

Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie?

Tomas Arons en Geert Koster, actueel tot 27-10-2014

Actueel tot

27-10-2014

Auteur

Tomas Arons^[1] en Geert Koster^[2]

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

Financieel recht / Algemeen

In dit artikel bespreken de auteurs het ter consultatie openbaar gemaakte Ambtelijk Voorontwerp van een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie ter uitvoering van de motie-Dijksma ("Voorontwerp"). Zij voorzien dit Voorontwerp van opmerkingen en doen suggesties ter verbetering ervan.

Naar huidige recht kan een 305a-organisatie geen vordering tot schadevergoeding in geld instellen. De wens van de Tweede Kamer is om te komen tot een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland (motie-Dijksma). Na een korte schets van de parlementaire wensen bespreken de auteurs uitgebreid het Voorontwerp. Dat doen zij door eerst de beoogde, toekomstige collectieve actie (waarin *geen* schadevergoeding in geld kan worden gevorderd) te bespreken en daarna de beoogde, toekomstige collectieve schadevergoedingsactie te bespreken.

Tot slot plaatsen de auteurs enkele kritische kanttekeningen bij het Voorontwerp en doen suggesties ter verbetering ervan.

1. Inleiding

Het huidige Nederlandse collectieve actierecht bevat in art. 3:305a lid 3 BW een forse beperking. Op grond van de laatste zin van art. 3:305a lid 3 BW kan een 305a-organisatie geen vordering instellen die strekt tot schadevergoeding in geld. In de motie-Dijksma van 31 november 2011 roept de Tweede Kamer het kabinet op om te komen tot collectief schadeverhaal door representatieve organisaties.^[3]

Op 7 juli 2014 publiceerde de Minister van Justitie het Ambtelijk Voorontwerp voor een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie ter uitvoering van de motie-Dijksma ("Voorontwerp")^[4]. Het Voorontwerp lag tot 15 oktober 2014 ter consultatie aan marktpartijen voor; enkele (zeer) uiteenlopende reacties zijn inmiddels openbaar gemaakt.^[5]

Enkele opmerkingen over de gehanteerde terminologie. Een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die op grond van art. 3:305a BW optreedt, noemen wij verder een "305a-organisatie". Het Voorontwerp omvat een nadere onderverdeling van de 305a-organisaties. Vrij naar de onderverdeling in het assortiment van een landelijke grootgrutter noemen wij deze korthedshalve: (i) een "305a-organisatie 'basic'"; een 305a-organisatie die *geen* schadevergoeding in geld kan vorderen; en (ii) een "305a-organisatie 'excellent'"; een 305a-organisatie die *wel* een collectieve schadevergoedingsactie kan instellen.^[6]

De personen met gelijksoortige belangen die door de 305a-organisatie ingevolge haar statuten worden behartigd, noemen wij verder de "achterban". Degene tegen wie de rechtsovereenkomst van de 305a-organisatie zich richt, noemen wij verder korthedshalve "gedaagde"^[7] of "wederpartij".^[8] De huidige collectieve actie op basis van 3:305a BW waarin geen schadevergoeding wordt gevorderd – en die, met een paar wijzigingen, gewoon blijft bestaan – noemen wij (reguliere) "collectieve actie". De collectieve actie waarin ook een schadevergoeding wordt gevorderd noemen wij "collectieve schadevergoedingsactie".

Voor een uitgebreide omschrijving van de collectieve actie naar huidige recht volstaan wij met een verwijzing naar ons artikel over dat onderwerp.^[9]

2. Voorgeschiedenis: de motie-Dijksma

In de motie-Dijksma van 31 november 2011 riep de Tweede Kamer het kabinet op tot het opstellen van een stappenplan om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen,

door de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) en het BW op dit punt per 1 januari 2013 aan te passen.^[10] De Kamer constateerde dat consumenten op grote schaal schade lijden als gevolg van collectieve inbreuken op (i) het consumentenrecht; en (ii) overtredingen op het gebied van het mededingingsrecht. Dit terwijl de geleden schade veelal niet wordt vergoed.^[11] De Tweede Kamer stelde daarbij vast dat 305a-organisaties de schade niet collectief kunnen verhalen als gevolg van het verbod van 3:305a lid 3 BW. Dit brengt met zich dat na een verklaring voor recht dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld en deze niet bereid is te schikken, de consumenten hun schade niet vergoed krijgen. Het Voorontwerp geeft uitvoering aan de motie-Dijkema.

3. Het Voorontwerp

3.1 Inleiding

Het Voorontwerp heeft tot doel een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen en een ongewenste claimcultuur te voorkomen.

Het bevat niet alleen de beoogde schrapping van lid 3 maar ook andere majeure wijzigingen. De procedure wordt omgezet van een dagvaardingsprocedure in een verzoekschriftprocedure. Tevens wordt het volgende aan het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv) toegevoegd: Titel 14a: Van rechtspleging in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling. Het kent drie afdelingen: (i) algemene bepalingen; (ii) de procedure inzake collectieve acties; en (iii) de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling.

De materiële regelingen van de WCAM en de collectieve actie blijven in Boek 7 BW respectievelijk Boek 3 BW geregeld. De formele aspecten van de WCAM blijven geregeld in Titel 14 Rv: Van rechtspleging in zaken betreffende de verbindendverklaring van overeenkomsten strekkende tot collectieve schadeafwikkeling.

Om verwarring met de WCAM te voorkomen zou het wellicht beter zijn om in Titel 14a, derde afdeling te spreken over “de procedure inzake collectieve schadevergoeding” of “collectieve schadevergoedingsactie”. Om deze verwarring te voorkomen spreken wij in dit artikel verder over “collectieve schadevergoedingsactie”.

Bij de algemene bepalingen in de eerste afdeling van Titel 14a (nieuw) springt art. 1018b Rv (nieuw) in het oog. Hierin wordt de relatieve bevoegdheid van de rechter in collectieve acties uitgewerkt. Bij de reguliere collectieve actie blijven de gewone (relatieve) bevoegdheidsregels van toepassing.^[12] Alleen bij collectieve schadevergoedingsacties (als bedoeld in art. 3:305a lid 5 BW (nieuw)) is één specifieke rechtbank bevoegd. De keuze is uit: Midden-Nederland of Den Haag. Die knoop moet de minister nog doorhakken.

3.2 De procedure inzake collectieve acties

Het Voorontwerp beoogt een aantal wijzigingen van de reguliere collectieve actie: (i) de collectieve actie wordt voortaan een verzoekschriftprocedure; (ii) de gang van zaken tijdens verzoekschriftprocedure wordt expliciet beschreven in de tweede afdeling van Titel 14a (nieuw).

Deze afdeling bevat slechts één artikel. Art 1018c Rv (nieuw) introduceert nog een aantal aanvullingen op art. 3:305a BW. Een aantal van die aanvullingen bespreken wij puntsgewijs.

- Het Voorontwerp laat de rechter nadrukkelijk de ruimte om in elke stand van het geding een verschijning van partijen te bevelen. Dit niet alleen om inlichtingen te verschaffen, maar ook om een schikking te beproeven.^[13]
- Op grond van art 1018c lid 6 Rv (nieuw) kan een andere 305a-organisatie tot tien dagen vóór – naar wij aannemen de eerste – mondelinge behandeling een verzoekschrift indienen om als medeverzoeker te worden aangemerkt. Het lijkt niet logisch dat in een later stadium alsnog partijen als mede-verzoeker tot de procedure worden toegelaten.
- Tot slot bevat lid 8 (nieuw) een regeling met betrekking tot de proceskosten. Hierbij wordt de gebruikelijke regeling van art. 237 tot en met art. 245 Rv van toepassing verklaard. Voor de collectieve actie wordt dus geen aparte proceskostenregeling gehanteerd.^[14]

3.3 De procedure inzake collectieve schadevergoedingsactie

(i) inleiding

Een vordering tot collectieve schadevergoeding in geld wordt mogelijk door introductie van het nieuwe lid 5 in art. 3:305a BW. Uiteraard wordt ook de verbodsbepaling in de laatste zin van art. 3:305a lid 3 BW geschrapt.

De collectieve schadevergoedingsactie is erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, zo veel mogelijk trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van de massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Deze aanpak doet – zo meldt het Voorontwerp – recht aan de complexiteit van collectieve toekenning van schadevergoeding in geld en aan de uiteenlopende belangen die hierbij een rol spelen.

Alleen in het uiterste geval zal de rechter in een collectieve schadevergoedingsactie een uitspraak moeten doen. De collectieve schadevergoedingsactie is 'slechts' bedoeld als "stok achter de deur".^[15] De collectieve schadevergoedingsactie kan worden ingezet ingeval partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling of er niet in slagen een overeenkomst tot schadevergoeding in geld te bereiken. Deze overeenkomst^[16] noemen wij hierna "vrijwillige collectieve schikking". De rechter stelt dan uiteindelijk een regeling vast voor de afwikkeling van de schade aan de hand van door partijen aangedragen schadecategorieën.^[17]

De eisen van 3:305a lid 5 BW (nieuw) die van toepassing zullen zijn op de 305a-organisatie excellent zijn aanmerkelijk zwaarder dan de eisen die worden gesteld aan de 305a-organisatie basic. Daardoor ontstaat de eerdere aangehaalde onderverdeling tussen de 305a-organisaties.

Het Voorontwerp bevat geen bijzondere bepaling van overgangsrecht.^[18] De minister beoogt dat de voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie ook kan worden ingesteld voor gebeurtenissen die vóór de inwerkingtreding van de wet hebben plaatsgevonden.^[19] Dit is ook logisch omdat het de materiële rechtspositie van de partijen niet wijzigt, maar alleen een nieuwe procedure introduceert om deze rechten – die tot nu toe niet op individuele basis werden ingeroepen – op collectief niveau te verwezenlijken.

(ii) De ontvankelijkheidseisen voor de 305a-organisatie excellent

Art. 3:305a lid 5 BW (nieuw) geeft aanvullende ontvankelijkheidseisen voor een 305a-organisatie excellent.

De toets van de 305a-organisatie excellent is aanmerkelijk zwaarder dan de toets voor de 305a-organisatie basic. Art 3:305a lid 5 BW (nieuw) bevat vijf voorwaarden (subonderdelen) die hieronder afzonderlijk worden besproken.

Sub a verlangt dat de 305a-organisatie excellent (i) voldoende deskundig is ter zake van de rechtsvordering en (ii) kan worden geacht de belangen van de achterban op zorgvuldige wijze te behartigen. De eis dat de 305a-organisatie excellent voldoende deskundig moet zijn betekent dat zij aantoonbaar over expertise dient te beschikken die relevant is voor de claim, dan wel daartoe toegang heeft.^[20] De minister geeft echter geen duidelijke criteria.^[21] Onduidelijk is hoe de deskundigheid en professionaliteit wordt gemeten. De praktijk heeft volgens ons baat bij duidelijke criteria. De minister zoekt ten aanzien van de *governance* van de 305a-organisatie excellent aansluiting bij de Claimcode.^{[22][23]}

De rechter moet toetsen of de 305a-organisatie de belangen van haar achterban adequaat behartigt of te veel een eigen belang heeft. De rechter kan zich bij deze beoordeling onder meer baseren op de inlegvereisten die aan de achterban worden gesteld of eventuele afspraken over resultaatsafhankelijke beloning van de 305a-organisatie. Ook hier geeft de minister geen duidelijke criteria.^[24] Wat de minister in een dergelijk geval beoogt, volgt niet uit de MvT. Dwingt de rechtbank de 305a-organisatie excellent haar financieringsarrangement aan te passen of wordt de 305a-organisatie direct niet-ontvankelijk verklaard?

Sub b verlangt dat de rechtsvragen en feitelijke vragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt. Het mag dus niet zo zijn dat de individuele vragen overheersen.

Sub c stelt als voorwaarde voor een collectieve schadevergoedingsactie dat de groep personen uit de achterban van voldoende omvang is om deze actie te rechtvaardigen. Ook hier geeft de minister geen duidelijk criteria.^[25]

Sub d verlangt dat er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn waarmee kan worden bereikt dat de gedupeerden hun schade vergoed krijgen. Dit onderdeel wil voorkomen dat de rechter belast wordt met een complexe procedure indien er andere ten minste even effectieve en minder complexe mechanismen zijn om voor de gedupeerden schadevergoeding te vorderen.^[26] De collectieve schadevergoedingsactie is immers bedoeld als *ultimum remedium*.^[27] De minister wijst op de mogelijkheid om op basis van volmacht of lastgeving schadevergoeding te vorderen. Dit is echter geen werkbaar criterium. In theorie is het mogelijk dat iedere actie wordt gecollectiviseerd op basis van volmachten. Dat vergt echter niet alleen een grote administratie bij de 305a-organisatie, maar ook een zeer uitvoerige mediacampagne om alle individuele leden uit de achterban te bereiken en om van ieder van hen een volmacht te verkrijgen. Dit criterium komt ons daarom onjuist voor.

Sub e vereist dat de rechtspersoon daadwerkelijk heeft getracht het gevorderde door overleg met degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, te bereiken. De termijn van twee weken voor het voeren van overleg die geldt voor een gewone collectieve actie is uitdrukkelijk niet voldoende.^[28] Zo nodig moeten meerdere pogingen tot overleg volgen.^[29] De minister maakt niet duidelijk welke eisen nog meer aan het overleg dienen te worden gesteld. Deze onduidelijkheden zullen moeten worden opgehelderd; de sanctie is immers niet-ontvankelijkheid.

De minister dient duidelijke en concrete criteria te stellen waaraan de 305a-organisatie excellent dient te voldoen wil zij een collectieve schadevergoedingsactie instellen.

Door zowel hogere eisen aan de 305a-organisatie excellent als aan het voorafgaande overleg te stellen, worden 305a-organisaties welhaast gedwongen eerst een reguliere collectieve actie te starten. Ligt er een oordeel (verklaring voor

recht) inzake de onrechtmatigheid, dan kan alsnog een collectieve schadevergoedingsactie worden opgestart. Die sluiproute lijkt ons niet beoogd in het Voorontwerp. Evenmin is voor dit niet denkbeeldige scenario een duidelijke regeling in het Voorontwerp opgenomen.^[30]

Art. 3:305a lid 6 BW (nieuw) bakent de internationale reikwijdte van de collectieve schadevergoedingsactie af; door de minister aangeduid met “*scope rule*”.^[31] Met deze regels poogt te worden bereikt dat de Nederlandse collectieve schadevergoedingsactie alleen openstaat voor daadwerkelijk “Nederlandse” massaschade. Er dient een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer te bestaan. Het artikel schrijft voor dat ten minste aan één van de drie volgende voorwaarden moet zijn voldaan: 1. de wederpartij(en) heeft/hebben woonplaats in Nederland; 2. het *merendeel* van de achterban heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland; of 3. de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering ziet, heeft/hebben in Nederland plaatsgevonden. Deze beperking geldt niet voor de reguliere collectieve actie.

(iii) de verschillende stadia van collectieve schadevergoedingsactie

De derde afdeling van Titel 14a Rv beschrijft hoe de collectieve schadevergoedingsactie procedureel vorm wordt gegeven.^[32] Deze regeling is zeer gedetailleerd. Wij bespreken hieronder de belangrijkste onderdelen.

De voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie kent vijf verschillende stadia. De vijf stadia zullen hieronder worden uitgewerkt. De verschillende mogelijkheden van hoger beroep zullen daarna in paragraaf 3(iv) apart worden toegelicht.

1. De rechter oordeelt over de ontvankelijkheid van de 305a-organisatie excellent.^[33] Deze toets is hiervoor al behandeld.
2. De rechter oordeelt daarna over de vraag of de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld jegens de achterban.^[34] De rechter beslist dan over de verplichting tot vergoeding van de schade geleden door de achterban.^[35] Het gaat hier dus om een beslissing over de vraag of de wederpartij aansprakelijk is *en* verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schadeveroorzakende gebeurtenis(sen). Dit gaat dus verder dan alleen een verklaring voor recht dat de wederpartij jegens de achterban onrechtmatig heeft gehandeld zoals deze in een collectieve actie kan worden uitgesproken. Mocht er al een uitspraak (over de onrechtmatigheid) tussen dezelfde partijen over dezelfde gebeurtenis zijn geweest in een reguliere collectieve actie dan heeft die beslissing slechts tussen partijen uit de collectieve actie gezag van gewijsde.^[36] Zijn in de collectieve schadevergoedingsactie ook andere partijen betrokken dan geldt dit gezag van gewijsde niet voor deze partijen.^[37] In dat geval kan de rechter de eerdere beslissing uiteraard wel in zijn oordeel betrekken. Oordeelt de rechter dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld en er een grond voor aansprakelijkheid jegens de achterban is, dan kan de rechter ook beslissen over andere rechtsvragen en feitelijke vragen, indien het antwoord daarop kan bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking.^[38] Vervolgens is het aan de partijen een vrijwillige collectieve schikking tot stand te brengen. De rechtbank bepaalt daarvoor wel een termijn.^[39]
3. Als binnen deze termijn geen vrijwillige collectieve schikking kan worden bereikt, beveelt de rechter een verschijning van partijen ter terechtzitting.^[40] Tijdens de mondelinge behandeling wordt onder regie van de rechter getracht een vrijwillige collectieve schikking tot stand te brengen.^[41] De rechter kan de mondelinge behandeling ook gebruiken om met partijen te bespreken welke geschillen tussen hen in de weg staan aan het bereiken van een vrijwillige collectieve schikking.^[42] De rechter kan een beslissing geven over deze geschillen als dit bijdraagt aan de totstandkoming van een schikking.^[43] Ook hier geeft de rechter een termijn aan partijen om een vrijwillige collectieve schikking te bereiken en houdt hij iedere verdere beslissing aan.
4. Indien het partijen ondanks dit alles toch niet lukt om een vrijwillige collectieve schikking te sluiten binnen de bepaalde termijn, zal de rechter de overlegging bevelen van het voorstel voor een vrijwillige collectieve schikking van zowel de verzoeker(s) als de wederpartij(en).^[44] De rechter zal toetsen of partijen zich wel voldoende hebben ingezet om een vrijwillige collectieve schikking te bereiken.^[45] Tegen een beschikking van de rechter waarin hij overlegging beveelt van de schikkingsvoorstellen staat *geen* hoger beroep open.^[46] Vervolgens kan de rechter zo nodig partijen naar een derde (mediator) verwijzen die mede aan de hand van deze voorstellen met partijen tracht een collectieve schikking te bereiken.^[47] Partijen zijn verplicht mee te werken bij een verwijzing naar een mediator.^{[48][49]}
5. Mocht het voorgaande ook niet tot een vrijwillige collectieve schikking leiden, dan stelt de rechter, mede aan de hand van de overgelegde voorstellen van partijen, zelf een regeling voor een collectieve schadevergoeding vast.^[50] De rechter kan daarbij de hulp van een of meer deskundigen inschakelen.^[51] De rechter kan alvorens een regeling vast te stellen partijen een oproep laten doen aan de individuele leden uit de achterban om zich ter griffie als deelnemer te melden (opt-in).^[52] Zo kan de rechter op voorhand zekerstellen dat een voldoende groep gedupeerden uit de achterban daadwerkelijk door de door hem vast te stellen regeling voor een collectieve schadeafwikkeling zal zijn gebonden. De rechter is niet verplicht om deze opt-in-route te volgen zoals volgt uit de formulering van de concept wettekst (“*kan*”). Uit de MvT bij het Voorontwerp blijkt dat de rechter geen gebruik *hoeft* te maken van de opt-in-regeling. Dit bijvoorbeeld als duidelijk is dat partijen

mikken op een WCAM-afwikkeling en op voorhand duidelijk is dat de achterban groot genoeg is.^[53] Zodra de uitspraak waarbij de regeling voor collectieve schadevergoeding wordt vastgesteld onherroepelijk is geworden, is deze regeling voor iedere partij, waaronder de individuele leden uit de achterban die zich ter griffie hebben gemeld, verbindend.^[54] Hier dient te worden opgemerkt dat de rechter in een collectieve schadevergoedingsactie dus geen algemeen verbindende regeling kan vaststellen. Daarvoor dient alsnog de WCAM-procedure te worden doorlopen. Art. 1018g lid 8 Rv (nieuw) preludeert op een WCAM-procedure volgend op een collectieve schadevergoedingsactie. Willen partijen vervolgens de collectieve schadevergoedingsregeling via de WCAM verbindend laten verklaren, dan vindt nog wel een toets plaats van de regeling voor een collectieve schadeafwikkeling door de WCAM-rechter. Dit is echter een beperkte toets. De WCAM-rechter toetst slechts marginaal de redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoedingen in de regeling en de vraag of de belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd.^[55] Leggen partijen evenwel de uitspraak niet voor aan de WCAM-rechter en is de uitspraak onherroepelijk geworden, dan geldt het volgende. De achterban ten behoeve van wie de collectieve schadevergoedingsuitspraak^[56] is vastgesteld kan op de uitspraak een beroep doen.^[57] Als sprake is van opt-in conform art. 1018g lid 6 Rv (nieuw) zijn de individuele leden uit de achterban die zich hebben gemeld, gebonden aan de uitspraak, zonder dat zij daarvoor eerst een derdenbeding hoeven te aanvaarden.^[58] Als *geen* sprake is van opt-in en ook *geen* sprake van een WCAM-verzoek; ontstaat een onduidelijke situatie. Theoretisch is deze situatie mogelijk.^[59] De minister gaat ervan uit dat gedupeerden in beginsel door aanvaarding van een derdenbeding aan de regeling voor een collectieve schadevergoeding worden gebonden.^[60] De individuele leden van de achterban zullen (zo nodig) bij de gewone civiele rechter een beroep moeten doen op de collectieve schadevergoedingsuitspraak van art. 1018g lid 4 Rv (nieuw), zo begrijpen wij de systematiek van de wet.^[61] In dat geval zal deze rechter de eerdere collectieve schadevergoedingsuitspraak in zijn oordeel dienen te betrekken. Zonder meer is opvallend dat het Voorontwerp geen ruimte laat voor partijen om in hoger beroep te gaan tegen een door de rechter vastgestelde regeling voor een collectieve schadevergoeding.^[62] Op dit laatste punt komen wij in paragraaf 3 (iv) terug.

(iv) Overige aanvullingen in de derde afdeling van Titel 14a Rv (nieuw)

De derde afdeling van Titel 14a Rv (nieuw) bevat nog een aantal andere aanvullingen, waarvan wij puntsgewijs de volgende willen noemen:

- Art. 1018d (laatste zin) Rv (nieuw) bepaalt dat niet alleen de 305a-organisatie excellent het verzoek tot collectieve schadevergoeding kan doen, maar dat partijen dit ook gezamenlijk kunnen doen.
- Art. 1018e Rv (nieuw) is voor een groot deel gelijk aan art. 1018c Rv (nieuw). In dit artikel worden de formele regels gegevens waaraan een verzoekschrift tot collectieve schadevergoeding dient te voldoen. Een verzoekschrift ex art. 3:305a lid 5 BW dient – in aanvulling op een aantal vanzelfsprekende gegevens – een omschrijving te bevatten van de wijze waarop is getracht een vrijwillige collectieve schikking tot stand te brengen.^[63] Voorts dient het verzoekschrift ook een omschrijving te bevatten van de wijze waarop overigens voldaan is aan de hierboven besproken strengere ontvankelijkheidseisen voor de 305a-organisatie excellent.^[64]
- Evenals bij de reguliere collectieve actie moet het verweer dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt op straffe van verval van het recht daartoe vóór alle weren worden gevoerd. Dat geldt ook voor het verweer dat de 305a-organisatie excellent niet-ontvankelijk is of dat niet voldaan is aan de *scope rule* van art. 3:305a lid 6 BW. De rechter beslist eerst over dit verweer.^[65] Wordt het verweer verworpen, dan staat daar geen hogere voorziening tegen open.^[66]
- Ook voor de collectieve schadevergoedingsactie geldt geen bijzondere proceskostenregeling. De art. 237 tot en met 245 Rv worden van overeenkomstige toepassing verklaard.^[67]
- Art. 1018h Rv (nieuw) bevat enige bepalingen over de openbaarmaking van de vrijwillige collectieve schikking alsmede van de collectieve schadevergoedingsuitspraak. Als deze overeenkomst tot stand is gekomen – en partijen de WCAM-route niet volgen – beveelt de rechter dat de totstandkoming van de vrijwillige collectieve schikking zo spoedig mogelijk door partijen bekend wordt gemaakt aan de achterban. De rechter bepaalt daarbij de wijze van bekendmaking.
- Art. 1018i lid 1 Rv (nieuw) bevat tot slot nog enkele regels die zien op schorsing van procedures van personen die tot de achterban van de 305a-organisatie behoren en die zich ter griffie hebben gemeld. Deze procedures worden van rechtswege geschorst totdat een regeling is bereikt of achterwege blijft.

3.4 termijnen en (tussentijds) hoger beroep in de collectieve schadevergoedingsactie

In de collectieve schadevergoedingsactie is voorgeschreven dat de rechter aan de 305a-organisatie excellent en de wederpartij termijnen oplegt waarbinnen zij (in de vorige subparagraaf besproken stadia) moeten proberen een collectieve schikking te bereiken. Bovendien kent deze procedure een bijzondere regeling in welk stadium hoger beroep is toegestaan.

Deze termijnen zien wij in de volgende twee stadia (2) art. 1018e lid 8 Rv (nieuw); (3) art. 1018f lid 6 Rv (nieuw). Voorts kan de rechter in stadium 4 partijen naar een mediator verwijzen om op basis van de overgelegde voorstellen alsnog een vrijwillige collectieve schikking te bereiken.^[68] Partijen zijn verplicht aan deze mediation mee te werken op straffe van een gevolgtrekking die de rechter geraden acht.^[69] Het Voorontwerp en de MvT geven geen nadere invulling van het mediation traject. De rechter dient te onderzoeken of mediation zinvol is.^[70]

Uit het Voorontwerp volgt niet dat dit korte termijnen van enkele weken zullen zijn. Gezien de complexiteit en de belangen van partijen in een collectieve schadevergoedingsactie, ligt het niet voor de hand dat dit korte termijnen zullen zijn van enkele weken. Dit zal zijn effect hebben op de looptijd van een collectieve schadevergoedingsactie.

Voor wat betreft het hoger beroep gelden de volgende (afwijkende) regelingen:

1. In stadium 1 staat geen hogere voorziening open als de rechter bepaalt dat hij wel rechtsmacht heeft. Dit geldt ook als de rechter oordeelt dat de 305a-organisatie excellent ontvankelijk is of dat voldaan is aan de *scope rule* van art. 3:305a lid 6 BW.^[71] In een later stadium kan hiertegen wel beroep worden aangetekend.^[72]
2. Een uitspraak over de vraag of de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld jegens de achterban en over de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade geldt als eindbeschikking.^[73] Hiertegen staat hoger beroep en daarna cassatie open met een termijn van vier weken.^[74] Op grond van art. 1018e lid 6 Rv (nieuw) kan de rechter ook beslissen over andere rechtsvragen en feitelijke vragen, indien het antwoord daarop kan bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking. De rechter kan toestaan dat hiertegen ook tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld. Doet de rechter dat niet dan zal alleen hetzij tegelijk met het beroep tegen een beschikking in de zin van art. 1018e lid 4 of 5 Rv (nieuw) hetzij binnen vier weken na een door de rechter te bepalen tijdstip hoger beroep en cassatie worden ingesteld.^[75]
3. Ook in stadium 3 kan de rechter beslissen over deelgeschillen.^[76] Hier geldt eveneens een termijn van vier weken voor het instellen van hoger beroep.^[77]
4. Tegen besluiten in stadium 4, waaronder de verplichte mediation, staat geen hogere voorziening open.^[78]
5. Tegen het oordeel van de rechter tot collectieve schadevergoeding^[79] staat geen hogere voorziening open.^[80]

Indien de eindbeschikkingen over de ontvankelijkheid (stadium 1) en/of de aansprakelijkheid (stadium 2) uitvoer bij voorraad zijn verklaard, is het mogelijk dat de procedures in de overige stadia, waaronder de collectieve schadevergoedingsvaststelling (stadium 5), voortgang vindt. Immers het beroep en/of de cassatie ontberen dan schorsende werking.^[81] Hierdoor is het mogelijk dat schadevergoeding wordt toegewezen terwijl inmiddels het ontvankelijkheidsoordeel en/of het aansprakelijkheidsoordeel is vernietigd.^[82] Dit is uitdrukkelijk niet gewenst door de wetgever.^[83] Om dit wettelijk uit te sluiten zou in lid 9 van het voorgestelde art. 1018e Rv (nieuw) moeten worden bepaald dat de eindbeschikking niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.^[84]

Tegen de rechterlijke vaststelling van een collectieve schadevergoeding (in stadium 5) staat dus *geen* hoger beroep of cassatie open. In de MvT bij het Voorontwerp wordt dat besluit toegelicht. De minister acht dit om twee redenen gerechtvaardigd. Ten eerste omdat het openstellen van hoger beroep en/of cassatie leidt tot een onwerkbaar procedure. Het hof moet dan immers potentieel veel van het werk van de eerste rechter overdoen om alsnog tot vaststelling van een collectieve schadevergoedingsregeling te komen. Ten tweede hebben partijen en de rechter in de stadia 1 tot en met 4 – dus vóór de rechterlijke vaststelling van een collectieve schadevergoedingsregeling – afdoende mogelijkheden om een oordeel van het hof of de Hoge Raad te krijgen. Ook wijst de minister op de mogelijkheid voor de rechter om in het vijfde stadium aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag over de collectieve schadevergoedingsregeling voor te leggen. Deze laatste procedure staat anders dan bij de WCAM wel – in alle stadia van de procedure – open.^[85]

4. Knelpunten in het Voorontwerp (niet uitputtend)

Het Voorontwerp betreft een gedetailleerde procedure voor een collectieve schadevergoedingsactie. Op voorhand is duidelijk dat veel energie en tijd is gestoken om een regeling op te zetten die recht wil doen aan de belangen van de verschillende belanghebbenden.

Deze belangen klinken door in de tweeledige doelstelling van de wet: het bevorderen van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade *en* het voorkomen van een ongewenste claimcultuur. De voorgestelde regeling zou op een aantal punten kunnen worden verbeterd. Wij bespreken puntsgewijs een aantal aanbevelingen.

i. De concentratie van collectieve schadevergoedingsactie bij de Rechtbank Den Haag / Midden-Nederland botst met de concentratie van beleggingsprocedures bij de Rechtbank Amsterdam.

De minister achtte het eerder wenselijk dat de volgende zaken worden geconcentreerd bij één rechtbank: burgerrechtelijke zaken die betrekking hebben op beweerdelijke schendingen van de Wft bij het verlenen van beleggingsdiensten, het verrichten van beleggingsactiviteiten of het aanbieden van effecten aan het publiek.^[86] Ook

collectieve (schadevergoedings)acties die hierop betrekking hebben zouden onder de reikwijdte van het voorgestelde art. 1:23a Wft (nieuw) moeten komen vallen. De financiële expertise die volgens de minister bij Rechtbank en Hof Amsterdam voor handen is, is ook gewenst in collectieve (schadevergoedings)acties, met name in stadium 2 over de aansprakelijkheidsvraag.^[87]

Aanbeveling: de voorgenomen concentratie van collectieve schadevergoedingsacties botst met de concentratie van Wft-procedures. De minister zal duidelijk moeten maken bij welke rechtbank uiteindelijk geprocedeerd moet worden.

ii. De rechter zou in het vijfde stadium waarin hij de collectieve schadevergoedingsregeling vaststelt de keuze moeten hebben uit een opt-in of een opt-out oordeel.

De thans voorliggende collectieve schadevergoedingsactie bestaat uit vijf stadia. In feite bestaat deze zelfs uit zes stadia. Indien de rechter namelijk een collectieve schadevergoedingsregeling heeft vastgesteld in stadium 5, moet deze rechterlijke vaststelling – wil zij finaliteit geven aan het collectieve geschil – eerst nog een ronde langs het Hof Amsterdam maken. De algemeen verbindendverklaring met opt-out van dit rechterlijk oordeel is immers exclusief voorbehouden aan het Hof Amsterdam. In het zesde stadium zullen de 305a-organisatie en/of de wederpartij individueel of gezamenlijk een WCAM-verzoek moeten doen.

Proces(economisch) achten wij dit zesde stadium onwenselijk. Bovendien is het in strijd met het uitgangspunt dat de rechter het geschil bindend beslist als partijen er niet uitkomen. In een collectieve schadevergoedingsactie zijn partijen (meer dan) voldoende in de gelegenheid gesteld hun geschil vrijwillig te beslechten. Als de rechter uiteindelijk zijn collectieve schadevergoedingsregeling vaststelt, moet hij ook in de gelegenheid zijn het geschil (collectief) te beslechten. Zo niet dan wordt een vorm van forumshopen toegestaan, waarbij partijen gezamenlijk kunnen besluiten het geschil alsnog op een andere manier te beslechten. Het rechterlijk oordeel zou hierdoor kunnen verworden tot maar een “mening” die al dan niet terzijde kan worden geschoven. Uiteraard moet dit rechterlijk oordeel onderworpen zijn aan de normale gang van hoger beroep en/of cassatie. In de kern is dit vijfde stadium immers vergelijkbaar met een schadestaatprocedure. Tegen de uitspraak in de schadestaatprocedure staan volgens de gewone regels de rechtsmiddelen van beroep en cassatie open.^[88]

Een argument voor het onthouden van de opt-out mogelijkheid aan de rechter kan zijn dat in dat geval de achterban als belanghebbenden zou moeten worden opgeroepen om voor hun belangen in de collectieve schadevergoedingsactie op te kunnen komen door middel van bijvoorbeeld een verweerschrift. Deze oproeping wordt noodzakelijk geacht om te voldoen aan de verplichte procestoegang conform art. 6 EVRM. Volgens ons kan dit argument geen opgang doen. De 305a-procedures hebben immers geen privatieve werking. De individuele leden van de achterban kunnen zelfstandig een executoriale titel verkrijgen; zij zijn niet gebonden aan het onrechtmatigheidsoordeel van stadium 2.

Het is geenszins bezwaarlijk dit recht om individuele verweerschriften in te dienen pas toe te kennen in stadium 5. In dit stadium moet de rechter, mede aan de hand van de overgelegde voorstellen van partijen, zelf een collectieve schadevergoedingsregeling vaststellen.^[89] Het Voorontwerp voorziet reeds in dit stadium in de mogelijkheid voor de rechter om alvorens een schadevergoedingsregeling vast te stellen partijen een oproep te laten doen aan de individuele leden uit de achterban om zich ter griffie als deelnemer te melden (opt-in).^[90] Daarnaast zou de rechter – indien hij een collectieve opt-out schadevergoedingsregeling wenst vast te stellen – partijen kunnen gelasten de overgelegde voorstellen openbaar te maken. Tevens zal hij – vergelijkbaar met de WCAM-oproeping van art. 1013 lid 5 Rv – de oproeping moeten gelasten van de aan de 305a-organisatie excellent bekende achterban bij gewone brief, tenzij de rechter anders bepaalt. Bovendien geschiedt de oproeping door aankondiging daarvan in één of meer door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen, waarbij tevens andere 305a-organisaties worden opgeroepen. Hierbij wordt naast de plaats, de dag en het uur van de terechtzitting telkens op een door de rechter aan te geven wijze melding gemaakt van de door partijen ingevolge het eerste lid overgelegde voorstellen. Art. 1018g lid 6 Rv (nieuw) zou in hiervoor bedoelde zin moeten worden gewijzigd. De belanghebbenden kunnen op deze manier gebruikmaken van hun recht op toegang tot de rechter.

Deze oproeping maakt het mogelijk gezag van gewijsde toe te kennen aan deze rechterlijke collectieve schadevergoedingsvaststelling ten aanzien van alle partijen (inclusief de achterban). De door beide partijen, 305a-organisatie excellent en de wederpartij(en), gewenste en noodzakelijke finaliteit kan door deze opt-out schadevergoedingsvaststelling met gezag van gewijsde worden bereikt. Voor wat betreft de positie van de leden van de achterban die zelfstandig een actie zijn begonnen, zou – conform het gehele Voorontwerp – eveneens worden aangesloten bij de WCAM-regeling. Deze kunnen dan vergelijkbaar met de regeling van art. 1015 Rv van rechtswege worden geschorst. Het geschorste geding zal worden hervat zodra de gerechtigde tot schadevergoeding binnen de door de rechter vastgestelde termijn de mededeling heeft gedaan niet aan de rechterlijke schadevergoedingsvaststelling gebonden te willen zijn. Om deze aspecten, gezag van gewijsde, opt-out, schorsing en hervatting te regelen, stellen wij enkele tekstuele wijzigingen van art. 1018g Rv (nieuw) voor.

Aanbevelingen:

- In art. 1018g lid 7 Rv (nieuw) wordt de eerste zin vervangen door:

“Zodra de uitspraak waarbij de regeling voor collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld onherroepelijk is geworden, is deze regeling voor ieder der partijen en de gerechtigden tot schadevergoeding verbindend.”

- De tweede zin komt te luiden:

“Indien de rechter beslist om de collectieve schadevergoeding op basis van het opt-out systeem vast te stellen, vermeldt hij in zijn uitspraak tevens de termijn van ten minste drie maanden na de openbaarmaking van zijn uitspraak, waarbinnen de gerechtigde tot de schadevergoeding mededeling moet doen niet gebonden te willen zijn aan de persoon door de rechter aangewezen in zijn uitspraak.

- De derde zin:

“De in de vorige zin bedoelde mededeling heeft tot gevolg dat deze gerechtigde niet gebonden is aan de rechterlijke schadevergoedings-vasstelling.”

- Art. 1018g lid 8 Rv (nieuw) wordt vervangen door:

“Procedures betreffende geschillen in de beëindiging waarvan de uitspraak waarbij de regeling voor collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld in de zin van het zevende lid van dit artikel worden door de oproeping in de zin van het zesde lid van dit artikel, van rechtswege geschorst. Het geschorste geding wordt overeenkomstig art. 227, eerste lid, hervat indien de in het vorige lid bedoelde termijn is verstreken, nadat een gerechtigde tot de schadevergoeding binnen die termijn de in dat lid bedoelde mededeling heeft gedaan.”

Tot slot merken wij op dat de collectieve schadevergoedingsactie (net als de WCAM-procedure) geconcentreerd zou kunnen worden bij een gerechtshof (en dus niet bij een rechtbank). Dat zou betekenen dat enkel de mogelijkheid tot cassatie openstaat.^[91] Dit zou de doorlooptijd van de collectieve schadevergoedingsacties ten goede kunnen komen. Mogelijkerwijs zou op deze manier de collectieve schadevergoedingactie ook bij de WCAM-rechter kunnen worden ondergebracht. Wij werken deze gedachte op deze plaats niet verder uit.

iii. Geen aandacht voor praktische afwikkeling van de collectieve massaschade

Opvallend is dat het Voorontwerp veel aandacht besteedt aan het traject dat volgt nadat de rechtbank onrechtmatig handelen heeft vastgesteld, maar stopt op het moment dat een schadevergoeding door de rechtbank wordt vastgesteld.

In de MvT bij het Voorontwerp^[92] wordt slechts een alinea aan de afwikkeling besteed. Kort gezegd volgt uit de MvT dat het mechanisme voor toekenning zo dient te zijn ingericht dat gedupeerden zich op eenvoudige wijze met hun vordering kunnen melden. Het moet voorspelbaar en gemakkelijk worden vastgesteld in welke schadevergoedingscategorie zij horen. De vaststelling dient te gebeuren door een voldoende onafhankelijke organisatie. De rechter kan zich in een eerder stadium weliswaar laten voorlichten door een deskundige^[93] over de vraag of een bepaalde schadecategorie moet worden opgenomen of over de redelijkheid van de hoogte van de vergoeding voor een bepaalde categorie. Echter, uit de praktijk blijkt dat veel complicaties niet direct voorzienbaar zijn, omdat deze pas aan de orde komen bij de afwikkeling. Het laatste deel van het schadevergoedingstraject verdient daarom meer aandacht.

De afwikkeling kan, zo begrijpen wij uit het Voorontwerp, per individu worden vastgesteld, bijvoorbeeld als de individuen uit de achterban zich ter griffie hebben aangemeld (opt-in).^[94] Denkbaar is ook dat de rechtbank een lumpsumbedrag vaststelt voor alle gedupeerden die vallen onder één van de vastgestelde schadecategorieën. Dit lumpsumbedrag zal als afgescheiden vermogen moeten worden beheerd door een beheerder (de zogeheten “claim administrator”).

Wij zouden graag de volgende regeling voorstellen. De beheerder beheert het afgescheiden vermogen dat bestaat uit het (lumpsum) bedrag waaruit de schadevergoedingen moeten worden betaald. Deze beheerder zou onder toezicht moeten komen van een rechter-commissaris. De positie van de beheerder wordt in dit opzicht dan vergelijkbaar met die van een curator die (bij de uitdeling van de opbrengst van de failliete boedel over de crediteuren) eveneens onder toezicht van een rechter-commissaris staat.^[95] Deze rechter-commissaris zal toezicht houden op de afwikkeling en het beheer van dit schadevergoedingsfonds waaronder controle over de besteding van de restsom. Tevens zal deze rechter-commissaris in eerste instantie beslissen op het bezwaar van een benadeelde tegen het besluit van deze beheerder, bijvoorbeeld over de schadecategorie waarin deze persoon is ingedeeld.^[96]

Aanbeveling: Wij stellen voor dat een rechter-commissaris wordt aangewezen die toezicht houdt op de praktische afwikkeling van de collectieve schadevergoedingsactie. Daarbij zou kunnen horen het toezicht op de beheerder van het afgescheiden vermogen in geval van een lumpsumschadevergoedingsbedrag. Deze rechter-commissaris kan ook in eerste instantie beslissen op bezwaren van individuen uit de achterban tegen besluiten van de beheerder. Tegen een beslissing van de rechter-commissaris zou hoger beroep kunnen worden ingesteld bij de rechtbank, zie art. 67 Fw voor de parallel in de Faillissementswet.

iv. Partijen dienen de rechtbank in te lichten over de onderhandelingen tussen partijen. Dit knelt mogelijk met de gedragsregels van advocaten

De structuur van het Voorontwerp brengt mee dat de rechtbank in stadium 4 bij partijen bescheiden kan opvragen die zien op door partijen gedane voorstellen tot een vrijwillige collectieve schikking. Uit het Voorontwerp volgt niet direct of partijen ook inzicht moeten geven in de tussen advocaten gewisselde stukken. In de praktijk zijn advocaten in ieder geval nauw betrokken bij deze onderhandelingen, als zij al niet namens hun cliënten de onderhandelingen onderling voeren.

De Gedragsregels 1992 (voor advocaten) ("Gedragsregels") omvatten bepalingen die juist beletten dat advocaten een beroep doen op confraternale correspondentie, zonder voorafgaand overleg met de advocaat van de wederpartij.^[97] Ook beletten de Gedragsregels dat omtrent de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen aan de rechter iets mag worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij.^[98] Het doel van deze Gedragsregels is onderling overleg tussen advocaten, onderhandelingen en het zoeken naar oplossingen buiten proces te vergemakkelijken.^[99]

Het doel van de bepalingen in het Voorontwerp lijkt gericht op het tegenovergestelde. Partijen moeten hun onderhandelingsvoorstellen openbaar maken om het zoeken naar oplossingen binnen het proces te vergemakkelijken.

De plicht tot openbaarmaking van de onderhandelingsvoorstellen van beide partijen is mogelijk in strijd met de Gedragsregels over confraternale correspondentie en schikkingsonderhandelingen. Het is niet duidelijk of de minister deze inbreuk heeft beoogd.

Als de minister slechts heeft beoogd dat de daadwerkelijk door partijen (niet-zijnde advocaten) gedane voorstellen aan de rechter dienen te worden overhandigd ontstaat eveneens een merkwaardige situatie. Het is immers goed mogelijk dat de partijen niet rechtstreeks communiceren, juist vanwege de bescherming die de Gedragsregels met zich brengen. In dat geval kan er dus geen voorstel aan de rechter worden overgelegd.

Aanbeveling: Het lijkt ons juist dat de minister zich duidelijk uitspreekt welke informatie partijen aan de rechtbank dienen te verstrekken en hoe een en ander zich verhoudt met de Gedragsregels.

v. Complicaties bij de proceskostenveroordeling: een negatieve prikkel voor de 305a-organisatie

Zowel de collectieve actie als de collectieve schadevergoedingsactie kent geen bijzondere proceskostenveroordeling. Dat betekent dat de 305a-organisatie slechts een beperkt deel van haar kosten vergoed kan krijgen.

Uit de praktijk blijkt dat een inherent onderdeel van een vrijwillige collectieve schikking een zekere kostenvergoeding voor de belangenbehartiger is.^[100] Bestudering van de Converium-beschikking^[101] leert dat de Amerikaanse advocaten die de belangen van de niet-Amerikaanse aandeelhouders van Converium hebben behartigd een vergoeding hebben ontvangen van 20 procent van het schikkingsbedrag van USD 58.400.000. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke vergoeding niet kan volgen uit de toepassing van de reguliere proceskostenveroordeling (art. 237 tot en met art. 245 Rv).

Een interessante situatie ontstaat als de rechter in stadium 5 op basis van de voorstellen van partijen een regeling voor collectieve schadevergoeding zal vaststellen. Zeker als partijen het al eens zijn over de vergoeding die de 305a-organisatie ontvangt voor de verrichte werkzaamheden. Alhoewel de wetgever zo veel mogelijk wenst aan te sluiten bij en aanstuurt op een vrijwillige collectieve schikking, is het gezien de expliciete proceskostenregeling niet uit te sluiten dat de rechter geen acht slaat op de vergoedingsafspraken die zijn opgenomen in de schikkingsvoorstellen. De wetgever zwijgt op dit punt.

Wij willen hier benadrukken dat de rechter deze kwestie nadrukkelijk wel meeneemt in zijn schadevergoedingsoordeel. De effectiviteit van de collectieve schadevergoedingsactie hangt af van de financiering inclusief een vergoeding voor de 305a-organisatie.^[102] Voordat de vijf stadia van de collectieve schadevergoedingsactie in het geheel doorlopen zijn, zullen enige jaren zijn verstreken. Een collectieve schadevergoedingsactie vergt hoge advocaat- en organisatiekosten. Er zijn weinig 305a-organisaties die het geld en de middelen hebben om hieraan te voldoen. Het inschakelen van advocaten voor een lange procedure als de collectieve schadevergoedingsactie zal voor veel ad hoc 305a-organisaties zelfs onmogelijk zijn. Zeker als er geen 'no cure no pay'-afspraken mogen worden gemaakt.

Al met al zal het voorgaande voor veel 305a-organisaties een hindernis zijn om een collectieve schadevergoedingsactie te starten. Gelet op de constatering van de Tweede Kamer in de motie-Dijksma dat consumenten op grote schaal schade lijden als gevolg van collectieve inbreuken op (i) het consumentenrecht; en (ii) overtredingen op het gebied van het mededingingsrecht; en dat deze schade niet wordt vergoed, willen wij het volgende voorstellen.

Een effectieve, collectieve schadevergoedingsactie behoeft wellicht toch een bijzondere proceskostenregeling die deze negatieve prikkel (deels) wegneemt. Zo kan worden gedacht aan een regeling die op zijn minst de kosten van de 305a-organisatie excellent dekt vanaf het moment dat de rechter over de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade van de achterban in stadium 2 heeft geoordeeld. Daarbij geldt dat de 305a-organisatie, in tegenstelling tot een

reguliere procespartij, zelf niet profiteert van een toewijzende beschikking.

Wij realiseren ons dat deze situatie veel gecompliceerder is dan in enkele alinea's kan worden samengevat. Toch lijkt ons de situatie zoals geschetst in het Voorontwerp op voorhand niet wenselijk.

Een andere oplossing voor dit probleem is om de rechter de mogelijkheid te geven af te wijken van de verplichte stadia 3 en 4. Op deze manier *kan* de rechter eerder overgaan tot de vaststelling van de schadevergoeding. De kosten van de 305a-organisatie die ontstaan door onnodige vertragingstactieken van de tot schadevergoeding veroordeelde partij kunnen dan worden vermeden. De rechter heeft in stadium 2 immers al geoordeeld over de onrechtmatigheid van het handelen van de wederpartij *en* de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade van de achterban.^[103] Daarna staan alleen de individuele vereisten van de onrechtmatig daad open (i) causaliteit; (ii) schuld; en (iii) schade.

Ten aanzien van de schade is duidelijk dat deze per individu verschilt. De schade zal ook per individu moeten worden aangetoond door overlegging van bijvoorbeeld transactieoverzichten of aankoopbewijzen. Ten aanzien van causaliteit en schuld is het individuele karakter niet altijd vanzelfsprekend. Het moge zo zijn dat een in aantal gevallen van massaschade waar de schade voortvloeit uit een overeenkomst, deze vereisten individueel zouden moeten worden bepaald. Men denke bijvoorbeeld aan een situatie waarin de wederpartij en de individuele leden van de achterban per individu een overeenkomst hebben gesloten. Hierbij kan de eigen schuld van het individu van geval tot geval kan verschillen. Zijn er verschillen – bijvoorbeeld tussen particulieren (onderling) en professionals – dan zal dit met verschillende schadecategorieën kunnen worden opgelost.^[104]

Het gaat te ver om deze gedachte in dit artikel volledig uit te werken. Graag zouden wij wel een suggestie op hoofdlijnen willen geven. De vijf stadia zouden goed ingekort kunnen worden in drie stadia waarbij de rechter in ieder geval de mogelijkheid heeft stadium 3 en 4 over te slaan en eerder toekomt aan het bepalen van een collectieve schadevergoeding in stadium 5.

Alternatief I: een bijzondere proceskostenregeling bij de collectieve schadevergoedingsactie waarbij vanaf stadium 2 waarin de wederpartij is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan de achterban de kosten van de 305a-organisatie worden vergoed.

Alternatief II: de rechter krijgt de mogelijkheid stadium 3 en 4 over te slaan en direct tot een schadevergoedingsvaststelling over te gaan.

5. Afsluitende opmerkingen

In de ruim 20 jaar na invoering houdt art. 3:305a BW als bevoegdheidsgrondslag voor een collectieve actie vele juristen en belangengroeperingen bezig. Met het Voorontwerp wordt de volgende stap gezet naar een voldragen collectief actierecht.

In dit artikel hebben wij de wens van de Tweede Kamer (de motie-Dijksma) behandeld om te komen tot de mogelijkheid voor een 305a-organisatie om collectieve schadevergoeding te vorderen. Vervolgens hebben wij het Voorontwerp besproken waarbij wij nader in zijn gegaan op de beoogde collectieve actie door een 305a-organisatie *basic* en de collectieve schadevergoedingsactie door een 305a-organisatie *excellent*.

Wij hebben het Voorontwerp kritisch besproken en enkele aanbevelingen gedaan zonder volledig te zijn. Dat zou de gecompliceerdheid van het Voorontwerp en de bijbehorende MvT geen recht doen.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. T.M.C. Arons is universitair docent Financieel Recht bij het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

[2]

Mr. drs. G.F.E. Koster is advocaat bij de Vereniging VEB NCVB. Hij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

[3]

[Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14.](#)

[4]

www.internetconsultatie.nl/motiedijksma.

[5]

Zie: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reacties.

[6]

Met de benaming 'basic' en 'excellent' spreken de auteurs geen waardeoordeel uit over de betreffende 305a-organisaties, noch over het Voorontwerp.

[7]

De huidige collectieve actie is immers ingericht als dagvaardingsprocedure.

[8]

De minister licht zijn keuze voor de uitvoerige benaming 'degene tegen wie de rechtsvordering zich richt' toe in de MvT bij het Voorontwerp (zie p. 17). Om de leesbaarheid van dit artikel ten goede te komen hebben wij, korthedshalve, gekozen voor "wederpartij".

[9]

T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, Ondernemingsrecht, 20 jaar collectieve actie in het Nederlands BW; in *Ondernemingsrecht* 2014/68.

[10]

Brief aan de Tweede Kamer, [Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14](#).

[11]

Brief aan de Tweede Kamer, [Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14](#).

[12]

(i) de rechtbank van de woonplaats van de wederpartij; (ii) als deze woonplaats in Nederland niet bekend is dan zal de rechter van het werkelijke verblijf bevoegd zijn; (iii) bij een onrechtmatige daad de rechtbank in de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Zie art. 1018b lid 2 Rv (nieuw).

[13]

Art. 1018c lid 4 en 5 Rv (nieuw).

[14]

Zie daartoe bijv. het pleidooi van W.M. Schonewille, 'De financiering van collectieve acties', *Ondernemingsrecht* 2010/137.

[15]

MvT bij Voorontwerp, p. 7.

[16]

De overeenkomst als bedoeld in art. 1018e lid 1 sub d Rv (nieuw).

[17]

MvT bij Voorontwerp, p. 46.

[18]

MvT bij Voorontwerp, p. 16.

[19]

MvT bij Voorontwerp, p. 16.

[20]

MvT bij Voorontwerp, p. 19, 20.

[21]

MvT bij Voorontwerp, p. 20.

[22]

De minister verwijst in de MvT bij het Voorontwerp naar de eisen die zijn opgenomen in de Claimcode op het punt van *governance* (Principe I, III en VI). De Claimcode is te kennen via www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/pdfalgemeen-2013/compljunclaimcodecomm2011.pdf.

[23]

MvT bij Voorontwerp, p. 20.

[24]

MvT bij Voorontwerp, p. 20.

[25]

MvT bij Voorontwerp, p. 21, 22.

[26]

MvT bij Voorontwerp, p. 22.

[27]

MvT bij Voorontwerp, p. 22.

[28]

Art. 3:305a lid 5 sub e (nieuw) BW jo. art. 3:305a lid 2 BW. Zie ook MvT bij Voorontwerp, p. 23.

[29]

Zie art. 3:305a lid 5 sub e BW (nieuw) en MvT bij het Voorontwerp, p. 23.

[30]

Het lijkt erop dat de collectieve schadevergoedingsactie gewoon vanaf stadium 1 dient te worden doorlopen, maar dat de uitspraak in de collectieve actie (over de onrechtmatigheid van het handelen van de wederpartij jegens de achterban) wel gezag van gewijsde heeft tussen de partijen uit deze procedure. Zie MvT bij Voorontwerp, p. 38.

[31]

MvT bij Voorontwerp, p. 13.

[32]

Zie art. 1018d-1018j Rv (nieuw).

[33]

Art. 1018e lid 4 Rv (nieuw).

[34]

Art. 1018e, vijfde lid Rv (nieuw).

[35]

MvT bij het Voorontwerp, p. 38.

[36]

MvT bij het Voorontwerp, p. 38.

[37]

MvT bij het Voorontwerp, p. 38.

[38]

Art. 1018e lid 6 Rv (nieuw).

[39]

Art. 1018e lid 8 Rv (nieuw).

[40]

Art. 1018f lid 2 Rv (nieuw).

[41]

Art. 1018f lid 3onder a Rv (nieuw).

[42]

Art. 1018f lid 3 onder b Rv (nieuw).

[43]

Art. 1018f lid 5 Rv (nieuw).

[44]

Art. 1018g lid 1 Rv (nieuw).

[45]

Art. 1018g lid 2 eerste zin Rv (nieuw).

[46]

Art. 1018g lid 2 tweede zin Rv (nieuw).

[47]

Art. 1018g lid 3 Rv (nieuw).

[48]

Dat is opvallend omdat deelname aan mediation in principe berust op vrijwilligheid. Zie bijv.: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rechtspraak-en-geschildoplossing/vraag-en-antwoord/wat-is-mediation.html.

[49]

Art. 1018g lid 3 Rv (nieuw).

[50]

Art. 1018g lid 4 Rv (nieuw).

[51]

Art. 1018g lid 5 Rv (nieuw).

[52]

Art. 1018g lid 6 Rv (nieuw).

[\[53\]](#)

MvT bij het Voorontwerp, p. 48.

[\[54\]](#)

Art. 1018g lid 7 Rv (nieuw).

[\[55\]](#)

MvT bij Voorontwerp, p. 50.

[\[56\]](#)

De uitspraak waarbij de rechter een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vaststelt als bedoeld in art. 1081g lid 4 Rv (nieuw).

[\[57\]](#)

Art. 1018 lid 9 Rv (nieuw).

[\[58\]](#)

Zie art. 1018g lid 7 Rv (nieuw) en MvT bij het Voorontwerp, p. 9 en 48.

[\[59\]](#)

Zulks volgt uit de vrijblijvende formulering van art. 1018g lid 6 Rv (nieuw). De rechter kan immers bevelen dat de individuele leden uit de achterban zich moeten melden ter griffie. Dit is geen verplichting.

[\[60\]](#)

MvT bij Voorontwerp. p. 8.

[\[61\]](#)

De MvT bij het Voorontwerp bevat geen nadere duiding van deze situatie.

[\[62\]](#)

Art. 1018g lid 11 Rv (nieuw).

[\[63\]](#)

Art. 1018e lid 1 sub d Rv (nieuw).

[\[64\]](#)

Art. 1018e lid 1 sub d Rv (nieuw) jo. art. 3:305a lid 1, 5 en 6 BW (nieuw).

[\[65\]](#)

Art. 1018e lid 4 Rv (nieuw).

[\[66\]](#)

Art. 1018e lid 4 Rv (nieuw).

[\[67\]](#)

Art. 1018e lid 5 Rv (nieuw).

[\[68\]](#)

Art. 1018g lid 3 eerste zin Rv (nieuw).

[\[69\]](#)

Art. 1018g lid 3 Rv (nieuw).

[\[70\]](#)

MvT bij het Voorontwerp, p. 45.

[\[71\]](#)

Art. 1018e lid 4 Rv (nieuw).

[\[72\]](#)

Art. 1018e lid 9 Rv (nieuw).

[\[73\]](#)

Art. 1018e lid 5 jo. lid 9 Rv (nieuw).

[\[74\]](#)

Art. 1018e lid 9 Rv (nieuw).

[\[75\]](#)

Art. 1018e lid 6 jo. 9 Rv (nieuw).

[\[76\]](#)

Art. 1018f lid 3 sub b en 5 Rv (nieuw).

[77]

Art. 1018f lid 6 sub Rv (nieuw).

[78]

Art. 1018g lid 1-3 Rv (nieuw).

[79]

Art. 1018g lid 4 Rv (nieuw).

[80]

Art. 1018g lid 11 Rv (nieuw).

[81]

Art. 350 Rv. Zie: *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/151* en *Snijders/ Klaassen/Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht*, nr. 244. Het verzoek tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad kan ook in hoger beroep worden gedaan (art. 234 Rv) Zie *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/240*.

[82]

Zie voor dezelfde problematiek bij de schadestaatprocedure: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk deel 14, Deventer: Kluwer 2012, nr. 514-517, p. 67 e.v..

[83]

MvT bij het Voorontwerp, p. 40-41.

[84]

Zie ook art. 233 lid 1 Rv. Ook uit de aard van de procedure zou kunnen voortvloeien dat de eindbeschikkingen over ontvankelijkheid en/of aansprakelijkheid niet uitvoerbaar bij voorraad kunnen worden verklaard. Ditzelfde dan zou ook hebben te gelden bij de einduitspraak in de hoofdzaak indien de schade wordt vastgesteld nader op te maken bij staat.

[85]

Vgl. art. 392 lid 1 laatste zin Rv.

[86]

Art. 1:23a Wft (nieuw), zie [Kamerstukken II 2013/14, 33918, nr. 2](#). Naar aanleiding van de motie van Van Hijum (verworpen, zie *Handelingen 2014/15*, nr. 3, item 10, 18 september 2014) heeft de minister besloten de invoering van deze bepaling uit te stellen, met name omdat er vraagtekens zijn gerezen over de precieze afbakening van te concentreren zaken en het wenselijk is dat daarover geen onduidelijkheid bestaat. Deze bepaling zou dan, na aanpassing of verduidelijking van de reikwijdte, op een later tijdstip in werking kunnen treden. Het desbetreffende onderdeel blijft in afwachting van die nadere analyse in het wetsvoorstel, en daarmee op de agenda, staan. [Kamerstukken II 2013/14, 33918, nr. 16](#).

[87]

Zie: [Kamerstukken II 2013/14, 33918, nr. 3](#), p. 24-25.

[88]

Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk deel 14, Deventer: Kluwer 2012, nr. 558, p. 87.

[89]

Art. 1018g lid 4 Rv (nieuw).

[90]

Art. 1018g lid 6 Rv (nieuw).

[91]

Een feitelijk hoger beroep is niet vereist door het EVRM. Zie EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65 (Delcourt/Belgium), herhaald nadien in o.a.: EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32 (De Cubber/Belgium). De arresten van het EHRM zijn te raadplegen via www.echr.coe.int. Ook de Hoge Raad heeft erkend dat art. 6 EVRM niet de waarborg inhoudt van een recht op hoger beroep, zie HR 24 april 1992, *NJ 1992/672*; HR 18 november 1992, *NJ 1993/174*; HR 26 november 1999, *NJ 2000/210*; HR 19 januari 2001, *NJ 2001/232*.

[92]

MvT bij Voorontwerp, p. 47.

[93]

Zie art. 1018g lid 5 Rv (nieuw).

[94]

Art. 1018g lid 6 Rv (nieuw).

[95]

Zie: Polak Pannevis, *Insolventierecht 2014*, par. 11.7.

[96]

Vgl. de R-C die niet zelf beslist over het verzet van crediteuren tegen de uitdelingslijst die is opgesteld door de curator, maar slechts bepaalt wanneer de bevoegde rechtbank het verzet zal behandelen. Zie Polak Pannevis, *Insolventierecht* 2014, par. 11.8.2.

[97]

Art. 12 Gedragsregels 1992.

[98]

Art. 13 Gedragsregels 1992.

[99]

Toelichting op regels 12 en 13 bij Gedragsregels 1992, *Vademecum Advocatuur* 2014, p. 448.

[100]

Zie bijvoorbeeld de Shell-schikking, zie www.shellsettlement.com/index.php?page=settlement.

[101]

Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*), r.o. 6.5.1. e.v.

[102]

W.M. Schonewille, 'De financiering van collectieve acties', *Ondernemingsrecht* 2010/137; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Serie Recht en Praktijk, nr. 150, Kluwer: 2007, hfdst. 6.

[103]

Art 1018e lid 5 Rv (nieuw).

[104]

Vgl. de schadeafwikkeling bij effectenleaseproducten.