

COLLECTIEVE AFHANDELING VAN SCHADE: NUT EN NOODZAAK VAN EEN NIEUWE REGELING ONTBREEKT

Prof. mr. T.M.C. (Tomas) Arons¹

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de collectieve afhandeling van schade centraal. Met name in gevallen van corporate misinformation wordt door de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt van de collectieve verhaalsmogelijkheden die het Nederlands recht biedt. Ook de Nederlandse rechter – in het bijzonder het Hof Amsterdam bij verbindend-verklaring van collectieve schikkingen via de zogenoemde WCAM-procedure – faciliteert de collectieve afhandeling van massaschade.

Bij corporate misinformation gaat het om gebrekkige informatieverstrekking richting marktpartijen, in het bijzonder het beleggend publiek, over de ontwikkelingen bij en toekomstverwachtingen van de desbetreffende uitgevende instelling. Eén van de kern-elementen van het vennootschapsrecht is immers het jaarlijks afleggen van rekening en verantwoording over het gevoerde (bestuurs)beleid. Dit gebeurt onder meer door deponering van de jaarrekening conform art. 2:394 BW. Daarnaast verplicht het financieel recht beursvennootschappen tot een doorlopende verplichting beleggers van de noodzakelijke corporate information te voorzien. Door de verplichting tot halfjaarlijkse rapportage en openbaarmaking van voorwetenschap wordt getracht de informatieasymmetrie tussen het management en het beleggende publiek te verkleinen en zodoende een optimale effectenmarkt te bereiken. Als deze verplichtingen worden

¹ Tomas Arons is als hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht. Tevens is hij juridisch adviseur bij de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en is zodoende betrokken bij een aantal in dit artikel genoemde procedures. Deze bijdrage betreft een uitwerking van de mondelinge bijdrage zoals Arons die heeft gehouden op het Jaarsymposium Vereniging Jaarrekeningenrecht: 'Doorwerking van formele aspecten van jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht' dat op 3 november 2016 in Nijmegen plaatsvond. Deze bijdrage is gebaseerd op de volgende twee artikelen van Arons en G.F.E. Koster, 'Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht. Perikelen bij het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie.' *Ondernemingsrecht* 2017/86; en 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen, Deel 141), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Deze bijdrage is afgesloten in juli 2017.

geschonden en de schade aan de uitgevende instelling kan worden toegerekend, zullen beleggers compensatie van de door hen geleden koersverliezen verlangen. Uit individueel en maatschappelijk oogpunt heeft een collectieve afwikkeling van massaschade de voorkeur.

Een collectieve schikking (die via de WCAM verbindend verklaard kan worden door het Hof Amsterdam) komt in de regel niet tot stand dan nadat er eerst in een collectieve actie (art. 3:305a BW) een verklaring voor recht is verkregen dat de uitgevende instelling in dat specifieke geval zijn openbaarmakingsverplichtingen heeft geschonden en aldus onrechtmatig jegens haar (potentiële) beleggers heeft gehandeld.

Op 15 november 2016 heeft de wetgever het voorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve *schadevergoedingsactie* mogelijk te maken (Wetsvoorstel) openbaar gemaakt.² Het Wetsvoorstel beoogt een collectieve actie waarin schadevergoeding in geld kan worden gevorderd, mogelijk te maken. Bij de invoering van de huidige collectieve actie begin jaren 90 is dit niet gebeurd. Het huidige lid 3 van artikel 3:305a BW verbiedt een schadevergoeding in geld te vorderen.

In paragraaf 2 volgt een korte beschrijving van de huidige wettelijke regeling. Paragraaf 3 zet de doelstelling van de Tweede Kamer uiteen om tot een collectieve schadevergoedingsactie (Motie Dijkema uit 2011). In paragraaf 3 staat het Ambtelijk Voorontwerp dat op 7 juli 2014 ter consultatie werd openbaar gemaakt en de vijftal aanbevelingen (Aanbevelingen) van de juristengroep (Juristengroep) centraal. Deze Aanbevelingen adresseren bezwaren die uit de consultatie kenbaar waren geworden. Deze Aanbevelingen hebben (mede) geleid tot het Wetsvoorstel dat in paragraaf 4 wordt toegelicht. Paragraaf 5 bevat een kritische beschouwing van het Wetsvoorstel. Paragraaf 6 vormt een samenvatting van deze bijdrage.

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, noem ik 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 schadevergoedingsactie”. De exclusieve groepsvertegenwoordiger, ook wel exclusieve belangenbehartiger, is afgekort tot “EB”.

² *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 2.

2 Art. 3:305a BW: huidige stand van zaken en Motie Dijksma

Met de invoering in 1994 van art. 3:305a BW is een wettelijke regeling voor de collectieve actie in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.³ Vanaf 1 juli 1994⁴ kan een 305a-organisatie een rechtsvordering⁵ instellen tot bescherming van de gelijksoortige belangen van haar achterban. Deze rechtsvordering is niet privaatief; de individuele leden van de achterban behouden het recht een eigen vordering in te stellen. De bevoegdheden van een 305a-organisatie om ten behoeve van de achterban op treden wordt door de Hoge Raad begrensd door inachtneming van de doelstelling van de collectieve actie. Artikel 3:305a BW is een instrument tot effectieve en efficiënte rechtsbescherming aan een (grote) groep gelaedeerden met gelijksoortige belangen.⁶

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.⁷ De rechter toetst of de belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd.⁸ Hij doet dit aan de hand van de corporate governance principes en uitwerkingen over onder meer de organisatiestructuur en transparantie over de eigen vergoeding van

3 *Stb.* 1994, 269. Zie voor een uitgebreide omschrijving van de collectieve actie naar huidig recht: T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, '20 jaar collectieve actie in het Nederlands BW', *Ondernemingsrecht* 2014/68; T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, 'Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2011/2014' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en 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 en G.F.E. Koster, 'Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2016' in: M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016/2017* (nog te verschijnen).

4 *Stb.* 1994, 391.

5 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.w. 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*).

6 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 3. Zie ook: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR2014:766 (*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.

7 Deze extra ontvankelijkheidstoets 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.

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

de 305a-organisatie (incl. haar bestuurders) zoals neergelegd in de Claimcode⁹.¹⁰ Tevens speelt de (juridische) kennis en ervaring van de 305a-organisatie een rol bij de vaststelling of zij de procedure adequaat kan voeren. Misbruik van de procedure ten bate van het eigen commercieel motief wordt niet gehonoreerd.¹¹

Eind 2011 heeft de Tweede Kamer bij motie (Dijksma) de regering verzocht te komen met een regeling voor collectief schadeverhaal.¹² Idealiter moet deze regeling de 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, bescherming bieden tegen het veelal onvergoed blijven van die (massa) schade.¹³ Het verbod om collectief schadevergoeding te vorderen (art. 3:305a lid 3 BW) leidt er bij ontstentenis van via de WCAM verbindend verklaarde schikking ertoe dat het individuele lid van de achterban op basis van de collectief verkregen verklaring voor recht dat de uitgevende instelling onrechtmatig heeft gehandeld, zelfstandig zijn schade verhalen. Naast de individuele (verhaals)kosten is deze situatie ook vanuit maatschappelijk oogpunt niet efficiënt vanwege onder meer de belasting voor de rechterlijke macht.

9 De Claimcode is afgekondigd door de Commissie Claimcode 2011 en te raadplegen via: <http://www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/716993/compljuniclaimcodecomm2011.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.

10 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, 3, p. 12-13 (MvT).

11 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 126, C, p. 1-2 (MvA). Zie ook: Claimcode van de Commissie Claimcode 2011. Het Hof Amsterdam gaat er in zijn verbindendverklaring van de schikking in de Converium-zaak vanuit 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 winst-oogmerk hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten.

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 XIII, 14 (Brief aan de Tweede Kamer).

13 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 XIII, 14 (Brief aan de Tweede Kamer).

3 Voorontwerp juli 2014

Op 7 juli 2014 werd het Voorontwerp ter consultatie aangeboden.¹⁴ De voorgestelde regeling heeft de volgende kenmerken. Ten eerste wordt het verbod van art. 3:305a lid 3 BW wordt geschrapt. Het Voorontwerp voorziet in twee collectieve procedures: (i) een reguliere collectieve actie zoals in paragraaf 2 uiteengezet; en (ii) een collectieve schadevergoedingsactie. De 305a-organisatie die deze laatste actie instelt is aan strengere ontvankelijkheidseisen gebonden. Het betreft een codificatie van bestaande rechtspraak. De 305a-organisatie moet (i) voldoende deskundig zijn; en (ii) de belangen van de achterban op zorgvuldige wijze behartigen.¹⁵ De *scope rule* is nieuw. Alleen collectieve schadevergoedingsacties waarvan het geschil een voldoende nauwe band met Nederland heeft, zijn ontvankelijk.¹⁶

Evenals de recent ingevoerde preprocesuele comparitie¹⁷ is de collectieve schadevergoedingsprocedure erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, in gezamenlijkheid tot afwikkeling van de massaschade komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Alleen in het uiterste geval doet de rechter uitspraak. De rechter stelt dan een regeling voor collectieve schadevergoedingsafwikkeling aan de hand van door partijen aangedragen schadecategorieën.¹⁸ 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.¹⁹ Het is dus geen verbindende regeling waarbij alle personen die onder (één van de) schadecategorieën vallen worden gebonden ook al hebben zij zich niet gemeld. Dat kan worden bereikt door de WCAM-procedure te doorlopen.

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

15 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 Renteswapschadeclaim/Rabo*).

16 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.

17 Art. 1018a Rv.

18 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 46 (MvT).

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

Naar aanleiding van het Voorontwerp zijn veel uiteenlopende reacties verschenen in de juridische literatuur²⁰, de financiële pers²¹ en als consultatiereactie.²² In januari 2016 heeft de Juristengroep de volgende Aanbevelingen aan de Minister gedaan:

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.²³

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. Het doel van een collectieve procedure blijft bevordering van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade. De Minister streeft naar een balans tussen het belang van

20 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 en 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.

21 Zie bijvoorbeeld: P.W.J. Coenen en 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'.

22 De reacties zijn terug te vinden via <http://www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reacties>. 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 Dijksma).

23 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3 (MvT).

gedupeerden om hun rechten (eenvoudiger) te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims (*frivolous claims*). Het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht wordt dus niet gewijzigd.²⁴

Twee van de Aanbevelingen van de Juristengroep worden overgenomen: de EB²⁵ en het opt-out systeem. Het Wetsvoorstel wijkt van de Aanbevelingen af door slechts op één moment de achterban een opt-out te bieden. Zodra de EB is aangewezen kan het individuele lid van de achterban zich alleen op dat moment door een opt-out verklaring onttrekken.²⁶

Het Wetsvoorstel introduceert een reële kostenvergoeding voor de 305a-organisatie.²⁷

In beginsel krijgt de rechtbank Amsterdam de exclusieve bevoegdheid ten aanzien van collectieve schadevergoedingsacties. Indien de aard van de collectieve vordering aanleiding geeft voor behandeling van de zaak bij een ander gerecht kan de rechtbank Amsterdam de zaak naar dat gerecht verwijzen.²⁸

4.2 Strengere ontvankelijkheidseisen 305a-organisaties

Het Wetsvoorstel stelt strengere ontvankelijkheidseisen aan 305a-organisaties.²⁹ De 305a-organisatie dient voldoende representatief te zijn. Feitelijk wordt de Claimcode in de wet opgenomen. De 305a-organisatie moet beschikken over: (a) een toezicht-houdend orgaan; (b) passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging van de achterban bij de besluitvorming; (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.

24 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 1 (MvT).

25 Art. 1018e Rv (Wetsvoorstel).

26 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.

27 Art. 1018l Rv (Wetsvoorstel).

28 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 8 (MvT).

29 Een uitzondering kan worden gemaakt als sprake is van een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft. Zie: art. 3:305a lid 6 BW (Wetsvoorstel).

Bovendien mogen de oprichters en bestuurders geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben.³⁰

4.3 *De scope rule*

Het Wetsvoorstel neemt de *scope rule* over uit het Voorontwerp. Er moet ten minste aan één van de drie volgende voorwaarden zijn voldaan: (i) het merendeel van de achterban heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland; of (ii) de gedaagde heeft woonplaats in Nederland hebben; of (iii) de schadevoorval heeft in Nederland 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.³¹ 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.³²

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.³³ Dit blijkt ook uit het in de Memorie van Toelichting uitgewerkte voorbeeld waarbij aansluiting wordt gezocht bij het *Erfolgsort* zoals dat ontwikkeld

30 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 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.

31 ‘Nieuwe wet opent weg naar wereldwijde classactions tegen Nederlandse bedrijven’ *FD* van 28 november 2016.

32 De collectieve schadevergoedingsactie is mogelijk in België, Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Zie hierover uitgebreid T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, *Kroniek Collectieve acties en schikkingen 2016* in M. Holtzer, D.A.M.H.W. Strik, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016/2017* (nog te verschijnen).

33 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3, p. 26 (MvT).

is in de Europese jurisprudentie.³⁴ In die zin lijken procedures tegen buitenlandse (beurs)vennootschappen die in Nederland rechtstreekse (beleggings)schade³⁵ hebben veroorzaakt nog steeds mogelijk.

4.4 Verloop van de collectieve schadevergoedingsactie

De procedure gaat er stapsgewijs als volgt uit zien:

1. Uitnodiging tot overleg³⁶ 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. Procesinleiding³⁷ De procesinleiding moet bestaan uit een omschrijving van:
a. de gebeurtenis waarop de collectieve vordering betrekking heeft; b. de achterban; c de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn; d. de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen zoals hiervoor beschreven. Ook moeten de gegevens worden verstrekt om een EB aan te wijzen.
3. Register collectieve acties De 305a-organisatie moet een aantekening maken in het register voor collectieve acties. Vervolgens treedt een wachttermijn van 3 maanden in werking; deze kan worden verlengd met 3 maanden.³⁸ Andere belangenorganisaties kunnen in deze wachttermijn ook een vordering die betrekking heeft op dezelfde gebeurtenis instellen.
4. Ontvankelijkheidstoets De rechter toetst of de op tijd aangemelde 305a-organisaties voldoen aan de ontvankelijkheidseisen. Als de collectieve vordering op het moment van indiening van de procesinleiding summierlijk blijkt geeft van ondeugdelijkheid moet de rechter tot niet ontvankelijkheid beslissen. 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.³⁹ De gedaagde kan in deze fase volstaan met de verweren die betrekking hebben op het hiervoor onder a tot en met c genoemde, totdat hierover is beslist.⁴⁰

34 *Kamerstukken II* 2016/17, 340 608, 3, p. 30 (MvT).

35 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 auteur was bij deze zaak betrokken.

36 Art. 3:305a lid 3 sub c BW (Wetsvoorstel).

37 De procesinleiding moet voldoen aan de eisen zoals gesteld in art. 1018c lid 1 Rv (Wetsvoorstel).

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

39 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 46 (MvT). De MvT bevat een vergelijking met de uit het Amerikaanse recht bekende motion to dismiss.

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

5. Aanwijzing EB: De rechter wijst de EB aan.⁴¹ De factoren die een rol spelen bij de selectie zijn: (a) de omvang van de achterban; (b) de grootte van het vertegenwoordigde financiële belang; (c) andere werkzaamheden voor de achterban; en (d) eerder ingestelde (collectieve) vorderingen. Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.⁴² 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 305a-organisaties die ontvankelijk zijn. Deze laatsten blijven wel partij in de procedure. De EB is exclusief bevoegd de proceshandelingen te verrichten, tenzij de rechter anders bepaalt.⁴³ Eventueel kan de rechter meerdere EB's aanwijzen als de belangen van de verschillende achterbannen daartoe aanleiding geven. 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.⁴⁴
6. Opt-out: De individuele leden hebben tot één maand na aankondiging van de onder 5 genoemde uitspraak de mogelijkheid te opt-outen.⁴⁵
7. Beproeven schikking: Partijen krijgen nu de gelegenheid om een schikking te beproeven. Als geen schikking wordt bereikt, kan de EB de gronden aanvullen van de vordering en de verweerder de gronden van zijn verweer.⁴⁶
8. Schikkingsvoorstellen overleggen aan rechter: De rechter kan partijen bevelen tot het overleggen van de voorstellen voor collectieve schadevergoedingsregeling; in feite de schikkingsvoorstellen van partijen.⁴⁷
9. Rechterlijke collectieve schadevergoedingsregeling: De rechter stelt mede aan de hand van de schikkingsvoorstellen bij rechterlijke uitspraak een collectieve schadevergoeding vast.⁴⁸
10. Mededeling aan achterban: Per brief wordt de bekende achterban van de 305a-organisaties geïnformeerd over de rechterlijke uitspraak.⁴⁹

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

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

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

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

45 Art. 1018f Rv (Wetsvoorstel).

46 Art. 1018g Rv (Wetsvoorstel).

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

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

49 Art. 1018j Rv (Wetsvoorstel).

5 Kritische bespreking van het Wetsvoorstel

5.1 Algemeen

Ondanks de loftuitingen die het Wetsvoorstel na veel voorbereiding ook verdient, leidt een kritische blik toch ook tot enkele kanttekeningen. Allereerst getuigt het Wetsvoorstel van vrees voor een (Amerikaanse) claimcultuur.⁵⁰ Mede om die reden wordt niet volstaan met schrapping van het verbod voor 305a-organisaties schadevergoeding in geld te vorderen.⁵¹ Het is de vraag of deze angst niet irreal is. *Frivolous claims* worden al door de rechter afgewezen.⁵² 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.⁵³ Door de focus op het voorkomen van Amerikaanse praktijken verliest het Wetsvoorstel soms zijn doelstelling, efficiëntere en effectievere rechtsbescherming bieden aan consumenten, uit het oog.

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 het verbod van art. 3:305a lid 3 laatste zin BW, dit rigoureuus ingrijpen niet. In de nieuwe procedure komen diverse facetten aan het licht die in de huidige regeling niet voorkomen. Deze facetten leiden tot diverse nadelen voor de belangenbehartigers, de achterban en zeker ook voor Nederlandse ondernemingen die in rechte worden betrokken. De bezwaren, waaronder de *scope rule*, licht ik hierna toe.

50 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 11, verwijzend naar het begrip “claimcultuur” zoals gebruikt in *Kamerstukken II* 2012/13, 33 126, 6, p. 1. “*Claimcultuur wordt gebruikt als verzamelnaam voor uiteenlopende verschijnselen. Ik noem collectieve acties, claimsstichtingen en third party litigation funding.*”

51 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, 34 608, 3, p. 2-3.

52 I. Tillema, ‘Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?’ *AA* 2016/337.

53 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 Renteswapschadeclaim/Rabo*).

5.2 *Voordelen opt-in model*

De keuze voor een opt-out systeem wordt in de MvT onvoldoende gemotiveerd.⁵⁴ 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.⁵⁵

Indien partijen finaliteit willen bereiken dan staat de WCAM-procedure hen ter beschikking.⁵⁶ Bij een rechterlijke uitspraak die niet alleen de procespartijen (eiser en gedaagde) bindt, maar ook de achterban van de 305a-organisatie(s) is een opt-in structuur aan te bevelen.

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.⁵⁷ 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. Bovendien ontbreekt een ander belangrijk tweede opt-out moment. Namelijk als de EB een schikking treft die na rechterlijke toetsing verbindend wordt verklaard. Anders dan bij de WCAM heeft de achterban in de voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie geen mogelijkheid te opt outen. Kortom, het opt-in model heeft dan de 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.⁵⁸ 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

54 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, 3 p. 9-10 (MvT).

55 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, C(2013)3539.

56 I. Tillema, 'Tien jaar WCAM: een overzicht', *MvO* 2016, p. 90.

57 Art. 1018m Rv (Wetsvoorstel).

58 Zie voor kritische beschouwing: C.M.D.S. Pavillon en D.G.J. Althoff, 'Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat? De impact van de Aanbevelingen van de Juristengroep op het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie' *MvV* 2017/03, p. 108-109; E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf', *NJB* 2017/206, p. 246; T.M.C. Arons, 'Finaliteit, representativiteit en kwaliteitsborging door de rechter. De sleutelbegrippen van het collectief actierecht', *MvO* 2016, p. 84-89.

dat rechters 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 ontbrak, niet ontvankelijk verklaard.⁵⁹

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.⁶⁰ Een rechterlijk oordeel heeft immers alleen gezag van gewijsde tussen dezelfde procespartijen.⁶¹ 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. De (potentiële) claimanten worden niet met naam geregistreerd. Zodoende heeft de gedaagde geen zicht op de omvang van deze groep. Dat betekent dat de laedens gedurende de verjaringstermijn van het vonnis⁶² 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 rente⁶³).⁶⁴

59 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 Renteswapschadeclaim/Rabo*) en recent Rb. Amsterdam 30 november 2016 ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*Trafigura*).

60 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 486, nr. 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. Zie ook kritisch ten aanzien van het gezag van gewijsde van een afwijzend vonnis voor al degenen die niet hebben ge-op-out inclusief toekomstige onbekende claimanten: W.H. van Boom, Wetsvoorstel richt zwaar geschut op alle collectieve acties, blogbericht te vinden op <https://willemvamboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/>

61 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/140.

62 Op grond van art. 3:324 lid 1 BW verjaren de vorderingen uit een vonnis na twintig jaar.

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

64 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 vervaltermijn kan worden overeengekomen waarbinnen een beroep op betaling van de schadevergoeding dient te worden gedaan.

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 is 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 gedurende de collectieve schadevergoedingsactie) en deze via de WCAM verbindend laten verklaren. Zodoende kan zekerheid worden verkregen over de kosten en de personen die individueel willen procederen.

De keuze voor het opt-out systeem werkt ten nadele van de laedens, de 305a-organisatie en haar (actieve) achterban. Alleen het passieve deel van de achterban (claimanten die zich niet gemeld hebben) is hierbij gebaat. Bij wijze van alternatief kan de grootste mogelijke finaliteit worden bereikt door te bepalen dat degenen die niet zijn aangemeld bij één van de representatieve 305a-organisaties die deelnemen aan de collectieve schadevergoedingsactie, alleen nog individueel zijn (niet verjaarde) vordering tegen de laedens kan instellen.

5.3 *Nadelen introductie EB*

Uit het Wetsvoorstel⁶⁵ 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.⁶⁶ 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.

De volgende kanttekeningen moeten hierbij worden geplaatst. Door te moeten opkomen voor de belangen van de gehele achterban rust op de EB een zware verantwoordelijkheid. Zeker als de belangen van alle deelgroepen niet parallel lopen. De EB zal dan ook regelmatig moeten overleggen met de andere 305a-organisaties die geen EB zijn. De positie als EB brengt naast deze organisatorische verantwoordelijkheid ook een aansprakelijkheidsrisico met zich voor een onjuiste procesvoering of een beroepsfout.

⁶⁵ Art. 1018d tot en met 1018e Rv (Wetsvoorstel).

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 42 (MvT).

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.⁶⁷ Op deze manier kan de desbetreffende 305a-organisatie alsnog een factor van belang zijn alvorens een finale regeling kan worden bereikt.

Door de introductie van de EB worden mogelijkwerwijs de belangentegenstellingen in de achterban aangescherpt. Geschillen tussen deelbelang vertegenwoordigende 305a-organisaties zijn niet denkbeeldig.⁶⁸ Het is daarom nog maar helemaal de vraag of de schikkingsbereidheid van de laedens 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.

6 Conclusie

In deze bijdrage is het Wetsvoorstel dat moet leiden tot de collectieve schadevergoedingsactie kritisch besproken. Nut en noodzaak van een geheel nieuwe procedure is nog niet overtuigend aangetoond. Terzijdestelling van het organisch gegroeide huidige collectieve actierecht is onwenselijk en onnodig.

Een collectieve schadevergoedingsactie moet blijkens de motie Dijkema en de eerdere kabinetsreacties daarop dienen als stok achter de deur om de 305a-organisatie en de laedens tot een schikking te bewegen. Dit dient te gebeuren *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 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

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

68 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.

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 eigen 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 mij dan ook beter om te volstaan met de huidige wettelijke regeling van de collectieve actie en WCAM.