

# Misbruik van bevoegdheid in collectieve acties

## Drie afgebakende modellen van collectieve geschilbeslechting

*Prof. mr. drs. T.M.C. Arons\**

*Een collectieve actie (art. 3:305a BW) vereist een rechtsvordering met voldoende abstractie. Ook gelden er waarborgvoorwaarden over de afspraken met een derdenfinancier. Dit geldt niet alleen voor een stichting of vereniging maar ook voor een BV. Doorslaggevend is of de rechtsvordering strekt tot (gebundelde) beoordeling van de rechtsverhouding tussen aangesprokene en de achterban van eiser.*

### 1 Inleiding

Collectieve acties worden in toenemende mate getoetst op waarborging van een evenwicht tussen de belangen van alle betrokken partijen. De wetgever heeft met de wetwijziging inzake de collectieve actie van 2013 ingevoerd dat de eisende partij in een collectieve actie niet-ontvankelijk is als met de door haar ingestelde rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie zij is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. 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 (stichting of vereniging).<sup>1</sup> Indien de collectieve actie wordt gefinancierd door een andere partij dan de 305a-organisatie zelf, zijn ook de voorwaarden waaronder derdenfinanciering wordt verstrekt onderwerp van toetsing. Met name de zeggenschap van de derdenfinancier over de procedure als ook de overeengekomen vergoedingsstructuur wordt door de rechter beoordeeld. Zowel de rechtspraak als de wetgever

onderkent de nuttige functie van de derdenfinancier.<sup>2</sup> In dit artikel staat de betrokkenheid van een andere partij centraal, namelijk een BV of andere commerciële organisatie.<sup>3</sup> 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 een BV. De BV stelt op basis van volmacht of last een vordering in tegen de partij waarop de achterban stelt een schadevergoedingsvordering te hebben. In twee recente rechterlijke uitspraken<sup>4</sup> is de BV niet-ontvankelijk verklaard wegens misbruik van procesbevoegdheid. 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, vereiste mate van openheid over de achterban en toetsing van derdenfinanciering.

2. Zie Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157 (Stichting Union des Victimes des déchets toxiques Côte d'Ivoire/Trafigura Beheer BV), r.o. 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. 27; Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, JOR 2020/119 m.nt. T.M.C. Arons (Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras), r.o. 5.15; Rb. Rotterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9219 (Stichting Wakkerpolis NNClaim/Nationale Nederlanden), r.o. 4.9-4.12. 'De financiering en de kosten van collectieve schadevergoedingsacties spelen een belangrijke rol in de verwezenlijking van het recht collectief schade te kunnen vorderen', aldus de wetgever in de MvT bij de WAMCA. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11.
3. Met commerciële organisatie in het verband van collectieve geschilbeslechting doel ik op organisaties die een onderneming in stand houden waarbij winst wordt gemaakt door collectieve geschilbeslechting te financieren of daar hand-en-spandiensten voor te verrichten en deze winst ten goede komt aan het privévermogen van bestuurders, commissarissen, aandeelhouders of leden.
4. 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 e.a.).

\* Prof. mr. drs. T.M.C. Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht. Hij is ook als juridisch adviseur verbonden aan de Vereniging van Effectenbezitters.

1. Zie art. 3:305a lid 1 BW, waarin de bevoegdheid een collectieve vordering ex art. 3:305a BW in te stellen is beperkt tot stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid.

## 2 Collectieve geschilbeslechting: drie modellen

Claimstichtingen worden opgericht ter verhaal van vorderingen van benadeelde partijen. Deze partijen beweren een schadevergoedingsvordering te hebben op een gemeenschappelijke partij naar aanleiding van dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen. In veel gevallen<sup>5</sup> gaat het om schade die afnemers lijden door ondernemingen die inbreuk maken op het mededingingsrecht door kartelvorming<sup>6</sup> of om schade van beleggers als gevolg van misleidende mededelingen (*corporate misinformation*) door beursgenoteerde ondernemingen.<sup>7</sup> De schade die de afnemers of beleggers lijden, is in die gevallen meestal gelijk (soortig). 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.

Collectieve geschilbeslechting doet zich in drie gedaantes voor. Claimstichtingen die in eigen naam procederen op basis van (middellijke) vertegenwoordiging (volmacht- of lastgevingsmodel), claimstichtingen die gebundelde vorderingen instellen die aan hen zijn overgedragen (cessiemodel), en claimstichtingen (of verenigingen) die in eigen naam procederen en een eigen 305a-vordering<sup>8</sup> instellen ten behoeve van hun achterban (305a-model). Bij het volmacht- of lastgevingsmodel is het claimvehikel<sup>9</sup> de formele procespartij en zijn de individuele

benadeelden de materiële procespartijen, bij de andere varianten (cessiemodel en 305a-model) is de stichting zowel de formele als de materiële procespartij.<sup>10</sup> 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 laatsten zijn dan ook de materiële procespartijen. Er is in zoverre dus sprake van individuele geschilbeslechting. 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 ingestelde materiële vorderingsrechten.

Bij de eerste twee modellen (volmacht-/lastgevings- 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. In beide modellen moet op straffe van niet-ontvankelijkheid aan de individuele stelplicht en bewijslast worden voldaan ter zake van de ingestelde materiële vorderingsrechten. Bij het 305a-model is dit wezenlijk anders. De eiser stelt ten behoeve van de belangen van een ander een eigen rechtsvordering in. Deze verschillende modellen kennen elk een eigen toetsingskader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden, met name de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de vordering, het bekendmaken aan de aangesproken partij van de individuele leden van de achterban en toetsing van de rol van de derdenfinancier.

## 3 Constructie met claimstichting en BV

In de rechtspraak heeft zich de vraag voorgedaan of ook andere modellen dan de hiervoor genoemde toegestaan moeten worden. In niet-zuivere collectieve acties tegen de Staatsloterij en tegen HKB Bank veroordeelde de rechter een constructie waarbij niet de claimstichting zelf, maar een BV een verklaring voor recht vordert ten behoeve van de achterban van een claimstichting. De belangen van de leden van deze achterban worden door de BV op basis van lastgeving behartigd.<sup>11</sup> De BV treedt in feite in opdracht van de stichting op voor de belangen van de (achterban van de) stichting. Er was hier volgens de rechter sprake van misbruik van (proces<sup>12</sup>)bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 BW door de BV. In deze acties behartigen de BV en de stichting de belangen van de benadeelde kopers van loten van de Staatsloterij

5. Schade van afnemers bij het luchtvaartkartel, het truckkartel en het liftenkartel. Zie I. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht* (diss. Nijmegen; O&R nr. 96), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 5.1.
6. Vgl. de schadevergoedingsregeling bij schending van mededingingsrecht neergelegd in art. 6:193k t/m 6:193t BW, waarin voor de afnemers gunstige wettelijke bewijsvermoedens zijn opgenomen.
7. De schadevergoedingsvordering wordt gebaseerd op schending van de mededelingsplicht bij voorwetenschap (art. 17 Marktmissbruikverordening) 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).
8. Dit is een vordering die door een stichting of vereniging (305a-organisatie) 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. Zij moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Deze belangen moeten voldoende zijn gewaarborgd. De 305a-organisatie moet gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen voldoende representatief zijn. Daarnaast stelt art. 3:305a lid 2 en 3 nog nadere voorwaarden met betrekking tot de governance van de 305a-organisatie en de voldoende nauwe band van de vordering met de Nederlandse rechtssfeer.
9. 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. In de praktijk wordt de stichting hier het meest voor gebruikt.

10. Zie over het onderscheid tussen formele en materiële procespartijen J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.5.2.1.
11. 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 e.a.).
12. Via art. 3:15 BW vindt de antimisbruikbepaling van art. 3:13 BW ook toepassing buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

respectievelijk beleggers in HKB Bank. Voor de beoordeling of de BV in haar optreden als lasthebber van de stichting misbruik van procesbevoegdheid maakt, acht de rechter van belang of het optreden van de stichting en daarmee van de lasthebber materieel valt aan te merken als een collectieve actie.<sup>13</sup> Ook al wordt formeel geen vordering op grond van artikel 3:305a BW ingesteld, dan toetst de rechter toch aan het waarborgvereiste van de collectieve actie indien hij oordeelt dat de BV materieel een collectieve actie ten behoeve van een groep benadeelden instelt. Voordat ik uiteenzet wat nu precies het misbruik van procesbevoegdheid<sup>14</sup> in deze constructie is, schets ik de toetsing door de rechter van dit waarborgvereiste in een collectieve actie.

#### 4 Waarborgtoetsing in collectieve acties

De bevoegdheid om in een 'normale' collectieve actie op te treden voor de belangen van meerdere personen is beperkt tot een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens haar statuten opkomt voor deze belangen (305a-organisatie). Deze beperking geldt zowel voor het oude regime als voor het nieuwe WAMCA-regime dat per 1 januari 2020 van toepassing is.<sup>15</sup>

Onder het oude regime is sinds 2013 een uitdrukkelijk waarborgvereiste opgenomen in artikel 3:305a lid 2 laatste volzin BW (oud). Dit houdt kort gezegd in dat de door de 305a-organisatie ingestelde vordering daadwerkelijk de belangen van degenen voor wie zij stelt op te komen, behartigt. Dit vereiste wordt gehanteerd om oneigenlijke commerciële motieven van de 305a-organisatie of betrokken derdenfinancier te voorkomen. Niettemin geeft de rechtbank Rotterdam in haar tussenvonnis van 29 januari 2020 in de Petrobras-zaak zich ook rekenschap van het nuttige effect van derdenfinanciering:

'Het waarborgvereiste beoogt te voorkomen dat collectieve acties worden benut om op oneigenlijke wijze winst te maken doordat het inhoudelijke belang van benadeelden ondergeschikt wordt gemaakt aan commerciële belangen van derden. Procedures als deze zijn echter langdurig en kostbaar en dienen op enigerlei wijze gefinancierd te worden. Een van de wijzen om in financiering te voorzien is het gebruikmaken van een externe procesfinancier, die tegen vergoeding het risico van verlies loopt. Als die ver-

goeding marktconform is en voldoende zeker is gesteld dat de procesfinancier geen zeggenschap heeft over inhoudelijke beslissingen van de Stichting behoeft daartegen, vanuit voormeld gezichtspunt, in beginsel geen bezwaar te bestaan. Dat geldt ook voor het verlenen van praktische hand- en spandiensten.<sup>16</sup>

De collectieve actie is vrij fors herzien met de inwerking-treding per 1 januari 2020 van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA). Onder het nieuwe WAMCA-regime, waarin anders dan voorheen ook een collectieve schadevergoedingsvordering kan worden ingesteld, zijn de ontvankelijkheidsvoorwaarden nog verder aangescherpt. Ook de invoering door de WAMCA van een exclusieve belangenbehartiger, die wordt aangewezen uit de ontvankelijk verklaarde 305a-organisaties, om de collectieve procedure te voeren, heeft mede ertoe geleid dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden strenger zijn geworden.<sup>17</sup> In het gewijzigde artikel 3:305a BW (nieuw) is een uitgebreide opsomming gekomen met voorwaarden waaraan de 305a-organisatie moet voldoen om de belangen van de achterban voldoende te waarborgen. Naast governancevereisten (toezicht op het bestuur en betrokkenheid van de achterban), representativiteit (achterban en omvang van de vertegenwoordigde vorderingen) en transparantieverplichtingen geldt als voorwaarde dat de 305a-organisatie over voldoende middelen beschikt om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen. Bovendien moet in geval van derdenfinanciering de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de 305a-organisatie liggen.<sup>18</sup> Ook in de herziene Claimcode 2019 zijn principes en uitwerkingen opgesteld die als oogmerk hebben dat de inrichting en het bestuur van de 305a-organisatie opereren in het belang van de partijen waarvoor zij opkomt. Uit

13. Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3289 (Loterijverlies.NL BV/Staatsloterij BV), r.o. 44; Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058 (X BV/Kite Capital BV, HKB Bank GmbH e.a.), r.o. 5.9.

14. Misbruik van procesbevoegdheid kent niet alleen de verschijningsvormen zoals omschreven in art. 3:13 lid 2 BW: uitoefening bevoegdheid met als enig doel beschadiging van anderen of voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, en onevenredigheid tussen belangen gebaat bij en geschaad door uitoefening. In de in deze bijdrage te bespreken gevallen gaat het om andere verschijningsvormen van misbruik van procesbevoegdheid. Of er al dan niet sprake is van bevoegdheidsuitoefening toetst de rechter in dat laatste geval aan alle omstandigheden van het geval. Zie uitgebreid hierover V.C.A Lindijer, *De goede procesorde* (diss. Groningen; BPP nr. IV), Deventer: Kluwer 2006, randnr. 551.

15. Stb 2019, 447.

16. Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614 (Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras), r.o. 5.15, tweede alinea.

17. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

18. Art. 3:305a lid 2 sub c BW.

de recente rechtspraak blijkt dat rechters dit waarborgvereiste ook daadwerkelijk handhaven.<sup>19</sup>

Een dergelijke toetsing heeft nog niet plaatsgevonden bij collectieve geschilbeslechting waarbij een stichting een schadevergoedingsactie 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. Het gerechtshof Amsterdam heeft in de procedures tegen deelnemers van het natriumchloraat- en het luchtvaartkartel deze overdracht, waarbij de deelnemers als kooprijns een vaste lage prijs in combinatie met een resultaatsafhankelijke vergoeding ontvangen, niet in strijd met het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) geoordeeld.<sup>20</sup> In deze cessieconstructie rust op de claimstichting de stelplicht en bewijslast van elke individuele schadevergoedingsvordering die aan haar is overgedragen. Dit vloeit logischerwijs voort uit het recht dat de aangesproken partij aan artikel 6:145 BW ontleent. Zij moet in staat zijn om alle persoonlijke verweermiddelen tegen elke individuele gedupeerde in te stellen.<sup>21</sup> Hiertoe is het ook van belang dat de overdracht van zijn materiële vorderingsrecht (recht op schadevergoeding) door de individuele gedupeerde aan de claimstichting conform artikel 3:94 lid 1 en 4 BW aan

de schuldenaar wordt meegedeeld.<sup>22</sup> Een toetsing van de rol van de betrokkenheid van een eventuele derdenfinancier bij gebundelde vorderingen in het cessiemodel is in de wet niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Er is geen sprake van misbruik van procesbevoegdheid zoals omschreven in paragraaf 1.

## 5 Waarborgtoetsing bij constructie met claimstichting en BV

Collectieve geschilbeslechting via de opgetuigde constructie met een BV en een stichting bevindt zich in de schemerzone tussen het op individuele geschilbeslechting gebaseerde cessiemodel en het collectieve-actiemodel van artikel 3:305a BW. De benadeelde partijen hebben een overeenkomst gesloten met de claimstichting. Deze zal hun belang bij schadevergoedingsvorderingen die zij op een gemeenschappelijke partij menen te hebben, behartigen tegen een afgesproken (resultaatsafhankelijke) vergoeding. In deze overeenkomsten is een procesvolmacht of lastgeving aan de stichting opgenomen. Ook wordt de instemming van de benadeelde met onderlastgeving overeengekomen. Zodoende kan de stichting op haar beurt de last geven aan een commerciële organisatie, een BV. In de procedures tegen de Staatsloterij en HKB is gekozen voor middelmatige vertegenwoordiging, zodat de BV formele procespartij is, terwijl de individuele benadeelden de materiële procespartijen zijn. Immers, deze laatste partijen hebben hun vordering niet overgedragen aan de stichting of BV. In de procedures worden dan ook hun belangen behartigd. Of dit laatste ook daadwerkelijk het geval is, betwijfelen de rechtbank en het hof in de zaak tegen HKB respectievelijk de Staatsloterij.

De vraag waar het in beide procedures in essentie om gaat, is of in een dergelijke constructie met (onder)lastgeving, een stichting en een commerciële partij (BV), waarbij deze laatste als de formele procespartij optreedt, eenzelfde waarborgtoetsing dient plaats te vinden.

De onderlastgever 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

19. Rb. Rotterdam 22 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3740 (Stichting Wakkerpolis NNclaim/Nationale Nederlanden), r.o. 4.4-4.11; Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157 (Stichting Union des Victimes des déchets toxiques Côte d'Ivoire/Trafigura Beheer BV), r.o. 3.28; Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102 (PAL/Aegon), r.o. 27; Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614 (Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras), r.o. 5.15; Rb. Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741 (Stichting Volkswagen Car Claim/VW e.a.), r.o. 5.27-5.45; Rb. Amsterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6840 (VEB/Steinhoff) r.o. 4.21; Rb. Rotterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9219 (Stichting Wakkerpolis NNclaim/Nationale Nederlanden), r.o. 4.7-4.17; Rb. Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693 (Stichting GIN Schade/IDM Financieringen BV), r.o. 4.15; Rb. Amsterdam 28 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682 (Consumentenbond/Philips e.a.), r.o. 4.3-4.7; Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (Trafigura), r.o. 4.19-4.54; Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:3383, Ondernemingsrecht 2016/122 m.nt. T.M.C. Arons, JOR 2016/278 m.nt. J.H. Lemstra (Stichting Renteswapschadeclaim/Coöperatieve Rabobank U.A.), r.o. 5.14-5.27; Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185 (Stichting WAG/NAM), r.o. 4.1.20-4.1.27.

20. Zie Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (CDC/Kemira); Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 en 714 (KLM e.a./Stichting Cartel Compensation respectievelijk Equilib Netherlands BV).

21. Zie Rb. Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3574 (Stichting Trucks Cartel Compensation/DAF); Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230 (Stichting Elevator Cartel Claim/Kone).

22. Zie over het bepaalbaarheidsvereiste voor een rechtsgeldige cessie Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (CDC/Kemira e.a.), r.o. 3.12.2-3.12.5; Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 (KLM e.a./Stichting Cartel Compensation), r.o. 4.9.1-4.9.6. Zie voor de omvang van het recht van de verweerder op overdrachtsdocumentatie: Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:714 (KLM e.a./Equilib Netherlands BV), r.o. 4.10.2-4.10.5.

dagvaarding te vermelden.<sup>23</sup> Pas wanneer het verweer van de aangesproken partij daartoe aanleiding geeft, moet de lasthebber stellen en zo nodig bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is in eigen naam ten behoeve van de rechtgebende op te treden.<sup>24</sup> 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).<sup>25</sup>

### 6 Misbruik van procesbevoegdheid

Beide BV's werden in deze procedures niet-ontvankelijk verklaard in hun vordering wegens misbruik van (proces)bevoegdheid. De opsomming in artikel 3:13 lid 2 BW is niet-limitatief. Elk gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, levert misbruik op. Ook in gevallen waarbij de bevoegde partij, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang van de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen, leidt dit tot niet-ontvankelijkheid. Een dergelijke beknotting van procesbevoegdheden van een partij mag niet lichtvaardig worden opgelegd. De lat ligt hoog.<sup>26</sup>

De volgende omstandigheid is voor beoordeling van bevoegdheidsmisbruik van belang. Het optreden van de stichting en daarmee van de onderlasthebbende BV is materieel aan te merken als een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW. De rechtbank leidt dit in de HKB-zaak af uit het motief voor oprichting van de stichting, het grote aantal gedupeerde beleggers voor wie wordt opgetreden en de bewoordingen in de overeenkomst ('bij de lastgever hebben aangesloten in het kader van de collectieve actie'). Volgens de rechtbank Amsterdam maakt het feit dat formeel geen 305a-vordering wordt ingesteld, maar met een lastgevingsconstructie de belangen worden gebundeld, de toetsingsmaatstaf niet anders.<sup>27</sup>

De reden dat de rechtbank toch aan het waarborgvereiste toetst, is omdat de insteek van de procedure meer trekken heeft van een 305a-procedure. De rechtbank verwijst expliciet naar het arrest in de Loterijverlies-zaak. Het gerechtshof Den Haag overwoog in die zaak als volgt over de eisende partij Loterijverlies.NL BV (hierna: LV):

'In dit verband merkt het hof op dat LV enerzijds stelt op grond van lasten of machtigingen (of cessies) van individuele deelnemers te procederen, maar anderzijds verzuimt de gebundelde individuele zaken per individuele zaak afzonderlijk te behandelen. Bundeling van claims via lastgeving of een procesvolmacht van vele individuen is mogelijk, maar die gebundelde claims moeten in dat geval, anders dan in een procedure ex artikel 3:305a BW, worden beschouwd als een even groot aantal individuele vorderingen die in een reguliere civiele procedure worden afgewikkeld en zaak voor zaak individueel bekeken en onderbouwd moeten worden. SL heeft onbetwist gesteld dat individuele vorderingen zoals die van de deelnemers zich niet laten bundelen op een wijze zoals LV dat kennelijk

23. 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 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 representativiteitsstoetsing worden verlangd dat zij op straffe van niet-ontvankelijkverklaring de omvang van haar achterban bekendmaakt (zie art. 3:305a lid 2 BW).

24. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665.

25. Het is niet juist dat de eiser pas bij een schadestaatprocedure bewijs in de zin van art. 3:71 BW hoeft te leveren van de verstrekte volmacht of lastgeving. Zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (VEB/Worldonline e.a.), r.o. 4.2.

26. Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058 (X BV/Kite Capital BV, HKB Bank GmbH e.a.), r.o. 5.8.

27. Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058 (X BV/Kite Capital BV, HKB Bank GmbH e.a.), r.o. 5.9.

thans voorstaat. Door dat toch te doen kiest LV zelf voor aansluiting bij (de voordelen van) artikel 3:305a BW.<sup>28</sup>

Voor de invulling van de norm over bevoegdheidsmisbruik haken het hof en de rechtbank aan bij artikel 3:305a lid 2 BW, het nieuwe WAMCA-regime en de Claimcode. Zoals ik al schreef, is in zowel het oude 305a-regime als het nieuwe WAMCA-regime het waarborgvereiste in artikel 3:305a lid 2 BW neergelegd. Dit houdt in dat met de in een collectieve actie ingestelde rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie zij is ingesteld, voldoende moeten zijn gewaarborgd. De sanctie van niet-ontvankelijkheid bij onvoldoende waarborg kan als een concretisering van misbruik van

procesbevoegdheid worden beschouwd.<sup>29</sup> Het hof en de rechtbank nemen tot uitgangspunt dat deze norm ook voor andere eisers dan stichtingen en verenigingen in een 305a-procedure geldt in een geval waarin deze (rechts)persoon feitelijk een collectieve actie ten behoeve van een groep benadeelden instelt. Met een beroep op de wetsgeschiedenis achten het hof en de rechtbank het in het algemeen belang dat een wildgroei van claim- en belangenorganisaties met oneigenlijke motieven, en dan met name ge- en misbruik van het collectieve-actierecht voor eigen commerciële doelen, wordt voorkomen. Dit belang verdient ook te worden beschermd als de eiser niet aan zijn vordering de bevoegdheid van artikel 3:305a BW ten grondslag legt. Ook de aangesproken partij heeft er belang bij dat de eisende partij die voor de benadeelden optreedt daadwerkelijk hun belangen op een professionele en eerlijke wijze behartigt. Het doel van de geschilbeslechting is het bereiken van een evenwichtige en rechtvaardige oplossing voor het massaschadegeval. Volgens het hof en de rechtbank is de enkele omstandigheid dat de BV procedeert op grond van machtigingen of (onder)lastgevingen onvoldoende reden om voor de invulling van de (proces)bevoegdheidsmisbruiknorm niet aan te sluiten bij het waarborgvereiste van artikel 3:305a lid 2 BW. Dit geldt te meer naarmate de aanhangig gemaakte procedure meer trekken heeft van een 305a-procedure.

In de zaak tegen HKB Bank kwamen de overeenkomsten met een 305a-procedure het sterkst tot uitdrukking. De door de BV ingestelde vorderingen tot verklaring voor recht dat de aangesproken partijen onrechtmatig hebben gehandeld jegens de groep deelnemende beleggers zijn dermate abstract dat de bijzondere omstandigheden per individuele deelnemer niet beoordeeld konden worden. De eisende partij vermeldt niet welke (rechts)personen zich bij haar hebben aangesloten en in welke mate zij zijn gedupeerd door het aan de vordering ten grondslag gelegde gedrag van de garantiegivers en HKB. Zij heeft haar vordering ingestoken op een wijze die overeenstemt met het procederen in een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW, waarbij kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van de benadeelden.<sup>30</sup> In plaats daarvan heeft zij verklaringen voor recht gevorderd waarbij de rechtsverhouding tussen aangesproken partij en groep centraal staat. Dit heeft tot gevolg dat de rechtbank meent in dat geval ook te moeten toetsen of de belangen van de deelnemende beleggers met de rechtsvordering voldoende zijn gewaarborgd.<sup>31</sup> Niet het feit dat een verklaring voor recht wordt gevorderd, is hiervoor redengevend, maar het feit dat de rechter gevraagd wordt in abstractie te oordelen over een rechtsverhouding tussen de aangesproken partij en een groep (rechts)personen wier belangen door de BV worden behartigd. Aan artikel 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

28. Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3289 (Loterijverlies.NL BV/Staatsloterij BV), r.o. 44. De zaak strandde voor LV op het feit dat zij de stelling van de Staatsloterij, dat haar vorderingen zich niet voor bundeling lenen, onbetwist had gelaten. De vorderingen (vernietiging van de overeenkomst van deelnemers met de Staatsloterij met gelijktijdige terugbetaling van inleggeld aan deze deelnemers, en schadevergoeding aan deze deelnemers; meer subsidiair: ontbinding van deze overeenkomsten wegens toerekenbare tekortkoming) hebben ook een dermate individueel karakter dat deze zich niet in een collectieve actie oude stijl lieten beantwoorden. Het komt aan op de juiste inkleding van de vordering of deze zich kan lenen voor beantwoording in een collectieve actie oude stijl, omdat bij de beoordeling kan worden geabstraheerd van individuele omstandigheden. In de collectieve actie tegen autofabrikanten van het VW-concern en enkele autodealers heeft de Stichting Car Claim een verklaring voor recht gevorderd dat consumenten aan art. 7:22 lid 1 aanhef en sub a BW (non-conformiteit bij consumentenkoop) in beginsel de bevoegdheid ontlenen om hun respectievelijke overeenkomsten met de respectievelijke handelaren tot koop en levering van een auto met sjoemelsoftware te ontbinden. Deze vordering tot ontbinding van de koopovereenkomsten heeft de rechtbank Amsterdam wel ontvankelijk verklaard. Bij de beoordeling of de *manipulate software* een grond voor ontbinding is, kan worden geabstraheerd van individuele omstandigheden van de kopers. In abstracto kan de vraag worden beantwoord of de manipulatiesoftware maakt dat de auto niet aan de overeenkomst beantwoordt. Volgens de rechtbank kan in eventuele individuele vervolgingsprocedures worden beoordeeld of en in hoeverre aan een autodealer een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) of de tenzij-formule van art. 6:265 BW toekomt. Zie Rb. Amsterdam 20 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741 (Stichting Car Claim/VW e.a.), r.o. 6.23. De door LV ingestelde vordering de met voornoemde deelnemers gesloten overeenkomsten op grond van een toerekenbare tekortkoming te ontbinden, met terugbetaling aan LV van alle ingelede bedragen, leent zich niet voor beantwoording in abstracto van de individuele omstandigheden onder het oude regime. Ten aanzien van de door LV ingestelde vordering tot schadevergoeding is het volgende nog van belang. Nu een schadevergoeding in geld in het nieuwe collectieve-actieregime WAMCA, dat na 1 januari 2020 geldt, wel kan worden ingesteld, is het de vraag of het oordeel niettemin niet-ontvankelijk zou zijn. Ik neig ernaar om te denken van wel. Op grond van art. 1018c lid 5 sub b (nieuw) Rv moet de 305a-organisatie immers voldoende aannemelijk maken 'dat het voeren van deze collectieve vordering [juister: het instellen van een collectieve vordering of het voeren van een collectieve actie; TA] efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering doordat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn, het aantal personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, voldoende is en, indien de vordering strekt tot schadevergoeding, dat zij alleen dan wel gezamenlijk een voldoende groot financieel belang hebben'. LV zal dus voldoende gemotiveerd moeten stellen dat de te beantwoorden rechtsvragen om tot een toewijzing van schadevergoeding te komen voldoende gemeenschappelijk zijn. Uit het arrest van 8 oktober 2019 blijkt niet van een dergelijke onderbouwing.

29. Het hof verwijst hier naar Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3, p. 13.

30. Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, r.o. 4.8.1.

31. Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058, r.o. 5.10-5.11.

recht komt ook vertegenwoordigers van die onmiddellijk betrokken persoon toe of de cessionaris aan wie de rechten uit die oorspronkelijke rechtsverhouding zijn overgedragen.<sup>32</sup> Als de gevorderde verklaringen voor recht hadden gezien op de individuele rechtsverhoudingen, was er sprake van gebundelde collectieve geschilbeslechting, waarvoor niet de ontvankelijkheidsvoorwaarden van een collectieve actie gelden.<sup>33</sup> In dat geval ligt toetsing aan het waarborgvereiste van artikel 3:305a lid 2 BW niet voor de hand.

### 7 Geen beperking keuzevrijheid model collectieve actie

De rechter lijkt hiermee te willen voorkomen dat de eisende partij een constructie kan optuigen waarbij zij de voordelen die diverse modellen van massageschilbeslechting de eiser bieden, selectief kan toepassen. In dit geval ging het om de voordelen van een 305a-procedure (geen stelplicht en bewijslast van elke afzonderlijke schadevergoedingsvordering, individuele leden van de achterban blijven onvermeld) te combineren met het voordeel van het volmachtmodel, waarbij geen wettelijk verplichte toetsing van de rol van de derdenfinancier plaatsvindt. Kortom, de rechter beperkt niet de vrijheid van de eiser om voor een bepaald model voor collectieve geschilbeslechting te kiezen; de keuze voor een van deze modellen zelf levert in beginsel geen misbruik van (proces)bevoegdheid op. Maar de betrokken partijen aan de eisende kant moeten wel voor één van deze modellen kiezen. Elk model kent zijn eigen voorwaarden en beperkingen, onder meer in de toetsing van de rol van de derdenfinancier. Kortom, elk voordeel heb zijn nadeel. Cherrypicking van de voordelen van diverse modellen in een nieuwe constructie is niet toegestaan. Het wordt als misbruik van procesbevoegdheid afgestraft met niet-ontvankelijkheid. Dit lijkt mij juist, omdat op die manier de onderscheiden modellen van collectieve acties het best tot hun recht komen. Zodoende is het ook voor de aangesproken partij van meet af aan duidelijk hoe zij verweer kan voeren tegen de eisende partij en de door haar ingestelde vordering.

### 8 Slotopmerkingen

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 de insteek van haar vordering ook rekenschap moeten geven van de waarborgvereisten. Dit brengt mee dat de vordering voldoende abstract moet zijn dat deze zich leent voor gebundelde beoordeling. Bovendien moet de eisende partij rekening houden met de waarborgeis bij de inrichting van haar governancestructuur en de financiële afspraken met haar deelnemers en/of derdenfinancier. Ook als de eisende partij geen stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid in de zin van artikel 3:305a BW is, maar een BV die procedeert op basis van machtiging, (onder)lastgeving of cessie en 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 alleen 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. Om procesrechtelijke efficiëntie te bereiken, kan de eisende partij dan een verklaring voor recht vorderen dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld en schadeplichtig is jegens een met name genoemde groep van (rechts)personen. Niettemin staan in die procedure de rechtsverhoudingen tussen de gemeenschappelijke aangesproken partij en de individuele groepsleden centraal. In een daaropvolgende schadestaatprocedure kan in voorkomend geval nader worden onderzocht of, en zo ja, hoeveel schade deze (rechts)personen hebben geleden. De rechter heeft met zijn oordelen in de procedures tegen de Staatsloterij en tegen HKB Bank de grenzen van de drie modellen van massageschilbeslechting nog duidelijker afgebakend. Aan cherrypicking in het collectieve-actierecht is paal en perk gesteld.

32. N.E. Groeneveld-Tijssens, De verklaring voor recht (diss. Tilburg: BPP nr. XVIII), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 29-31.

33. Vgl. de gevorderde verklaringen voor recht dat kartellisten onrechtmatig hebben gehandeld jegens een met name genoemde groep afnemers (de lijst met namen van deze afnemers is opgenomen in een productie) en aansprakelijk zijn jegens deze met name genoemde groep afnemers voor de door hen geleden schade. Zie Rb. Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3574 (Retail Cartel Damage Claims SA e.a./DAF), r.o. 3.5; Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230 (Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.), r.o. 6.1; Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 (KLM e.a./Stichting Cartel Compensation), r.o. 3.1; Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (CDC/Kemira); Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:713 en 714 (KLM e.a./Stichting Cartel Compensation respectievelijk Equilib Netherlands BV), r.o. 3.1.