelingen in de procespraktijk (1)

Sterke toename van voorlopige getuigenverhoren:

- prachtig pressiemiddel bij claims
- lage ingangseisen, ondanks nadere drempels HR
- bijna geen inhoudelijke toets, ook niet op mogelijk ontbreken juridische merites (drempel voor discovery in US – summary dismissal, motions to dismiss)
- openbare zittingen genereren nuisance value, schikkingsbereidheid neemt toe
- verruiming mogelijkheid vragen stellen door advocaten: trend naar cross-examination?

Ontwikkelingen in de procespraktijk (2)

- Arbitrage
 - IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration 1999 en 2010
 - 28 NAI regels
- Gewone rechter
 - 843a Rv gewijzigd in 2002 en voorstellen tot aanpassing
 - verruimde toepassing voorgesteld in 2010:
“VNO-NCW vreest dat door het schrappen van een groot aantal waarborgen in het voorontwerp een ongewenste toename van documentverzoeken zal worden gedaan die bovendien kunnen leiden tot fishing expitions en de weg openen tot een ongebreidelde claimcultuur” (consultatiedocument VNO, 30-11-2010)

Ontwikkelingen in de procespraktijk (3)

Wetsvoorstel exhibitieplicht

- Geen bescherming vertrouwelijkheid, geen summary dismissal, geen afgeleid verschoningsrecht, geen zware kostenveroordelingen en toch ruime exhibitieplicht?
- rechtmatig belang schrappen?
- partij bij een rechtsbetrekking ruim opvatten? claimvehikels?
- appelverbod opnemen?
- documenten onder derden?

Omdat er “weinig gebruik van wordt gemaakt”

Ontwikkelingen in de procespraktijk (4)

Als 843a niet volstaat:

- TITLE 28 1782 USC:
 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals
 - **(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation**
 - **AMD v. Intel (S.Ct June 21, 2004, 542 U.S. 241)**

Ontwikkelingen in de procespraktijk (5)

Bewijsbeslag

- Origine in EU recht (IE), specifiek ten aanzien van IE in 1019c Rv.
- Rechters staan beslag op documenten, harddrives, bestanden, laptops in niet-IE zaken toe (zie bijv. Rb Rotterdam 21 September 2009, LJN BJ7141):

Het woord afgifte impliceert, dat gedacht is aan een ruime categorie gevallen, alle situaties waarin de verzoeker kan vergen dat de betrokken zaak hem feitelijk ter beschikking wordt gesteld. Daaronder moeten begrepen worden de bescheiden, ten aanzien waarvan verzocht is om afschrift op basis van art. 843a Rv. Dat daarbij het goed een middel is, namelijk een rol kan spelen in de bewijslevering en niet zozeer zelf, als voorwerp, van belang is maakt daar-bij geen verschil.

In dat verband verdient opmerking dat de wetgever het leggen van dit type beslag principi-eel toelaatbaar heeft geacht blijkt ook uit art. 1019c Rv. Weliswaar werd het daar noodzake-lijk geacht een specifieke wettelijke basis te bieden voor bewijsbeslag in zaken, waarin de inbreuk op een intellectuele eigendomrecht wordt vermoed, maar dat moet gezien worden als het nakomen van een Europeesrechtelijke verplichting tot eenduidige implementatie.

Ontwikkelingen in de procespraktijk (6)

Onderzoek laten doen door anderen, op kosten pij:

- Onderzoekers aangesteld door de Ondernemingskamer hebben ruime mogelijkheden tot feitengaring (Unilever cum. prefs, HR 18-11-2005)
 - Enquête procedure wordt ingezet voor een in essentie niet-corporate gerelateerd geschil; en
 - EURO 225.000 aan nominale waarde aandelen is voldoende
 - Onderzoekers hebben ruime bevoegdheid om feiten te vergaren en rechtssubjecten zijn gehouden tot het verlenen van medewerking;

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

WCAM stappen:

- Vaststellingsovereenkomst tussen potentieel aansprakelijke partij(en) en een of meer stichtingen of verenigingen die belanghebbenden vertegenwoordigen (7:907 BW)
- Gezamenlijk verzoekschrift aan Hof Amsterdam, en oproeping/aankondiging aan belanghebbenden (7:907 BW en 1013 Rv)
- Mondelinge behandeling (eventueel eerder regiezitting)

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

4. Verbindendverklaring – definitief*
5. Opt-out periode (7:908 lid 2 en 7:908 lid 3 BW)
6. Distributie vergoeding (7:909 BW)

*Alleen cassatieberoep mogelijk door verzoekers gezamenlijk (1018 lid 1 Rv)

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

Hof toetst (o.m.):

- oproeping en aankondiging
 - > bekende belanghebbenden (brief, aangetekende brief of exploit)
 - > onbekende belanghebbenden (advertentie)(1013 lid 5 Rv)
- representativiteit stichting, vereniging
(7:907 lid 3 sub f BW)
“niet nodig dat iedere stichting representatief voor alle, mits ieder voldoende representatief voor een voldoende omvangrijk deel” (Hof in Dexia, Shell en Vedior)
- redelijkheid schikking
(7:907 lid 3 sub b BW)
“volledige compensatie niet nodig” (Hof in alle uitspraken)

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

Shell:

- geschil over hercategorisatie olie- en gasreserves
- begonnen als *securities class action* in US District Court New Jersey
- class: kopers van aandelen RD en STT in de periode 8 april 1999-18 maart 2004
- naar schatting 80% van de *class* buiten de VS
- 120.000 bekende belanghebbenden (*class members*) buiten de VS; naar schatting 400.000 onbekende belanghebbenden buiten de VS
- geen procedures buiten de VS
- schikking met niet-VS aandeelhouders in april 2007, vertegenwoordigd door VEB en Stichting Shell Reserves Compensation Foundation (later ook schikking met VS aandeelhouders)
- verzoek verbindendverklaring 11 april 2007; herzien verzoek 29 februari 2008
- verbindendverklaring op 29 mei 2009 (LJN: BI5744), dat wil zeggen: na meer dan twee jaar
- uit te keren: ca. US\$ 380 mio

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

Converium

- begonnen als securities class action in US District Court for the Southern District of New York na aankondiging van verhoging bepaalde voorzieningen
- verweerders: Converium Holding AG and Zürich Financial Services Ltd., beide Zwiters
- class: kopers van aandelen gedurende periode 7 January 2002- 2 September 2004
- meerderheid class non-US (woonachting buiten US en niet gekocht op US exchange)
- ong. 3,000 bekende class members buiten US, waarvan 200 Nederland; ong. 9,000 onbekende class members buiten US
- 12 november 2010: Hof Amsterdam neemt voorlopig bevoegdheid aan onder WCAM over schikking non-US shareholders
- Ong. US\$ 58 miljoen uit te keren aan non-US shareholders

Collectivisering; de WCAM na Shell en Converium

Lessons learned:

- Hof neemt internationale jurisdictie aan – zo lijkt - als er een of meer Nederlandse gelaedeerden zijn;
- Hof is gevoelig voor internationale ontwikkelingen (*Morisson v. National Bank of Australia* (US S.Ct 24 June 2010))
- erkenning door gerechten in EU en Lugano-staten zou moeten volgen
- waarschijnlijk geen Nederlandse laedens vereist
- Nederlandse *stichting* die vergoeding distribueert vereist
- Hof laat betrokkenheid buitenlandse advocaten toe
- Hof hoort en luistert naar US experts over redelijkheid schikkingsbedrag
- soms zeer kostbare en tijdrovende procedure
- zeker niet alle zaken geschikt
- tactische voordelen in internationale zaken
- stroomlijning en kanalisering procedures

Doet NL mee in concurrentiestrijd of is voorgaande toeval?

Litigation-klimaat als selling point (commercieel en ethisch) voor landen

- Engelse initiatieven en grote investeringen om litigation aan te trekken en beter te faciliteren: “*The plan comes as part of a bid to increase the £23.1bn of annual revenues currently generated by commercial dispute resolution and legal services in the UK and its contribution to the UK's gross domestic product, which in 2009 stood at 1.8%.*” (Legalweek, 17 mei 2011)
- Frankrijk: www.parisarbitration.com
- Stockholm Chamber of Commerce roadshows in Azië
- Singapore: vraag gestuurde aanpak -> wat wil de markt
- Den Haag legal capital of the world (The Hague Institute of Global Justice geopend 10 Juni 2011)
- NGO's procederen in V.S. (Alien Tort Claims Act) en Europa tegen hoofdkantoren over buitenlandse operaties van dochtervennootschappen; hoe ver laten rechters dit komen?
- Europese Commissie en NGO's dringen aan op verplichtingen bedrijven in Bilateral Investment Treaties
- Nieuwe Nederlandse arbitragewet (eindelijk) op komst?

Naar Amerikaanse toestanden of goede mix?

Kroes: Collective Redress – Delivering Justice for Victims, March 2009:
“I would like to assure you we are not proposing anything like the US System. Not at all.”

Almunia: Common Standards for Group Claims Across the EU, Oktober 2010: “We must identify safeguards that will prevent importing a US-style litigation culture ...”

- Werkt passing on defense of niet?
- Indirecte purchasers?
- Opt-in of opt-out collective redress?
- Summary dismissal mechanismes vs. disclosure obligations?
- Vertrouwelijkheid en afgeleid verschoningsrecht?
- Loser pays?
- Hoofdelijkheid en vrijwaring in verband met schikkingsmogelijkheden?