



Rechtbank Amsterdam

Rolnummer : 2008 / 1465

Rolzitting : 8 april 2009

INCIDENTELE CONCLUSIE VAN DUPLIEK

- 1. in de bevoegdheidsincidenten;**
- 2. in het voorwaardelijke vrijwaringsincident;**

alsmede

**AKTE IN DE HOOFDZAAK
houdende wijziging van eis**

inzake

**STICHTING ONDERZOEK BEDRIJFS INFORMATIE
SOBI,**

gevestigd te Amsterdam;

eiseres in de hoofdzaak
gedaagde in de incidenten

advocaten : mr. O.L.M. Heuts
mr. K.W.G. Timmers

tegen

- 1. DELOITTE ACCOUNTANTS B.V.,**
gevestigd te Rotterdam;

gedaagde in de hoofdzaak
eiseres in het bevoegdheids- en vrijwaringsincident

advocaat : mr. C.M. Harmsen



2. **DELOITTE & TOUCHE LLP,**

gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika;

gedaagde in de hoofdzaak
eiseres in het bevoegdheidsincident

advocaten : mr. J.F. Garvelink
mr. P.M. Keijser

5. **Adriaan Michiel MEURS,**

wonende te Bussum;

gedaagde in de hoofdzaak
eiser in het bevoegdheidsincident

advocaten : mr. P.A.M. Witteveen
mr. A. Hendrikse



INHOUDSOPGAVE

	PRODUCTIES INCIDENTEN	4
1.	Inleiding en Samenvatting	5
2.	Belanghebbenden en eisende partijen	6
3.	Deloitte is geen partij bij de Settlement	10
4.	Final Judgment komt niet in aanmerking voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland	11
5.	Forumkeuzebeding en Jurisdictiebepaling sluiten actie in Nederland niet uit	32
6.	Geen tussentijds hoger beroep	34
7.	Conclusie	34



PRODUCTIES INCIDENTEN:

Producties bij Incidentele CvA:

Productie 1	Memorandum of Law van Ahold en USF van 4 november 2005
Productie 2	Opinie van Prof. Mr. Th. M. de Boer van 4 november 2005
Productie 3	Persbericht VEB van 11 september 2008
Productie 4	Volmachten van Optiehouders

Producties bij Incidentele CvD:

Productie 5	nog niet overgelegde volmachten van Belanghebbenden aangemeld per datum Dagvaarding (onder verwijzing naar productie 68 Incidentele CvR Meurs)
Productie 6	nog niet overgelegde volmachten van Belanghebbenden aangemeld per en na datum Dagvaarding
Productie 7	Jaarverslag AH Vaste Klantenfonds 2005



SOBI concludeert als volgt in de incidenten:

1. Inleiding en samenvatting

- 1.1. Alle met een hoofdletter geschreven begrippen die niet in deze Incidentele Conclusie van Dupliek ("Incidentele CvD") zijn gedefinieerd hebben de betekenis die daaraan door SOBI in de Incidentele Conclusie van Antwoord van 5 november 2008 ("Incidentele CvA SOBI") is gegeven. De Incidentele Conclusies van Replik van Deloitte NL, Deloitte USA en Meurs worden aangeduid als "Incidentele CvR Deloitte NL", "Incidentele CvR Deloitte USA" respectievelijk "Incidentele CvR Meurs".
- 1.2. Voordat SOBI inhoudelijk ingaat op de Incidentele CvR's, zal zij haar eis wijzigen. Die wijziging wordt in de eerste plaats ingegeven door het feit dat van 9 Belanghebbenden B is komen vast te staan dat zij hebben deelgenomen aan de Settlement en afstand hebben gedaan van aanspraken jegens Meurs. SOBI trekt ten aanzien van deze 9 Belanghebbenden B de vordering jegens Meurs in en vermindert dienovereenkomstig (de grondslag van) haar eis. De wijziging van (de grondslag van de) eis is daarnaast noodzakelijk omdat zich inmiddels nieuwe Belanghebbenden hebben aangemeld bij Stichting AHDC. Ten slotte wenst Stichting AHDC in deze procedure tevens op te treden in eigen naam op grond van artikel 3:305a BW. SOBI zal haar eis in dit kader wijzigen in die zin dat zij namens Stichting AHDC op grond van artikel 3:305a BW een verklaring voor recht vordert dat Meurs, Deloitte NL en Deloitte USA aansprakelijk zijn wegens misleidende voorstelling van de toestand van Ahold aangaande USF. Deze rechtsovereenkomstig strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen dan die van Stichting AHDC en strekt niet tot schadevergoeding te voldoen in geld. SOBI zal dienovereenkomstig tevens het petitum van de eis aanpassen conform na te melden formulering. SOBI treedt in het vervolg van deze procedure dus mede op namens Stichting AHDC als zelfstandige procespartij.
- 1.3. SOBI zal nader uiteenzetten waarom uw rechtbank bevoegd is om van de onderhavige procedure kennis te nemen. Reden daarvoor is dat de Final Judgment niet vatbaar is voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland. Als de Final Judgment al vatbaar zou zijn voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland, dan nog betekent dit niet dat de rechtbank Amsterdam in deze kwestie onbevoegd is. Het Forumkeuzebeding in de Settlement en de Jurisdictiebepaling in de Final Judgment beletten het instellen van de onderhavige vordering bij uw rechtbank niet.
- 1.4. Specifiek voor Deloitte geldt dat, aangezien Deloitte geen partij is bij de Settlement en het de Belanghebbenden bovendien op basis van de Settlement en de Judgment is toegestaan een vordering jegens Deloitte in te stellen, Deloitte jegens hen geen beroep kan doen op het Forumkeuzebeding en de Jurisdictiebepaling. SOBI benadrukt dat Deloitte heeft afgezien van deelname aan een schikking. Met die keuze



is onverenigbaar dat Deloitte thans – ter afwering van aanspraken van benadeelden – een beroep kan doen op de inhoud van diezelfde schikking. Van exclusieve bevoegdheid van de Amerikaanse rechter ten aanzien van de vordering van SOBI jegens Deloitte is dan ook geen sprake. De conclusie van SOBI is dat uw rechtbank bevoegd is om van de vordering van SOBI jegens Deloitte kennis te nemen.

- 1.5. De discussie omtrent de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter is voor wat betreft de Optiehouders irrelevant. Ten aanzien van de Optiehouders is uw rechtbank immers hoe dan ook bevoegd om kennis te nemen van deze zaak.
- 1.6. Voor Stichting AHDC gaat het om een principiële kwestie. Zij heeft er grote moeite mee dat een in beginsel Nederlandse aangelegenheid buiten de invloedssfeer van de Nederlandse rechter wordt gehouden. Ahold is een Nederlandse vennootschap, waarvan de aandelen werden gehouden door hele volksstammen particuliere beleggers die voor het overgrote deel in Nederland woonden. Enkele grote Amerikaanse partijen hebben het actierecht van de Nederlandse benadeelden gekaapt door middel van de Class Action in de VS. Stichting AHDC acht het bezwaarlijk dat de Nederlandse benadeelden de voor hun meest voor de hand liggende rechtsgang (een procedure bij de Nederlandse rechter) wordt onthouden.
- 1.7. SOBI heeft geconstateerd dat Deloitte NL zich niet verzet tegen aanhouding van het vrijwaringsincident totdat is beslist in het bevoegdheidsincident. SOBI zal daarom op het vrijwaringsincident in deze Incidentele CvD niet meer ingaan. Zij behoudt zich niettemin alle rechten voor om in het vervolg van de procedure hierop alsnog nader in te gaan.

2. Belanghebbenden en eisende partijen

- 2.1. SOBI heeft bij Incidentele CVA toegelicht dat de door Stichting AHDC vertegenwoordigde Belanghebbenden als volgt kunnen worden onderverdeeld:
 - a. Belanghebbenden die reeds afstand hebben gedaan van hun recht om de Bestuurders aansprakelijk te stellen op het moment dat zij hebben deelgenomen aan en akkoord zijn gegaan met de Settlement. Deze Belanghebbenden stellen uitsluitend Deloitte aansprakelijk voor de Schade ("**Belanghebbenden A**");
 - b. Belanghebbenden die niet betrokken zijn bij de Settlement en zowel de Bestuurders als Deloitte aansprakelijk stellen voor de Schade ("**Belanghebbenden B**");
 - c. Belanghebbenden die niet hebben deelgenomen aan of akkoord zijn gegaan met de Settlement maar die om voor hen moverende redenen uitsluitend Deloitte aansprakelijk stellen voor de Schade ("**Belanghebbenden C**").

- 2.2. SOBI heeft toegelicht dat onder de door haar vertegenwoordigde Belanghebbenden tevens zijn begrepen de Optiehouders. Daartoe heeft SOBI haar eis gewijzigd. Deloitte NL en Deloitte USA maken geen bezwaar tegen de eiswijziging maar verlangen wel dat SOBI de identiteit van de Belanghebbenden A (nader) onderbouwt en toelicht of zij zich hebben aangemeld bij de Settlement.
- 2.3. SOBI acht zulks echter irrelevant; alle Belanghebbenden kunnen Deloitte NL en Deloitte USA aansprakelijk stellen voor de Schade. Daarbij doet niet ter zake of (en welke) Belanghebbenden reeds aan de Settlement hebben deelgenomen. Indien uw rechtbank van oordeel zou zijn dat SOBI dit aspect wel specifiek zou moeten toelichten biedt SOBI aan zulks te bewijzen door middel van schriftelijke verklaringen van de volmachtgevers of het horen van volmachtgevers als getuige. Voor de goede orde: Optiehouders kwalificeren niet als Class Members. Uw rechtbank is ten aanzien van de Optiehouders in elk geval bevoegd om kennis te nemen van de onderhavige vordering.
- 2.4. Voor wat betreft de vordering tegen Meurs is enkel de categorie Belanghebbenden B van belang. Uit de door SOBI eerder overgelegde lijsten van volmachtgevers en volmachten volgt dat er in totaal 20 Belanghebbenden B zijn. Van deze 20 Belanghebbenden B hebben er volgens Meurs 9 deelgenomen aan de Settlement en een uitkering ontvangen (in de terminologie van Meurs zijn dit de "Actieve Belanghebbenden B"). De namen van deze 9 Actieve Belanghebbenden B zijn vermeld in de door Meurs overgelegde verklaring van de Claims Administrator¹. SOBI heeft eerder het standpunt ingenomen dat personen die hebben deelgenomen aan de Settlement Meurs niet kunnen aanspreken. SOBI trekt dan ook ten aanzien van deze 9 Actieve Belanghebbenden B de vordering jegens Meurs in. Voor zover nodig wijzigt SOBI haar eis in die zin dat de gevorderde aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht niet geldt jegens de 9 Actieve Belanghebbenden B. De 9 Actieve Belanghebbenden B zijn dan ook aan te merken als Belanghebbenden A.
- 2.5. SOBI vraagt akte van de gevraagde wijziging (vermindering) van eis.
- 2.6. Meurs is van mening dat een en ander tot gevolg heeft dat er slechts 11 Belanghebbenden B overblijven, te weten:
1. Kruijssen, E.C.;
 2. Bourgonje, J.M.;
 3. Beheersmaatschappij L. van Dommelen B.V.;
 4. Kalkman, A.M.;
 5. Reedt Dortland, van, S.G.J.;
 6. Interpapier Agenturen B.V.;
 7. Davo Papiergroothandel B.V.;

¹ Incidentele CvR Meurs productie 68.



8. Huizenga, I.H.;
9. Engers, van, M.;
10. Lopes Cardozo, L.C.;
11. Lopes Cardozo, C.A.

2.7. Van de hier genoemde Belanghebbenden B sub 1 tot en met 4 heeft SOBI reeds volmachten overgelegd. Van de hier genoemde Belanghebbenden B sub 5 tot en met 9 legt SOBI de volmachten hierbij alsnog over. Belanghebbenden B sub 10 en 11 zijn reeds vermeld in productie 3 bij Akte houdende producties na Dagvaarding (daarbij zijn tevens de volmachten overgelegd).

Productie 5: nog niet overgelegde volmachten van Belanghebbenden aangemeld per datum Dagvaarding (onder verwijzing naar productie 68 Incidentele CvR Meurs), waaronder voornoemde Belanghebbenden B sub 5 tot en met 9 (in aanvulling op productie 3 bij Akte houdende producties na Dagvaarding).

2.8. SOBI betwist dat er slechts 11 Belanghebbenden B resteren. Nadat de Dagvaarding is uitgebracht hebben zich nog 88 Belanghebbenden aangemeld (waaronder een aantal dat zich reeds per datum Dagvaarding had aangemeld, maar pas na datum Dagvaarding een complete volmacht heeft aangeleverd).

Productie 6: volmachten van 88 Belanghebbenden aangemeld dan wel aangeleverd na datum Dagvaarding (in aanvulling op productie 3 bij Akte houdende producties na Dagvaarding).

2.9. Stichting AHDC vertegenwoordigt ook de belangen van de Belanghebbenden die zich na datum Dagvaarding hebben aangemeld en de Belanghebbenden die zich reeds voor datum Dagvaarding hadden aangemeld maar pas na datum Dagvaarding een (volledige) volmacht hebben aangeleverd. SOBI vertegenwoordigt Stichting AHDC. SOBI wijzigt de grondslag van haar eis zodanig dat het gevorderde geacht moet worden betrekking te hebben op de Belanghebbenden zoals blijkt uit **productie 6** bij deze Incidentele CvD. Het gevorderde had reeds betrekking op de Belanghebbenden zoals blijkt uit **productie 5** bij deze Incidentele CvD aangezien deze Belanghebbenden reeds zijn genoemd bij Dagvaarding.

2.10. Het argument dat SOBI haar hoedanigheid niet zodanig mag wijzigen dat zij Belanghebbenden vertegenwoordigt die niet zijn genoemd in de Dagvaarding² snijdt geen hout. Van een wijziging in de hoedanigheid van SOBI als eisende partij is geen sprake. Bovendien heeft SOBI in de Dagvaarding reeds aangekondigd dat de lijst van Belanghebbenden zou kunnen worden gewijzigd of aangevuld en zich daartoe alle

² Incidentele CvR Meurs sub 2.10.



rechten voorbehouden. Dat is onvermijdelijk en gebruikelijk bij claims als deze. Het is SOBI dan ook toegestaan het overzicht van Belanghebbenden aan te vullen en haar eis te wijzigen in die zin dat ook de claims van Belanghebbenden die zich na het moment van dagvaarden hebben aangemeld in de eis te betrekken. Een dergelijke wijziging van (de grondslag van de) eis is niet in strijd met de goede procesorde als bedoeld in artikel 130 Rv. Meurs is op geen enkele wijze geschaad in zijn processuele positie.

- 2.11. SOBI heeft bij Dagvaarding toegelicht dat Stichting AHDC opkomt voor de belangen van de Belanghebbenden. Stichting AHDC wenst echter tevens op te treden in eigen naam op grond van artikel 3:305a BW. De in dit artikel neergelegde collectieve actie strekt ertoe bepaalde rechtspersonen de bevoegdheid te geven ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen. Deze bevoegdheid komt toe aan Stichting AHDC.
- 2.12. Blijkens haar statuten³ stelt Stichting AHDC zich ten doel om:
- de belangen van aandeelhouders en voormalige aandeelhouders van Ahold en andere aan Nederlandse effectenbeurzen genoteerde ondernemingen te behartigen;
 - namens en ten behoeve van aandeelhouders en voormalige aandeelhouders schadeclaims bij Ahold, Deloitte en (voormalige) bestuurders en leden van de RvC te incasseren en die schadeclaims aan de gerechtigden te beheren en uit te betalen;
 - (kort gezegd) samen te werken met andere rechtspersonen in het kader van deze doelstelling;
 - alle verdere handelingen te verrichten die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.
- 2.13. Voorafgaand aan de Dagvaarding heeft Stichting AHDC getracht overleg te voeren met Meurs, Deloitte NL en Deloitte USA. Bij brief van 27 februari 2008 heeft zij ieder van hen gelegenheid geboden om het gevorderde door overleg te bereiken. Op deze brief heeft zij van geen van deze partijen antwoord ontvangen. Aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2 BW is dan ook voldaan. SOBI biedt aan de brieven van 27 februari 2008 in het geding te brengen, mochten Meurs en Deloitte betwisten dat SOBI een dergelijke brief heeft gezonden.
- 2.14. Kortom, SOBI zal haar eis in dit kader wijzigen in die zin dat zij namens Stichting AHDC⁴ op grond van artikel 3:305a BW een verklaring voor recht vordert dat Meurs, Deloitte NL en Deloitte USA in de bij Dagvaarding omschreven zin hoofdelijk

³ Productie 2 bij Akte houdende producties na Dagvaarding.

⁴ Stichting AHDC heeft SOBI gevolmachtigd tot het voeren van de onderhavige procedure, zie productie 4 bij Akte houdende producties na Dagvaarding.



aansprakelijk zijn voor de schade die de Belanghebbenden lijden als gevolg van de misleidende voorstelling van de toestand van Ahold aangaande USF. Deze rechtsvordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen dan die van Stichting AHDC en strekt niet tot schadevergoeding te voldoen in geld. SOBI zal dienovereenkomstig tevens het petitum van de eis aanpassen conform na te melden formulering.

- 2.15. SOBI treedt in het vervolg van deze procedure dus mede op namens Stichting AHDC als zelfstandige procespartij.

3. Deloitte is geen partij bij de Settlement

- 3.1 De positie van Deloitte wijkt op een essentieel punt af van de positie van Meurs. Meurs is partij bij de Settlement; Deloitte niet. Om die reden geldt het verbod om tegen de *Specified Defendants* (waartoe Meurs wel behoort en Deloitte niet) gerechtelijke procedures aan te spannen niet ten aanzien van Deloitte⁵. Dit wordt door Deloitte ook niet weersproken en staat derhalve vast.
- 3.2 Bij de betwisting van de bevoegdheid van uw rechtbank baseert Deloitte zich dan ook ten onrechte op het Forumkeuzebeding. Het Forumkeuzebeding is immers opgenomen in de Settlement, waarbij Deloitte geen partij is.
- 3.3 Om dezelfde reden kan Deloitte evenmin een beroep doen op de Jurisdictiebepaling. De Jurisdictiebepaling is opgenomen in de Final Judgment. De Final Judgment is gebaseerd op en vloeit voort uit de Settlement, waarbij Deloitte geen partij is. Dat Deloitte wel partij was in de Class Action betekent niet dat zij om die reden gebonden is aan de in die procedure gewezen Final Judgment, zoals Deloitte USA stelt⁶.
- 3.4 Het argument van Deloitte NL dat zij een beroep kan doen op de Jurisdictiebepaling omdat de Final Judgment een vonnis is geweest in een openbare procedure⁷, is volgens SOBI onjuist. Anders dan Deloitte NL kennelijk meent, heeft de Final Judgment niet jegens een ieder bindende kracht. Er is immers enkel sprake van gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen ten opzichte van partijen die ten processe vertegenwoordigd waren (artikel 236 Rv). Belanghebbenden en Stichting AHDC hoeven derhalve de beslissingen uit de Final Judgment niet tegen zich te laten gelden.

⁵ Zie artikelen 13c, 13e en 19 van de Settlement en overweging 11a van de Final Judgment.

⁶ Incidentele CvR Deloitte USA sub 2.6 en 5.19.

⁷ Incidentele CvR Deloitte NL sub 10.



- 3.5 Deloitte NL stelt tevens dat zij zich kan beroepen op de Final Judgment en de Settlement aangezien de Settlement een derdenbeding bevat⁸. Dit is onjuist; het feit dat de Settlement een derdenbeding bevat betekent volgens SOBI niet dat Deloitte een beroep kan doen op de Final Judgment en de Settlement. Het bestaan en de formulering van het derdenbeding toont bovendien juist aan dat procedures tegen Deloitte onverminderd mogelijk zijn.
- 3.6 Kortom, aangezien Deloitte geen partij is bij de Settlement en het de Belanghebbenden bovendien op basis van de Settlement en de Judgment is toegestaan een vordering jegens Deloitte in te stellen, kan Deloitte jegens hen geen beroep doen op het Forumkeuzebeding en de Jurisdictiebepaling. Dat zou ook niet logisch zijn. Deloitte heeft afgezien van deelname aan een schikking. Met die keuze is onverenigbaar dat Deloitte thans – ter afwering van aanspraken van benadeelden - een beroep kan doen op de inhoud van diezelfde schikking. Deloitte voert een gelegenheidsverweer, dat gepasseerd dient te worden.
- 3.7 De Belanghebbenden zijn dan ook niet gehouden om onderhavige vordering voor te leggen aan de Amerikaanse rechter. Uw rechtbank is dan ook bevoegd om van de vordering van SOBI kennis te nemen.

4. Final Judgment komt niet in aanmerking voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland

- 4.1 Partijen zijn het erover eens dat aan drie minimumvereisten moet zijn voldaan wil de Final Judgment voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking komen. In tegenstelling tot Meurs en Deloitte is SOBI van mening dat aan deze vereisten niet is voldaan. SOBI licht dit als volgt toe.

4.2 (i) Rechtsmacht op basis van een internationaal aanvaarde grond

- 4.2.1 Ten eerste kwam aan de Amerikaanse rechter geen rechtsmacht toe op basis van een internationaal aanvaarde grond.

Forum Rei en Forum Connexitatis

- 4.2.2 Het staat vast dat *forum rei* een internationaal aanvaarde bron van rechtsmacht vormt. Het *forum rei* komt voort uit de gedachte dat een gedaagde niet kan worden gedwongen te procederen in het land van de eiser. De *forum rei*-regel strekt immers

⁸ Incidentele CvR Deloitte NL sub 10; idem Incidentele CvR Deloitte USA 2.6 en 5.19.

tot bescherming van de gedaagde: aangezien eiser de procedure aanspant en niet vaststaat dat zijn vordering gegrond is en toegewezen kan worden, mag gedaagde niet worden gedwongen te procederen voor de rechter van de woonplaats van de eiser.

- 4.2.3 Een andere internationaal aanvaarde bron van rechtsmacht is het *forum connexitatis*. Meurs en Deloitte NL stellen ten onrechte dat het forum connexitatis een zelfstandige grond vormt⁹. Forum connexitatis geldt namelijk als een aanvullende bevoegdheidsregel¹⁰. Deze bevoegdheidsregel betreft onder andere het geval van pluraliteit van gedaagden¹¹.
- 4.2.4 Zowel forum rei als forum connexitatis zijn bedoeld voor dagvaardingsprocedures (althans: contradictoire procedures).
- 4.2.5 De procedure tot vaststelling van de Settlement is echter allerminst een contradictoire procedure. De Class Members waren in het kader van de Settlement geen gedaagden of verweerders, maar potentiële begunstigden in het kader van de Settlement. De Lead Plaintiffs en Defendants hebben de Class Members in het kader van de vaststelling van de Settlement weliswaar als verweerders aangemerkt. Feitelijk was van verwerende partijen echter helemaal geen sprake. Bij de vaststelling van de Settlement was immers geen plaats voor verweer. Enkel in het kader van de Class Action Complaint-procedure was sprake van "verweer" en "gedaagden" in de zin van forum rei en forum connexitatis. Meurs verwacht de begrippen "Defendants" en "verweerders"; waar Meurs spreekt over "*de pluraliteit van verweerders*" en "*voldoende is dat een van de verweerders woonplaats heeft in het land van het forum (de VS)*"¹², bedoelt hij eigenlijk "Defendants" respectievelijk "een van de Defendants".
- 4.2.6 Forum rei en forum connexitatis missen toepassing als het gaat om het bepalen van de rechtsmacht in het kader van de procedure tot vaststelling van de Settlement c.q. de Final Judgment.
- 4.2.7 Daarnaast had de Amerikaanse rechter in het stadium met betrekking tot de vaststelling van de Settlement rechtsmacht moeten weigeren ten aanzien van niet in de VS wonende verweerders vanwege het feit dat het overgrote deel van de benadeelden woonachtig was in Nederland.

⁹ Incidentele CvR Meurs sub 4.15 Incidentele CvR Deloitte NL 41.

¹⁰ L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, 9^e druk, Kluwer 2008, p. 222.

¹¹ Strikwerda, a.w., 2008, p. 222.

¹² Incidentele CvR Meurs sub 4.15 en 4.16.



- 4.2.8 Dat de in Nederland wonende aandeelhouders een overgrote meerderheid vormden, is een onbetwistbaar feit. Afgezet tegen een totaal aantal aandeelhouders van circa 1.250.000 (met in totaal ruim 930 miljoen aandelen) maakten de Nederlandse aandeelhouders eind 2002 60% uit van het totaal. De Amerikaanse aandeelhouders waren enkele professionele of institutionele partijen. Deze partijen hadden gemiddeld een veelvoud van het aantal aandelen van de particuliere beleggers. Het percentage aandeelhouders woonachtig in de Verenigde Staten bedraagt dan ook hooguit enkele procenten.
- 4.2.9 Ook gemeten in aantal aandelen vormden de in Nederland wonende aandeelhouders veruit de meerderheid, te weten bijna 40%. Dit percentage volgt uit de jaarverslagen van Ahold, die vermelden dat de aandelen in 2002 werden gehouden door 16,7% Nederlandse institutionele beleggers en 13,20% Nederlandse particuliere beleggers. Daarnaast was er nog een categorie ongeïdentificeerd (18,1%) die vrijwel geheel zal bestaan uit Nederlandse beleggers. Samen is dit derhalve bijna 40%. Dit staat in schril contrast met het percentage van 21% gehouden door Noord-Amerikaanse beleggers – waaronder nota bene ook nog Canadese beleggers vallen.
- 4.2.10 Desondanks benadrukt SOBI dat het bij collectieve acties van aandeelhouders juist relevant is te kijken naar aantallen aandeelhouders in plaats van aantallen aandelen¹³. Dat laatste geeft een vertekend beeld aangezien de “kleine” particuliere beleggers in dat geval sterk ondervertegenwoordigd raken bij enkele grote institutionele beleggers. In het geval van Ahold is dat in de ogen van SOBI bij uitstek ongewenst aangezien juist veel kleine particuliere beleggers Ahold-aandelen hielden¹⁴.
- 4.2.11 Om die reden dienen - anders dan Meurs stelt - ook de participanten in het AH Vaste Klantenfonds en houders van aandelenleaseproducten in de berekening van het percentage Nederlandse aandeelhouders te worden meegenomen¹⁵. Het gaat daarbij om enorme aantallen aandeelhouders. In de jaren 2001 tot en met einde 2005 namen telkens meer dan 110.000 participanten deel aan het AH Vaste Klantenfonds.

Productie 7: jaarverslag AH Vaste Klantenfonds 2005

- 4.2.12 Het aantal houders van aandelenleaseproducten bedroeg circa 300.000. Er zijn circa 500.000 aandelenleasecontracten gesloten. De meerderheid hiervan bevatte ook aandelen Ahold. SOBI biedt bewijs aan van deze stelling.

¹³ In tegenstelling tot hetgeen Meurs meent, Incidentele conclusie Meurs sub 7.8 en producties 8 en 9.

¹⁴ Dit wordt bevestigd door prof. Eskridge, die in zijn Affidavit (Incidentele CvR Meurs, productie 70, p. 3) spreekt over een “*small claims class action settlement*”.

¹⁵ Incidentele CvR Meurs sub 4.12.



- 4.2.13 Het is in dat verband dan ook onbegrijpelijk dat de participanten in het AH Vaste Klantenfonds en houders van aandelenleaseproducten in de Settlement en de Final Judgment buiten beschouwing zijn gelaten. Deze partijen kwalificeerden immers als *beneficial owners*, zo volgt uit de Preliminary Order van de Amerikaanse rechter van 9 januari 2006¹⁶. Beneficial owners zijn eveneens Class Members en dienden derhalve in dat kader te worden geïnformeerd door de *Nominees*. Er is dan ook geen enkele rechtvaardiging voor het feit dat deze groep niet is meegenomen bij de berekening van het percentage van Nederlandse aandeelhouders.
- 4.2.14 SOBI concludeert dan ook dat de Amerikaanse rechter, toen hij diende te oordelen of hij rechtsmacht had, is uitgegaan van onjuiste informatie. De Lead Plaintiffs hebben immers verzuimd de Amerikaanse rechter te informeren over de werkelijke aantallen Nederlandse aandeelhouders. Nog afgezien van het feit dat de Nederlandse beleggers sowieso de overgrote meerderheid vormden van de benadeelden, was de Amerikaanse rechter kennelijk niet bekend met het bestaan van een zeer grote groep Nederlandse belanghebbenden die via het AH Vaste Klantenfonds en de aandelenleaseproducten aandelen in Ahold hielden.

Forum locus delicti

- 4.2.15 Ook op basis van het *forum locus delicti* zou de Amerikaanse rechter tot het oordeel moeten zijn gekomen dat hij bij het vaststellen van de Settlement geen rechtsmacht had. De procedure waarin de Settlement is vastgesteld is immers voor de Class Members een nieuwe procedure; dit is een andere procedure dan de Class Action procedure.
- 4.2.16 In tegenstelling tot hetgeen Meurs aanvoert¹⁷ was de Amerikaanse rechter gedurende de Class Action procedure als forum delicti wel bevoegd de delictuele aansprakelijkheid van de Specified Defendants al dan niet vast te stellen, maar had hij zich vervolgens onbevoegd moeten verklaren op het moment dat partijen een Settlement hadden bereikt. Er was geen sprake van één en dezelfde procedure. De opvatting van Meurs dat de Amerikaanse rechter op grond van het forum connexitatis bevoegd bleef is dan ook onjuist.
- 4.2.17 Meurs baseert diens standpunt onder meer op artikel 6 lid 3 EEX¹⁸. Volgens die bepaling kan een persoon ook worden opgeroepen “*ten aanzien van een*

¹⁶ Zie Preliminary Order r.o. 12 (productie 2a bij Incidentele Conclusie Deloitte NL, tevens productie 3 bij Incidentele Conclusie Meurs).

¹⁷ Incidentele CvR Meurs sub 4.23.

¹⁸ Incidentele CvR Meurs sub 4.24.

tegenvordering die voortspuit uit de overeenkomst of uit het rechtsfeit waarop de oorspronkelijke vordering gegrond is voor gerecht waar deze laatste aanhangig is". Aangezien in het kader van de Final Judgment geen sprake was van een tegenvordering gaat deze vergelijking echter niet op. Ook bij deze vergelijking gaat Meurs er overigens aan voorbij dat de aandeelhouders (Belanghebbenden) geen partij waren bij de oorspronkelijke procedure (de Action); rechtsmacht ten aanzien van de Action als de "oorspronkelijke vordering" brengt derhalve niet rechtsmacht ten aanzien van de Final Judgment mee.

- 4.2.18 Bovendien heeft het schadetoebrengende feit zich voorgedaan in Nederland. Het andersluidende standpunt van Meurs en Deloitte is onjuist. SOBI licht dat toe.
- 4.2.19 Volgens Deloitte USA was de Amerikaanse rechter bevoegd omdat Deloitte USA in de VS is gevestigd en zij aldaar heeft gehandeld¹⁹. Volgens Meurs en Deloitte NL is de schade veroorzaakt door de fraude bij USF in de VS²⁰. Meurs en Deloitte halen echter twee gebeurtenissen door elkaar: de fraude bij USF enerzijds en de onrechtmatige gedragingen van Ahold, haar bestuurders en Deloitte jegens de Class en andere Belanghebbenden anderzijds.
- 4.2.20 SOBI betwist uiteraard niet dat fraude is gepleegd bij USF, in de VS. Niet de fraude dient echter bepalend te zijn voor de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter in het kader van de Final Judgment, maar de onrechtmatige gedragingen van Ahold, haar bestuurders en Deloitte.
- 4.2.21 De onrechtmatige gedragingen bestaan uit fouten c.q. gebreken in de rapportage- of controlewerkzaamheden van Deloitte, die tot uiting zijn gekomen in de jaarrekening van Ahold. De jaarrekening van Ahold is de bron van de misleiding van de Belanghebbenden. Daarnaast komen deze fouten c.q. gebreken tot uiting in de andere door Ahold en de Bestuurders gedane uitingen omtrent de toestand van Ahold: tussentijdse cijfers, persberichten, presentaties en jaarverslagen. De Belanghebbenden zijn afgegaan op de jaarrekening van Ahold en genoemde andere uitingen.
- 4.2.22 Onjuist is dan ook de opvatting van Deloitte USA dat het *Handlungsort* gelegen is in de VS omdat aldaar de werkzaamheden en het verweten gedrag feitelijk hebben plaatsgevonden²¹.
- 4.2.23 Zoals SOBI bij Incidentele CvA reeds heeft aangevoerd (en door Meurs, noch door Deloitte wordt betwist) stelde USF geen eigen jaarrekening op. Dit kan niet genoeg

¹⁹ Incidentele CvR Deloitte USA, productie 1.

²⁰ Incidentele CvR Meurs sub 4.26; Incidentele CvR Deloitte NL sub 34.

²¹ Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.3.



worden benadrukt: het is van doorslaggevend belang bij de beoordeling van de vraag waar het schadetoebrengende feit zich heeft voorgedaan.

- 4.2.24 Tegen beter weten in doet Deloitte USA voorkomen dat haar werkzaamheden geheel los stonden van de jaarrekening van Ahold. De werkzaamheden van Deloitte USA betreffen uiteindelijk Ahold. De werkzaamheden van Deloitte USA hadden ten doel de totstandkoming van de (goedkeurende) accountantsverklaring betreffende de Nederlandse jaarrekening van Ahold. Fouten c.q. gebreken in de rapportage- of controlewerkzaamheden van Deloitte USA komen derhalve tot uiting in de jaarrekening van Ahold. De Belanghebbenden zijn afgegaan op de jaarrekening van Ahold. De jaarrekeningen van Ahold zijn opgemaakt in Nederland en naar Nederlands recht. Hier is (anders dan Deloitte USA stelt²²) geen sprake van een juridische "herkwalificatie" van de feitelijke gedraging, maar enkel van een feitelijke analyse van de gang van zaken. Het daadwerkelijk schadetoebrengende feit heeft zich wel degelijk voorgedaan in Nederland; Nederland is Handlungsort. De Nederlandse rechter is dan ook bevoegd ten aanzien van de vordering van SOBI jegens Deloitte USA.
- 4.2.25 Deloitte USA verwijst naar de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 26 november 2008 inzake Jomed en stelt dat het handelen van de buitenlandse accountant is onderworpen aan buitenlands recht²³. In de Jomed-uitspraak van de Rechtbank Amsterdam is overwogen dat het Handlungsort niet in Nederland kan zijn gelegen voor de accountant die in Zweden een controleopdracht heeft verricht, ook al zijn de gegevens uit die gecontroleerde cijfers opgenomen in een in Nederland gepubliceerde jaarrekening.
- 4.2.26 De Jomed-zaak vertoont echter een belangrijk verschil met de onderhavige kwestie. In de Jomed-zaak had de vennootschap aan de Zweedse accountant opdracht gegeven tot het controleren van de jaarrekening, opgemaakt naar de regels van de International Financial Reporting Standards. Die opdracht stond volgens de rechtbank los van de opdracht aan de Nederlandse accountant tot het controleren van de wettelijke ("Nederlandse") jaarrekening. Onder die omstandigheden oordeelde de rechtbank dat op de opdracht aan de Zweedse accountant Zweeds recht van toepassing is. In het onderhavige geval ligt dat anders. Ahold heeft opdracht gegeven tot het opstellen van de wettelijke jaarrekening. Delen van die opdracht zijn uitgevoerd door Deloitte USA; andere delen door Deloitte NL. Het door Deloitte USA uitgevoerde deel had betrekking op de cijfers van USF, maar dit behelsde niet een opdracht tot het controleren van de jaarrekening van USF. USF stelde immers geen eigen jaarrekening op.

²² Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.4.

²³ Incidentele CvR Deloitte USA sub 4.8 en productie 5.



- 4.2.27 Volgens Deloitte USA stelt SOBI dat de plaats waar het onrechtmatig gedrag heeft plaatsgevonden niet in Nederland is gelegen²⁴. Dat berust op een onjuiste lezing van Incidentele CvA SOBI sub 4.4.21: SOBI heeft gesteld dat de fraude in de VS heeft plaatsgevonden, maar dat het schadetoebrengefe feit zich heeft voorgedaan in Nederland. Het onderscheid tussen de fraude en het daadwerkelijke schadetoebrengefe feit is van belang. De Amerikaanse rechter lijkt dit onvoldoende voor ogen te hebben gehad.
- 4.2.28 Ook Meurs gaat aan dit onderscheid ten onrechte voorbij waar hij stelt dat "*de fraude bij USF en de verwerking daarvan in de boeken bij USF in de VS*" de bron is van de misleiding²⁵. Wat Meurs bedoelt met "*verwerking van de fraude in de boeken van USF*" is onduidelijk. De misleiding vond plaats doordat de jaarrekening van Ahold (gecontroleerd door Deloitte) een onjuist beeld gaf en doordat Ahold overigens misleidende informatie verstrekke. De frauduleuze cijfers werden direct opgenomen in de jaarrekening van Ahold.
- 4.2.29 Ook de andere argumenten die Deloitte USA aanvoert teneinde de rol van Deloitte USA te ontkoppelen van de Nederlandse jaarrekening overtuigen niet.
- 4.2.30 Deloitte USA stelt dat zij haar controlewerkzaamheden uitvoerde bij USF in de VS²⁶. Of Deloitte USA haar werkzaamheden enkel in de VS heeft verricht en niet tevens in Nederland (bijvoorbeeld het voeren van overleg met Deloitte NL) lijkt, zonder nadere motivering door Deloitte USA (die ontbreekt), onaannemelijk.
- 4.2.31 Deloitte USA stelt voorts dat zij geen verklaring heeft afgegeven bij de jaarrekeningen van Ahold. SOBI betwist zulks. De accountantsverklaring bij de jaarrekening van Ahold is afgegeven door "Deloitte". Er staat niet "Deloitte NL" of "Deloitte USA", maar "Deloitte"²⁷. Het betoog van Deloitte USA dat Deloitte NL en Deloitte USA verschillende partijen zijn wordt alleen al hierdoor weerlegd.
- 4.2.32 Inderdaad heeft de Amerikaanse rechter het standpunt van de Class in de Class Action, inhoudende dat Deloitte USA en Deloitte NL onderdeel uitmaken van één en dezelfde, organisatie verworpen. Volgens SOBI is hier het nodige op af te dingen. De Amerikaanse rechter is zich kennelijk onvoldoende bewust geweest van het feit dat Deloitte onder een gemeenschappelijke naam aan het handelsverkeer deelneemt en onder één handelsnaam de accountantsverklaring bij de jaarrekeningen van Ahold

²⁴ Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.7 met verwijzing naar Incidentele CvA SOBI sub 4.4.21.

²⁵ Incidentele CvR Meurs sub 4.26.

²⁶ Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.3.

²⁷ Zie Dagvaarding sub 4.2.8 en 5.1.5.



heeft ondertekend. Dat aspect is immers niet terug te vinden in de overwegingen van de Amerikaanse rechter in het Memorandum van 21 december 2003²⁸.

- 4.2.33 Mocht het inderdaad voor rechtens juist worden gehouden dat Deloitte NL en Deloitte USA in het kader van de jaarrekening van Ahold als gescheiden organisaties moeten worden beschouwd, dan heeft Ahold haar jaarrekeningen kennelijk door twee Deloitte-organisaties heeft laten controleren. Over de inhoud van die opdracht kan weinig discussie bestaan: Ahold gaf opdracht tot het controleren van haar jaarrekening. Waar zowel Deloitte NL als Deloitte USA als opdrachtnemers hebben te gelden, zijn zij beide volledig verantwoordelijk voor de wijze waarop die opdracht is vervuld. Ook de door Deloitte USA vervulde opdracht had betrekking op de (Nederlandse) jaarrekening van de (Nederlandse) opdrachtgever Ahold.
- 4.2.34 Anders dan Deloitte USA stelt²⁹, heeft SOBI niet beweerd dat op de werkzaamheden van Deloitte USA niet de Amerikaanse richtlijnen en tuchtregels van toepassing zijn. Echter, naast het feit dat op de werkzaamheden van Deloitte USA ten behoeve van Ahold de US GAAS van toepassing zijn, zijn ook de Nederlandse richtlijnen en tuchtregels van toepassing. Het betreffen immers werkzaamheden in het kader van een Nederlandse jaarrekening.
- 4.2.35 Kortom: hoewel het forum locus delicti een international aanvaard beginsel van rechtsmacht is, had de Amerikaanse rechter in het kader van de Final Judgment tot het oordeel moeten komen dat dit beginsel hem geen rechtsmacht verschaft. De Final Judgment heeft geen betrekking op de Class Action zelf. De Final Judgment is geen beslissing die voortvloeit uit een onrechtmatige daadsactie. Als dat al het geval zou zijn dan nog kwam de Amerikaanse rechter geen rechtsmacht toe omdat de onrechtmatige gedragingen van Ahold, haar bestuurders en Deloitte zich hebben voorgedaan in Nederland en niet (zoals Meurs en Deloitte beweren) in de VS.

Forum van het filiaal van de verweerder

- 4.2.36 Ook het uitgangspunt dat USF (als filiaal van Ahold) gevestigd was in de VS kan niet leiden tot de conclusie van de Amerikaanse rechter rechtsmacht had ten aanzien van de Final Judgment.
- 4.2.37 Meurs voert aan dat het forum van het land waarin het filiaal is gevestigd bevoegd is indien het filiaal als verweerder optreedt, maar ook indien het filiaal zelf als eiser optreedt. En ook al zou de grondslag alleen bestaan indien het filiaal als verweerder optreedt, dan nog kwam (nog steeds volgens Meurs) de Amerikaanse rechter

²⁸ Productie 1 bij Incidentele CvR Deloitte USA.

²⁹ Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.4.



rechtsmacht toe; het filiaal USF was verweerder gedurende de Class Action procedure zodat de Amerikaanse Rechter na de omzetting in een Class Action Settlement bevoegd bleef omdat de nieuwe vordering processueel volledig samenhang met de vordering uit Class Action Complaint³⁰.

- 4.2.38 De redenering van Meurs gaat niet op. Natuurlijk geldt het forum van de vestigingsplaats van het filiaal waarop het geschil betrekking heeft als internationaal aanvaarde grond voor rechtsmacht. Feit blijft echter dat de Action los moet worden gezien van de Settlement. USF was weliswaar gedaagde partij bij de Action, maar is geen verweerder in het kader van de Final Judgment. SOBI heeft hiervoor reeds uiteen gezet dat de procedure tot vaststelling van de Settlement een andere is dan de Class Action procedure.
- 4.2.39 Meurs beroept zich in dit verband ten onrechte op artikel 5 lid 5 EEX: die bepaling is geschreven voor geschillen betreffende de exploitatie van een filiaal. De procedure leidend tot de Final Judgment is de procedure tot vaststelling van de Settlement. Deze procedure heeft met de exploitatie van het filiaal USF niets van doen.
- 4.2.40 Het aanvaarden van rechtsmacht op grond van het forum van het filiaal van de verweerder is dan ook niet aan de orde.

Actieve aandeelhouders B hebben zich vrijwillig onderworpen

- 4.2.41 De Aandeelhouders B die het claimformulier hebben ingezonden hebben zich op grond van artikel 8 lid 2 Rv vrijwillig onderworpen aan de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter, aldus Meurs. Op grond van deze internationaal aanvaarde grond kwam de Amerikaanse rechter rechtsmacht toe over deze Belanghebbenden B³¹. Meurs erkent dus dat de Belanghebbenden B die niet hebben deelgenomen aan de Settlement zich niet vrijwillig hebben onderworpen aan de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter.
- 4.2.42 Deloitte NL voert een gelijkkluidend verweer ten aanzien van de Belanghebbenden A: zij hebben deelgenomen aan en zijn akkoord gegaan met Settlement³². Deloitte NL erkent hiermee dat de Belanghebbenden A die niet hebben meegedaan aan de Settlement zich niet vrijwillig hebben onderworpen aan de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter.

³⁰ Incidentele CvR Meurs sub 4.30.

³¹ Incidentele CvR Meurs sub 4.31 ; in gelijke zin Incidentele CvR Deloitte USA sub 2.8.

³² Incidentele CvR Deloitte NL sub 28.

- 4.2.43 Bovendien moet het belang van dit aspect niet overschat worden. De stellingname van Deloitte NL dat het gekozen forum een van de oudste en breedst gedragen internationale bevoegdheidsgronden is³³ mag dan juist zijn, doorslaggevend is het niet. Het criterium van de vrijwillige onderwerping is ondergeschikt geraakt aan het meer algemene criterium dat de vreemde rechter op behoorlijke gronden rechtsmacht toekomt³⁴.
- 4.2.44 De slotsom, gezien het voorgaande, is dat de Final Judgment niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking komt nu aan het eerste vereiste niet is voldaan: de Amerikaanse rechter komt geen rechtsmacht toe op basis van een internationaal aanvaarde grond.

4.3 **(ii) Geen behoorlijke rechtspleging en (iii) vonnis in strijd met Nederlandse openbare orde**

- 4.3.1 In de tweede plaats voldoet de Final Judgment niet aan het vereiste dat de buitenlandse beslissing moet voldoen aan de Nederlandse beginselen van goede procesorde en niet in strijd mag zijn met de Nederlandse openbare orde. SOBI heeft bij Incidentele CvA toegelicht waarom de Final Judgment aan deze vereisten niet voldoet. Zij zal hierna ingaan op de betwistingen van Meurs en Deloitte dienaangaande.

Class Action versus collectieve actie ex. artikel 3:305a BW

- 4.3.2 SOBI heeft bij Incidentele CvA uiteen gezet dat de Class Action op wezenlijke punten afwijkt van de in Nederland beschikbare collectieve acties.
- 4.3.3 Meurs en Deloitte gaan in hun Incidentele CvR enkel in op de vergelijking met de WCAM en laten de vergelijking met de collectieve actie ex. artikel 3:305a BW onbesproken. Zij betwisten kennelijk niet dat de collectieve actieprocedure wezenlijk afwijkt van Amerikaanse Class Action. Immers³⁵:
- (i) de actie dient te worden ingesteld door een stichting of vereniging die daartoe krachtens de statuten bevoegd is, en die daartoe activiteiten ontplooit;
 - (ii) de collectieve actie heeft een subsidiair karakter (bindt enkel de partijen die de actie hebben ingesteld en niet belanghebbenden die niet aan de procedure hebben deelgenomen);

³³ Incidentele CvR Deloitte NL sub 29.

³⁴ Strikwerda, a.w., 2008, p. 274; J.P. Verheul, Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen, TMC-Asser Instituut 1989, p. 37.

³⁵ Zie Incidentele CvA SOBI sub 4.5.10 t/m 4.5.20.



(iii) de collectieve actie biedt geen mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding.

4.3.4 Enkel ten aanzien van de hoedanigheid en de kwaliteiten van de Lead Plaintiffs hebben Meurs en Deloitte opmerkingen gemaakt.

4.3.5 Meurs meent dat de Nederlandse wetgever geen principiële keuze heeft gemaakt om alleen de stichtingen en verenigingen toe te staan collectieve schikkingen overeen te komen³⁶, maar hij vergist zich. De wetgever heeft het recht om een collectieve actie in te stellen bewust beperkt tot de (ideële) stichting of vereniging. Uitgangspunt voor de wetgever was dat sprake dient te zijn van adequate vertegenwoordiging van de belangen van anderen. Een stichting of vereniging die de ideële belangen ingevolge haar statuten behartigt is daartoe beter toegerust dan een of meerdere individuen. De wetgever heeft daarbij uitdrukkelijk laten meewegen dat coöperaties, pensioenfondsen of vergelijkbare entiteiten ook andere belangen behartigen dan louter die van derden, zodat van dergelijke partijen niet kan worden verwacht dat zij de betrokken belangen bij een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW optimaal nastreven.

4.3.6 In de keuze van de wetgever voor ideële stichting of vereniging is verdisconteerd dat deze uitsluitend en deugdelijk de belangen van achterban behartigen. Meurs' argumentatie dat een Nederlandse rechter (wanneer deze moet beoordelen of een schikking redelijk is) geen idee heeft hoe alle benadeelden tegenover de bereikte schikking staan³⁷ is dus onjuist.

4.3.7 Meurs stelt dat in de VS – in tegenstelling tot een collectieve actie ex. artikel 3:305 a BW – tevoren wordt vastgesteld of de Lead Plaintiff voldoende representatief is³⁸. De representativiteit van de stichting of vereniging die een collectieve actie start in Nederland vloeit echter al voort uit de vereisten die aan het starten van een dergelijke procedure worden gesteld, waaronder het doel dat een dergelijke stichting en vereniging dient te hebben c.q. dient na te leven.

4.3.8 Meurs en Deloitte stellen voorts dat de Lead Plaintiffs niet bevoordeeld zijn boven de overige leden van de Class, aangezien zij per type aandeel precies hetzelfde bedrag

³⁶ Incidentele CvR Meurs sub 5.10 met verwijzing naar Incidentele Conclusie Meurs sub 8.104 tot 8.106.

³⁷ Incidentele CvR Meurs 5.35; idem Incidentele CvR Deloitte NL 73.

³⁸ Incidentele CvR Meurs sub 5.12 e.v. met verwijzing naar Incidentele Conclusie Meurs 8.28-8.33.



uitgekeerd zouden hebben gekregen³⁹. Ook de Amerikaanse aandeelhouders zouden niet zijn bevoordeeld, stellen Meurs en Deloitte⁴⁰. Dat is aantoonbaar onjuist.

- 4.3.9 Het "Plan van toewijzing van het Settlement Fund onder Class Members" maakt duidelijk dat sommige Class Members recht hadden op een hogere uitkering uit het Settlement Fund (vide productie 26 bij Incidentele Conclusie Meurs):

"Als een bevoegde indiener van een claim gewone aandelen Ahold en/of Ahold ADR's heeft gekocht bij de emissie van 80.500.000 gewone aandelen Ahold en ADR's op of rond september 2001 (de "September 2001 Global Offering"), dan wordt de erkende claim van de indiener van de claim in Fonds A en/of Fonds B voor die aandelen naar boven toe bijgesteld met 30% (Bedrag van erkende claim x 1.3)."

- 4.3.10 Uitsluitend institutionele beleggers (waaronder de Lead Plaintiffs) voldeden aan voornoemde beschrijving. Enkel institutionele beleggers hadden aandelen genomen in het kader van de aandelenemissie in september 2001. Hun claim werd dan ook – in tegenstelling tot de claim van particuliere beleggers – bovenwaarts bijgesteld met 30%. De Lead Plaintiffs hadden derhalve niet een gelijk belang bij de Settlement. Integendeel, zij profiteerden onevenredig van de Settlement, ten koste van degenen die niet hadden gereflecteerd op de aandelenemissie (uitsluitend particuliere beleggers). SOBI biedt bewijs aan van de stelling dat het uitsluitend institutionele beleggers waren die hiervan hebben geprofiteerd.

- 4.3.11 Daarnaast: de Nederlandse wetgever heeft nu juist willen voorkomen dat de 'aanvoerder' van collectieve acties zelf een financieel belang heeft bij de actie. Het moet gaan om een ideëel belang: het beschermen van (gelijksoortige) belangen van andere personen – juist daarin verschilt een Class Action in de VS in de kern van een collectieve actie in Nederland. Juist de omstandigheid dat de Lead Plaintiffs zelf een financieel belang hadden bij de Settlement conflicteert met het Nederlandse principe dat een collectieve actie wordt gevoerd door een rechtspersoon die uitsluitend de belangen van andere personen behartigt. Dat geldt temeer indien de belangenbehartiger een onevenredig groot deel van de opbrengst ontvangt.

- 4.3.12 Dat de Lead Plaintiffs een fiduciary duty hadden jegens de Class⁴¹, kan aan dit principiële verschil niet afdoen. Evenmin compenseert dit het ontbreken van de mogelijkheid voor individuele belanghebbenden van buiten de collectieve actie om zelf een actie in te stellen. Dit subsidiariteitsbeginsel is (onweersproken) de fundamentele waarborg voor iedere belanghebbende en deze ontbreekt in de

³⁹ Idem Incidentele CvR Deloitte USA sub 2.7.

⁴⁰ Incidentele CvR Meurs sub 5.14 en 5.23.

⁴¹ Incidentele CvR Meurs sub 5.20; Incidentele CvR Deloitte USA sub 2.7.



Amerikaanse Class Action-regeling.

Class Action versus WCAM

- 4.3.13 Ook de collectieve schikking in het kader van de WCAM verschilt op wezenlijke onderdelen van een Class Action zoals toegepast inzake Ahold. Op de andersluidende argumenten van Meurs, Deloitte NL en Deloitte USA zal SOBI thans ingaan.
- 4.3.14 Meurs, Deloitte NL en Deloitte USA suggereren om te beginnen dat de WCAM zou zijn gebaseerd op de Amerikaanse Class Action. Die suggestie is onterecht. Uit de Memorie van Toelichting bij de WCAM blijkt slechts dat de Tweede Kamer constateert dat in het buitenland geen voorbeelden bekend zijn van een mogelijkheid om een overeenkomst door de rechter verbindend te verklaren, maar dat vele Anglo-Amerikaanse rechtstelsels wel een zogenaamde *damages class action* kennen⁴². Er is geen enkele aanwijzing dat de Nederlandse wetgever de Amerikaanse class action als model heeft genomen voor de WCAM.
- 4.3.15 De Nederlandse wetgever heeft een eigen regeling willen creëren die wellicht op sommige punten gelijkenis toont met de Amerikaanse class action maar hier niet op is gebaseerd. Immers, indien de Nederlandse wetgever van oordeel zou zijn geweest dat de Amerikaanse class action procedure zou voldoen aan deze beginselen, zou hij deze procedure ongewijzigd hebben overgenomen. De Nederlandse wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen op essentiële punten af te wijken van de Amerikaanse class action procedure. Er is sprake van vier fundamentele afwijkingen ten opzichte van de Amerikaanse class action procedure: (i) een formele invulling van het beginsel van adequate vertegenwoordiging, (ii) de nationale werking van de WCAM, (iii) de mogelijkheid van Opt Out en bezwaar, en (iv) de wijze van informatieverstrekking.

(i) Adequate vertegenwoordiging

- 4.3.16 Een overeenkomst strekkende tot vergoeding van "massaschade" kan door de rechter op gezamenlijk verzoek van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten verbindend worden verklaard voor personen aan wie de schade is toegebracht (artikel 7:907 lid 1 BW). Voorwaarde is – evenals bij de collectieve actie ex. artikel 3:305a BW – dat de overeenkomst is gesloten door een stichting of vereniging, die is opgericht om de belangen van hun leden of belanghebbenden te behartigen, niet door andere private instellingen.

⁴² MvT Kamerstukken II, 2003104, 29414, nr. 3, p. 4 en5.

- 4.3.17 De Nederlandse wetgever heeft – anders dan Meurs stelt - een principiële keuze gemaakt om alleen stichtingen en verenigingen de mogelijkheid te bieden collectieve schikkingen overeen te komen en een collectieve actie te starten. Uitgangspunt van de wetgever was dat sprake dient te zijn van adequate vertegenwoordiging van de belangen van anderen. Zoals hiervoor (sub 4.3.5 e.v.) reeds toegelicht is een stichting of vereniging die de ideële belangen ingevolge haar statuten behartigt in de ogen van de Nederlandse wetgever daartoe beter toegerust dan een of meerdere individuen.
- 4.3.18 De Amerikaanse class action kent deze formele vorm van bescherming van de belangen van benadeelden niet. Anders dan in de WCAM acteren de Lead Plaintiffs (een groot Amerikaans Pensioenfonds en een grote Amerikaanse effectenbank) immers niet op basis van een statutair verankerd doel om de belangen van anderen te behartigen. Juist van pensioenfondsen of vergelijkbare entiteiten nam de Nederlandse wetgever aan dat zij ook andere belangen behartigen dan louter die van derden, zodat niet kan worden verwacht dat zij de betrokken belangen optimaal nastreven. De Settlement zou dan ook volgens Nederlandse maatstaf niet in aanmerking komen voor verbindend verklaring door de Nederlandse rechter.
- 4.3.19 Meurs wijst in dit kader op het feit dat de class vertegenwoordiger in de Amerikaanse class action vooraf wordt goedgekeurd door de rechter; hij ziet hierin een betere waarborg voor de benadeelden dan de eis van de stichting of vereniging als belangenbehartiger. SOBI wijst erop dat onder de WCAM de rechter het verzoek tot verbindendverklaring van een schikking kan afwijzen indien de stichting of vereniging niet voldoende representatief is ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst wordt gesloten (artikel 7:907 lid 3 sub f BW). De rechter leidt de representativiteit onder andere af uit de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft om zich voor de belangen van benadeelden in te zetten, of uit het aantal benadeelden dat aangesloten is bij of lid van de organisatie, dan wel uit de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden. De suggestie dat het in de VS "*beter is geregeld dan in Nederland, waar iedereen een stichting of vereniging mag oprichten teneinde een collectieve schikking of collectieve actie te starten*", zoals Meurs meent⁴³, is dus onterecht.
- 4.3.20 Bovendien zijn in dit concrete geval de Lead Plaintiffs niet voldoende representatief gebleken ten aanzien van de belangen van alle benadeelden, meer in het bijzonder ten aanzien van de Nederlandse aandeelhouders⁴⁴. SOBI verwijst naar hetgeen zij hiervoor sub 4.3.9 en 4.3.10 van de Incidentele CvD heeft gesteld ten aanzien van het (onevenredig grote) eigen belang dat de Lead Plaintiffs hadden bij de Settlement.

⁴³ Incidentele CvR Meurs sub 5.12 en 5.13.

⁴⁴ Incidentele CvA SOBI, sub 4.5.15.

- 4.3.21 Dat de vergoeding die de Lead Plaintiffs hebben uitonderhandeld "uitzonderlijk hoog" zou zijn⁴⁵, verandert hier niets aan. Dit gegeven is irrelevant en geen maatstaf voor erkenning van de Final Judgment. Ter relativering: in het kader van de Settlement is hoogstens 5% van de totale schade uitgekeerd.
- 4.3.22 Reeds vanwege het gebrek aan representativiteit voldoen de Final Judgment en de Settlement, niet aan de Nederlandse beginselen van behoorlijke procesorde.

(ii) Nationale werking WCAM

- 4.3.23 Bij de toetsing of de Final Judgment in Nederland erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt is ook de reikwijdte van de vaststellingsovereenkomst van belang. Meurs stelt dat de vaststellingsovereenkomst op grond van de WCAM ook van toepassing is op buitenlandse aandeelhouders. SOBI betwist dit uitdrukkelijk en verwijst hierbij nogmaals naar de navolgende passage uit de Memorie van Toelichting bij de WCAM⁴⁶:

"Een door een Nederlandse stichting of vereniging gesloten overeenkomst zal doorgaans alleen betrekking kunnen hebben op Nederlandse benadeelden, omdat doorgaans niet te verwachten is dat deze organisatie voldoende representatief kan worden geacht voor buitenlandse benadeelden. Om die reden zal het doorgaans aanbeveling verdienen de overeenkomst te beperken tot Nederlandse benadeelden. Dit verdient ook om een andere reden aanbeveling. Betwijfeld kan namelijk worden of een door de Nederlandse rechter verbindend verklaarde overeenkomst ook bindend is voor buitenlandse benadeelden. Niet verwacht kan immers worden dat de buitenlandse rechter de verbindendverklaring door de Nederlandse rechter zal moeten erkennen."

- 4.3.24 Kortom, een vaststellingsovereenkomst in de zin van de WCAM ziet in beginsel uitsluitend op Nederlandse belanghebbenden en heeft, anders dan Meurs stelt, geen internationale werking.
- 4.3.25 Opvallend in dat kader is dat Meurs zijn standpunt handhaaft dat de schikkingen inzake Dexia, Shell en Vedior zouden aantonen dat ook in de Verenigde Staten woonachtige personen zijn gebonden aan een op basis van de WCAM verbindend verklarende schikking. Voornoemde schikkingen hebben in ieder geval geen van alle betrekking op Amerikaanse benadeelden. Indien en voor zover betreffende schikkingen betrekking zouden hebben op benadeelden die in Europa woonachtig zijn, betekent dit echter nog niet dat de algemeen verbindend verklaring hiervan

⁴⁵ Incidentele CvR Meurs sub 5.24.

⁴⁶ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 15 en 16.



door de Nederlandse rechter in andere landen kan worden erkend en ten uitvoer kan worden gelegd. Zulks hangt in eerste instantie af van de inhoud van de tussen die andere landen en Nederland gesloten verdragen. De Verenigde Staten en Nederland hebben geen verdrag gesloten dat hierover uitsluitend zou kunnen geven.

- 4.3.26 In de Shell-schikking heeft het Amerikaanse Gerechtshof op 13 november 2007 zelfs een bewuste keuze gemaakt ter zake van aanspraken van niet-Amerikaanse aandeelhouders en heeft zij deze aanspraken uitgesloten van de Class Action procedure in de Verenigde Staten⁴⁷. Dit betekent dat zowel een Class Action werd/wordt gevoerd in Amerika en ten aanzien van dezelfde kwestie een schikking werd getroffen in Nederland ten behoeve van de Europese aandeelhouders, waarvan nog niet bekend is of deze algemeen verbindend is verklaard.
- 4.3.27 Anders dan Meurs stelt, tonen voornoemde schikkingen juist aan dat Amerikaanse benadeelden weloverwogen niet bij een WCAM-schikking zijn betrokken of dat bij een Amerikaanse Class Action niet-Amerikaanse aandeelhouders worden uitgesloten van de Class. De reden is eenvoudigweg dat De Verenigde Staten en Nederland hieromtrent geen verdrag hebben gesloten en niet vaststaat dat de algemeen verbindend verklaring van een schikking in Nederland zal worden erkend.

(iii) Bezwaar versus Opt Out

- 4.3.28 Meurs erkent dat Class Members bij de Class Action Settlement moesten kiezen tussen de bezwaar- en de Opt Out-mogelijkheid, maar hij acht dit geen relevant verschil met de WCAM. SOBI kan deze redenering niet volgen.
- 4.3.29 SOBI is van oordeel dat juist hiermee de fundamentele beginselen van het Nederlandse recht zijn geschonden. Immers, als een Class Member bezwaar heeft gemaakt tegen de Settlement en dit bezwaar niet wordt gehonoreerd, heeft de betreffende Class Member geen Opt Out-mogelijkheid meer en is derhalve automatisch gebonden aan de Settlement.
- 4.3.30 De WCAM kent deze mogelijkheid wel. De WCAM biedt dan ook – in tegenstelling tot de Amerikaanse Class Action – belanghebbenden de waarborg om ook na het maken van bezwaar gebruik te maken van de Opt Out-mogelijkheid.
- 4.3.31 De kern van dit fundamenteel verschil is gelegen in het feit dat de Nederlandse wetgever veel belang hecht aan rechtsbeginselen als het beginsel van partijautonomie en het recht op toegang tot de rechter (artikel 17 Grondwet, in combinatie met artikel 6 EVRM, bij welk verdrag de VS geen partij zijn). De

⁴⁷ Zie productie 15 bij Incidentele Conclusie van Meurs, p. 8, sub 13.



Nederlandse wetgever heeft willen voorkomen dat belanghebbenden geen reële mogelijkheid zouden hebben om van de gebondenheid van de vaststellingsovereenkomst af te zien.

- 4.3.32 Een rol hierbij speelt de termijn waarbinnen de benadeelden gebruik moeten maken van de mogelijkheid tot het maken van bezwaar en tot Opt Out. Volgens Meurs en Deloitte NL zouden de benadeelden in de Class Action meer tijd hebben gehad om te kiezen voor de Opt Out-mogelijkheid. Meurs en Deloitte NL gaan er hier echter aan voorbij dat de termijn volgens de WCAM *tenminste* 3 maanden bedraagt, *nadat* de beschikking onherroepelijk is geworden en hiervan een aankondiging is gedaan in door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen. De rechter kan derhalve een langere termijn bepalen, bijvoorbeeld vanwege de complexiteit van de overeenkomst en de rechten die hieraan kunnen worden ontleend door de onderscheiden groepen van benadeelden. Kortom, 3 maanden is het minimum. Aannemelijk is dat in een zaak als de onderhavige een veel langere termijn zou worden verleend.
- 4.3.33 Meurs en Deloitte NL staan voorts uitvoerig stil bij de stelling van SOBI dat op het moment dat de Class moest besluiten al dan niet aan de Settlement gebonden te willen zijn, zij af zou hebben moeten gaan op een tekst van de Settlement die niet definitief was. Zij menen dat die stelling onjuist is⁴⁸ omdat de schikkingsovereenkomst na de voorlopige goedkeuringen niet meer door partijen gewijzigd zou kunnen worden en, indien deze wordt afgewezen en er een nieuwe schikking wordt bereikt, er een nieuwe termijn voor Opt Out zou gaan lopen⁴⁹.
- 4.3.34 Meurs en Deloitte NL stellen echter niet dat dit mechanisme bekend was bij de beleggers. Dit kunnen zij ook niet nu in de informatieverstrekking aan de benadeelden dit aspect niet is uitgelegd. Benadeelden gingen en mochten er ook vanuit gaan dat zij hun beslissing om gebruik te maken van Opt Out dienden te baseren op een voorlopige Settlement, die derhalve nog niet definitief was. Dit verklaart waarom slechts 8 Class Members gebruik maakten van die mogelijkheid. Van een billijke, redelijke en adequate regeling was dan ook – anders dan Meurs stelt – geen sprake⁵⁰.
- 4.3.35 Hadden de benadeelden beseft dat zij bij het definitief worden van de Settlement geen gelegenheid meer zouden krijgen tot Opt Out, dan hadden veel meer benadeelden destijds gebruik gemaakt van die (enige) mogelijkheid. SOBI biedt aan te bewijzen dat het de Belanghebbenden niet duidelijk was dat zij na het definitief worden van de Settlement geen gelegenheid meer hadden om gebruik te maken van de mogelijkheid tot Opt Out. Dat de inhoud van de Settlement na de bekendmaking

⁴⁸ Incidentele CvR Meurs 5.29.

⁴⁹ Incidentele CvR Meurs sub 5.34.

⁵⁰ Incidentele CvR Meurs sub 5.39.



niet meer is gewijzigd is, gezien de perceptie bij de beleggers, dan niet relevant (en al helemaal geen reden om te oordelen dat daarmee iedere grond aan SOBI's bezwaar ontvalt)⁵¹.

4.3.36 Veelzeggend is in dat kader de stelling van Meurs dat er één persoon is geweest die zowel bezwaar als een verzoek tot Opt Out heeft ingediend. Deze persoon zou door de Amerikaanse rechter zijn gebeld waarbij hem de procedure zou zijn uitgelegd, waarna deze persoon zou hebben gekozen voor Opt Out⁵². Uitleg was dus kennelijk cruciaal voor een goede afweging om al dan niet en op dat moment gebruik te maken van de mogelijkheid tot Opt Out. Aan deze uitleg ontbrak het in de bekendmakingen.

4.3.37 Kortom, de Class Action en totstandkoming van de Settlement wijken op zodanig wezenlijke punten af van de WCAM dat erkenning van de Final Judgment in Nederland leidt tot schending van fundamentele beginselen van Nederlands recht zijn geschonden en strijdigheid met de Nederlandse openbare orde.

(iv) Ontoereikende informatieverstrekking aan benadeelden

4.3.38 Cruciaal is of de belanghebbenden adequaat, tijdig en volledig zijn geïnformeerd over de Class Action, de Settlement en de Final Judgment.

4.3.39 Meurs en Deloitte NL betogen dat ruim voldoende informatie is verstrekt aan eventuele belanghebbenden bij de Settlement. Ter onderbouwing van hun standpunt verwijzen zij met name naar de wijze waarop de Claims Administrator en de Notice Administrator (in Nederland) bekendheid hebben gegeven aan de Settlement⁵³.

4.3.40 De informatieverstrekking lijkt omvangrijk te zijn geweest. Het verbaast SOBI niet dat de Claims Administrator (Garden City Group) en de Notice Administrator (Hilsoft) verklaren tevreden te zijn over hun werk; het was ook in hun belang om die tevredenheid te uiten ten overstaan van de Amerikaanse rechter⁵⁴. De door Meurs aangedragen professor Eskridge bevestigt dat de informatievoorziening omvangrijk was, maar hij baseert zich daarbij op diezelfde verklaringen van Garden City Group en Hilsoft⁵⁵.

⁵¹ Incidentele CvR Deloitte NL sub 74.

⁵² Incidentele CvR Meurs sub 5.56.

⁵³ Incidentele CvR Meurs sub 5.42 en productie 70 (Affidavit professor Eskridge, sub 20).

⁵⁴ Incidentele CvR Deloitte NL sub 50 en 51, prod. 14.

⁵⁵ Incidentele CvR Meurs sub 5.42 en productie 70 (Affidavit professor Eskridge, sub 20).



- 4.3.41 In het kader van de informatieverstrekking zeggen cijfers en aantallen echter niet alles.
- 4.3.42 De inhoud van de bekendmakingen is minstens zo relevant. Volgens professor Eskridge was die steeds volledig en helder. De vraag is echter of hij dit kan beoordelen en of het juist is. SOBI meent van niet. De verwarring omtrent de vraag of gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheid tot Opt Out naast het maken van bezwaar is daarvan een duidelijk voorbeeld, evenals het punt dat Opt Out niet meer mogelijk was na het definitief worden van de Settlement. Voor een Amerikaanse ingezetene mag dat wellicht helder zijn; voor de gemiddelde Nederlandse belegger niet. Juist op deze punten is in de informatieverstrekking geen (bijzondere) uitleg verschaft. SOBI acht dit een cruciaal aspect van de informatieverstrekking.
- 4.3.43 Ook het feit dat NOM-NIPO is ingeschakeld om in te schatten hoeveel aandeelhouders bereikt werden⁵⁶ zegt niets over de vraag of voor deze aandeelhouders geheel duidelijk was wat er van hen verlangd werd en op welk moment en welke consequenties hun handelen of stilzitten zou hebben. Datzelfde geldt voor de redactionele stukken in o.a. het FD en de Telegraaf⁵⁷.
- 4.3.44 Meurs en Deloitte NL achten voorts de rol van de VEB van ondergeschikte betekenis.
- 4.3.45 Van een ondergeschikte rol was echter allerminst sprake. De VEB heeft zich jegens de Nederlandse belanghebbenden altijd opgesteld als hun vertegenwoordiger, ook al was zij dit officieel niet. In dat kader was de VEB ook een Enquêteprocedure gestart. In de praktijk was de VEB voor de Nederlandse belanghebbenden het belangrijkste communicatiekanaal. Aan de berichtgeving van de VEB werd dan ook meer belang gehecht dan aan andere berichtgeving van de Claims Administrator en de Notice Administrator (buitenlandse partijen). De Nederlandse taal en de bekendheid met de VEB zullen hier zeker een belangrijke rol bij hebben gespeeld.
- 4.3.46 De VEB heeft de belanghebbenden onvolledig geïnformeerd. Niet alleen heeft de VEB uitsluitend kleine advertenties geplaatst waarin slechts werd verwezen naar de website www.aholdvergoeding.nl, ook heeft de VEB gebrekkige en onduidelijke informatie verstrekt over de bezwaar- en Opt Out-mogelijkheid. De Q&A gaat slechts summier in op de bezwaarmogelijkheid zonder hierbij op te merken dat geen gebruik meer kan worden gemaakt van de Opt Out-mogelijkheid nadat bezwaar is gemaakt. De Q&A gaat verder niet specifiek in op de Opt Out-mogelijkheid.

⁵⁶ Incidentele CvR Deloitte NL sub 54 en productie 14 sub 25.

⁵⁷ Incidentele CvR Deloitte NL sub 57.

- 4.3.47 De Nederlandse belanghebbenden mochten ervan uitgaan dat de VEB in haar informatieverstrekking volledig was, althans de VEB heeft op geen enkele wijze aangegeven dat dit niet geval was. Ten aanzien van de Q&A werd bijvoorbeeld geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van de volledigheid van de informatie. Belanghebbenden gingen er dan ook van uit dat alle informatie op de website van de VEB te vinden was en het is dan ook niet redelijk aan te nemen dat zij ook nog de website van de Claims Administrator zouden bekijken.
- 4.3.48 Het feit dat de website slechts 160.000 keer is bezocht⁵⁸ toont dit ook aan. In totaal waren er immers ongeveer 600.000 Nederlandse aandeelhouders. Slechts een klein aantal hiervan heeft dan ook de website bezocht. Dit aantal is waarschijnlijk nog vele malen kleiner nu niet alleen bepaalde belanghebbenden gedurende het gehele proces van ongeveer 2 jaar waarschijnlijk meerdere keren de site hebben bezocht maar ook journalisten en andere instellingen (niet zijnde belanghebbenden) deze site hebben bezocht. In dat verband is het aantal e-mailberichten en telefoongesprekken ook een bevestiging van het feit dat van dit informatiekanaal door Nederlandse belanghebbenden weinig gebruik is gemaakt.
- 4.3.49 In het kader van de informatieverstrekking merkt Meurs voorts op dat SOBI zou hebben gesteld dat de brief die Mees Pierson aan beleggers heeft gestuurd⁵⁹ was bedoeld om beleggers bekend te maken met de Settlement. SOBI heeft dit niet gesteld doch slechts aangegeven dat deze brief – anders dan Meurs tracht te suggereren – niet relevant is in het kader van de informatieverstrekking nu de Opt Out-mogelijkheid op dat moment reeds was geëxpireerd. De bewuste brief toont niet aan dat de beleggers reeds bekend waren met de Settlement en de mogelijkheid van bezwaar- of Opt Out.
- 4.3.50 Dat de VEB een aanzienlijk financieel eigenbelang had bij de Settlement wordt door Deloitte noch door Meurs weersproken. De VEB had er belang bij dat de Nederlandse belanghebbenden akkoord zouden gaan met de Settlement en derhalve geen gebruik zouden maken van Opt Out dan wel de bezwaarmogelijkheid. Het feit dat de VEB ook nog iets bereikt zou hebben voor de Nederlandse benadeelden (een langere claimtermijn en de mogelijkheid tot betaling via wire transfer)⁶⁰, valt enigszins in het niet bij de beloning die de VEB ontving (EUR 10 miljoen).
- 4.3.51 Opvallend is verder dat Meurs meent dat de participanten in het AH Vaste Klantenfonds en houders van aandelenlease producten geen onderdeel uit zouden

⁵⁸ Incidentele CvR Deloitte NL sub 59.

⁵⁹ Incidentele Conclusie Meurs sub 5.52 en productie 55.

⁶⁰ Incidentele CvR Deloitte NL sub 80 en productie 28.



maken van de Class zodat er geen aanleiding zou zijn deze personen te informeren over de Settlement⁶¹.

4.3.52 Uit de Preliminary Order van 9 januari 2006 blijkt dat de Amerikaanse rechter had bevolen dat⁶²:

"12. Within ten (10 calendar days of receiving this Notice [Notice of Settlement of Class Action], Nominees who purchased Ahold common stock and/or ADRs during the Class Period are directed to: (i) send the Notice, the Plan of Allocation, and the Proof of Claim to all beneficial owners of Ahold common stock and/or ADRs; or (ii) send a list of the names and addresses of such beneficial owners to the Claims Administrator, in which event the Claims Administrator shall promptly send Mailed Notice to the identified beneficial owners."

4.3.53 Participanten in het AH Vaste Klantenfonds en houders van aandelenleaseproducten zijn aan te merken als *beneficial owner*. Op grond van de Preliminary Order dienden zij geïnformeerd te worden. Zij zijn echter niet door de Claims Administrator, noch het AH Vaste Klantenfonds of houders van aandelenleaseproducten geïnformeerd. Dit wordt door Meurs erkend⁶³. Het gaat hierbij om aanzienlijke aantallen, te weten: circa 110.000 participanten in het AH Vaste Klantenfonds (zie hiervoor sub 4.2.11 en **productie 7**) en circa 300.000 houders van aandelenleaseproducten. SOBI biedt aan zulks te bewijzen door middel van het horen van vertegenwoordigers van Dexia (voorheen LegioLease), Aegon en andere uitgevers van aandelenleaseproducten.

4.3.54 SOBI wijst er verder op dat het AH Vaste Klantenfonds *nominee* is voor de participanten in het fonds. AH Vaste Klantenfonds heeft echter nagelaten de individuele participanten (*beneficial owners* in de zin van de Preliminary Order) te vragen of zij wilden deelnemen.

4.3.55 Participanten waren *beneficial owner*. *Beneficial owners* zijn Class Members. Hiermee zijn alleen al 410.000 *beneficial owners* van hun rechten 'berooft'; zij hebben feitelijk geen mogelijkheid gekregen om gebruik te maken van de mogelijkheid tot Opt Out of het maken van bezwaar. De *nominee* besliste voor hen, zonder dat deze de *beneficial owners* (Class Members volgens de Preliminary Order) hierin heeft gekend. Op die wijze namen de *beneficial owners* deel aan de Settlement zonder het te weten. Dit geldt ook voor de houders van de aandelenleaseproducten. SOBI biedt aan zulks te bewijzen door middel van het horen van vertegenwoordigers van

⁶¹ Incidentele CvR Meurs sub 5.53.

⁶² Preliminary Order r.o. 12 (productie 2a bij Incidentele Conclusie Deloitte NL, tevens productie 3 bij Incidentele Conclusie Meurs).

⁶³ Incidentele CvR Meurs sub 5.53



vertegenwoordigers van Dexia (voorheen LegioLease), Aegon en andere uitgevers van aandelenleaseproducten.

4.3.56 Kortom, de bekendmaking c.q. informatieverstrekking is - anders dan Meurs en Deloitte NL stellen - zodanig gebrekkig geweest dat kan worden gesproken van strijd met fundamentele beginselen van Nederlands (proces)recht en de openbare orde⁶⁴.

4.3.57 Daar komt bij dat participanten in het AH Vaste Klantenfonds ook op andere wijze zijn benadeeld. Uit het Jaarverslag AH Vaste Klantenfonds 2005 (**productie 7**, p. 11) valt op te maken dat de opbrengst van de Settlement bij ontvangst zal worden toegevoegd aan het fondsvermogen en:

“Het bedrag zal vervolgens ten goede komen aan de participanten die deelnemen in het Fonds op het moment dat de hoogte van dit bedrag definitief komt vast te staan.”

4.3.58 Dit betekent dat enkel degenen die participeren op het moment waarop het AH Vaste Klantenfond het bedrag van de Settlement ontvangt aanspraak kunnen maken op uitkering van het Settlement-bedrag. Hiermee wijkt het AH Vaste Klantenfonds wezenlijk af van de Settlement. De Settlement stelde immers als voorwaarde voor uitkering dat benadeelden aandelen Ahold hielden tussen 30 juli 1999 en 23 februari 2003. Participanten die voldeden aan de voorwaarden van de Settlement kregen van het AH Vaste Klantenfonds dus geen uitkering uit de Settlement. De belangen van deze participanten zijn hiermee ernstig geschonden. Ook dit is reden om de Nederlandse rechter nog een kritisch te laten kijken naar de wijze waarop de belangen van Nederlandse benadeelden zijn behartigd.

4.3.59 De Final Judgment voldoet niet aan het vereiste van behoorlijke rechtspleging en is in strijd met de Nederlandse openbare orde. De Final Judgment komt dan ook niet in aanmerking voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland.

5 Forumkeuzebeding en Jurisdictiebepaling sluiten actie in Nederland niet uit

5.1 Als de Final Judgment al in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging in Nederland, dan nog is uw Rechtbank bevoegd in onderhavige zaak. SOBI heeft reeds toegelicht dat het Forumkeuzebeding een beperkte werking heeft: alleen vorderingen die zijn gebaseerd op de Settlement zijn onderworpen aan de exclusieve rechtsmacht

⁶⁴ Incidentele CvR Deloitte NL sub 70.



van de Amerikaanse rechter⁶⁵.

- 5.2 Meurs stelt dat het Forumkeuzebeding niet uitsluitend de uitvoering en nakoming van de Settlement omvat⁶⁶. Partijen zouden ook de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot de Settlement ter uitsluitende beslissing aan de Amerikaanse rechter willen hebben opdragen. SOBI betwist dit. De uitleg van Meurs heeft echter geen basis in de Settlement. Artikel 37 van de Settlement (het Forumkeuzebeding) noemt immers uitsluitend “*any action based on this Agreement*” en “*all purposes related to this Agreement*”. Het Forumkeuzebeding ziet uitsluitend op de uitvoering en nakoming van de Settlement.
- 5.3 Belanghebbenden en Stichting AHDC distantiëren zich juist van de Settlement en beogen zelfstandig de schade die is veroorzaakt door misleidende en onrechtmatige handelwijze van Meurs en Deloitte te redresseren. Indien het Forumkeuzebeding bedoeld was om ook geschillen die verband houden met feiten en omstandigheden blijkend uit de oorspronkelijke Action te omvatten, zou dat uitdrukkelijk zijn verwoord. Voor een uitleg die verder gaat dan de geschreven tekst leidt de Settlement geen ruimte:
- “25- Integrated Agreement”**. *This Agreement contains an entire, complete and integrated statement of each and every term and provision agreed to by and among the parties hereto. All terms of this Agreement are contractual and not more recitals.”*
- 5.4 Het Forumkeuzebeding brengt dan ook niet mee dat sprake is van een exclusieve bevoegdheid van de Amerikaanse rechter ten aanzien van de onderhavige vordering in de zin van artikel 8 lid 2 Rv.
- 5.5 Ook de Jurisdictiebepaling strekt zich niet uit tot de onderhavige vordering.
- 5.6 Meurs stelt dat de Jurisdictiebepaling niet uitsluitend ziet op vorderingen die aanhangig zijn ten tijde van de Final Judgment. Volgens Meurs zou de Jurisdictiebepaling niet alleen op de Final Judgment zien maar ook op alle zaken die verband houden met de Class Action Complaints⁶⁷, waaronder de Judgment Reduction Credit Provision, die Deloitte het recht geeft op vermindering van eventuele claims met de draagplicht van de Specified Defendants⁶⁸.

⁶⁵ Incidentele CvA sub 5.2 e.v.

⁶⁶ Incidentele CvR Meurs sub 6.2.

⁶⁷ Incidentele CvR Meurs sub 6.3.

⁶⁸ Incidentele CvR Deloitte NL sub 85; idem Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.19.

- 5.7 SOBI betwist dit uitdrukkelijk. De Jurisdictiebepaling ziet uitsluitend op geschillen verband houdende met de ten tijde van de Final Judgment reeds aanhangige vorderingen, waaronder (vanzelfsprekend) de Class Action Complaint: *“for all matters relating to this Action, including the administration, interpretation, effectuation or enforcement of the Settlement, and this Order and Final Judgment”*. De feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan de onderhavige vordering vallen niet samen met het begrip Action. De Final Judgment heeft geen betrekking op het onderliggende dispuut; een oordeel omtrent de materiële aspecten van de Action (een oordeel over de vraag of de gedragingen van de Defendants als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt en de Defendants uit dien hoofde aansprakelijk zijn jegens de Class) wordt met de Final Judgment niet gegeven. De onderhavige vordering valt derhalve niet onder de reikwijdte van de Jurisdictiebepaling.
- 5.8 Deloitte USA zou tenslotte gebonden zijn aan de Final Judgment omdat zij partij was bij de Class Action⁶⁹ en zodoende de Jurisdictiebepaling kan invoeren. Dit is onjuist. Immers, Deloitte USA was wel partij bij de Class Action, maar niet bij de Settlement. Deloitte USA (en Deloitte NL) kunnen de Jurisdictiebepaling dan ook niet invoeren.

6. Geen tussentijds hoger beroep

- 6.1 SOBI handhaaft haar standpunt dat tussentijds appel een onredelijke vertraging van de hoofdzaak tot gevolg zou hebben. De belanghebbenden wachten immers al ruim 5 jaar op een redelijke compensatie van de door hen geleden schade. Van hen kan dan ook niet gevergd worden nog eens twee of drie jaar extra te wachten totdat een onherroepelijk oordeel over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter voorligt.

7. Conclusie

- 7.1 SOBI handhaaft haar conclusie in de incidenten.
- 7.2 In de hoofdzaak vraagt SOBI uw rechtbank Akte te verlenen van de wijzigingen van eis, die na wijziging als volgt komt te luiden:

“MITSDIEN:

het uw rechtbank behage, bij vonnis, steeds voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

⁶⁹ Incidentele CvR Deloitte USA sub 5.14.



1. **primair:** te verklaren voor recht dat op de in de Dagvaarding omschreven zin een misleidende voorstelling is gegeven van de toestand van Ahold aangaande USF en dat Meurs op de voet van artikel 2:139 BW jegens Belanghebbenden B hoofdelijk aansprakelijk is voor hun daaruit voortvloeiende schade, alsmede – enkel voor zover Stichting AHDC optreedt voor de Belanghebbenden B - Meurs te veroordelen tot vergoeding van deze schade, welke schade is op te maken bij staat en te vereffenen volgens de Wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente;

subsidiar: te verklaren voor recht dat Meurs op de in de Dagvaarding omschreven zin onrechtmatig heeft gehandeld en op de voet van artikel 6:162 BW jegens Belanghebbenden B hoofdelijk aansprakelijk is voor hun daaruit voortvloeiende schade, alsmede – enkel voor zover Stichting AHDC optreedt voor de Belanghebbenden B - Meurs te veroordelen tot vergoeding van deze schade, welke schade is op te maken bij staat en te vereffenen volgens de Wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente;
2. te verklaren voor recht dat Deloitte NL en Deloitte USA op de in de Dagvaarding omschreven zin onrechtmatig hebben gehandeld jegens Belanghebbenden A, B en C en op de voet van artikel 6:162 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor hun daaruit voortvloeiende schade, alsmede – enkel voor zover Stichting AHDC optreedt voor de Belanghebbenden A, B en C – Deloitte NL en Deloitte USA te veroordelen tot vergoeding van deze schade, welke schade is op te maken bij staat en te vereffenen volgens de Wet, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente.
3. gedaagden te veroordelen in de kosten van het geding, te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf 8 dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.”

Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door

mr. O.L.M. Heuts en mr. K.W.G. Timmers

CORP. advocaten

De Lairessestraat 137-143 1075 HJ AMSTERDAM

T 020 578 83 00 F 020 578 83 05

E heuts@corp.nl I www.corp.nl

Ons kenmerk

20081015