

Hoofdstuk 17

COLLECTIEVE GESCHILBESLECHTING IN DE FINANCIËLE SECTOR

*T.M.C Arons**

1 Introductie

Als een onderneming aandelen of obligaties uitgeeft aan het publiek, dient zij in beginsel een prospectus op te stellen. Is dat prospectus misleidend, dan zal de onderneming aansprakelijk zijn jegens de beleggers.¹ Hetzelfde kan spelen indien een beursgenoteerde onderneming koersgevoelige informatie achterhoudt voor het publiek.² In de regel betreft dit grote groepen beleggers, die individueel een relatief beperkte schade hebben geleden. In dergelijke gevallen kunnen beleggers ervoor kiezen om niet op individuele basis, maar als collectief hun claim voor te leggen aan de rechter.

Verrewege de meeste collectieve acties in de afgelopen decennia zijn ingesteld door beleggers die door het beleid en mededelingen van beursgenoteerde ondernemingen beleggingsschade hebben geleden. De beleggingsschade manifesteert zich door een waardedaling van de aandelen of obligaties in die ondernemingen. De beleggers stellen te zijn geconfronteerd met een waardedaling als gevolg van het beleid of van misleidende mededelingen. In het kader van sustainable finance is te verwachten dat beleggers ondernemingen ook op hun duurzaamheidsverplichtingen zullen aanspreken.³

In dit hoofdstuk staat het collectieve actierecht zoals in Nederland wettelijk geregeld is vanaf 1994 in artikel 3:305a BW centraal. Deze regeling is per 1 januari 2020 op belangrijke aspecten herzien. Met name is het mogelijk onder het nieuwe 305a-regime, collectieve schadevergoeding te vorderen. Dit houdt in dat de rechter bij achterwege blijven van een collectieve schikking tussen partijen, zelf een collectieve schaderegeling kan vaststellen en de aangesproken partij verplichten deze na te komen.

* Prof. mr. T.M.C. Arons is hoogleraar Financieel recht en collectief verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht en tevens legal counsel bij VEB.

1 Zie hoofdstuk 16 inzake prospectusaansprakelijkheid.

2 Zie hoofdstuk 12 inzake marktmisbruik.

3 Ovw 14 considerans herziene Aandeelhoudersrichtlijn. Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft [2017] *PbEU* L132/1.

Collectief verhaal is een gebruikelijke manier voor consumenten en professionele partijen in de financiële sector om hun schade die zij beweren te hebben geleden als gevolg van schending van financieelrechtelijke regels door marktpartijen op hen te verhalen. Naast institutionele partijen (verenigingen en stichtingen met een lange staat van dienst als VEB, Consumentenbond, Eumedion) worden ook claimstichtingen opgericht om vorderingen van de benadeelde partijen naar aanleiding van één specifieke gebeurtenis te verhalen. Dit zijn de zogeheten ad hoc stichtingen. De achterban van deze partijen zijn consumenten en professionele partijen die beweren een schadevergoedingsvordering te hebben op een gemeenschappelijke partij(en) naar aanleiding van dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen.

In veel gevallen gaat het om schade die cliënten van een financiële onderneming⁴ lijden omdat deze op haar toepasselijke financieelrechtelijke (gedrags)regels schendt bijvoorbeeld door misleidende mededelingen (corporate misinformation) door effecten uitgevende instellingen waaronder beursgenoteerde ondernemingen.⁵ Met name geschillen in de financiële sector lenen zich voor collectief verhaal. De schade die de cliënten of beleggers lijden is in die gevallen meestal gelijk(soortig). Bovendien kan bij de beoordeling of informatievoorziening aan de groep cliënten of beleggers misleidend is, worden geabstraheerd van de individuele omstandigheden. De maatman is leidend.⁶

Het voordeel van collectieve geschilbeslechting is dat de gelijksoortige rechts- en feitelijke vragen in dezelfde procedure aan de rechter worden voorgelegd. De proces-economische voordelen komen niet alleen toe aan de (achterban van de) claimstichting en de aangesproken partij, maar ook aan de rechtspraak. Bij collectieve ge-

- 4 Dit is een van de meestomvattende definities waaronder veel marktpartijen in de financiële sector vallen. Zie art. 1:1 Wft.
- 5 De schadevergoedingsvordering wordt gebaseerd op schending van de mededelingsplicht bij voorwetenschap (art. 17 marktmisbruikverordening) of schending van de informatieplicht bij openbaarmaking van een prospectus bij effectenaanbieding of beursnotering (art. 6 prospectusverordening). In dat laatste geval kan de consument-belegger gebruik maken van de bewijslastvoordelen van de regeling oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193j BW). De informatie die op grond van art. 6 prospectusverordening door de onderneming moet worden verstrekt is immers essentiële informatie (art. 6:193f sub g jo. art. 6:193d lid 2 BW). Weglating of onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige presentatie van essentiële informatie levert een oneerlijke handelspraktijk op (art. 6:193d lid 1 jo. art. 6:193b BW).
- 6 Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *JOR* 2010/43, m.nt. Frielink; Ondernemingsrecht 2010/21, m.nt. Vletter-van Dort, *NJ* 2014/201, m.nt. Du Perron, AA20100336, m.nt. Raaijmakers (*World Onlinel VEB*), r.o. 4.10.3; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *JOR* 2009, 199, m.nt. C.W.M. Lieverse; *AA* 2010, 188, m.nt. Van Boom & Lindenbergh, r.o. 4.5.3 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.5.3. In beide procedures ging het om een beroep op de regeling misleidende en vergelijkende reclame (art. 6:194-195 BW) dat nu alleen nog geldt voor professionele partijen. Consumenten kunnen bij misleidende mededelingen een beroep doen op de regeling oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a t/m j BW).

schilbeslechting behartigen verenigingen of stichtingen de collectieve belangen van hun achterban. Omdat deze collectieve belangenbehartigers beslissingen nemen die (rechts)gevolgen hebben voor de individuele leden van deze achterban moet adequate waarborging van hun belangen worden verzekerd.

Organisaties die de schade die hun achterban geleden heeft collectief willen verhalen, hebben de keuze uit diverse modellen. Deze keuze zal met name afhangen van het toetsingskader dat op elk van deze modellen van toepassing is. Het gaat hierbij dan met name om de vraag in hoeverre de financiering(scondities) van de collectieve actie onderwerp van rechterlijke toetsing zijn.⁷

2 Modellen van collectieve geschilbeslechting: betrokken partijen

Collectieve geschilbeslechting doet zich in verschillende gedaantes voor. Claimstichtingen of (buitenlandse) vennootschappen kunnen in eigen naam procederen op basis van (middellijke) vertegenwoordiging (volmacht- of lastgevingsmodel), of procederen voor gebundelde vorderingen instellen die aan haar zijn overgedragen (cessiemodel) en claimstichtingen (of verenigingen) kunnen in eigen naam procederen en een eigen 305a-vordering⁸ ten behoeve van hun achterban (305a-model).

Op grond van artikel 3:305a BW kunnen verenigingen en stichtingen (305a-organisatie) een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge hun statuten behartigen en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd.⁹ Een 305a-organisatie is in haar vordering niet-ontvankelijk indien de ingestelde rechtsvordering alleen strekt ten faveure van de direct bij haar aangesloten (rechts)personen.¹⁰

7 Vgl. T.M.C. Arons, 'Misbruik van bevoegdheid in collectieve acties, Drie afgebakende modellen van collectieve geschilbeslechting' MvO 2020/7, p. 202 ev.

8 Dit is een vordering die door een stichting of vereniging is ingesteld tegen een andere partij op grond van art. 3:305a BW. Deze rechtsvordering dient te voldoen aan de voorwaarden die in dat artikel aan deze rechtsvordering worden gesteld.

9 Tot 1 januari 2020 gold het verbod om in een collectieve actie een rechtsvordering tot schadevergoeding in geld in te stellen (art. 3:305a lid 3 BW (oud)).

10 Rb. Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693 (*Stichting GIN schade/IDM Financieringen BV*), r.o. 4.6: 'Een organisatie die volgens haar statuten slechts de belangen van de bij haar aangesloten personen wenst te behartigen, kan namelijk niet optreden als collectieve belangenorganisatie.' Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618 (*NAM/Christelijke Woningstichting Patrimonium Groningen e.a.*), r.o. 6.2-6.8.

Bij het eerste volmacht- en lastgevingsmodel is het claimvehikel¹¹ de formele procespartij en de individuele benadeelden de materiële procespartijen, bij de laatste twee varianten (cessiemodel en 305a-model) is de stichting zowel de formele als materiële procespartij.¹² Bij middellijke vertegenwoordiging op basis van volmacht of lastgeving treedt de formele procespartij in eigen naam in rechte op voor rekening van de vertegenwoordigde benadeelden. Deze laatste zijn dan ook de materiële procespartijen. Er is in zoverre dus sprake van individuele geschilbeslechting. Elke in rechte door de claimstichting vertegenwoordigde benadeelde is materiële procespartij.

De claimstichting die in eigen naam rechtsvorderingen instelt tegen de gemeenschappelijke partij, behartigt individuele belangen. Zij zal dus per individuele benadeelde haar vertegenwoordigingsbevoegdheid moeten aantonen en aan de individuele stelplicht en bewijslast moeten voldoen ter zake van de materiële vorderingsrechten. De onderlastnemer die in eigen naam de vorderingen van de benadeelden te gelde probeert te maken hoeft aan de aangesproken partij niet meteen een lijst met partijnamen en de met hen gesloten overeenkomsten te overhandigen. De formele procespartij die op grond van lastgeving in eigen naam een vordering voor rekening van een andere partij (materiële procespartij) instelt, hoeft deze belangenbehartiging niet in de dagvaarding te vermelden.¹³ Pas wanneer het verweer van de aangesproken partij daartoe aanleiding geeft, moet de lasthebber stellen en zo nodig bewijzen dat hij dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden.¹⁴ Hiermee wordt de aangesproken partij in staat gesteld om persoonlijke verweermiddelen in te kunnen stellen tegen degenen wier materiële vorderingen in de procedure worden gediend (art. 6:145 BW).

Autokopers hebben jarenlang teveel betaald als gevolg van verboden prijsafspraken van autofabrikanten. De Europese Commissie heeft de kartellisten beboet. De kopers willen het door hen teveel betaalde terugvorderen van deze kartellisten. Een commerciële

- 11 Anders dan bij het 305a-model geldt er bij zowel het volmacht- of lastgevingsmodel als het cessiemodel geen formele beperking tot bepaalde typen (rechts)personen. In beginsel kan elke (rechts)persoon de rechtsvorderingen van de achterban te gelde maken via volmacht, lastgeving of cessie.
- 12 Zie over onderscheid formele en materiële procespartij: J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, § 3.5.2.1.
- 13 Bij een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW hoeft de stichting of vereniging geen lijst van deelnemers te overhandigen. Het past niet bij het wezen van een collectieve procedure hoort om van de 305a-organisatie te verlangen dat zij een lijst van deelnemers overlegt. Zie hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102 (*PAL/Aegon*), r.o. 15 Anders dan bij 'collectieve' procedures waarbij de vorderingen aan een claimvehikel worden overgedragen (het cessiemodel van collectief procederen) of bij bundeling via lastgeving of middellijke vertegenwoordiging, staan hier immers niet de individuele vorderingen centraal met de daarbij behorende stelplicht en bewijslast ten aanzien van iedere vordering afzonderlijk. Wel kan van de 305a-organisatie in het kader van de representativiteitstoetsing worden verlangd dat zij op straffe van niet-ontvankelijkverklaring de omvang van haar achterban bekend maakt (zie art. 3:305a lid 2 BW).
- 14 HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665.

partij wil optreden om deze schade te verhalen. Een belangrijke randvoorwaarde is dat zij alleen wil optreden voor bij haar aangesloten autokopers. Zij benaderd deze autokopers met het volgende aanbod: een door deze commerciële partij op te richten stichting zal voor hen de schadevergoeding regelen. In ruil voor een vast lage koopprijs en percentage van de in de toekomst door de kartellisten betaalde vergoeding dragen zij hun schadevergoedingsvordering over aan de stichting.

Bij de eerste twee modellen (volmacht/lastgeving- en cessiemodel) is feitelijk sprake van gebundelde individuele geschilbeslechting; de individuele schadevergoedingsvorderingen van de benadeelden zijn onderwerp van geschil. Zij worden weliswaar in één procedure behandeld, maar de individuele rechtsverhouding staat voorop. Bij het 305a-model is dit wezenlijk anders. De eiser stelt ten behoeve van de belangen van anderen een eigen rechtsvordering in. In een 305a-model moet de vordering strekken tot bescherming van de gelijksoortige belangen van de groep van benadeelden waarvoor wordt opgekomen. Hierbij geldt als voorwaarde dat de rechter bij beoordeling van het gevorderde in voldoende mate kan abstraheren van de individuele omstandigheden van de individuele groepsleden. Kortom de vordering moet zich lenen voor gebundelde behandeling.

Zoals uit de volgende paragraaf blijkt kennen deze verschillende modellen elk een eigen toetsingskader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden. Met name de stelplecht en bewijslast ten aanzien van de vordering, het bekend maken aan de aangesproken partij van de individuele leden van de achterban en toetsing van de rol van de derden-financier verschilt per model. De meer gevestigde institutionele partijen als VEB en Consumentenbond zullen in de regel uit eigen middelen een actie financieren. Zij zullen dan ook voor het 305a-model kiezen. Ad hoc stichtingen zijn voor de financiering vaak afhankelijk van commerciële partijen. Deze partijen willen alleen optreden voor hun eigen achterban en zullen dan ook vaker kiezen voor het volmacht- of lastgevings- en cessiemodel.

3 Waarborgtoets

Ter bescherming van de belangen van de achterban, toetst de rechter of een 305a-organisatie met de rechtsvordering de belangen van de achterban voldoende waarborgt (art. 3:305a lid 2 BW).

Collectieve acties worden in toenemende mate getoetst op waarborging van een evenwicht tussen de belangen van alle betrokken partijen. De 305a-organisatie is in een collectieve actie niet ontvankelijk, als met de door haar ingestelde rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie zij is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. Het gaat hier niet alleen om corporate governance-kwesties, maar

ook of de 305a-organisatie voldoende (juridische) kennis en ervaring in huis heeft om de procedure adequaat te kunnen voeren. Tevens biedt deze toetsing de rechter een handvat om 305a-organisaties (en daaraan gelieerde partijen zoals derden-financiers) die het collectief actierecht gebruiken ten bate van het eigen commercieel motief, te weren.¹⁵ Om te beoordelen of de belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd zal op zijn minst duidelijk moeten zijn welke – mogelijk commerciële – belangen de 305a-organisatie behartigt en hoeveel personen zij representeert (de representativiteit) en of haar organisatiestructuur aan de Claimcode 2019 voldoet.¹⁶

Kortom de rechter beoordeelt bij deze waarborgtoetsing de rol van alle bij de collectieve actie aan de eisende kant betrokken partijen. Dit is in de eerste plaats de 305a-organisatie. Indien de collectieve actie wordt gefinancierd door een andere partij dan de 305a-organisatie zelf, zijn ook de voorwaarden waaronder derden-financiering wordt verstrekt, onderwerp van toetsing.¹⁷ Met name de zeggenschap van de derden-financier over de procedure alsook de overeengekomen vergoedingsstructuur worden door de rechter beoordeeld. Zowel de rechtspraak als de wetgever onderkennen de nuttige functie van de derden-financier.¹⁸

Een dergelijke toetsing heeft nog niet plaatsgevonden bij collectieve geschilbeslechting waarbij een stichting (maar dit kan in beginsel elke (rechts)persoon zijn) een schadevergoeding instelt voor de vorderingen die aan haar door de benadeelden zijn overgedragen. Anders dan bij volmacht of lastgeving is de stichting in dit cessiemodel van massageschilbeslechting door de overdracht zowel formele als materiële procespartij.

In sommige situaties is ook een andere derdepartij betrokken, namelijk een BV of andere commerciële organisatie. De claimstichting sluit overeenkomsten met benadeelde partijen om voor hen schadevergoeding te bewerkstelligen in ruil voor een resultaatsafhankelijke vergoeding. De benadeelden stemmen in met onderlastgeving door de stichting aan een derde. Deze derde is bijvoorbeeld een BV.

15 *Kamerstukken I* 2012/13, 33126, C, p. 1-2.

16 *Zie Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 12-13.

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 25.

18 Rb Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, *JOR* 2020 /119 m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2020/49 m.nt. L.M. van Bochove (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras*), r.o. 5.15; hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157, *Ondernemingsrecht* 2020/117 m.nt. T.M.C. Arons (*Stichting Union des Victimes des déchets toxiques Côte d'Ivoire/Trafigura Bebeer BV*), r.o. 2.13 jo. 3.28; hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102, *JOR* 2020/116 m.nt. T.M.C. Arons (*PAL/Aegon*), r.o. 19; Rb Amsterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840, *JOR* 2019/121 m.nt. Chr.F. Kroes (*VEB/Steinhoff*), r.o. 4.21.

Een BV stelt op basis van volmacht of last een vordering in tegen de partij op wie de achterban stelt een schadevergoedingsvordering te hebben. In recente rechtspraak is een dergelijke BV niet ontvankelijk verklaard wegens misbruik van procesbevoegdheid.¹⁹ Het misbruik bestaat eruit dat met de constellatie van partijen, partijverhoudingen en de ingestelde rechtsvordering getracht wordt de voordelen die verschillende modellen van collectieve geschilbeslechting bieden te combineren zonder te voldoen aan de beperkende voorwaarden van die modellen. Ieder model kent zijn eigen samenstel van voorwaarden ten aanzien van stelplicht en bewijslast en vereiste mate van openheid over de achterban en toetsing van derden-financiering.

Met deze lijn in de rechtspraak wordt een juiste balans bij collectieve geschilbeslechting gehandhaafd. Als een eisende partij ervoor kiest om van de voordelen van een collectieve actie gebruik te maken, zal zij zich bij haar vordering (voldoende abstractie dat deze zich leent voor gebundelde beoordeling), governance structuur en financiële afspreken met haar deelnemers en/of derden-financier ook rekenschap moeten geven van de waarborgvereisten. Ook al is de eisende partij geen stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid in de zin van art. 3:305a BW, maar een BV die procedeert op basis van machtiging, (onder)lastgeving of cessie, zij zal zich niettemin een toetsing aan het waarborgvereiste moeten laten aanmeten als haar wijze van procederen meer de trekken van een 305a-actie heeft.

Doorslaggevend is de vraag of de rechtsvordering dermate abstract is dat deze zich leent voor gebundelde beoordeling. Het gaat om de beoordeling van de rechtsverhouding tussen de aangesproken partij en de achterban van de eisende partij als groep. Ter voorkoming van deze toetsing zal de eisende partij van meet af aan de gebundelde individuele zaken per individuele zaak moeten indienen en laten behandelen.

4 Collectieve actie: verklaring voor recht

Archetypische collectieve acties gebaseerd op beweerdelijke schending van (financieel-rechtelijke) informatieverplichtingen van een financiële onderneming of uitgevende instelling jegens (potentiële) cliënten respectievelijk beleggers hebben in Nederland de volgende structuur. Een 305a-organisatie stelt bij de rechter tegen de uitgevende instelling een rechtsvordering tot verklaring voor recht in dat deze uitgevende instelling onrechtmatig heeft gehandeld jegens de groep benadeelde cliënten of beleggers.

19 Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3289 (*Loterijverlies.NL BV/Staatsloterij BV*) en Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058 (*X BV/Kite Capital BV, HKB Bank GmbH ea*).

Vanwege de gelijksoortigheidsvoorwaarde van art. 3:305a lid 1 BW en het karakter van de collectieve actie moet de vordering van de eisende partij zich lenen voor gebundelde behandeling en beoordeling. Daarbij kan worden geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de groepsleden. De rechter moet worden gevraagd om in abstractie te oordelen over een rechtsverhouding tussen de aangesproken partij en een groep (rechts)personen wier belangen door de eiser worden behartigd. Aan art. 3:302 BW ontleent een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon het recht te vorderen dat de rechter omtrent die rechtsverhouding een verklaring voor recht uitspreekt. Dit recht komt ook vertegenwoordigers van die onmiddellijk betrokken persoon toe of de cessionaris aan wie de rechten uit die oorspronkelijke rechtsverhouding zijn overgedragen.²⁰ Als de gevorderde verklaringen voor recht zien op de individuele rechtsverhoudingen, is sprake van gebundelde collectieve geschilbeslechting waarvoor niet de ontvankelijkheidsvoorwaarden van een collectieve actie gelden.²¹

Beleggers hebben schade geleden als gevolg van misleidende mededelingen van een beursonderneming. Deze beursonderneming heeft jarenlang auto's verkocht met sjoemelsoftware waardoor de uitstoot van schadelijke gassen bij de test wel aan de normen voldeed, maar bij het gewone weggebruik niet. Deze beleggers (aandeel- en obligatiehouders) worden geconfronteerd met waardedaling van hun aandelen in deze onderneming, Zij willen dit vergoed zien.

De beleggers baseren hun vordering op schending van financieel-rechtelijke regels waaronder het verbod misleidende mededelingen te doen (verbod marktmisbruik, zie art. 12 lid 1 sub d Marktmisbruikverordening).²² Zij kunnen ervoor kiezen een (op te richten) vereniging of stichting op grond van art. 3:305a BW een verklaring voor recht te laten vorderen, dat de onderneming door de misleidende mededelingen onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van haar beleggers. De rechter is in staat hierover te oordelen omdat niet het onrechtmatig handelen van de beursonderneming ten opzichte van elke belegger afzonderlijk centraal staat, maar het doen van misleidende mededelingen door deze beursonderneming. De rechter kan dit toetsen door toepassing van een maatman-belegger. Als de mededeling misleidend was voor deze gemiddelde, omzichtige en oplettende belegger, is sprake van een schending van het verbod om misleidende mededelingen te doen. In geval de misleidende mededelingen zijn gedaan

20 N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss Tilburg) Serie Burgerlijk Proces & Praktijk Deel XVIII, Kluwer 2015, nr. 29-31.

21 Vergelijk § 15.3.

22 Zie uitgebreid over verschillende vormen van marktmisbruik, hoofdstuk 12.8.

in een prospectus²³ kan voor consument²⁴-beleggers ook in een collectieve actie opgetreden worden op basis van de regeling oneerlijke handelspraktijken. Zij genieten dan de bewijslastomkering van art. 6:193j BW ten aanzien van de materiële juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie en de toerekenbaarheid.²⁵ Voor professionele beleggers kan in deze gevallen van mededelingen in het prospectus worden opgetreden op basis van de regeling misleidende reclame (art. 6:194-195 BW). Ook deze groep geniet dan bewijslastomkering ten aanzien van het misleidende karakter van de verstrekte informatie en de toerekenbaarheid.²⁶

Indien de (hoogste) rechter bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing heeft verklaard dat de aangesproken partij onrechtmatig jegens de achterban heeft gehandeld, zal meestal gepoogd worden een schikking te bereiken. Een dergelijke schikking betreft ofwel de achterban van de 305a-organisatie (deelschikking) ofwel de hele groep van personen die eenzelfde soort schade heeft geleden door het vastgestelde onrechtmatig handelen. In dat laatste geval zullen de 305a-organisatie(s) en de onderneming als verzoeksters de schikking verbindend kunnen laten verklaren voor de hele groep (behoudens op-out) door het hof Amsterdam op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM). Deze WCAM wordt in § 15.5 nader besproken.

Optreden buiten rechte

De 305a-organisatie heeft ook de bevoegdheid om buiten rechte op te treden ten behoeve van de groep benadeelden. Zij kan de verjaring van de achterliggende vorderingen van de achterban collectief stuiten door een schriftelijke aanmaning of mededeling in de zin van artikel 3:317 BW.²⁷ Een 305a-organisatie kan de gemeenschappelijke schuldenaar in gebreke stellen door middel van het sturen van een schriftelijke aanmaning.²⁸ Volgens de parlementaire geschiedenis is een dergelijke belangenorganisatie vanwege het verband met een in te stellen rechtsvordering, bevoegd een schuldenaar in gebreke te stellen (ex art. 6:82 BW), mits in de schriftelijke aanmaning voldoende duidelijk tot uiting komt voor welke schuldeisers de organisatie stelt op te komen.²⁹

23 Er wordt in de literatuur bepleit dat ook het essentiële-informatiedocument (KID) voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIPS) essentiële informatie in de zin van art. 6:193d lid 2 BW en art. 6:193f BW. Zie Arons, hoofdstuk 5.2.3

24 Consument is iedere natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, art.6:193a lid 1 sub a BW

25 Zie uitgebreid over deze regeling bij prospectusaansprakelijkheid, hoofdstuk 16.4 t/m 16.6.

26 Zie hoofdstuk 16.4.

27 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *JOR* 2014/196, m.nt. De Haan, JIN 2014/94, m.nt. N. de Boer, (*VEB/Deloitte*).

28 *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 3, p. 26.

29 *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 3, p. 26.

Vanwege het belang van de partijautonomie kan de 305a-organisatie *niet* buitengerechtelijk een overeenkomst ontbinden of vernietigen.³⁰

5 Collectieve schadevergoedingsactie

De nieuwe collectieve actie – gebaseerd op de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie – is een algehele herziening van de oude collectieve actie. In deze procedure is een collectieve schadevergoedingsvordering mogelijk. Deze regeling vervangt de collectieve actie uit 1994. De WAMCA is per 1 januari 2020 in werking getreden. Ik schets eerst de procedurele stappen in een WAMCA-procedure (§ 15.4.1.). In § 15.4.2 t/m 15.4.5 bespreek ik enkele materiële wijzigingen in het collectief actie-recht van de WAMCA.

In februari 2020 heeft de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland BV de Duitse moedermaatschappij van de gefailleerde BMA Nederland BV, BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG namens onbetaald gebleven crediteuren van BMA Nederland in een WAMCA procedure aangesproken. De Stichting heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de AG onrechtmatig jegens haar achterban heeft gehandeld door een schijn van kredietwaardigheid te wekken en door het staken van verdere financiering van haar Nederlandse dochter. In deze procedure heeft zij bovendien gevorderd dat de AG de hierdoor geleden schade moet vergoeden en wel door voldoening van de schulden van haar dochter.³¹ Als deze vordering wordt toegewezen, dan zal de AG door de rechtbank worden veroordeeld tot collectieve schadevergoeding van de crediteuren van de Nederlandse dochter.

5.1 Verschillende stadia van de collectieve actie nieuwe stijl

Hieronder staan de belangrijkste stappen van de collectieve actie nieuwe stijl opgesomd:

1. *Uitnodiging tot overleg*³² de 305a-organisatie is verplicht om gegeven de omstandigheden voldoende te trachten het gevorderde door het voeren van overleg met de aangesproken partij te bereiken. Een termijn van twee weken na de

30 Volgens de wetgever is deze bevoegdheid in een collectieve actie uitdrukkelijk aan de rechter voorbehouden in een constitutief vonnis, zie *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, nr. 3 (MvT), p. 26. Zie: hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6953, r.o. 2.4: 'Het doen van een beroep op vernietiging van een in strijd met het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 onder d BW gesloten overeenkomst is een hoogstpersoonlijk recht dat een belangenorganisatie zich niet zonder expliciete toestemming van de belanghebbende kan toe-eigenen.'

31 Zie Rb Midden-Nederland 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3552.

32 Art. 3:305a lid 3 sub c BW.

ontvangst door deze partij van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daarvoor in elk geval voldoende.

2. *Procesinleiding*³³ In deze procesinleiding moet het volgende omschreven worden: (a) de gebeurtenis(sen) waarop de collectieve vordering betrekking heeft (hebben); (b) de groep personen waarvoor de vordering is ingediend; (c) de mate van gemeenschappelijkheid van de te beantwoorden feitelijke vragen en rechtsvragen; (d) de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW; en (e) tot slot moet de procesinleiding de gegevens bevatten die de rechter in staat stelt om een zogeheten Exclusieve Belangenbehartiger ('EB') aan te wijzen.
3. *Aantekening en wachttermijn* De 305a-organisatie dient vervolgens over te gaan tot aantekening in het register voor collectieve acties³⁴ waarna een wachttermijn van drie maanden ingaat (de rechter kan deze verlengen met maximaal drie maanden.)³⁵ ³⁶ Andere 305a-organisaties die voor dezelfde gebeurtenis met gelijksoortige feitelijke vragen en rechtsvragen een collectieve vordering willen instellen, moeten dit binnen de driemaandstermijn (behoudens de verlenging) doen. Bij dagvaarding tegen een roldatum (woensdag 10.00), moet eiser uiterlijk de daaropvolgende vrijdag de vordering in het centrale register voor collectieve acties hebben aangetekend. Bij dagvaarding tegen een andere dag, moet deze registratie binnen twee dagen na de eerst dienende dag geschieden.³⁷ Bij registratie (aantekening in het centraal register) van de collectieve actie moet een geanonimiseerd afschrift van de uitgebrachte dagvaarding gevoegd.³⁸
4. *Ontvankelijkheidstoets* De rechter toetst voor elke geregistreerde 305a-organisatie of: (a) de organisatie voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 305a; (b) de organisatie aannemelijk heeft gemaakt dat deze collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan individuele vorderingen; en (c) dat niet na summierlijke toetsing blijkt van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering. Doel van artikel 1018 lid 5 sub c Rv is om in uitzonderlijke gevallen een collectieve vordering al vóór de inhoudelijke behandeling van tafel te krijgen

33 Dit volgens de eisen zoals gesteld in art. 1018c lid 1 Rv.

34 <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>.

35 Hierbij geldt als voorwaarde dat binnen een maand na de aantekening een rechtspersoon als bedoeld in art. 3:305a BW ter griffie heeft laten aantekenen dat hij een collectieve vordering wil instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen als waarop de collectieve vordering bedoeld in art. 1018c lid 1 Rv, betrekking heeft, onder vermelding van de aantekening in het register, maar dat de termijn van drie maanden niet volstaat (art. 1019d lid 2 Rv).

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

37 Art. 1018c lid 2 eerste zin Rv.

38 Art. 1018c lid 2 tweede zin Rv.

omdat de vordering niet deugt.³⁹ De gedaagde kan in deze fase volstaan met de verweren die betrekking hebben op de hiervoor onder (a) tot en met (d) genoemde onderwerpen, totdat hierover is beslist.

5. *Aanwijzing EB / afbakening vordering en groep* De rechter wijst de EB aan.⁴⁰ Hij kan ook meer dan één EB aanwijzen als bijvoorbeeld de belangen van verschillende achterbannen hiertoe aanleiding geven. Voorts beoordeelt de rechter: (i) de precieze inhoud van de collectieve vordering en (ii) de groep personen voor wie de EB optreedt.⁴¹
6. *Individuele opt-out (minimaal één maand)* Individuele leden van de groep van personen hebben een *opt-out* mogelijkheid gedurende ten minste één maand na de uitspraak waarin de EB wordt aangewezen en de vordering is afgebakend en de groep is vastgesteld.⁴²
7. *Beproeven schikking* Weten partijen een schikking te bereiken in de zin van artikel 7:907 lid 2 BW dan bestaat een tweede *opt-out* mogelijkheid.⁴³ Bereiken partijen geen schikking, dan kan de EB de gronden van zijn vordering aanvullen. De aangesproken partij kan vanzelfsprekend dan ook de gronden van zijn verweer aanvullen.⁴⁴
8. *Inhoudelijke behandeling* De rechter kan partijen bevelen tot het overleggen van de tijdens de beproeving gedane schikkingsvoorstellen.⁴⁵
9. *Uitspraak* De rechter stelt in zijn vonnis een regeling voor collectieve schadevergoeding vast.⁴⁶
10. *Mededeling* Per brief volgt hierna een mededeling aan de bekende achterban van de 305a-organisatie over de uitspraak waarin de collectieve schadeafwikkeling is vastgesteld.⁴⁷ Op grond van artikel 1018j lid 1 (nieuw) Rv draagt de gedaagde zorg voor deze mededeling, tenzij de rechter anders bepaalt. De gedaagde dient zorg te dragen voor de aankondiging in door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen.

39 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 46.

40 Art. 1018e lid 1 Rv.

41 Art. 1018e lid 2 Rv.

42 Art. 1018f Rv.

43 Art. 1018h lid 5 Rv jo. art. 1018f lid 1 Rv.

44 Art. 1018g Rv.

45 Art. 1018i lid 1 Rv.

46 Art. 1018i lid 2 Rv.

47 Art. 1018j Rv.

De daadwerkelijke afwikkeling van de door de rechter in zijn oordeel vastgestelde collectieve schadevergoedingsregeling regelt de wet niet. Bij collectieve schikkingen wordt meestal een afwikkelingsstichting (settlement stichting) opgericht. Partijen die op grond van deze regeling recht hebben op schadevergoeding zullen dan bij deze stichting een beroep op de regeling moeten doen. Bij eventuele geschillen tussen deze stichting en de rechthebbenden op schadevergoeding voorziet de schikkingsovereenkomst in vormen van alternatieve geschillenbeslechting (bindend advies). In de WAMCA is niet in regelgeving waarbij de rechter die deze regeling heeft opgelegd in zijn uitspraak nog controle houdt over de uitvoering van deze regeling.

5.2 Extra eisen voor alle 305a-organisaties

De WAMCA stelt extra eisen aan alle 305a-organisaties. Hierbij geldt een uitzondering als sprake is van een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft.⁴⁸

Op straffe van niet-ontvankelijkheid moeten 305a-organisaties voldoende representatief te zijn gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen. Tevens dienen 305a-organisaties aan de volgende elementen te voldoen: (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 rechtsovereenkomst strekt, (c) voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsovereenkomst te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsovereenkomst in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt, (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 rechtsovereenkomst.⁴⁹

Het vereiste dat de zeggenschap over de rechtsovereenkomst in voldoende mate bij de 305a-organisatie moet liggen is een reactie van de wetgever op de praktijk van procesfinanciering van massaschade-zaken.⁵⁰ Volgens de Minister is het aan de belangenorganisatie (in overleg met de achterban) – en niet de eventuele financier – om de (proces)strategie te bepalen.⁵¹ De 305a-organisatie besluit over instemming met een schikkingsovereenkomst en hoger beroep tegen een afwijzende beslissing.⁵² De rechter toetst ambtshalve de mate van invloed die de derden-financier volgens de financieringsovereenkomst heeft op het verloop van de procedure.

48 Art. 3:305a lid 6 BW.

49 Art. 3:305a lid 2 BW.

50 Art. 3:305a lid 2 sub c BW Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34608, 10.

51 *Kamerstukken II 2017/18*, 34608, 6, p. 11, 26; *Kamerstukken II 2017/18*, 34608, 9, p. 2, 9, 10.

52 Zie over deze problematiek van de rol van de procesfinancier in een collectieve actie: Tillema 2018.

De wetgever onderkent de positieve aspecten van procesfinanciering bij collectief actierecht door verbetering van toegang tot schadeverhaal bij de rechter. Niettemin wil de wetgever ook excessief procederen voorkomen. Bovendien zou een te hoge vergoeding van de financier ertoe kunnen leiden dat de gedupeerden zelf nauwelijks profiteren van de resultaten van een collectieve schadevergoedingsactie.⁵³ Het is aan de rechter gelaten om hierin een juiste balans te vinden.⁵⁴ Om deze redenen biedt dit ontvankelijkheids criterium de rechter ook de mogelijkheid te toetsen of de derden-financier geen buitensporige en intransparante kosten in rekening brengt. Naar aanleiding van signalen over mogelijk misbruik van het collectief actierecht voor commercieel gewin, kan de rechter dit mogelijk misbruik toetsen. In het geval van misbruik kan de rechter een andere partij als exclusieve belangenbehartiger aanwijzen of de exclusieve belangenbehartiger een kans geven de situatie te herstellen.⁵⁵

De toetsing van de vergoeding van de financier is ook van belang in verband met het feit dat de schadevergoedingsvorderingen tegen een laag vast koopbedrag in combinatie met een resultaatsafhankelijke prijs worden gekocht van de gedupeerden en overgedragen aan de 305a-organisatie. De zeggenschap zou dan weliswaar geheel bij de 305a-organisatie kunnen liggen, maar de belangen van de gedupeerden kunnen evengoed onvoldoende gewaarborgd zijn vanwege de te lage resultaatsafhankelijke koopprijs in ruil voor overdracht van de vordering.⁵⁶

De rechter kan om beide aspecten – te grote invloed en excessieve vergoeding – van dit ontvankelijkheids criterium te toetsen de financieringsovereenkomst met de derden-financier opvragen. Op grond van artikel 22 Rv kan de rechter in elke stand van de procedure (een van de) partijen bevelen bescheiden te overleggen. De andere procespartij heeft het recht zich over deze bescheiden uit te laten en moet zodoende ook over deze stukken beschikken.⁵⁷ Als gewichtige redenen om kennisgeving van de financieringsovereenkomst aan de overige procespartijen te weigeren kunnen bijvoorbeeld gelden: bescherming van bedrijfsgegevens, voorkomen van inzage in de financiële middelen om de actie voort te zetten (oorlogskas), voorkomen van invloed

53 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 11 (MvT). De rechter lijkt tot op heden soepel. Vergoedingspercentages tussen 9% en 20% zijn als niet onredelijk beoordeeld. Zie Rb. Amsterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840 (*VEB/Steinhoff*), r.o. 4.21 respectievelijk hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102 (*PAL/Aegon Bank NV*), r.o. 27. Uit deze uitspraken valt niet goed af te leiden welk toetsingskader de rechter voor dit oordeel hanteert.

54 Zie Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614 (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras*), r.o. 5.15.

55 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 25.

56 Overigens heeft het hof Amsterdam een dergelijke overdracht met lage vaste prijs en resultaatsafhankelijke flexibele prijs niet in strijd met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) geoordeeld. Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (*CDC Project 13 SA/Kamira Chemicals OY*), r.o. 3.14.3.

57 Art. 19 Rv.

van de aangesproken partij op de processtrategie door vertraging van de procedure of rechtstreeks contact met de financier.⁵⁸

Uiteindelijk beslist de rechter of deze beperking tot inzage door de rechter alleen gerechtvaardigd is.⁵⁹ Indien de rechter de weigering of uitsluiting niet gerechtvaardigd acht, maakt hij daaruit de gevolgtrekking die hij geraden acht (art. 22 lid 4 Rv). Indien hij de beperking gerechtvaardigd oordeelt, kan hij slechts met toestemming van de andere partijen mede op de grondslag van die toelichting onderscheidenlijk die bescheiden uitspraak doen (art. 22 lid 6 Rv). Niet goed valt in te zien waarom de aangesproken partij met een mogelijke niet-ontvankelijkverklaring van de 305a-organisatie wegens het niet voldoen aan artikel 3:305a lid 2 sub c BW, deze toestemming zou weigeren.

Tot slot mogen – op straffe van niet-ontvankelijkheid van de 305a-organisatie – bestuurders die betrokken zijn bij de oprichting van de 305-organisatie, en hun opvolgers, geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben, dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd.⁶⁰ Deze bepaling is opgenomen om te voorkomen dat oprichters of bestuurders kunnen beschikken over de gelden van de 305a-organisatie als ware het hun eigen gelden.⁶¹

5.3 Scope rule

Met de scope rule wil de wetgever ervoor zorgen dat de Nederlandse collectieve actie alleen openstaat voor daadwerkelijk 'Nederlandse' massaschade. Kortom er moet sprake zijn van een vordering die een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft.

Om te bepalen of er sprake is van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer, dient ten minste aan een van de volgende voorwaarden zijn voldaan: (i) het merendeel van de groep voor wie de collectieve schadevergoedingsvordering is ingesteld, heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland; of (ii) de aangesproken partij heeft haar woonplaats in Nederland en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer; of (iii) de gebeurtenis(sen) waarvoor de rechtsvordering is ingesteld, heeft of hebben in Nederland plaatsgevonden.⁶²

58 Art. 22 lid 2 Rv.

59 Art. 22 lid 3 Rv.

60 Art. 3:305a lid 3 sub a BW.

61 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 24.

62 Art. 3:305a lid 3 sub b BW.

Een 305a-vordering is alleen ontvankelijk indien er naast de woonplaats van gedaagde, ook sprake is van bijkomende omstandigheden die wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer. De toelichting geeft als voorbeeld van onvoldoende verbondenheid een grote onderneming die voornamelijk in het buitenland opereert en waarvan slechts één dochtervennootschap in Nederland is gevestigd vanwege fiscale motieven.⁶³ In Nederland wordt in dat geval slechts een beperkt aantal activiteiten uitgevoerd zonder dat die dochtervennootschap rechtstreeks is betrokken bij de schadeveroorzakende gebeurtenis.

De indieners van het amendement willen hiermee tevens forumshopping door financiers van een massaschadeclaim voorkomen. Met forumshoppen wordt bedoeld dat de eiser probeert zijn claim voor te leggen aan de rechter die zijn eis waarschijnlijk het meest gunstig zal behandelen. De wetgever wil voorkomen dat claimvehikels en hun financiers alleen in Nederland procederen vanwege het feit dat de mogelijke schadevergoeding in Nederland het hoogst is. Volgens de toelichting zou er wél sprake zijn van voldoende bijkomende omstandigheden als bijvoorbeeld een substantieel deel van de omzet van een groot internationaal bedrijf specifiek via de Nederlandse dochtermaatschappij loopt.

5.4 Exclusieve belangenbehartiger (EB)

De rechter wijst uit de eisers die een collectieve vordering hebben ingesteld en voldoen aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 3:305a BW, de meest geschikte eiser als exclusieve belangenbehartiger (EB) aan.⁶⁴ De rechter neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking: (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 de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte; en (d) eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

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 (eisende) partij ('niet EB eisers') in de procedure. De (advocaat van de) EB verricht echter de proceshandelingen. De rechter kan bepalen dat ook de niet als EB aangewezen eisers proceshandelingen mogen verrichten.⁶⁵ Volgens de MvT kan de rechter bijvoorbeeld toelaten dat de niet-EB-eisers ook een processtuk kunnen indienen. Ter bevordering van efficiëntie kan hij bepalen dat eerst de EB zijn processtuk indient en dat de

63 *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, 12.

64 Art 1018e Rv.

65 Art. 1018e lid 3 Rv.

overige eisers alleen een aanvullend processtuk indienen waarin *uitsluitend* een gezichtspunt naar voren wordt gebracht dat volgens deze eiser ten onrechte ontbreekt in het processtuk van de EB. De verweerder kan worden verplicht op alle stukken tegelijk te reageren.⁶⁶

De EB kan, in afwijking van de normale regels van procesrecht, verzoeken om vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten die de EB heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.⁶⁷

5.5 Opt-out structuur met eventueel maatwerk voor opt-in voor buitenlandse (rechts)personen

De collectieve actie nieuwe stijl kent een opt-out structuur. Dit betekent dat (rechts)personen die niet gebonden willen worden ('opt-outers') door een schriftelijke mededeling aan de griffie dienen te laten weten zich van de behartiging van hun belangen in deze collectieve vordering te willen bevrijden. Dit dient te gebeuren binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste één maand na aanwijzing van de EB.⁶⁸ Is het aantal opt-outers te groot om de voorzetting van de collectieve actie te rechtvaardigen, dan kan de rechter beslissen dat deze niet wordt voortgezet.⁶⁹ Een tweede mogelijkheid tot opt-out bestaat nadat partijen een collectieve schikkings-overeenkomst hebben gesloten.⁷⁰

Een bijzonder geval dient zich aan als sprake is van een collectieve stuiting op basis van bijvoorbeeld een schriftelijke mededeling in de zin van artikel 3:317 BW. De opt-outers dienen dan binnen zes maanden een individuele stuitingshandeling voor deze vordering te verrichten. Opt-outers kunnen niet samen een eigen collectieve actie starten.⁷¹ Wat wel mogelijk is, is een procedure (al dan niet op basis van volmacht of overdracht van de vorderingen aan een claimvehikel) waarbij de opt-outers gezamenlijk een advocaat aanwijzen om hun belangen te behartigen. Op grond van artikel 1018m (nieuw) Rv zullen procedures van opt-outers (gebundeld of individueel) een jaar worden geschorst als de gedaagde hierop een beroep doet. Het geding kan na een jaar schorsing worden hervat op verzoek van de eisers.⁷²

De opt-outstructuur geldt niet voor (rechts)personen die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben. Voor deze groep leidt de procedure over de collectieve vordering

66 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 46.

67 Art. 1018l lid 2 Rv.

68 Art. 1018f Rv.

69 Art. 1018f lid 1 laatste zin Rv.

70 Art. 1018h lid 5 Rv jo. art. 1018f lid 1 Rv.

71 Art. 1018f lid 4 Rv.

72 Art. 1018m lid 2 sub a Rv jo art 227 Rv.

alleen tot gebondenheid, indien (rechts)personen uit de groep binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste een maand na aanwijzing van de EB door een schriftelijke mededeling aan de griffie hebben laten weten in te stemmen met de behartiging van hun belangen in deze collectieve vordering. Er is hier ruimte voor maatwerk: op verzoek van een partij kan de rechter bepalen dat, in afwijking van de hiervoor beschreven regeling, de collectieve vordering toch van toepassing is op hen die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben.

Het is te verwachten dat 305a-organisaties op grond van deze regeling buitenlandse benadeelden contractueel aan zich zullen willen binden. Het doel is dan om (via opt-in) in de collectieve actie te participeren of desnoods zelf een eigen procedure⁷³ te starten om langs die route compensatie te verkrijgen voor de buitenlandse benadeelden. In de overeenkomst tussen buitenlandse benadeelden en de 305a-organisatie zal in de meeste gevallen een (resultaatsafhankelijke) regeling staan opgenomen die ziet op een vergoeding voor de 305a-organisatie.

6 Collectieve verbindendverklaring van een schikking bij hof Amsterdam via WCAM

De wetgever gaat er bij de invoering van de collectieve schadevergoeding in de WAMCA uitdrukkelijk vanuit dat partijen gedurende de rechtsstrijd in beginsel komen tot een schikking zodat de rechter niet zelf een collectieve schadeafwikkelingsregeling moet vaststellen. Om partijen bij een collectieve schadeafwikkeling via een schikking behulpzaam te zijn, is in 2005 de WCAM ingevoerd. Deze procedure maakt het mogelijk om een overeenkomst over de afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige schadevorderingen tussen een 305a-organisatie en de aangesproken

73 De 305a-organisatie zal dan voor de individuele buitenlandse partij op basis van volmacht optreden. De individuele vorderingen kunnen ook worden overgedragen aan de 305a-organisatie.

partij (WCAM-overeenkomst⁷⁴), door de rechter verbindend te laten verklaren voor alle benadeelden.

De materieelrechtelijke bepalingen van de WCAM staan in artikel 7:907-910 BW; de formeelrechtelijke bepalingen staan in artikel 1013-1018 Rv. Het hof Amsterdam is bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van het verzoek tot verbindendverklaring van een WCAM-overeenkomst.⁷⁵ De WCAM voorziet in feite in de mogelijkheid om door het hof Amsterdam een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen een 305a-organisatie of -organisaties en de aangesproken partij (en diens verzekeraar(s)) verbindend te laten verklaren voor alle leden van de groep benadeelden. Kortom, een collectief schikkingsmechanisme waarbij het hof de belangen behartigt van degenen die worden gebonden, maar geen partij bij de overeenkomst noch noodzakelijk de procedure zijn.⁷⁶

Na de verbindendverklaring hebben de leden van deze groep de mogelijkheid om aan deze gebondenheid te ontkomen door het sturen van een opt-out verklaring aan de daartoe in de WCAM overeenkomst aangewezen persoon.⁷⁷

74 Deze overeenkomst moet het volgende bevatten (art. 7:907 lid 2 BW):

- a. een omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de overeenkomst betrekking heeft;
- b. een omschrijving van de groep dan wel groepen van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, naar gelang van de aard en de ernst van hun schade;
- c. een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot deze groep of groepen behoort;
- d. de vergoeding die aan deze personen wordt toegekend;
- e. de voorwaarden waaraan deze personen moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen;
- f. de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen;
- g. de naam en de woonplaats van degene aan wie de opt-out mededeling schriftelijke moet worden gedaan (art. 7:908 lid 2 en 3 BW).

75 Art. 1013 lid 3 Rv.

76 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 3.

77 Art. 7:908 lid 2 jo. art. 7:907 lid 2 sub f BW.

Het hof kan het verzoek tot verbindendverklaring van een WCAM-overeenkomst afwijzen in een paar gevallen.⁷⁸ Onder andere kan de rechter dit als de hoogte van de toegekende vergoedingen niet *redelijk* is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade. Uit deze laatste zinsnede blijkt heel duidelijk dat het hof zich ook een oordeel moet vormen over de aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen (beweerdelijke veroorzaker en benadeelden) bestaande rechtsverhouding.⁷⁹

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij de redelijkheidstoets van artikel 7:907 lid 3 BW een actieve houding van het hof wordt verwacht.⁸⁰ Het hof moet in zekere mate tot een inhoudelijk oordeel over de rechtsverhouding tussen de aangesproken partij en de benadeelden. Het hof neemt bij zijn oordeel over de redelijkheid in ieder geval de in de parlementaire geschiedenis genoemde factoren, zoals de kosten en slagingskansen van een daadwerkelijke inhoudelijke beoordeling in individuele procedures, mee.

Vanwege de mogelijkheid van opt-out dat als een zwaard van Damocles boven de WCAM-procedure hangt, is een inhoudelijk oordeel over deze rechtsverhouding een praktische noodzakelijkheid die ook in het belang van de partijen die de collectieve schikking hebben gesloten is. Immers, indien de benadeelden menen dat zij een aanzienlijke kans maken op een betere vergoeding van hun schade zullen zij in groten getale opt-out verklaringen afleggen.

78 Art. 7:907 lid 3 BW:

- a. de overeenkomst niet aan de inhoudelijke eisen van art. 7:907 lid 2 voldoet;
- b. de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade;
- c. onvoldoende zeker is dat uit de overeenkomst voortvloeiende rechten van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, kunnen worden nagekomen;
- d. de overeenkomst niet voorziet in de mogelijkheid van een onafhankelijke beslechting van geschillen die uit de overeenkomst kunnen voortvloeien door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn;
- e. de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins onvoldoende gewaarborgd zijn;
- f. de in lid 1 bedoelde stichtingen of verenigingen niet voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten;
- g. de groep van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten van onvoldoende omvang is om een verbindendverklaring te rechtvaardigen;
- h. er een rechtspersoon is die ingevolge de overeenkomst de vergoedingen verstrekt, en deze geen partij is bij de overeenkomst.

79 *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 13.

80 *Kamerstukken I* 2004/05, 29414, nr. C, p. 6. Zie ook Croiset van Uchelen 2004, p. 142.

Bij de redelijkheidstoets kan het hof zich laten informeren door één of meerdere deskundigen.⁸¹ Ook heeft het hof op grond van artikel 7:907 lid 4 BW de bevoegdheid, alvorens te beslissen, partijen te bewegen (tot instemming met) aanvullingen of wijzigingen van de WCAM-overeenkomst. De rechter kan dus niet uit eigen beweging deze overeenkomst aanvullen of wijzigen. De partijautonomie van de contracterende partijen (305a-organisatie(s) en aangesproken partij(en) staat voorop; zij moeten gezamenlijk aanvullingen of wijzigingen bij het hof in te dienen.⁸²

Zodra het verzoek tot verbindendverklaring is toegewezen, heeft de WCAM-overeenkomst tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij ieder der gerechtigden als partij geldt.⁸³ De verbindendverklaring heeft geen gevolg ten aanzien van degenen die opt-outen die binnen een door de rechter te bepalen termijn door een schriftelijke mededeling heeft laten weten niet gebonden te willen zijn aan de WCAM-overeenkomst.

Er is ook voorzien in mogelijkheden om binnen een faillissement gebruik te maken van de WCAM.⁸⁴ Vorderingen waarop schuldeisers krachtens een door de curator gesloten en vervolgens verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst aanspraak maken, hoeven niet ter verificatie te worden ingediend. De afwikkeling van deze vorderingen verloopt dan langs twee sporen: de WCAM-procedure vervangt de kostbare en tijdrovende verificatieprocedure, waarna de aanspraken krachtens de WCAM-overeenkomst vervolgens door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de gewone regeling van de vereffening worden voldaan.⁸⁵ Bij het faillissement van DSB bank is deze procedure gebruikt om een schikking verbindend te verklaren tussen de curator en cliënten van DSB die een schadevergoedingsvordering op de bank meenden te hebben vanwege inadequate dienstverlening.

Op 1 januari 2021 treedt de Wet homologatie onderhands akkoord in werking. Hiermee wordt het voor de schuldenaar die verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, mogelijk om zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aan te bieden dat voorziet in een wijziging van hun rechten en dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 Fw kan worden gehomologeerd.⁸⁶ Een gekwalificeerde meerderheid van schuldeisers en aandeelhouders plus rechterlijke goedkeuring

81 Art. 1016 Rv.

82 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 16.

83 Art. 7:908 lid 1 BW.

84 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 1.

85 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 8.

86 Art. 369 t/m 387 Fw. De WHOA regeling is niet van toepassing op een natuurlijke persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, noch op een bank als bedoeld in artikel 212g, onderdeel a, of een verzekeraar als bedoeld in artikel 213, onderdeel a, als schuldenaar. Zie art. 369 lid 1 Fw.

kan niet of tegenstimmende minderheden binden aan een dergelijke verlaging van het bedrag van hun vorderingen. Niettemin kan het hiervoor noodzakelijk zijn dat via een schikking de hoogte van deze schadevergoedingsvorderingen wordt vastgesteld.

Het hof Amsterdam heeft in acht beschikkingen een WCAM-overeenkomst verbindend verklaard, namelijk in *Des*,⁸⁷ *Dexia* (Duisenberg-regeling),⁸⁸ *Vie d'Or*,⁸⁹ *Shell*⁹⁰ en *Vedior*,⁹¹ *Converium*,⁹² *DSB*⁹³ en *Fortis*.⁹⁴

In deze laatste beschikking waren de verschillende verdienmodellen (rol en vergoeding voor 305a-organisaties⁹⁵ en derden-financiers⁹⁶, additionele vergoedingen voor eigen achterban van 305a-organisaties) onderwerp van debat. Het hof meende dat het hierover te oordelen had in zijn rol als hoeder van de benadeelden voor wie de WCAM-overeenkomst de vergoeding vaststelt. De oorspronkelijke WCAM-overeenkomst tussen dezelfde partijen was niet verbindend verklaard medio 2017.⁹⁷ In zijn beschikking uit 2017 heeft het hof partijen een expliciete richting opgestuurd.⁹⁸ Zoals eerder gebleken bij de DSB-tussenbeschikkingen, zet het hof zijn sturende hand voort.⁹⁹ In zijn eindbeschikking heeft het hof de herziene WCAM-overeenkomst verbindend verklaard.

87 Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440 (*DES-beschikking*).

88 Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, *JOR* 2007/71, m.nt. Leijten (*Duisenberg-regeling*).

89 Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *JOR* 2009/196, m.nt. Leijten onder *JOR* 2009/197, *NJF* 2009/247 (*Vie d'Or-beschikking*).

90 Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744, *JOR* 2009/197, m.nt. Leijten (*Shell-beschikking*).

91 Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691, *JOR* 2009/325, m.nt. Pijls, *Ondernemingsrecht* 2009/162, m.nt. De Jong (*Vedior-beschikking*).

92 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, *JOR* 2012/51, m.nt. B.J. de Jong (*Converium*).

93 Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560, *JOR* 2015/10, m.nt. Tzankova (*DSB*).

94 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*).

95 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*), r.o. 5.19. Zie hierover uitgebreid B.J. de Jong, 'Redelijke vergoedingen voor belangenorganisaties en procesfinanciers bij WCAM-schikkingen', *Ondernemingsrecht* 2019/142.

96 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*), r.o. 5.43.

97 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann (*Fortis*).

98 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, r.o. 10.9.

99 Zie ook Tzankova in haar noot bij de Fortis-beschikking, *JOR* 2018/246, rdn. 8.

7 Claimcode 2019

In deze paragraaf behandel ik kort de Claimcode 2019. De Claimcode is een vorm van zelfregulering van partijen betrokken bij collectief schadeverhaal in Nederland. Er bestond in de praktijk enige onduidelijkheid over de niet-wettelijke status van de Claimcode 2011. In de jurisprudentie refereren rechters aan een indirecte wettelijke verankering van de Claimcode.¹⁰⁰

De Claimcode 2019 is van toepassing op stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die in collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW optreden of betrokken zijn bij een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:907 BW en een verzoek aan het hof Amsterdam tot verbindendverklaring van deze overeenkomst. Voor kleine stichtingen en verenigingen is in de Claimcode 2019 geen afwijkende regeling opgenomen. Wel zou een afwijking via het pas toe of leg uit-beginsel kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op de geringe omvang van het aantal deelnemers of leden dan wel de geringe individuele schadeomvang of bijdrage per deelnemer.

Principe I. Naleving en handhaving van de Claimcode 2019

Principe I. bepaalt dat de oprichter(s) verantwoordelijk is (zijn) voor de governance structuur van de belangenorganisatie en voor de naleving van de Claimcode 2019.

Na de oprichting is het bestuur van de vereniging en zijn het bestuur en de raad van toezicht van de stichting verantwoordelijk voor de instandhouding van de governance structuur van de vereniging of van de stichting en voor de naleving van de Claimcode 2019. Bij een stichting wordt ten minste naast het bestuur een raad van toezicht ingesteld.

De oprichters en, na de oprichting, het bestuur van de vereniging en het bestuur en de raad van toezicht van de stichting hebben een verantwoordingsplicht over de gekozen governance structuur. Zij leggen hierover verantwoording af aan de (rechts) personen van wie de belangenorganisatie zich krachtens haar statutaire doelstelling de belangen aantrekt. Eventuele afwijkingen van de Claimcode 2019 moeten voorzien zijn van een deugdelijke motivering.

De Claimcode 2019 erkent dat governance een kwestie van maatwerk is. Afwijking kan onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd zijn (zie het uitgangspunt

¹⁰⁰ Zie Van Mourik & Bauw 2019, p. 52. Teneinde de rechtszekerheid te vergroten kan er ook voor worden gekozen de bepalingen van de Claimcode 2019 in de wet te verankeren: ofwel door een AMvB-bepaling vergelijkbaar met de verankering van de Nederlandse Corporate Governance Code (vgl. art. 2:391 lid 5 BW) als een gedragscode, ofwel door het rechtstreeks opnemen van deze bepalingen in de wet. De eerste optie biedt daarbij de grootste flexibiliteit en heeft de voorkeur.

pas toe of leg uit). Daarvoor is wel vereist dat de redengeving voor deze afwijking controleerbaar is en daartoe openbaar wordt gemaakt.

In Uitwerking I.1 is dan ook de verplichting opgenomen tot opstelling van een jaarlijks verantwoordingsdocument. In dit jaarlijks verantwoordingsdocument staan de hoofdlijnen van de governance structuur. De belangenorganisatie moet daarin uitdrukkelijk toelichten in hoeverre zij de principes en uitwerkingen van de Claimcode 2019 opvolgt en wat de reden is voor eventuele afwijking.

Op grond van Uitwerking I.2 moet ook de over ieder boekjaar op de website geplaatste informatie over governancestructuur voor het publiek toegankelijk blijven, zolang de belangenorganisatie actief is.

Uitwerking I.3 schrijft voor dat elke wijziging in de governancestructuur moet worden voorgelegd aan de raad van toezicht en bij een vereniging aan de ledenvergadering. Uiteraard geldt hierbij ook het pas toe of leg uit-principe. Besturen van stichtingen en verenigingen zullen in het jaarlijks verantwoordingsdocument over naleving van de Claimcode 2019¹⁰¹ dus moeten aangeven dat en om welke reden zij slechts substantiële wijzigingen ter goedkeuring aan de raad van toezicht respectievelijk algemene vergadering voorleggen. Het bestuur zal dan ook duidelijkheid moeten verschaffen op basis van welke criteria het wijzigingen als substantieel zal beoordelen.

Bij verenigingen met veel leden zoals de Consumentenbond, ANWB en de VEB is het bijeenroepen van een algemene vergadering geen sinecure. Zeker als een quorum is van toepassing is en dus in veel gevallen een tweede vergadering dient te worden uitgeschreven voordat een rechtsgeldig besluit kan worden genomen. Verenigingen zouden op basis van het pas toe of leg uit-beginsel een beperking tot voorleggen van substantiële wijzigingen aan de algemene vergadering kunnen uitleggen met een beroep op de logistieke inspanningen van een dergelijke procedure bij elke wijziging.

Principe II. Behartiging van collectieve belangen zonder winstoogmerk

Principe II bepaalt dat de belangenorganisatie in het collectieve belang van de (rechts) personen handelt ten behoeve van wie zij krachtens haar statutaire doelstelling optreedt. Uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheden en de governance van de belangenorganisatie moet blijken dat de belangenorganisatie en de aan de belangenorganisatie rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk hebben bij de uitoefening van de activiteiten van de belangenorganisatie.

Uitwerking II.2 duidt dat onder winstoogmerk niet wordt verstaan de door een belangenorganisatie ontvangen of bedongen marktconforme vergoeding voor gemaak-

101 Uitwerking V.8 onder (v) verwijzend naar Uitwerking VII.8. Zie ook Uitwerking I.2.

te kosten of geleverde diensten, met inbegrip van een eventuele redelijke opslag ten behoeve van (toekomstige) collectieve belangenbehartiging en van de kosten voor gebruik van eigen vermogen of vreemd vermogen.

De kostenvergoeding kan dus op marktconforme basis worden berekend in die zin dat niet alleen de daadwerkelijk gemaakte kosten worden vergoed maar dat de verrichte werkzaamheden tegen markttarief in rekening kunnen worden gebracht.

Principe III. Externe financiering

Principe III bepaalt dat de belangenorganisatie ten behoeve van de financiering van haar statutaire werkzaamheden een overeenkomst kan aangaan met een solide externe financier. Het bestuur dient zich te vergewissen dat individuele bestuurders en leden van de raad van toezicht alsmede de door de belangenorganisatie ingeschakelde advocaat of andere dienstverleners zelfstandig en onafhankelijk zijn van de externe financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen. Tevens dient de externe financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen onafhankelijk te zijn van de wederpartij in de collectieve actie.

De belangenorganisatie moet op grond van Uitwerking III.4 erop toezien dat haar advocaat uitsluitend optreedt voor en ten behoeve van de belangenorganisatie en haar statutaire achterban en geen opdracht(en) aanneemt van de externe financier en de aan deze (on)middellijk verbonden (rechts)personen. Dit laat onverlet dat de financiering en daadwerkelijke betaling van de advocaatkosten, rechtstreeks of middellijk kan plaatsvinden door de externe financier. Deze zaken worden vastgelegd in de opdrachtbrief aan de advocaat.

De overeenkomst met de externe financier voorziet in een regeling die de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de claimorganisatie waarborgt. Het bestuur ziet erop toe dat de financieringsvoorwaarden (waaronder begrepen de omvang en systematiek van de overeen te komen vergoeding) redelijkerwijs niet strijdig zijn met het collectieve belang van de (rechts)personen ten behoeve van wie de belangenorganisatie krachtens haar statutaire doelstelling optreedt.

Het principe is streng ten aanzien van de mogelijkheid voor externe financiers om zich te mengen in de proces- en schikkingsstrategie. De zeggenschap hierover ligt uitsluitend bij de belangenorganisatie volgens Uitwerking III.3.

Opzegging van de overeenkomst kan, behoudens bijzondere omstandigheden, eerst nadat een uitspraak in eerste aanleg is verkregen, zie Uitwerking III.6. Op deze manier wordt voldoende zekerheid gecreëerd voor alle procespartijen en ook de gedupeerde achterban, in die zin dat adequate financiering gedurende de gehele procedure is gewaarborgd.

Voor wat betreft de transparantie bepaalt Uitwerking III.7 dat op het voor het publiek toegankelijke deel van de website van de belangenorganisatie wordt gemeld (i) dat er sprake is van externe financiering, (ii) de identiteit en woonplaats van deze financier en (iii) de systematiek op hoofdlijnen van de met deze financier overeengekomen vergoeding(en) en/of overeengekomen diensten. In geval de externe financier een vergoeding toekomt die is gebaseerd op een percentage van een in of buiten rechte toe te kennen collectieve (schade)vergoeding, wordt het desbetreffende percentage vermeld.

In Uitwerking III.8 volgt een belangrijke beperking van de transparantie. De belangenorganisatie hoeft namelijk niet de omvang van de aan de financier toekomende vergoedingen, het voor de zaak beschikbare budget, de financieringsdocumentatie of andere, gelet op de aard van haar werkzaamheden, gevoelige informatie op de website of anderszins te openbaren. Teneinde aan een toekomstige opvraging door de rechter van de financieringsovereenkomst met een derde-financier te kunnen voldoen, verplicht deze Uitwerking III.8 de belangenorganisatie ertoe bij de externe financier te bedingen dat zij bevoegd is deze informatie aan de rechter mee te delen indien deze daartoe een bevel geeft. De rechter heeft deze informatie nodig om bij de collectieve actie te kunnen beoordelen of is voldaan aan het ontvankelijkheidsvereiste van artikel 3:305a lid 2 sub c BW.¹⁰² In die bepaling staat dat de zeggenschap over de collectieve rechtsovereenkomst in voldoende mate bij de belangenorganisatie moet liggen. In deze Uitwerking staat tot slot nog wel dat de belangenorganisatie ernaar mag streven te voorkomen dat deze informatie ook ter inzage van de wederpartij in de procedure komt.

Principe IV. Onafhankelijkheid en vermindering belangentegenstelling

Principe IV bepaalt dat het bestuur zodanig is samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de raad van toezicht, een eventuele externe financier en de belanghebbenden bij de belangenorganisatie, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

Principe V. De samenstelling, taak en werkwijze van het bestuur

Principe V bepaalt dat het bestuur evenwichtig dient te zijn samengesteld. Het bestuur is belast met het besturen van de belangenorganisatie, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de vaststelling en uitvoering van het (financieel) beleid en de op verwezenlijking van de statutaire doelstelling gerichte strategie.¹⁰³ Het bestuur van de stichting legt hierover ten minste één keer per jaar verantwoording af aan de raad van toezicht. Het bestuur van de vereniging legt hierover ten minste één keer per jaar verantwoording af aan de algemene vergadering.¹⁰⁴

102 *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, 10.

103 Dit volgt reeds uit de wettelijke bepalingen (art. 2:44 BW respectievelijk art. 2:291 BW).

104 Dit volgt reeds uit de wettelijke bepalingen (art. 2:48 BW jo. art. 2:41 lid 1 BW).

Uitwerking V.7 schrijft voor dat het bestuur van een vereniging de voor de belangenorganisatie en haar belanghebbenden (mogelijk) ingrijpende besluiten ter goedkeuring voorlegt aan de ledenvergadering, waaronder het sluiten van een schikkingsovereenkomst en het indienen van een WCAM-verzoek.¹⁰⁵

In Uitwerking V.8 staat dat het bestuur ervoor verantwoordelijk is dat een algemeen toegankelijke website in stand wordt gehouden. Hierop moet onder meer ook het jaarlijks verantwoordingdocument over de naleving of afwijking van de Claimcode 2019 (zie Uitwerking I.1) worden geplaatst (Uitwerking V.8 (ii)).

Principe VI. Vergoedingen aan bestuurders

Volgens Principe VI kunnen bestuurders voor de uitoefening van hun bestuurstaken een beloning ontvangen die in redelijke verhouding staat tot de aard en intensiteit van hun werkzaamheden. Daarnaast kunnen zij een redelijke onkostenvergoeding ontvangen. Bestuurders verrichten ten behoeve van de belangenorganisatie geen gehonoreerde werkzaamheden die niet uit hun bestuurstaak voortvloeien.

De Claimcode 2019 biedt geen handvatten om precies te bepalen welke werkzaamheden voortvloeien uit de bestuurstaak en welke niet.

Principe VII. De raad van toezicht

Principe VII bepaalt dat de stichting een raad van toezicht kent, bestaande uit ten minste drie natuurlijke personen, waarvan er ten hoogste één benoemd is op voordracht van een eventuele financier. De raad van toezicht heeft tot taak het toezicht houden op het beleid en de strategie van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting. Hieronder wordt tevens begrepen het financieel toezicht en het uitoefenen van die taken en bevoegdheden die in de Claimcode 2019 en de statuten van de stichting aan de raad van toezicht zijn toegekend. De raad van toezicht geeft op alle belangrijke punten het bestuur gevraagd en ongevraagd advies en richt zich bij de vervulling van haar taak op de in de statutaire doelstelling van de stichting omschreven belangen.

8 Ideële claims en duurzaamheid

Naast de in de vorige paragrafen besproken collectieve geschilbeslechting waarbij vermogensschade van meerdere individuele partijen centraal staat, biedt de Nederlandse collectieve actie ook de mogelijkheid om meer ideële acties te voeren. Bij deze algemeen belangacties gaat het dan om rechtsvorderingen waarbij de personen om

¹⁰⁵ Dit principe is in de praktijk mogelijk moeilijk uitvoerbaar bij verenigingen met veel leden als Consumentenbond, ANWB of VEB. Deze zullen dan op basis van de 'pas toe of leg uit'-methode in hun verantwoordingdocument moeten uitleggen waarom zij hiervan afwijken.

wier belangen het gaat niet individualiseerbaar zijn vanwege het algemene karakter ervan.¹⁰⁶ De belangen raken vrijwel ieders bestaan.

Uiteraard zal de schaalgrootte verschillen. Stank- en geluidsoverlast zal in de regel beperkt zijn tot de omwonenden van de overlastgever. Een 305a-organisatie kan dan via de rechter een verbod op straffe van een boete vorderen. In een algemeen-belangactie kunnen landelijke of mondiale kwesties zoals uitstoot van broeikasgassen centraal staan. In de Urgenda-procedure heeft de Stichting Urgenda van de Staat der Nederlanden met succes een rechterlijk bevel tot het nemen van overheidsmaatregelen om de uitstoot te verminderen, gevorderd.¹⁰⁷

Niet alleen de overheid wordt aangesproken in een collectieve actie voor milieu- en klimaatschade, ook ondernemingen worden in een collectieve actie aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van klimaatverandering door hun producten of productiewijze¹⁰⁸ ondernemingen die wereldwijd hun producten en diensten aanbieden, worden geconfronteerd met claims over hun impact op milieu en sociale omstandigheden (ESG¹⁰⁹). De houdstermaatschappijen hebben vaak hun statutaire zetel of hun hoofdbestuur in Europa of de Verenigde Staten. Hun beroep op de wereldwijde kapitaalmarkt vindt vaak plaats via beursnoteringen aldaar. Deze ondernemingen worden soms aangesproken door organisaties die opkomen voor anderen die beweerdelijk zijn geschaad. Wetgevers hebben deze organisaties en hun achterbannen met diverse vormen van collectief actierecht in staat gesteld om tegen massaschade op te treden.

Ondernemingen worden aansprakelijk gesteld voor milieuschade die zij bij de productie hebben veroorzaakt.¹¹⁰ Ook voor schade die werknemers van buitenlandse dochter-

106 N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', TPR 2003, p. 1417-1418.

107 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Staat der Nederlanden/Stichting Urgenda*).

108 Shell is bij dagvaarding van 5 april 2019 door onder meer Milieudefensie en Greenpeace bij de rechtbank Den Haag aansprakelijk gesteld voor haar bedrijfsactiviteiten door verkoop van fossiele producten die CO₂ uitstoten. Zie <https://milieudefensie.nl/actueel/volledige-dagvaarding-shell.pdf>.

109 Environment, Social and Governance.

110 Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588 (*Milieudefensie /Shell*) waarin de moedermaatschappij Shell aansprakelijk is gesteld voor schade als gevolg van oliekkages in Nigeria die is veroorzaakt door haar Nigeriaanse groepsmaatschappij. Zie ook NRC Handelsblad 9 oktober 2020, 'Milieudefensie en Shell botsen over olielek Nigeria. In het VK is ook een procedure hierover aanhangig CoA 14 February 2018, [2018] EWCA Civ 191 (*Okpabi v Royal Dutch Shell*). De mijnbouwonderneming Vedanta is in het VK aansprakelijk gesteld voor de schade veroorzaakt door haar Zambiaanse groepsmaatschappij, zie UK Supreme Court 10 April 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta Resources plc v Lungowe*).

vennootschappen hebben geleden als gevolg van een beweerdelijke zorgplichtschending door de houdstermaatschappij wordt in collectieve acties opgekomen.¹¹¹

9 Concluderende opmerkingen

Onder de WAMCA kunnen 305a-organisatie een collectieve schadevergoedingsvordering instellen. Een van de vraagstukken die nog open liggen is, hoe de rechter bij achterwege blijven van een schikking een collectieve schadeafwikkeling zal vaststellen. Voor de omvang van de collectieve schadevergoeding heeft de wetgever expliciet de toepassing van het reguliere schadevergoedingsrecht van afdeling 6.1.10 BW voorgeschreven.¹¹²

Het reguliere schadevergoedingsrecht is gebaseerd op vaststelling van de schade zoals deze door een afzonderlijke, individuele persoon is geleden. Van de rechter wordt dus toepassing van deze op individuele schadevergoeding geënte regels verwacht in een procedure waarin het individuele geval nu juist niet onderwerp van geschil is.¹¹³ Interessant wordt hoe in de praktijk Nederlandse rechters met deze spanning zullen omgaan bij de vaststelling van een collectieve schadeafwikkelingsregeling. De rechter ontleent aan art. 6:97 BW weliswaar de vrijheid om aan damage scheduling te doen, maar de wetgever helpt hem niet bij de vraag hoe deze categorieën moeten worden vastgesteld.

Een ander novum is de aanwijzing door de rechter van een exclusieve belangenbehartiger die ten behoeve van de achterban van alle 305a-organisaties de procedure zal moeten voeren. Met name de verantwoordelijkheid van deze EB voor de procesvoering en de betrokken belangen zou ertoe kunnen leiden dat belangenorganisaties niet graag deze rol op zich nemen. Bij afronding van dit hoofdstuk in november 2020 is een twintigtal collectieve vorderingen onder de WAMCA geregistreerd in het register voor collectieve acties. In geen van deze procedures is door de rechter al een (tussen) uitspraak gedaan waarbij een EB is aangewezen.

111 Zie de procedure tegen Shell ingesteld door vier weduwen van werknemers, Rb Den Haag 1 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4233. In het VK is Unilever plc aangesproken door 218 werknemers van haar Keniaanse groepsmaatschappij UTKL wegens gewelddadigheden op de lokale plantage. Dit is afgewezen vanwege onvoldoende betrokkenheid van de holding bij het bestuur van UTKL, zie CoA 4 July 2018, [2018] EWCA Civ 1532 (*AAA v Unilver plc*).

112 1018i lid 2 Rv.

113 Zie T. Hartlief, 'Massaschaderecht in ontwikkeling', TPR 2019, p. 464-465; bijdragen Klein Meuleman, 'Schadeberekening in collectieve acties' en De Jong, 'Regressieanalyse in het (massa)schadevergoedingsrecht;', in M.R. Hebly (red.), *Schaalvergroting in het privaatrecht*, 2019 Den Haag: BJu.

