

# Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht

## Perikelen bij het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie

### Ondernemingsrecht 2017/86

De Motie Dijkma (november 2011) heeft geresulteerd in een Voorontwerp (juli 2014) en een Wetsvoorstel (november 2016) tot collectieve schadevergoedingsactie. Het doel: efficiënte en effectieve schadevergoeding bij inbreuk op consumentenrechten en/of overtredingen op het gebied van het mededingingsrecht. In hoeverre voldoet het Wetsvoorstel aan deze doelstelling?

Het oude regime – waarbij (kort gezegd) een 305a-organisatie een verklaring voor recht kan vorderen dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de achterban en op basis daarvan een schikking probeert te bereiken – wordt verlaten. In de geheel nieuwe voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie wijst de rechter allereerst een Exclusieve Belangenbehartiger (“EB”) aan. Hierna kunnen gedupeerden opt-outen. Deze opt-outers moeten individueel verder procederen; hun procedures worden met ten minste twaalf maanden geschorst. Bij tussenbeslissing stelt de rechter de precieze inhoud van de vordering van de EB en de nauw omschreven groep vast waarvoor de EB in de procedure moet optreden. Eiser en gedaagde moeten een schikking beproeven. De rechter kan hun bevelen de schikkingsvoorstellen te overleggen. Zo nodig stelt hij een collectieve schadevergoedingsregeling vast. Bij het Wetsvoorstel plaatsen wij enkele kanttekeningen. Idealiter dient een collectieve schadevergoedingsactie als stok achter de deur. Pas na een verklaring voor recht staat vast dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld. De collectieve schadevergoedingsactie dient om individueel schadeverhaal te voorkomen. Het Wetsvoorstel gaat verder en kanaliseert de belangen van alle gedupeerden in één procedure. Deelschikkingen voor een beperkt deel van de gedupeerden zijn daarmee onmogelijk. Nadat de EB en de gedaagde een schikking hebben bereikt die de rechter verbindend verklaard, hebben de gedupeerden geen mogelijkheid tot opt-out. De EB moet naast het deelbelang van haar eigen achterban de belangen van alle gedupeerden behartigen. Geschillen met haar eigen achterban en/of de (achterban van de) overige betrokken 305a-organisaties (die niet zijn aangewezen als EB) zijn niet ondenkbaar.

#### Misschien is het beter te volstaan met het huidige flexibele regime?

#### 1. Inleiding

Op 15 november 2016 is het voorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (“Wetsvoorstel”) openbaar gemaakt.<sup>2</sup> Het Wetsvoorstel moet het mogelijk maken dat in een collectieve actie een schadevergoeding in geld gevorderd kan worden. Het eerste ontwerp dat dit mogelijk zou moeten maken, dateert van januari 1992.<sup>3</sup> Ondanks bijna 25 jaar wetsgeschiedenis ligt er volgens ons nog steeds geen ontwerp voor een adequate collectieve schadevergoedingsactie.

Wij hanteren de volgende indeling. In paragraaf 2.1 volgt een korte beschrijving van de huidige wettelijke regeling. De huidige regeling bevat het verbod voor een 305a-organisatie ter behartiging van de belangen van anderen een vordering tot schadevergoeding in geld in te stellen (art. 3:305a lid 3 BW). In paragraaf 2.2 bespreken wij de Motie Dijkma uit 2011. In paragraaf 2.3 wordt het Ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie ter uitvoering van de Motie Dijkma (“Voorontwerp”) dat de Minister van Veiligheid en Justitie op 7 juli 2014 publiceerde, kort besproken. Het Voorontwerp heeft tot veel uiteenlopende consultatiereacties geleid. Naar aanleiding daarvan is een juristengroep (“Juristengroep”) geformeerd die een vijftal aanbevelingen (“Aanbevelingen”) heeft geformuleerd die een aantal bezwaren uit de consultaties zou moeten adresseren (paragraaf 3). De Aanbevelingen hebben (mede) geleid tot het Wetsvoorstel dat in paragraaf 4 wordt toegelicht. In paragraaf 5 volgt een kritische beschouwing op het Wetsvoorstel en in paragraaf 6 enkele concluderende opmerkingen.

Enkele opmerkingen over de gehanteerde terminologie. Een stichting of een vereniging die op grond van art. 3:305a BW optreedt, is een “305a-organisatie”. De personen met gelijksoortige belangen die door de 305a-organisatie ingevolge haar statuten worden behartigd, noemen wij verder de “achterban”. De collectieve actie op basis van het huidige art. 3:305a BW waarin geen schadevergoeding wordt gevorderd, is een (reguliere) “collectieve actie”. De collectieve actie op basis van het toekomstige art. 3:305a BW waarin een schadevergoeding wordt gevorderd is een “collectieve

1 Tomas Arons is senior jurist bij de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en is zodoende betrokken bij een aantal in dit artikel genoemde procedures. Geert Koster is hoofd juridische zaken en advocaat bij de VEB en in die hoedanigheid betrokken bij een aantal in dit artikel genoemde procedures. De auteurs schrijven dit artikel op persoonlijke titel.

2 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 2.

3 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 2.

schadevergoedingsactie". De exclusieve groepsvertegenwoordiger, ook wel Exclusieve Belangenbehartiger, is afgekort tot "EB".

## 2. Art. 3:305a BW en de weg naar de collectieve schadevergoedingsactie

### 2.1 Wettelijke regeling in het BW sedert 1994

Bij wet van 6 april 1994<sup>4</sup> is met art. 3:305a BW een wettelijke regeling voor de collectieve actie in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.<sup>5</sup> Per 1 juli 1994 is zij van kracht geworden.<sup>6</sup> Een 305a-organisatie kan een rechtsvordering<sup>7</sup> instellen tot bescherming van de gelijksoortige belangen van haar achterban. Ter afbakening van de grenzen van de (buitengerechtigde) bevoegdheden hanteert de Hoge Raad het doel van de regeling, te weten het bieden van een effectieve en efficiënte rechtsbescherming aan een (grote) groep gelaedeerden met gelijksoortige belangen.<sup>8</sup>

Een 305a-organisatie die een rechtsvordering instelt is niet ontvankelijk, indien met die rechtsvordering de belangen van de achterban onvoldoende zijn gewaarborgd (art. 3:305a lid 2 laatste zin BW). Deze bepaling is in 2013 in de wet opgenomen.<sup>9</sup> De rechter dient te toetsen of de belangen van de achterban van de 305a-organisatie voldoende zijn gewaarborgd.<sup>10</sup> Het gaat niet alleen om de juiste corporate governance structuur (zoals neergelegd in de Claimcode<sup>11</sup>), maar ook om de vraag of een 305a-organisatie voldoende (juridische) kennis en ervaring in huis heeft om de proce-

dure adequaat te kunnen voeren. Tevens biedt deze toetsing de rechter een handvat om 305a-organisaties (en daaraan gelieerde partijen) te weren die het collectief actierecht gebruiken ten bate van het eigen commercieel motief.<sup>12</sup> Om te beoordelen of de belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd, moet op zijn minst duidelijk zijn welke belangen de 305a-organisatie behartigt en hoeveel personen zij representeert en of haar organisatiestructuur en transparantie over haar eigen vergoeding (incl. haar bestuurders) aan de Claimcode voldoet.<sup>13</sup>

### 2.2 De Motie Dijkma

Vanaf 31 november 2011 (Motie Dijkma) heeft de Tweede Kamer in meerdere moties het kabinet opgeroepen te komen met een regeling voor collectief schadeverhaal.<sup>14</sup> Deze regeling dient ter bescherming van consumenten die op grote schaal schade lijden als gevolg van collectieve inbreuken op: (i) het consumentenrecht; en (ii) overtredingen op het gebied van het mededingingsrecht. Volgens de Tweede Kamer blijft de geleden schade veelal onvergoed.<sup>15</sup> Het verbod van art. 3:305a lid 3 BW staat collectief verhaal nog in de weg. Bij afwezigheid van een schikking die via de Wet collectieve afwikkeling massaschade ("WCAM") verbindend wordt verklaard, betekent dat het volgende. Het individuele lid van de achterban dient op basis van de collectief verkregen verklaring voor recht dat de laedens onrechtmatig heeft gehandeld, zelf zijn schade te verhalen.

### 2.3 Het Voorontwerp uit juli 2014

Op 7 juli 2014 heeft het kabinet het Voorontwerp ter consultatie voorgelegd.<sup>16</sup> In het kort ziet de regeling er aldus uit. Het verbod van art. 3:305a lid 3 BW wordt geschrapt. Het Voorontwerp voorziet in twee collectieve procedures: (i) een reguliere collectieve actie waarin een verklaring voor recht kan worden gevorderd; en (ii) een collectieve schadevergoedingsactie. Naar de letter van de wet geldt dat de 305a-organisatie die deze laatste actie instelt aan strengere eisen is gebonden. Echter op grond van de huidige jurisprudentie geldt ook reeds dat de 305a-organisatie (i) voldoende deskundig moet zijn; en dat zij (ii) de belangen van de achterban op zorgvuldige wijze dient te behartigen.<sup>17</sup> Verder is de *scope rule* een noviteit.

4 Stb. 1994, 269.

5 Zie voor een uitgebreide omschrijving van de collectieve actie naar huidig recht: T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, '20 jaar collectieve actie in het Nederlands BW', *Ondernemingsrecht* 2014/68; T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2011/2014' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014/2015*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 35 e.v.; T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2016' in: Y. Borrius, M. Holtzer, D.J. Oranje & I.S. Wuisman (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016/2017* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 141), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 93 e.v.

6 Stb. 1994, 391.

7 Het gaat daarbij niet alleen om vorderingen die bij dagvaardingsprocedure worden ingesteld. Een 305a-organisatie mag ook in een verzoekschriftprocedure optreden. In een verzoekschriftprocedure wordt feitelijk geen rechtsvordering ingesteld, terwijl de letterlijke lezing van art. 3:305a lid 1 BW de 305a-organisaties alleen de bevoegdheid geeft een rechtsvordering in te stellen. Zie: PHR 12 juli 2013, ECLI:NL:PHR:2013:172 (concl. A-G-L. Timmerman), o.v.v. 3:184 bij HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *Ondernemingsrecht* 2014/40, m.nt. S.M. Bartman. *JOR* 2014/65, m.nt. M. Holtzer (*VEB/Fortis*).

8 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 3. Zie ook: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (*VEB/Deloitte c.s.*), r.o. 3.4.1.1 waarin wordt verwezen naar HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *NJ* 2011/473, m.nt. H.J. Snijders. Zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *JOR* 2014/196, m.nt. R.G.J. de Haan, *JIN* 2014/94, m.nt. N. de Boer, (*VEB/Deloitte*), r.o. 3.8.

9 Deze extra ontvankelijkheidsstoets is ingevoerd bij Wet van 26 juni 2013 tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Stb.* 2013, 255 en per 1 juli 2013 in werking getreden, *Stb.* 2013, 256.

10 Art. 3:305a lid 2 (laatste zin) BW.

11 De Claimcode is afgekondigd door de Commissie Claimcode 2011 en te raadplegen via: [www.consumantenbond.nl/morello-bestanden/716993/compljunclaimcodecomm2011.pdf](http://www.consumantenbond.nl/morello-bestanden/716993/compljunclaimcodecomm2011.pdf). Volgens de Commissie is de Code op 1 juli 2011 in werking getreden en vanaf die datum van toepassing op de in de Claimcode bedoelde stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die vanaf 1 juli 2011 worden opgericht.

12 *Kamerstukken I* 2012/13, 33126, C, p. 1-2 (MvA). Zie ook: Claimcode van de Commissie Claimcode 2011. Het Hof Amsterdam gaat er in zijn verbindend-verklaring van de schikking in de Converium-zaak van uit dat deze Code sinds 1 januari 2012 van toepassing is op 305a-stichtingen, Zie Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, r.o. 10.4. Kritisch hierover is Arons in zijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2012/34. In Principe II van deze Code staat dat uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheid en de governance van de stichting blijkt dat de stichting en de aan de stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten.

13 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 12-13 (MvT).

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XIII, 14 (Brief aan de Tweede Kamer).

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XIII, 14 (Brief aan de Tweede Kamer).

16 Zie voor een uitgebreide omschrijving van dit Voorontwerp: T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie', *Ondernemingsrecht* 2014/137.

17 Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Trafigura*) en Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, *JOR* 2016/278, m.nt. J.H. Lemstra, *Ondernemingsrecht* 2016/121, m.nt. T.M.C. Arons (*Stichting Rentewapschadeclaim/Rabo*).

Het doel is om collectieve schadevergoedingsacties alleen toe te staan bij een geschil met een voldoende nauwe band met Nederland.<sup>18</sup> Zie hierna uitgebreider in paragraaf 4.3.

Ondanks dat het in de kern een procedure op tegenspraak is en blijft, is de procedure erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, in gezamenlijkheid tot afwikkeling van de massaschade 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 doet de rechter uitspraak. Als de preprocesuele comparitie en het voorleggen van deelgeschillen aan de rechter geen resultaat bieden in de zin dat geen schikkingsovereenkomst kan worden bereikt, is de collectieve schadevergoedingsactie de “stok achter de deur”.<sup>19</sup> De rechter stelt dan uiteindelijk een regeling voor collectieve schadevergoeding vast voor de afwikkeling van de schade aan de hand van door partijen aangedragen schadecategorieën.<sup>20</sup> Zodra deze uitspraak onherroepelijk is geworden, is deze regeling voor iedere partij in de procedure, waaronder de individuele leden uit de achterban die zich ter griffie hebben gemeld, verbindend.<sup>21</sup> 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.

### 3. De vijf Aanbevelingen van de Juristengroep in december 2015

Naar aanleiding van het Voorontwerp zijn veel uiteenlopende reacties verschenen in de juridische literatuur<sup>22</sup>, de financiële pers<sup>23</sup> en als consultatiereactie.<sup>24</sup> Om uit deze kluwen

van meningen, standpunten en goed bedoelde adviezen een centrale gedachte te vinden, heeft een aantal praktijkjuristen in januari 2016 de Aanbevelingen aangeboden aan de minister.<sup>25</sup> Samengevat luiden deze Aanbevelingen:

1. strengere ontvankelijkheidseisen: de principes van de Claimcode dienen van toepassing te zijn;
2. introductie van een EB, vergelijkbaar met *lead plaintiff* bij Amerikaanse class action;
3. finaliteit door binding van gedupeerden met een opt-out systeem. Opt-out bij (i) aanvang procedure; en bij (ii) schikking;
4. effectieve *scope rule*; en
5. versimpeling van de procedure.

Finaliteit betekent binding van een zo groot mogelijke groep gelaedeerden aan de uitkomst van het geschil.

### 4. Wetsvoorstel van 16 november 2016

#### 4.1 Algemeen

Het Wetsvoorstel introduceert een nieuwe collectieve schadevergoedingsactie die de huidige collectieve actie in haar geheel vervangt. In het Voorontwerp werd de collectieve schadevergoedingsactie naast de reguliere collectieve actie geplaatst. In het Wetsvoorstel kiest de minister voor één route.

De voorgestelde wettelijke regeling heeft bevordering van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade tot doel. De minister streeft naar een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims (*frivolous claims*). Het Wetsvoorstel heeft mede tot doel het voor gedupeerden gemakkelijker te maken om schade collectief te verhalen; zonder dat daarmee echter de positie van de aangesproken partij in het gedrang komt. Het Wetsvoorstel verandert het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht dus niet.<sup>26</sup>

Het Wetsvoorstel volgt twee van de eerder genoemde Aanbevelingen van de Juristengroep: de introductie van de EB<sup>27</sup> en de introductie van het opt-out systeem. Met dien verstande dat het Wetsvoorstel – anders dan de aanbeveling – maar één mogelijkheid tot opt-out kent. Zodra de EB is aangewezen, kan een individu zich alleen op dat moment door middel van een opt-out verklaring onttrekken.<sup>28</sup>

Het Wetsvoorstel introduceert voorts een reële kostenvergoeding voor de 305a-organisatie op te nemen in het vonnis waarin de collectieve schadevergoeding wordt vastgelegd.<sup>29</sup>

18 Art. 3:305a lid 6 BW (Voorontwerp). Aan ten minste één van de drie volgende voorwaarden moet zijn voldaan: 1. de wederpartij(n) 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 of hebben in Nederland plaatsgevonden.

19 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 7 (MvT).

20 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 46 (MvT).

21 Art. 1018g lid 7 Rv (Voorontwerp).

22 Een greep uit de vele publicaties: M.W.F. Bosters, 'Voorontwerp collectieve schadevergoedingsactie', *AV&S* 2014/16, D.M.J. van Abeelen, 'Een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland; met voldoende waarborgen omkleed?', *NTBR* 2015/3; M.A.C. Stapel & T. Thuijs, 'Collectief schadeverhaal in Nederland: we zijn er bijna, maar nog niet helemaal', *V&O* 2014/12; en T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie', *Ondernemingsrecht* 2014/137.

23 Zie bijvoorbeeld: P.W.J. Coenen & G.F.E. Koster: 'Angst voor Amerikaanse claimcultuur niet terecht', *FD* 17 oktober 2014. In het *FD* van 24 september 2014 ('Massaclaims zijn Amerika's enige exportproduct dat jullie niet zouden moeten willen') werd Lisa Rickard, president van de US Chamber Institute for Legal Reform, een dochterorganisatie van de Amerikaanse Kamers van Koophandel geciteerd: "Nederland dreigt een wereldwijde 'hub' te worden voor collectieve massaschadezaken [...]. En dat is slecht voor het Nederlandse vestigingsklimaat. 'Rechtszaken met massaclaims zijn het enige Amerikaanse exportproduct dat andere landen niet zouden moeten willen'".

24 De reacties zijn terug te vinden via [www.internetconsultatie.nl/motiedijksmareacties](http://www.internetconsultatie.nl/motiedijksmareacties). Naar eigen zeggen bevat de Juristengroep: "enkele praktijkjuristen van zowel verwerende als eisende zijde met veel ervaring op het terrein van massaclaims om samen met deze juristen" (voorwoord aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijkma).

25 Bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT).

26 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 1 (MvT).

27 Art. 1018e Rv (Wetsvoorstel).

28 De Juristengroep had eerder gepleit voor een tweede opt-out moment, zowel bij aanvang van de procedure als bij de schikking/uitspraak van de rechter.

29 Art. 1018l Rv (Wetsvoorstel).

De Rechtbank Amsterdam zal exclusief bevoegd zijn om kennis te nemen van de collectieve schadevergoedingsactie, tenzij de aard van de collectieve vordering aanleiding geeft voor behandeling van de zaak bij een ander gerecht.<sup>30</sup> Dit kan zijn gelegen in het lokale of regionale karakter van de collectieve vordering. De schade in Groningen door gaswinning zou hiervan een voorbeeld kunnen zijn.<sup>31</sup> In dat geval kan de Rechtbank Amsterdam de zaak verwijzen naar een andere rechter.<sup>32</sup>

#### 4.2 Zwaardere eisen voor alle 305a-organisaties

Het Wetsvoorstel stelt extra eisen aan alle 305a-organisaties. Hierbij geldt een uitzondering als sprake is van een ideeel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft.<sup>33</sup>

De ontvankelijkheidstoets die met art. 3:305a lid 2 BW (Wetsvoorstel) wordt geïntroduceerd, is aanmerkelijk zwaarder dan de huidige toets van de 305a-organisatie. Wij bespreken een aantal van de criteria.

De 305a-organisatie dient voldoende representatief te zijn, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen. Daarom dient de 305a-organisatie aan de volgende voorwaarden te voldoen: zij dient te hebben: (a) een toezichthoudend orgaan; (b) passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt; (c) voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen; (d) een algemeen toegankelijke internetpagina, waarop voor de achterban relevante informatie beschikbaar is; en (e) voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering.

Een 305a-organisatie is slechts ontvankelijk indien de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon, en hun opvolgers, geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben, dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd. De achtergrond van deze bepaling is dat voorkomen moet worden dat oprichters of bestuurders kunnen beschikken over de gelden van de stichting of vereniging als ware het hun eigen gelden.<sup>34</sup>

#### 4.3 De scope rule

Het Wetsvoorstel neemt de *scope rule* over uit het Voorontwerp.<sup>35</sup> Zo wil de minister bereiken dat de Nederlandse collectieve schadevergoedingsactie alleen openstaat voor daadwerkelijk “Nederlandse” massaschade. Er dient een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer te bestaan.

Het Wetsvoorstel schrijft voor dat ten minste aan één van de drie volgende voorwaarden moet zijn voldaan: (i) de rechtspersoon dient genoegzaam aannemelijk te maken dat het merendeel van de achterban, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft; of (ii) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, dient zijn of haar woonplaats in Nederland te hebben; of (iii) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.

De *scope rule* heeft tot enige ophef in de financiële pers geleid. Gesteld werd dat de *scope rule* ten nadele is van vennootschappen waarvan de statutaire zetel in Nederland is gelegen.<sup>36</sup> Dit is een juiste observatie. Door de invoering van het Wetsvoorstel kan een collectieve schadevergoedingsactie worden gestart tegen een Nederlandse vennootschap voor de wereldwijde groep gedupeerden. Bij vennootschappen die niet statutair in Nederland zijn gevestigd is dit niet altijd het geval. Het in dat geval toepasselijk nationaal recht zal dan immers een collectieve schadevergoedingsactie moeten kennen. Bovendien ontbreekt een dergelijke *scope rule* in andere Europese landen waar recentelijk een collectieve schadevergoedingsactie is ingesteld.<sup>37</sup>

Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of de *scope rule* wel daadwerkelijk een vordering tegen buitenlandse ondernemingen uitsluit nu “vanwege het nuttige effect” nog steeds kan worden aangeknoopt bij het (Europese) Unierecht, in het bijzonder de herziene Brussel I-verordening inzake de rechtelijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken.<sup>38</sup> Dit blijkt ook uit het in de Memorie van Toelichting uitgewerkte voorbeeld waarbij aansluiting wordt gezocht bij het *Erfolgsort* zoals dat ontwikkeld is in de Europese jurisprudentie.<sup>39</sup> In die zin lijken procedures tegen buitenlandse (beurs)vennootschappen die in Nederland rechtstreekse (beleggings)schade<sup>40</sup> hebben veroorzaakt nog steeds mogelijk.

30 Art. 1018e lid 2 Rv (Wetsvoorstel).

31 Vgl. de collectieve actie naar aanleiding van de schade veroorzaakt door gaswinning: Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, JA 2016/25, m.nt. J.W. Silvius, JM 2015/148, m.nt. H.J. Bos (Stichting Waardevermindering door Aardbevingen Groningen e.a./NAM).

32 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 8 (MvT).

33 Art. 3:305a lid 6 BW (Wetsvoorstel).

34 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 24 (MvT). Een recent voorbeeld hiervan is de Loterijverlies-affaire. De Rb. Noord-Holland heeft op verzoek van de bij Stichting Loterijverlies.nl aangemelde gedupeerden van de Staatsloterij de bestuurder van deze stichting geschorst. De door de rechtbank benoemde tijdelijk bestuurder doet onderzoek naar aard en omvang van een aantal financiële transacties tussen enerzijds de Stichting Loterijverlies.nl en anderzijds Roet in privé en aan hem gelieerde (buitenlandse) vennootschappen. Zie Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331.

35 Art. 3:305a lid 3 BW (Wetsvoorstel).

36 ‘Nieuwe wet opent weg naar wereldwijde classactions tegen Nederlandse bedrijven’ in het FD van 28 november 2016.

37 De collectieve schadevergoedingsactie is mogelijk in België, Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Zie hierover uitgebreid T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2016’ in: Y. Borrius, M. Holtzer, D.J. Oranje & I.S. Wuisman (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016/2017*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 141), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 93 e.v.

38 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 26 (MvT).

39 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 30 (MvT).

40 Een en ander op voorwaarde dat de rechtbank oordeelt dat het *Erfolgsort* bij beleggingsschade is gelegen in Nederland omdat de schade is geleden op een Nederlandse beleggingsrekening. Zie in dat kader Rb. Amsterdam 28 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6593 (VEB/BP). De VEB is tegen deze uitspraak in beroep gegaan. De auteurs zijn bij deze zaak betrokken.

#### 4.4 De verschillende stadia van de collectieve schadevergoedingsactie

De derde afdeling van titel 14a Rv (Wetsvoorstel) beschrijft hoe de collectieve schadevergoedingsactie procedureel wordt vormgegeven. Deze regeling is net als in het Voorontwerp zeer gedetailleerd, maar zij komt toch niet geheel overeen met de vijf stadia van het Voorontwerp.<sup>41</sup> Wij bespreken hieronder de belangrijkste stappen van de collectieve schadevergoedingsactie.

1. Uitnodiging tot overleg in de zin van art. 3:305a lid 3 sub c BW (Wetsvoorstel). Een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daarvoor in elk geval voldoende. De huidige wet bevat een vergelijkbare bepaling.
2. De 305a-organisatie dient vervolgens de procesinleiding op te stellen en in te dienen.<sup>42</sup> De procesinleiding dient onder andere het volgende te bevatten: a. een omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft; b. een omschrijving van de achterban; c. een omschrijving van de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn; d. een omschrijving van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW; e. de gegevens die de rechter (zo nodig) in staat stellen om voor deze collectieve vordering een EB aan te wijzen.
3. De 305a-organisatie dient vervolgens over te gaan tot aantekening in het register voor collectieve acties. Hierop volgt een wachttermijn van drie maanden. Eventueel kan de rechter deze periode verlengen met drie maanden.<sup>43</sup> Andere belangenorganisaties die voor dezelfde gebeurtenis met gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen een collectieve vordering zouden willen instellen, kunnen dit doen binnen de hiervoor gestelde termijn van drie maanden na aantekening van de eerst ingestelde vordering in het register (behoudens de verlenging).
4. De rechter toetst vervolgens of de 305a-organisaties die zich hebben gemeld in het register voldoen aan de eisen van ontvankelijkheid. De inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering vindt slechts plaats indien en nadat de rechter heeft beslist: a. dat eiser voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW; b. (kort gezegd) dat de eiser voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het voeren van deze collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering; en c. dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt op het moment van indiening van de procesinleiding. De MvT bevat de vergelijking met het Amerikaanse recht

bekende *motion to dismiss*. Doel van de bepaling is om in uitzonderlijke gevallen een collectieve vordering al vóór de inhoudelijke behandeling van tafel te krijgen omdat de vordering niet deugt.<sup>44</sup> De gedaagde kan in deze fase volstaan met de verweren die betrekking hebben op het hiervoor onder a-c genoemde, totdat hierover is beslist.<sup>45</sup>

5. De rechter wijst vervolgens de EB aan.<sup>46</sup> Daarbij kijkt de rechter naar: (a) de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt; (b) de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang; (c) andere werkzaamheden die de eiser verricht voor haar achterban; en (d) eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.<sup>47</sup> De eiser die als EB wordt aangewezen, treedt in deze procedure op voor de belangen van alle personen in de nauw omschreven groep én als vertegenwoordiger van de niet als EB aangewezen eisers. De niet als EB aangewezen eisers blijven wel partij in de procedure. De EB verricht echter de proceshandelingen. De rechter kan bepalen dat ook de niet aangewezen eisers proceshandelingen mogen verrichten.<sup>48</sup> Eventueel kan de rechter meerdere EB's aanwijzen als de belangen van de verschillende achterbannen daartoe aanleiding geven. Denk bijvoorbeeld aan de belangen van gedupeerde aandeelhouders versus de belangen van gedupeerde consumenten bij de verspreiding van misleidende informatie over stikstofoxiden-uitstoot door een autofabrikant. De rechter beoordeelt daarnaast wat de collectieve vordering precies inhoudt, voor welke nauw omschreven groep personen de EB de belangen in deze collectieve vordering behartigt.<sup>49</sup>
6. Vervolgens hebben de individuele gedupeerde de mogelijkheid tot opt-out tot één maand na aankondiging van de onder 5 genoemde uitspraak (te weten de uitspraak waarin de EB wordt bepaald, wat de collectieve vordering precies inhoudt en voor welke nauw omschreven groep personen de EB optreedt).<sup>50</sup>
7. Hierna volgt een korte pauze waarin partijen de gelegenheid krijgen voor het beproeven van een schikking. Als geen schikking wordt bereikt, kan de EB de gronden aanvullen van de vordering en de verweerder de gronden van zijn verweer.<sup>51</sup>
8. Komen partijen niet tot een schikking dan gaat de procedure verder. De rechter kan partijen bevelen tot het overleggen van de voorstellen tot afhandeling van de collectieve schadeafwikkeling; in feite de schikkingsvoorstellen van partijen.<sup>52</sup>

41 Zie uitgebreid T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie', *Ondernemingsrecht* 2014/137.

42 Dit volgens de eisen zoals gesteld in art. 1018c lid 1 Rv (Wetsvoorstel).

43 Art. 1018c lid 3, andere partijen kunnen zich melden bij de rechtbank op grond van art. 1018d Rv (Wetsvoorstel).

44 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 46 (MvT).

45 Ingevolge art. 30q Rv (Wetsvoorstel Vereenvoudiging en digitalisering van procesrecht (KEI)) geldt hiervoor in beginsel een beslistermijn van zes weken.

46 Art. 1018e lid 1 Rv (Wetsvoorstel).

47 Art. 1018e lid 1 Rv (Wetsvoorstel).

48 Art. 1018e lid 3 Rv (Wetsvoorstel).

49 Art. 1018e lid 2 Rv (Wetsvoorstel).

50 Art. 1018f Rv (Wetsvoorstel).

51 Art. 1018g Rv (Wetsvoorstel).

52 Art. 1018i lid 1 Rv (Wetsvoorstel).

9. De rechter stelt een regeling voor collectieve schadevergoeding vast, mede aan de hand van de onder 8 bedoelde schikkingsvoorstellen.<sup>53</sup>
10. Per brief volgt hierna een mededeling aan de bekende achterban van de 305a-organisatie over de uitspraak waarin de collectieve schadeafwikkeling is vastgesteld.<sup>54</sup>

## 5. Kritische bespreking van het Wetsvoorstel

### 5.1 Algemeen

Het Wetsvoorstel verdient na veel voorbereiding en een constructieve opstelling van het Ministerie door het raadplegen van de Juristengroep in de eerste plaats lofuitingen. Toch leidt een kritische blik tot enkele kanttekeningen. Allereerst ademt het hele Wetsvoorstel een angst voor een (Amerikaanse) claimcultuur.<sup>55</sup> Vandaar dat niet slechts de laatste zin van lid 3 van art. 3:305a BW kan worden geschrapt.<sup>56</sup> Deze angst is volgens ons niet terecht. *Frivolous claims* worden al door de rechter afgewezen. De strenge representativiteitstoetsing van art. 3:305a lid 2 (laatste zin) BW zorgt er reeds voor dat ondeskundige partijen, die onvoldoende de belangen van hun achterban waarborgen, worden geweerd.<sup>57</sup> Door de focus op het voorkomen van Amerikaanse praktijken verliest het Wetsvoorstel soms zijn doel uit het oog. Door het introduceren van een geheel nieuwe procedure vervangt het Wetsvoorstel zonder deugdelijke gronden de in twintig jaar organisch gegroeide<sup>58</sup> huidige collectieve actieregeling. Het kind wordt daarmee met het badwater weggegooid.

Idealiter zou een collectieve schadevergoedingsactie moeten dienen als stok achter de deur om de 305a-organisatie en de laedens tot een schikking te bewegen; *nadat* de rechter een verklaring voor recht heeft uitgesproken, maar *voordat* de individuele gedupeerden tot individueel schadeverhaal over moeten gaan. Het Wetsvoorstel voorziet echter in een geheel nieuwe procedure. De huidige collectieve actie rechtvaardigt, ondanks zijn evidente tekortkoming in art. 3:305a lid 3 laatste zin BW, dit rigoreus ingrijpen niet. In de nieuwe procedure komen diverse tekortkomingen aan het licht die in de huidige regeling niet voorkomen. Deze tekortkomingen leiden tot diverse nadelen voor de belangenbehartigers, de achterban en zeker ook voor Nederlandse

ondernemingen die in rechte worden betrokken. Deze tekortkomingen, waaronder ook de in 4.3 beschreven *scope rule*, zullen wij per bezwaar toelichten.

In deze paragraaf behandelen wij nog een aantal bezwaren die wij hebben tegen het Wetsvoorstel.

### 5.2 Voordelen opt-in model

De keuze voor een opt-out systeem is volgens ons onjuist. De keuze wordt in de MvT onvoldoende gemotiveerd.<sup>59</sup> De collectieve schadevergoedingsactie dient op basis van een opt-in model ingericht te worden. Zoals vermeld ging het Voorontwerp ook uit van een opt-in model. Ook de Europese Commissie beveelt dit nadrukkelijk aan.<sup>60</sup>

Indien partijen na het doorlopen van de collectieve schadevergoedingsactie finaliteit willen bereiken dan kan beter van de WCAM-procedure gebruik worden gemaakt. De collectieve schadevergoedingsactie kan dan voldoen aan de aanbevolen opt-in structuur.

Bovendien brengt dit opt-out model met zich dat de individuele procedure van degene die zich aan de collectieve actie heeft onttrokken (opt-out) ten minste twaalf maanden wordt geschorst.<sup>61</sup> Het is nog maar de vraag of deze schorsing niet in strijd is met het – mede door art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (“EVRM”) – beschermde belang van (individuele) toegang tot de rechter. Het opt-in model heeft dan ook onze voorkeur.

Een *lead plaintiff*-model waarbij één representatieve organisatie wordt aangewezen om de procedure te voeren – zoals voorgesteld in Aanbeveling 2 – past niet in het Nederlandse collectief actierecht zoals wij dat tot nu toe kennen. Een goede toelichting waarom dit nu moet worden ingevoerd ontbreekt. Een intensievere toetsing van de representativiteit is een beter instrument om de belangen van de achterban te waarborgen dan het aanwijzen van een EB. Uit recente jurisprudentie volgt dat rechters reeds streng toetsen op de ontvankelijkheid van 305a-organisaties. In een aantal gevallen heeft de rechtbank 305a-organisaties, waarbij de corporate governance niet op orde was en/of de juridische kennis en ervaring niet aanwezig was, niet ontvankelijk verklaard.<sup>62</sup>

53 Art. 1018i lid 2 Rv (Wetsvoorstel).

54 Art. 1018j Rv (Wetsvoorstel).

55 *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 11*, verwijzend naar het begrip “claimcultuur” zoals gebruikt in *Kamerstukken II 2012/13, 33126, 6, p. 1*. “Claimcultuur wordt gebruikt als verzamelnaam voor uiteenlopende verschijnselen. Ik noem collectieve acties, claimsstichtingen en third party litigation funding.”

56 Ook de complexiteit van individuele vragen over schade(omvang), eigen schuld en causaliteit worden genoemd als reden waarom niet volstaan kan worden met schrappen van de verbodsbepaling. Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 2-3*.

57 Zie in dat kader: Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Trafigura*) en Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, *JOR* 2016/278, m.nt. J.H. Lemstra, *Ondernemingsrecht* 2016/121, m.nt. T.M.C. Arons (*Stichting Rentewapschadeclaim/Rabo*).

58 Zie voor een uitgebreide omschrijving van de grenzen van de huidige collectieve actie: T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘20 jaar collectieve actie in het Nederlands BW’, *Ondernemingsrecht* 2014/68.

59 *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT)*, p. 9-10

60 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s ‘Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal’ COM(2013)401 final, p. 2; Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, COM(2013)3539.

61 Art. 1018m Rv (Wetsvoorstel).

62 Zie Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, *JOR* 2016/278, m.nt. J.H. Lemstra, *Ondernemingsrecht* 2016/121, m.nt. T.M.C. Arons (*Stichting Rentewapschadeclaim/Rabo*) en recent Rb. Amsterdam 30 november 2016 ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Trafigura*).

Bij een opt-in model worden alle representatieve 305a-organisaties in staat gesteld het geschil van hun specifieke – en nu ook met naam en toenaam bekende – achterban voor te leggen aan de rechter. De leden van de achterban worden op deze manier gedwongen te kiezen of en met welke procedure zij verbonden willen worden. Zodoende heeft het uiteindelijke rechterlijk oordeel ook gezag van gewijsde jegens deze leden.<sup>63</sup> Een rechterlijk oordeel heeft immers alleen gezag van gewijsde tussen dezelfde procespartijen.<sup>64</sup> Bovendien kunnen deze leden dan niet langer vrijelijk achteroverleunen en moeten zij uit de schaduw treden. Een lid van de achterban dat zich niet heeft gemeld, kan niet profiteren van de collectieve schadevergoedingsprocedure.

Door de opt-out structuur kennen partijen weliswaar de identiteit van degenen die van de opt-out gebruik hebben gemaakt, maar zij kennen niet de gehele groep van de nauw omschreven achterban. Aandeelhouders en consumenten worden bijvoorbeeld niet met naam geregistreerd. Dat heeft tot gevolg dat de gedaagde geen zicht heeft op de rechthebbenden. Dat betekent dat de laedens gedurende de verjaringstermijn van het vonnis<sup>65</sup> waarin de collectieve schadevergoeding is vastgelegd, nog steeds geconfronteerd wordt met leden uit de achterban die zich melden voor de schadevergoeding (al dan niet verhoogd met wettelijke rente<sup>66</sup>).<sup>67</sup>

Bij massaclaims die leiden tot een vonnis in een collectieve schadevergoedingsactie (conform het Wetsvoorstel) heeft dit tot gevolg dat gedurende een termijn van twintig jaar bij de laedens een voorziening op de balans moet staan voor (nog) niet-geclaimde schadevergoeding. Deze onzekerheid lijkt ons voor het bedrijfsleven ongewenst. Bovendien kan deze onzekerheid eenvoudig worden voorkomen door te kiezen voor het opt-in model.

Willen partijen toch finaliteit bereiken – lees: het beoogde doel van de opt-out regeling – dan kan dit het beste worden bereikt door een schikking te sluiten (al dan niet tijdens de collectieve schadevergoedingsactie) en deze via de WCAM algemeen verbindend te laten verklaren. Zodoende kan zekerheid worden verkregen over de kosten en de personen die individueel willen procederen.

63 Zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 3 (MvT), p. 26-27. Op de problematiek van gezag van gewijsde wordt in de MvT bij het huidige wetsvoorstel – anders dan in de MvT bij het Voorontwerp juli 2014, p. 8, 30, 38 – in het geheel niet in gegaan.

64 *Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/140*.

65 Op grond van art. 3:324 lid 1 BW verjaren de vorderingen uit een vonnis na twintig jaar. Mogelijkerwijs kan de rechter een andere periode, korter dan twintig jaar, vaststellen waarin de gedupeerden een beroep kunnen doen op schadevergoeding. De MvT is hier niet duidelijk over.

66 Op grond van art. 3:324 lid 3 BW verjaren de rentevorderingen voortkomend uit het vonnis na vijf jaar.

67 Dit in tegenstelling tot een via de WCAM algemeen verbindend verklaarde schikking. Hierbij wordt in de praktijk uitgegaan van een verjaring van vijf jaar na de algemeen verbindendverklaring. Dit neemt overigens niet weg dat contractueel een kortere vervalttermijn kan worden overeengekomen waarbinnen een beroep op betaling van de schadevergoeding dient te worden gedaan.

Al met al lijkt ons de keuze van het opt-out systeem ten faveure van het opt-in systeem ten nadele van de laedens. Dit systeem is evenmin ten bate van de 305a-organisatie en haar (actieve) achterban. Alleen het passieve deel van de achterban (te weten: zij die te passief zijn voor een opt-in) zijn hierbij gebaat. Teneinde ook de grootste mogelijke finaliteit te bereiken voor de laedens ten aanzien van dat passieve deel van de achterban kan worden bepaald dat indien degene die zich niet aanmeldt bij een van de representatieve 305a-organisaties die deelnemen aan de collectieve schadevergoedingsactie, alleen nog individueel zijn (niet verjaard) vordering tegen de laedens kan instellen.

### 5.3 Nadelen introductie EB

Uit het Wetsvoorstel<sup>68</sup> volgt dat elke belangenorganisatie die voldoet aan de ontvankelijkheidseisen kan worden aangewezen als EB. De EB draagt daarbij de verantwoordelijkheid om op te komen voor de belangen van de *hele* groep van personen voor wie de procedure over de collectieve vordering wordt gevoerd.<sup>69</sup> De EB is daarmee het aanspreekpunt voor de verweerder. Zowel de minister als de Juristengroep verwachten dat dit bijdraagt aan het vergroten van de schikkingsbereidheid van de aangesproken partij.

Wij plaatsen hierbij de volgende kanttekeningen. Het is een zware verantwoordelijkheid voor een 305a-organisatie om op te komen voor de belangen van de gehele achterban. Zeker als de belangen van niet alle deelgroepen van de achterban parallel lopen. Hierdoor zal de EB regelmatig – en zeker als het er financieel-economisch belangrijke beslissingen door de EB moeten worden genomen – in overleg moeten treden met de andere 305a-organisaties die geen EB zijn maar waarvan de achterban een deelbelang heeft dat mogelijk geraakt wordt.

Het accepteren van een positie als EB brengt bovendien diverse organisatorische en aansprakelijkheidsrechtelijke gevolgen met zich mee. Zo zal de EB de standpunten van de andere 305a-organisaties (niet zijnde EB) moeten verwerken in haar processtukken. Ook kleven er mogelijk aansprakelijkheidsrisico's aan het aanvaarden van de positie als EB (en haar advocaat) bijvoorbeeld bij een onjuiste procesvoering of een beroepsfout.

Als een 305a-organisatie niet wordt aangewezen tot EB en tegelijkertijd niet in de procedure wenst te verschijnen, kan zij de bij haar aangesloten gedupeerden adviseren tot de opt-out over te gaan.<sup>70</sup> Op deze manier kan de desbetreffende 305a-organisatie alsnog een factor van belang zijn alvorens een finale regeling wordt bereikt.

Door de introductie van de EB worden mogelijkerwijs de belangentegenstellingen in de achterban aangescherpt. Geschillen tussen deelbelang vertegenwoordigende 305a-or-

68 Art. 1018d-1018e Rv (Wetsvoorstel).

69 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 3, p. 42 (MvT).

70 De opt-out zal evenwel per individu dienen te gebeuren.

ganisaties zijn niet denkbeeldig.<sup>71</sup> Het is daarom nog maar helemaal de vraag of de schikkingsbereidheid van de aangesproken partij die hiermee wordt geconfronteerd, groter wordt. Niet valt in te zien waarom niet alle streng op representativiteit getoetste 305a-organisaties hun positie in het processuele en buitenprocessuele debat kunnen innemen. Als iedereen aan tafel zit, wordt meer zekerheid gekregen dat het eindresultaat breed wordt gedragen.

De introductie van de EB lijkt ons ten nadele van de 305a-organisaties uit te pakken. Het is de vraag of de introductie voordelen zoals finaliteit of snelle en eenvoudig te krijgen schadeloosstelling biedt aan de laedens, respectievelijk de achterban. De introductie van de EB leidt immers mogelijk tot geschillen tussen de eisende partijen. De achterban is in dat geval beter af als de 305a-organisaties naast elkaar (mogelijk in een gevoegde procedure) met de laedens het geschil beslechten.

#### 5.4 Deelschikkingen

In de praktijk van de collectieve actie zijn deelschikkingen aan de orde van de dag. Een deelschikking is een schikking die slechts geldt voor een deel van de achterban. Bijvoorbeeld een schikking alleen voor de leden van de VEB<sup>72</sup> of een schikking alleen voor de leden van de Consumentenbond.

Het belang van deelschikkingen mag niet onderschat worden. Hoewel een dergelijke schikking haaks lijkt te staan op het idee van de collectieve actie, is dat niet zo. De ervaring leert dat de gedaagde zeer zelden de volledige schade kunnen of willen betalen, bijvoorbeeld vanwege een te beperkte verzekeringsdekking en/of beperkte verhaalbaarheid door (dreigend) faillissement van de onderneming.

In dit scenario zorgt een deelschikking dat een schikking betaalbaar is voor de gedaagde en de bij de 305a-organisatie aangesloten gedupeerden toch een schadevergoeding krijgen. Een reëel alternatief is er niet. De andere mogelijkheid is namelijk stug doorprocederen voor de gehele groep gedupeerden om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat een redelijk schadeverhaal voor alle leden van de achterban financieel niet mogelijk is.<sup>73</sup> Althans dat de uiteindelijke schadevergoeding is beperkt tot een zeer miniem deel van de schade. Dit onnodig doorlopen van de gehele collectieve schadevergoedingsactie leidt tot een onevenredige belasting van de rechterlijke macht. Deelschikkingen bieden voor dit probleem een oplossing.

Deelschikkingen zorgen bovendien voor een gunstige prikkel om te voorkomen dat individuele gedupeerden zich op-

stellen als *free rider*. Zonder de mogelijkheid van een deelschikking ligt er een economische prikkel bij het individu om zich niet aan te sluiten bij de 305a-organisatie. Dit kost immers geld, tijd en moeite; terwijl hij weet dat zijn belangen toch behartigd worden door de EB. Deze gang van zaken zal op termijn immers leiden tot minder leden/aangeslotenen van een 305a-organisatie.<sup>74</sup> Dit gaat dan weer ten koste van de door de wetgever gewenste en voorgeschreven representativiteit van de 305a-organisatie.<sup>75</sup>

Het Wetsvoorstel lijkt dergelijke deelschikkingen onmogelijk te maken. Daarmee schiet het Wetsvoorstel haar doel voorbij.

Een deelschikking sluiten, kan dan nog alleen voorafgaand aan de aantekening van de procesinleiding in het register voor collectieve acties. Dat betekent dat meer druk op partijen komt te liggen op de fase van overleg in de zin van art. 3:305a lid 3 BW. Evenwel zal een dergelijke deelschikking niet veel waard zijn als een concurrerende 305a-organisatie haar procesinleiding inschrijft in het register voor collectieve acties. Zodra die inschrijving een feit is, zullen andere 305a-organisaties zich immers ook binnen de gestelde termijn moeten inschrijven. Vervolgens zal de EB worden aangewezen die voor de gehele achterban in de collectieve schadevergoedingsprocedure moet optreden. Een deelschikking is dan niet meer mogelijk.

Het ontbreken van de mogelijkheid van deelschikkingen lijkt ons in het nadeel van de laedens, de 305a-organisaties en het actieve deel van de achterban. Voor het passieve deel van de achterban (de *free riders*) zal het (op korte termijn<sup>76</sup>) een voordeel kunnen zijn.

#### 5.5 Processuele chaos door aanknopng bij gelijksoortige feiten en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis/gebeurtenissen

Uit de MVT<sup>77</sup> volgt dat het de voorkeur van de minister heeft om collectieve vorderingen die voldoende betrekking hebben op gelijksoortige feiten en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen als één zaak af te wikkelen. Dit kan tot een zeer gecompliceerde procedure leiden en een processuele chaos.

71 Eventueel kan de rechter volgens de MVT bij het Wetsvoorstel een co of sub EB aanwijzen. Als dit bij ieder deelbelang gebeurt, kan de vraag worden gesteld naar de zin van een EB.

72 Zie bijvoorbeeld de schikkingen die de VEB heeft gesloten inzake World Online, Imtech (over de feiten die op 3 februari 2013 aan het licht kwamen), Landis, Van der Moolen, Super de Boer; zie [www.veb.net/acties-menu/afgeronde-acties](http://www.veb.net/acties-menu/afgeronde-acties).

73 De rechter kan bij onaanvaardbare gevolgen op grond van art. 6:109 BW ook nog de schadevergoeding matigen.

74 Uitgaande van deze gedachte zal een 305a-organisatie steeds minder inkomsten ontvangen uit de lidmaatschapsvergoeding die haar leden jaarlijks betalen. Dit betekent dat de 305a-organisatie afhankelijker wordt van de reële kostenvergoeding die op basis van art. 1018I Rv (Wetsvoorstel) aan haar wordt toegekend bij het succesvol doorlopen van de collectieve schadevergoedingsprocedure. Het is de vraag of deze reële kostenvergoeding voldoende is om een 305a-organisatie structureel te financieren. Immers, niet alle zaken zullen succesvol worden afgerond en ook de kosten van een niet-succesvol afgeronde procedure zullen moeten worden gedragen. Mogelijkerwijs leidt dit tot een neerwaartse spiraal van de hoeveelheid gevoerde collectieve acties. Immers alleen de collectieve acties zullen worden gevoerd waarin een zeer grote kans op het toekennen van een reële kostenvergoeding bestaat.

75 Zie art. 3:305a lid 2 BW (Wetsvoorstel) en in het bijzonder art. 3:305a lid 2 sub c en e BW (Wetsvoorstel).

76 Zie voetnoot 74.

77 *Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 47 (MVT)*.



In de MvT wordt als voorbeeld genoemd dat misleidende informatie wordt verspreid door een beursvennootschap. Deze misleiding kan gevolgen hebben voor zowel beleggers (door een koersdaling) als voor consumenten (door bijvoorbeeld niet-waargemaakte prestaties van een product). In beginsel is hier, aldus nog steeds de MvT, sprake van dezelfde gebeurtenis, ook al heeft deze gebeurtenis verschillende gevolgen voor verschillende groepen personen. Het moet gaan om gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen. Het in de MvT genoemde voorbeeld is dezelfde vraag, namelijk welke feitelijke informatie de beursvennootschap naar buiten heeft gebracht, belangrijk voor de verschillende soorten vorderingen van verschillende soorten gedupeerden. De vraag of hierbij sprake is van misleidende informatie is een rechtsvraag die mogelijk verschillend wordt ingevuld, afhankelijk van de vraag of het gaat om een vordering wegens misleidende koersinformatie of wegens een oneerlijke handelspraktijk. Dit staat op zichzelf niet in de weg aan voldoende gelijksoortigheid, aldus nog steeds de MvT.<sup>78</sup>

Het hoeft dus niet te gaan om precies dezelfde vordering en dezelfde grondslag. Als bijvoorbeeld de oorspronkelijke collectieve vordering gebaseerd is op wanprestatie, dan kan een andere 305a-organisatie ervoor kiezen voor dezelfde gebeurtenis een collectieve vordering in te dienen die is gebaseerd op onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling.

“Waar het om gaat is of de collectieve vorderingen voldoende betrekking hebben op gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis, zodat het de voorkeur heeft deze als één zaak af te wikkelen.”<sup>79</sup>

Al deze claims zullen in één procedure behandeld moeten worden, zo begrijpen wij het Wetsvoorstel. De verschillende claims zullen weliswaar gebaseerd zijn op dezelfde gebeurtenis, maar op geheel verschillende rechtsgronden. De collectieve vordering wordt daarmee een zeer complexe zaak, zowel voor partijen als voor de rechters. Het is dus de vraag of het bundelen van dergelijke vorderingen tot een effectieve procedure leidt.

Deze samenloop van verschillende vorderingen in één procedure lijkt ons niet in het belang van de 305a-organisaties, de laedens, de verschillende gedupeerden en ook de rechterlijke macht.

## 6. Conclusie

In dit artikel hebben wij het Wetsvoorstel dat moet leiden tot de collectieve schadevergoedingsactie kritisch besproken. De kritiek betreft met name dat het Wetsvoorstel voorziet in een geheel nieuwe procedure met tekortkomingen die in de huidige reguliere collectieve actie ontbreken. Dit is onwenselijk en onnodig.

Een collectieve schadevergoedingsactie zou moeten dienen als stok achter de deur om de 305a-organisatie en de laedens tot een schikking te bewegen; *nadat* de rechter een verklaring voor recht heeft uitgesproken dat de laedens onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de gedupeerden, maar *voordat* de individuele gedupeerden tot individueel schadeverhaal over moet gaan. Het Wetsvoorstel gaat echter veel verder.

Het Wetsvoorstel stopt de vorderingen van gedupeerden in een fuik waar zowel de EB, de gedaagde als de individuele leden van de achterban maar moeilijk uit kunnen komen. Zo zijn geen deelschikkingen mogelijk en kan een individueel lid van de achterban maar op één moment kiezen voor opt-out, namelijk na aanwijzing van de EB. Hierna is hij overgeleverd aan de EB die een schikking kan treffen die na rechterlijke goedkeuring algemeen verbindend kan worden verklaard. Anders dan bij de WCAM bestaat na rechterlijke goedkeuring geen opt-out mogelijkheid. De 305a-organisatie die als EB is aangewezen, heeft het nadeel dat zij – ondanks het feit dat haar eigen achterban een deelbelang heeft – in haar rol als EB gehouden is het algemeen belang van de gehele achterban te vertegenwoordigen. Dit levert mogelijk geschillen op met haar achterban en/of de (achterban van de) overige betrokken 305a-organisaties die niet zijn aangewezen als EB.

Al met al is het de vraag of deze tekortkomingen de introductie van een geheel nieuwe collectieve schadevergoedingsactie nog rechtvaardigen. Zeker omdat deze regeling zonder deugdelijke gronden in de plaats treedt van de huidige, relatief goed werkende collectieve actie. Het is volgens ons dan ook beter om te volstaan met de huidige wettelijke regeling van de collectieve actie.

<sup>78</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 47 (MvT).

<sup>79</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 47 (MvT).