



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?

van Duin, J.M.L.; Lawant, R.S.I.

DOI

[10.5553/TCR/092986492015023001002](https://doi.org/10.5553/TCR/092986492015023001002)

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Duin, J. M. L., & Lawant, R. S. I. (2015). Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver? *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2015(1), 7-15. <https://doi.org/10.5553/TCR/092986492015023001002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?

*Mr. J.M.L. van Duin en mr. R.S.I. Lawant**

1 Inleiding

Op 7 juli 2014 heeft de minister van Veiligheid en Justitie het voorontwerp van het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie (hierna: het voorontwerp) in (internet)consultatie gegeven.¹ Het voorontwerp strekt kort gezegd tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie. Met deze consultatie – die inmiddels is gesloten – werd het voorontwerp voorgelegd aan ‘gebruikers’ in de praktijk, zoals de rechtspraak, de advocatuur en representatieve belangenorganisaties, teneinde een reactie te verkrijgen op de bruikbaarheid van de voorgestelde regeling en voor signalering van mogelijke aanvullingen en/of lacunes.² Er zijn achttien reacties online geplaatst.³

In vrijwel alle reacties wordt het doel van het voorontwerp – het bevorderen van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade – onderschreven, en wordt waardering uitgesproken voor de poging om te komen tot een evenwichtige procedure. Er bestaan echter twijfels over nut en noodzaak van een collectieve *schadevergoedingsactie*, als mede over de efficiëntie en effectiviteit van de voorgestelde (trapsgewijze) procedure. Ook wordt betwijfeld of het voorontwerp er daadwerkelijk in slaagt een balans te bereiken tussen enerzijds bescherming van het belang van benadeelden en anderzijds waarborging van de positie van aangesproken partijen. Voor dat wij daar nader op ingaan, schetsen wij de achtergronden en het beoogde doel van het voorontwerp en geven wij de belangrijkste elementen in (de toelichting op) het voorontwerp weer.

Vervolgens bespreken wij op hoofdlijnen onze kritiek daarop, mede in het licht van de online gepubliceerde reacties.

2 Achtergronden en doel van het voorontwerp

Al sinds 1994 bestaat voor organisaties die de belangen van benadeelden collectief behartigen de mogelijkheid om op grond van art. 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) een collectieve actie te starten. Het huidige art. 3:305a lid 3 BW bepaalt dat een collectieve actie niet kan strekken tot een schadevergoeding in geld. Vaak wordt een rechtsvordering ingesteld ter verkrijging van een verklaring voor recht dat onrechtmatig is gehandeld. Dat brengt mee dat bij de beoordeling van een dergelijke rechtsvordering niet wordt gekeken naar factoren als schade, causaal verband en eigen schuld. Met de verkregen verklaring voor recht kunnen de benadeelden trachten een schikking te bereiken of procederen over hun individuele vergoeding, waarbij genoemde factoren dan wel kunnen worden meegewogen.⁴

Mede naar aanleiding van een verzoek van het ‘DES-schadefonds’, dat benadeelden van gebruik van het schadelijke DES-hormoon vertegenwoordigde, is een wettelijke regeling ingevoerd waarmee tot collectieve afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige vorderingen kon worden gekomen:⁵ de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).⁶ De belangenorganisatie en de aansprakelijke partij(en) kunnen onderhandelen over een overeenkomst waarmee de schade collectief wordt afgewikkeld. Op grond van de WCAM kunnen zij, als er overeenstemming is bereikt, hun vaststellingsovereenkomst door het Gerechtshof Amsterdam – dat exclusief bevoegd is – algemeen verbindend laten verklaren. Daarmee wordt deze overeenkomst van toepassing op alle benadeelden, die gelden als partij.⁷ Een verbindendverklaring heeft slechts geen gevolg ten aanzien van benadeelden die tijdig gebruik maken van de *opt-out*-regeling.⁸ Tot nu toe heeft het Gerechtshof Amsterdam zeven uitspraken gedaan op grond van de WCAM. In elke uit-

* Mw. mr. J.M.L. van Duin en Mw. mr. R.S.I. Lawant zijn beiden advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag.

1. 38 Kamerstukken II 2013/14, 31762, 3 (Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken).
2. Zie <www.internetconsultatie.nl/motiedijksma>.
3. Deze reacties zijn afkomstig van (op volgorde van datum): Eumedion, Verbond van Verzekeraars (VvV), Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO), Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), Rabobank, DLA Piper, BarentsKrans, Vereniging VEB NCVB (VEB), Consumentenbond, Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG), Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), Nautadutilh e.a. (te weten Allen & Overy, De Brauw Blackstone Westbroek, Clifford Chance, Houthoff Buruma en Stibbe), Stichting Afwikkeling Massaschade (SAM), Bentham Europe, U.S. Chamber Institute for Legal Reform (ILR), VNO-NCW/MKB-Nederland, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), Raad voor de rechtspraak.

4. HR 27 november 2009, NJ 2014/201 m.nt. C.E. du Perron (World Online).

5. Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 1.

6. De WCAM is in werking getreden op 27 juli 2005 (Stb. 2005, 340).

7. Art. 7:908 lid 1 BW.

8. Art. 7:908 lid 2 BW.

spraak heeft het hof de schikkingsovereenkomst algemeen verbindend verklaard.⁹

Van de collectieve actie van art. 3:305a BW wordt in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt.¹⁰ Het gebruik van de WCAM is echter sporadisch gebleken. Niet alle collectieve acties lenen zich voor toepassing van de WCAM; zo kan gedacht worden aan acties ten behoeve van een beperkte achterban, maar ook aan acties waarbij de vorderingen van de belangenorganisatie zijn afgewezen en er geen aansprakelijke partij is. Verder is de situatie denkbaar dat partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling, of waarin zij er niet in slagen een schikking te bereiken.¹¹ Soms ontbreekt er een 'stok achter de deur'. Dit laatste was aanleiding voor de motie Dijkma, waarin de wetgever werd verzocht om de WCAM en het BW aldus aan te passen dat representatieve belangenorganisaties het recht om schade collectief te verhalen werd toegekend.¹²

Die motie heeft geleid tot een aanpassing van de WCAM per 1 juli 2013.¹³ Daarmee werd een preprocesuele comparitie geïntroduceerd, waardoor in een vroeg stadium de bijstand van een rechter kan worden ingeroepen om tot een collectieve overeenkomst te kunnen komen. Daarnaast zou art. 3:305a BW nog moeten worden aangepast om uitvoering te geven aan de motie Dijkma. Die voorgestelde aanpassingen zijn vervat in het voorontwerp.¹⁴

Met het voorontwerp wordt afgestapt van het verbod om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen. Het aanvankelijke bezwaar dat juist dit element leidt tot lange, ingewikkelde en onvoorspelbare procedures¹⁵ staat hieraan niet meer in de weg; dit bezwaar wordt in het voorontwerp in ieder geval niet als zodanig benoemd. Een mogelijke aanleiding voor deze 'switch' is dat de Europese Commissie op 11 juni 2013 de lidstaten heeft aanbevolen mechanismen van collec-

tief schadeverhaal te ontwikkelen voor onder meer de schending van EU-rechten (hierna: de Aanbeveling).¹⁶

3 Beperking van de collectieve schadevergoedingsactie tot strooischade?

In het voorontwerp wordt opgemerkt dat de voorgestelde procedure kan worden ingezet voor de collectieve afwikkeling van alle soorten schade.¹⁷ De vraag rijst of de (ingrijpende) wijzigingen die het voorontwerp beoogt door te voeren, zich wel lenen voor toepassing op elke schade-soort. De ene schade laat zich immers eenvoudiger begroten en/of categoriseren dan de andere. Dat de regeling universeel toepasbaar zou moeten zijn, is niet zonder meer gegeven. De Aanbeveling richt zich niet op alle soorten schadecategorieën. In enkele reacties op het voorontwerp wordt de vraag opgeworpen of de motie Dijkma zich niet beperkt tot consumentenschade¹⁸ en schade als gevolg van schendingen van mededingingsrecht. In het voorontwerp is de motie in ieder geval opgevat als gericht op een algemene regeling voor de collectieve afwikkeling van massaschade.

Vooruitlopend op de bespreking van de kritiek op het voorontwerp, kan de vraag worden gesteld of niet beter gekozen zou kunnen worden voor een beperking van de collectieve schadevergoedingsactie tot gevallen van 'strooischade': massaschade die voor ieder van de benadeelden zo gering is dat een individuele actie met het oog op de kosten daarvan niet loont.¹⁹ De toegevoegde waarde van de collectieve schadevergoedingsactie is met name zichtbaar in gevallen waarin schade als gevolg van een schending van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels is veroorzaakt door één (of een beperkte groep) schadeveroorzaker(s) en die schade wordt geleden door een groot aantal benadeelden, wier collectieve schade gecumuleerd een aanzienlijk belang in de vorm van groepsnadeel voor de schadelijders en/of welvaartsvoordeel voor de schadeveroorzaker(s) vertegenwoordigt.²⁰ Of ook in gevallen van 'niet-strooischade' behoefte bestaat aan de met het voorontwerp beoogde 'stok achter de deur' moet sterk worden betwijfeld, mede in het licht van de bestaande juridi-

9. Het betreft regelingen ter afwikkeling van schade van DES-slachtoffers (Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461), van benadeelden door Dexia-effectenleaseovereenkomsten (Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007/427, JOR 2007/71 m.nt. A.F.J.A. Leijten), van oud-polishouders bij de failliete verzekeraar Vie d'Or (Hof Amsterdam 29 april 2009, NJ 2009/448, JOR 2009/196 m.nt. A.F.J.A. Leijten), van benadeelde aandeelhouders in Vedior (Hof Amsterdam 15 juli 2009, JOR 2009/325 m.nt. A.C.W. Pijls), in Shell (Hof Amsterdam 29 mei 2009, NJ 2009/506, JOR 2009/197 m.nt. A.F.J.A. Leijten) en in Converium (Hof Amsterdam 17 januari 2012, JOR 2012/51 m.nt. B.J. de Jong), en recent van benadeelden in het faillissement van DSB (Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560).

10. De bevoegdheden van een belangenorganisatie worden ook in de jurisprudentie erkend en zelfs ruim uitgelegd; zie bijv. HR 28 maart 2014, JOR 2014/196 m.nt. R.G.J. de Haan. Zie ook T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 20 jaar collectieve actie in het Nederlands BW. Enkele praktische opmerkingen over art. 3:305a BW en de bevoegdheden van een 305a-organisatie, *Ondernemingsrecht* 2014/68, p. 233 e.v.

11. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1.

12. Kamerstukken II 2011/12, 33000, XIII, 14.

13. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 2.

14. Naast een aanpassing/aanvulling van art. 3:305a BW voorziet het voorontwerp in de introductie van een nieuwe titel 14a Rv.

15. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1.

16. 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 (2013/396/EU), *PbEU* 2013, L 201, p. 60-65, waarnaar wordt verwezen in de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 6. Lidstaten worden aangespoord de beginselen die de Europese Commissie hiervoor heeft uitgewerkt uiterlijk op 11 juni 2015 te implementeren. Zie over dit onderwerp ook: O.F. van Teunenbroek, *Collectieve afwikkeling van massaschade in de Europese Unie: naar een Unierechtelijke regeling?*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013.

17. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 7.

18. Het Belgisch recht kent een dergelijke beperking reeds sinds de wijziging van het Wetboek van economisch recht per 28 maart 2014, waarbij een rechtsvordering tot collectief herstel mogelijk is gemaakt in gevallen van consumenten-massaschade; zie de bijdrage van S. Voet elders in dit nummer.

19. Zie ook de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 4; vgl. de reactie van de NOvA, p. 3.

20. Rapport van het ministerie van Economische Zaken, *Strooischade: een verkenkend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade*, Kamerstukken II 2010/11, 27879, 34, p. 31.

sche mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding²¹ en de verstrekkende gevolgen van het voorontwerp.

4 Samenvatting van het voorontwerp

Kort gezegd beoogt het voorontwerp het bestaande verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld af te schaffen en een met waarborgen omklede, stapsgewijze collectieve schadevergoedingsprocedure te introduceren. Deze procedure kan worden ingezet wanneer bij partijen de bereidheid tot onderhandelen ontbreekt of als het partijen om andere redenen niet lukt tot overeenstemming over de afwikkeling van massaschade te komen. Het beoogde doel van de regeling is dat partijen zoveel als mogelijk in gezamenlijkheid komen tot een collectieve vaststellingsovereenkomst, waarbij de rechter een regiefunctie heeft. Hoe meer moeite partijen hebben om tot overeenstemming te komen, hoe groter de rol van de rechter zal zijn. Slechts in het uiterste geval doet de rechter zelf een uitspraak over de collectieve afwikkeling van de massaschade aan de hand van door partijen aangedragen schadecategorieën.²²

De voorgestelde procedure – een verzoekschriftprocedure op tegenspraak – bestaat uit een aantal stappen:²³

Stap 1 – ontvankelijkheidsbeslissing

De procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift door een ‘representatieve belangenorganisatie’. De rechter spreekt zich eerst uit – na hoor en wederhoor – over de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie.²⁴ Tegen de (niet-)ontvankelijkheidsbeslissing, hetzij op basis van de bevoegdheid van de aangezochte rechter, hetzij op basis van de eisen die worden gesteld aan de verzoekende organisatie, staat hoger beroep en cassatieberoep open.

Stap 2 – uitspraak over aansprakelijkheid

De rechter spreekt zich vervolgens uit over de vraag of de beweerdelijk schadeveroorzakende partij inderdaad aansprakelijk is jegens de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt.²⁵ Die beslissing lijkt uitsluitend te zien op de onrechtmatigheid, waarbij vragen van causaliteit, verjaring en eigen schuld worden doorgeschoven naar een latere fase.²⁶ De beslissing blijft achterwege als er al een uitspraak tussen dezelfde partijen over hetzelfde gebeurtenis is geweest in een ‘reguliere’ collectieve actie. Als de rechter concludeert

dat sprake is van onrechtmatig handelen, dan kan hij beslissen over eventuele andere (gemeenschappelijke) rechtsvragen en feitelijke vragen indien dit zou bijdragen aan de totstandkoming van een schikking. Vervolgens wordt partijen een termijn gegeven om in overleg tot een schikking te komen.²⁷ Lukt dit, dan eindigt de procedure bij stap 2. Tegen de beslissingen van de rechter in deze fase van de procedure staat hoger beroep en cassatieberoep open.²⁸

Stap 3 – voortzetting onderhandelingen onder regie van de rechter

Als partijen niet tot een schikking zijn gekomen, dan beveelt de rechter – op verzoek van (één van de) partijen – een verschijning van partijen ter terechtzitting (comparitie).²⁹ Daar wordt alsnog getracht een vaststellingsovereenkomst tot stand te brengen, dit keer onder regie van de rechter.³⁰ Als dit slaagt, dan eindigt de procedure en is het aan partijen om te beslissen of zij de overeenkomst op de voet van de WCAM door de rechter algemeen verbindend willen laten verklaren. Slaagt dit niet, dan wordt met de rechter besproken hoe de partijen wel tot totstandkoming van een schikking kunnen komen. Daarbij komt de mogelijkheid van het inschakelen van een mediator nadrukkelijk aan de orde.³¹ De comparitie kan verder worden gebruikt om eventuele geschilpunten te bespreken die aan het bereiken van overeenstemming in de weg staan. Over deze geschilpunten kan de rechter een beslissing nemen, zodat partijen daarna verder kunnen onderhandelen.³² Tegen deze rechterlijke beslissing(en) staat hoger beroep en cassatieberoep open.

Stap 4 – overleggen van een schaderegelingsvoorstel

Als partijen ook na stap 3 te hebben doorlopen nog geen overeenstemming hebben bereikt, dan beveelt de rechter op verzoek van (één van de) partijen overlegging van een voorstel voor een schikking. Dit voorstel dient, naast de rechtsvragen en feitelijke vragen waarover de rechter reeds heeft beslist, te vermelden waarover overeenstemming is bereikt en waarover de rechter nog moet beslissen (en op welke wijze en gronden).³³ Vervolgens kan de rechter de partijen naar een derde (bijvoorbeeld een mediator) verwijzen, die aan de hand van deze voorstellen alsnog met partijen tot een schikking probeert te komen.³⁴

21. Gedacht kan bijv. worden aan (individuele) proefprocedures, procedures bij geschillencommissies (zoals het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid)), de preprocesuele comparitie, prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en procedures gevoerd door claimstichtingen waaraan benadeelde partijen hun vorderingen hebben gecedeerd.

22. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 1.

23. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 10-11.

24. Art. 1018e lid 4 Rv.

25. Art. 1018e lid 5 Rv. De MvT (consultatieversie juli 2014) spreekt over een oordeel ‘dat de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld en er een grond voor aansprakelijkheid is’ (p. 10). In de wettekst wordt overigens gesproken van ‘de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade’, met andere woorden: schadeplichtigheid.

26. Zie de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 2-3.

27. Art. 1018e lid 7 Rv.

28. Art. 1018e lid 9 Rv.

29. Art. 1018f lid 2 Rv.

30. Art. 1018f lid 3 sub a Rv.

31. Art. 1018f lid 3 sub b Rv.

32. Art. 1018f lid 3 sub b Rv.

33. Art. 1018g lid 1 Rv.

34. In de MvT (consultatieversie juli 2014) wordt deze stap samengenomen met de volgende stap: de vaststelling van de regeling door de rechter. Dit wordt in de reacties op het voorontwerp beschouwd als een aparte stap en zal aldus hier worden besproken. Ook M.W.F. Bosters, Voorontwerp collectieve schadevergoedingsactie, AV&S 2014/16, p. 108-109, gaat uit van vijf stappen.

Stap 5 – rechterlijke vaststelling van een schaderegeling

De rechter kan beslissen om, mede aan de hand van de door partijen overgelegde voorstellen, zelf een schaderegeling vast te stellen.³⁵ Voordat de rechter hiertoe overgaat, kan hij personen voor wie de regeling zou moeten gaan gelden, oproepen zich ter griffie als deelnemer te melden (*opt-in*). Zo kan de rechter op voorhand vaststellen wat de omvang is van de groep benadeelden die aan de door hem vast te stellen regeling gebonden zullen zijn. Deze *opt-in* moet de ‘stok achter de deur’ zijn om partijen in de daaraan voorafgaande stappen te bewegen om in onderling overleg een schikkingsovereenkomst tot stand te brengen.³⁶

5 Kritiek op het voorontwerp

In het voorontwerp signaleren wij diverse knelpunten, waarvan wij hierna de meest in het oog springende zullen bespreken. Daarbij verwijzen wij ook naar de gepubliceerde reacties, waarin forse kritiek op het voorontwerp wordt geuit.

5.1 Efficiëntie en effectiviteit (verzoekschrift)procedure?

Allereerst kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de efficiëntie en effectiviteit van de voorgestelde procedure. Deze procedure is bestemd voor partijen die niet tot overeenstemming zijn gekomen en dus tegengestelde posities zullen innemen. Partijen worden geacht om in onderling overleg door middel van rechterlijke begeleiding uiteindelijk alsnog consensus te bereiken over de te vergoeden schade en de daaraan te verbinden voorwaarden. De Raad voor de rechtspraak constateert echter dat, voordat een schaderegeling door de rechter kan worden vastgesteld, maar liefst 55 (!) tussenstappen – (tussentijds) appels meegeteld, maar zonder verzoeken om voorlopige voorzieningen, onverwachte verwikkelingen of prejudiciële vragen – moeten worden doorlopen.³⁷ Voor zover daarvoor aanleiding bestaat, zou daarna ook nog de WCAM-procedure moeten worden gevolgd om de schikking algemeen verbindend te laten verklaren.

De verwachting is dan ook gerechtvaardigd dat de voorgestelde procedure in de praktijk lang zal duren en zeer arbeids- en kostenintensief zal zijn. Dat werkt ‘uitrookscenario’s’ in de hand: partijen zullen in veel gevallen tegengestelde standpunten innemen en kunnen verzanden in een langdurig en kostbaar debat, waarbij de partij die de langste (financiële) adem heeft aan het langste eind zal trekken. Ook liggen ‘blackmail settlements’ op de loer, hoewel het voorontwerp die juist beoogt te voorkomen:³⁸ het zal voor partijen die niet zelf overeenstemming hebben bereikt zó onaantrekkelijk zijn om verder te procederen, dat zij uitsluitend om die reden tot een schikking komen. Als gevolg daarvan kan een partij oneigenlijke druk op haar wederpartij uitoefenen om maar een compromis te sluiten, waarbij wellicht geen sprake is van een reële vergoeding van de geleden schade.³⁹ Het U.S. Chamber Institute

for Legal Reform (ILR), gelieerd aan de U.S. Chamber of Commerce, merkt in dit verband op dat het voorontwerp de potentiële risico’s van misbruik vanwege ‘negotiation leverage’ lijkt te onderschatten.⁴⁰

Met de (veronder)stelling dat de voorgestelde procedure inzet op het bereiken van een collectieve schikking en daarom nooit zou kunnen uitmonden in een ‘eindeloos gevecht over individuele schadevaststelling’⁴¹ gaat het voorontwerp eraan voorbij dat er bij partijen vaak allerlei andere (achterliggende) belangen, procestactische overwegingen en (rechts)vragen spelen die aan de totstandkoming van een schikking in de weg staan, zoals de betrokkenheid van derden ‘achter de schermen’ (verzekeraars, rechtsopvolgers, aandeelhouders, enzovoorts). Het risico bestaat dat de rechter onvoldoende rekening zal kunnen houden met die achterliggende aspecten.⁴² Het voorontwerp gaat er bovendien steeds van uit dat partijen zich bij het doorlopen van de procedurele stappen voldoende zullen inzetten, maar verheldert niet wat er moet gebeuren als een partij zich onvoldoende inspannt, bijvoorbeeld om aansprakelijkheid zo lang mogelijk te ontlopen. Hoe – en vooral: op basis waarvan – moet de rechter dan een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vaststellen?

Daar komt nog bij dat de keuze voor de verzoekschriftprocedure⁴³ impliceert dat – gelet op art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) – alle (ook de niet in het verzoekschrift vermelde) belanghebbende partijen moeten worden opgeroepen, en dat ook onbekende belanghebbende derden van het verzoek en de procedure in kennis moeten worden gesteld.⁴⁴ Dat kan de nodige complicaties en kosten met zich brengen. In het voorontwerp wordt de voorkeur gegeven aan de verzoekschriftprocedure vanwege de wens om één uniform regime te scheppen voor alle soorten collectieve acties. Het feit dat partijen ook gezamenlijk de rechter kunnen verzoeken een uitspraak te doen die geldt als vaststellingsovereenkomst, zou de verzoekschriftprocedure volgens het voorontwerp passend maken.⁴⁵ De verzoekschriftprocedure heeft verder het voordeel dat de rechter daarin een strakkere regie kan uitoefenen. Daar staat tegenover dat de dagvaardingsprocedure procespartijen meer grip en rechtszekerheid biedt en de meest geëigende procesgang lijkt te zijn, vanwege het contentieuze karakter van de collectieve schadevergoedingsactie. Het gebrek aan procedurevoorschriften voor de verzoekschriftprocedure kan de zaak

35. Art. 1018g lid 4 Rv.

36. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 11.

37. Reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 16-18.

38. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 12.

39. Zie ook de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 3-4.

40. Reactie van het ILR, p. 2. Volgens het ILR gaat van de toegang tot een collectieve schadevergoedingsactie een inherente dreiging uit, die leidt tot ‘unequal bargaining power’ aan de zijde van de eisende partij.

41. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 12.

42. Zie de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 18. Zie voor een bespreking van verschillende facetten van de betrokkenheid van verzekeraars bij een WCAM-schikking A.Ch.H. Franken, De WCAM, verzekeraars en verzekeringen, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Verzekering en ADR (Serie Onderneming en Recht, deel 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 313-351.

43. De keuze voor de verzoekschriftprocedure is ingegeven door de voorstellen in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI). Daarbij wordt immers uitgegaan van één procesinleiding in een digitale setting.

44. Zie onder meer de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 5-6.

45. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 17.

bemoeilijken – zo ontbreekt een regeling voor verstek en verzet – en aldus tot vertraging en hogere kosten leiden. Voorts wordt de verweerder de mogelijkheid ontnomen om incidenten op te werpen, terwijl vrijwaring er bijvoorbeeld in de kartelschadepraktijk juist toe kan leiden dat een regresmogelijkheid en daarmee draagvlak onder alle betrokken (veelal ook buitenlandse) partijen voor een eventuele schikking wordt gecreëerd.⁴⁶

Andere kritiek op de voorgestelde procedure die uit de reacties naar voren komt – en die wij hier verder onbesproken zullen laten – hangt onder meer samen met de (korte) termijnen waarbinnen partijen moeten proberen een schikking te bereiken, de verplichting van partijen om de rechter (mogelijk in strijd met de gedragsregels voor advocaten) in te lichten over hun onderhandelingsposities en de concentratie van collectieve schadevergoedingsacties bij één gespecialiseerde rechtbank.

5.2 Ontvankelijkheid van de representatieve belangenorganisatie

Op grond van het huidige art. 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere (natuurlijke) personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Zij is niet-ontvankelijk indien zij onvoldoende heeft getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de aangesproken partij en/of de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn (lid 2). In het voorontwerp wordt voorgesteld om een nieuw lid (5) toe te voegen, waarin de volgende voorwaarden voor ontvankelijkheid worden neergelegd:

- a. De rechtspersoon die de rechtsvordering instelt, moet over voldoende deskundigheid ter zake beschikken en moet de belangen waarvoor hij opkomt op zorgvuldige wijze behartigen.
- b. De rechtsvragen en feitelijke vragen moeten in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor de personen wier belangen de rechtspersoon behartigt.
- c. De groep van deze personen moet van voldoende omvang zijn om het instellen van de rechtsvordering te rechtvaardigen.
- d. Er mogen geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn waarmee bereikt kan worden dat deze personen hun schade vergoed krijgen (*ultimum remedium*).
- e. De rechtspersoon moet daadwerkelijk hebben getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de aangesproken partij, waarbij – aldus nog steeds het voorontwerp – de in lid 2 bedoelde termijn van twee weken niet voldoende is.⁴⁷

Hiermee krijgt de rechter volgens het voorontwerp de mogelijkheid indringend te toetsen of een representatieve belangen-

organisatie wel voldoende is toegerust om een collectieve schadevergoedingsactie te beginnen.⁴⁸ De toets is aanmerkelijk zwaarder dan voor een organisatie die een ‘reguliere’ collectieve actie instelt. In hun bespreking van het voorontwerp spreken Arons en Koster van een ‘305a-organisatie excellent’.⁴⁹ Zij menen dat organisaties door de hogere eisen in feite worden gedwongen een ‘sluiproute’ te volgen, waarbij eerst een ‘reguliere’ collectieve actie wordt gestart ter verkrijging van een verklaring voor recht (inzake onrechtmatigheid) en vervolgens alsnog een collectieve schadevergoedingsactie kan worden ingesteld.⁵⁰ Dat een dergelijke sluiproute gevolgd zal gaan worden, is niet denkbeeldig, mede gelet op de verwachting dat een belangenorganisatie in de eerste plaats rechterlijke vaststelling van aansprakelijkheid zal zoeken. Dat zal mogelijk nog worden versterkt door de hiervóór gesignaleerde complexiteit, onvoorspelbaarheid en kostbaarheid van de voorgestelde procedure.

Verder worden in het voorontwerp geen concrete toetsingscriteria gegeven. Zo is onduidelijk hoe ‘deskundigheid’ (sub a) en ‘representativiteit’ (sub a en c) precies moeten worden gemeten. De ontvankelijkheidseisen zijn zo algemeen omschreven dat de invulling daarvan wordt overgelaten aan de praktijk. Ook dit zal leiden tot de nodige verwickelingen, vertraging en rechtsonzekerheid bij partijen en afdoen aan de effectiviteit van een collectieve schadevergoedingsactie.⁵¹

5.3 Deskundigheid, governance en representativiteit

Volgens het voorontwerp moet de belangenorganisatie over aantoonbare relevante expertise beschikken dan wel daar toegang toe hebben.⁵² Ten aanzien van de governance wordt aansluiting gezocht bij de Claimcode, die regels bevat over (onder andere) de samenstelling en werkwijze van het bestuur, vergoedingen aan bestuurders en vermindering van belangen-ten-genstelling.⁵³ De Claimcode zou op zichzelf een goed aanknopingspunt kunnen zijn, omdat daarmee een bepaalde professionele standaard kan worden gewaarborgd. Indien voor de toepassing en naleving daarvan echter geen (wettelijke) grondslag wordt gecreëerd, is het nog maar de vraag of en in hoeverre belangenorganisaties zich daaraan zullen houden.⁵⁴

De rechter moet in de voorgestelde procedure een ‘poortwachtersrol’ vervullen tegen lichtzinnige/frivole claims van organi-

48. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 13.

49. 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, p. 687 (hierna: Arons & Koster 2014).

50. Zie ook de reactie van de VEB, p. 11.

51. Zie ook Arons & Koster 2014, p. 689.

52. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 19-20.

53. Te raadplegen op <www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/pdf-algemeen-2013/compljunclaimcodecomm2011.pdf>.

54. De Claimcode – een vorm van zelfregulering – is opgesteld door ervaringsdeskundigen afkomstig uit de hoek van (consumenten)belangenbehartigers, claimstichtingen, het bedrijfsleven, de wetenschap en de advocatuur. Uit onderzoek is echter gebleken dat in de praktijk slechts weinig belangenorganisaties voldoen aan de Claimcode; zie E. Bauw & T. Bruinen, Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen, NJB 2013/140.

46. Zie ook de reacties van NautaDutilh e.a., par. 22, DLA Piper, p. 4 en BarentsKrans, p. 3.

47. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 23.

saties met verkeerde bedoelingen en zonder achterban.⁵⁵ De vraag rijst of de rechter wel voldoende is toegerust om zelfstandig onderzoek te doen naar de deskundigheid van een representatieve belangenorganisatie op een specifiek terrein, de betrouwbaarheid, governancestructuur en financiering.⁵⁶ alsmede of genoemde factoren wel kenbaar zijn voor de wederpartij. Deze factoren kunnen bovendien in de loop van de procedure veranderen, zodat de beoogde zorgvuldige belangenbehartiging niet doorlopend gewaarborgd is. De Raad voor de rechtspraak geeft de minister in dit verband in overweging om een jaarlijkse certificering door een toezichthoudend orgaan te creëren, zoals in Frankrijk, België en Engeland en Wales.⁵⁷ De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) sluit zich daarbij aan en wijst erop dat toezicht op de belangenorganisaties een belangrijke waarborg vormt tegen een ongewenste claimcultuur.⁵⁸

Het Verbond van Verzekeraars (VvV) wil dat duidelijke eisen gesteld worden aan de representativiteit van belangenorganisaties 'om een dam op te werpen tegen cumulatie van verschillende claimvehikels'.⁵⁹ De VEB pleit voor toepassing van het criterium dat de gelijksoortige belangen van de achterban zich lenen voor bundeling, conform het huidige art. 3:305a lid 1 BW; zij is geen voorstander van het prikken van een willekeurig (minimum)aantal personen of het vereisen dat de schadevergoeding wordt gevorderd op basis van een volmacht of lastgeving.⁶⁰ Ook de Consumentenbond meent dat het aantal benadeelden dat zich op voorhand meldt niets zegt over de legitimiteit van de vordering. Daarbij plaatsen wij de kanttekening dat tot het moment van verbindendverklaring van een met de belangenorganisatie gesloten schikkingsovereenkomst in feite nog geen sprake is van een *collectieve* regeling, althans niet tot zich (voldoende) benadeelden hebben gemeld. Volgens het voorontwerp heeft de rechter, voordat hij een uitspraak doet waarbij de schaderegeling wordt vastgesteld, de bevoegdheid benadeelden op te roepen om zich bij de griffie te melden als deelnemer.⁶¹ Dat dient er (mede) toe om te controleren of de groep deelnemers niet te gering is om tot vaststelling van een collectieve schaderegeling over te kunnen gaan. Gelet op het – ook in het voorontwerp onderkende – belang van representativiteit vragen wij ons af of deze bevoegdheid niet te vrijblijvend is en voorts of de oproeping van benadeelden niet al in een eerder stadium gedaan zou moeten worden, vóórdat partijen tijd, geld en moeite in de schadeafwikkeling hebben geïnvesteerd.⁶² Dat vergroot mogelijk ook het draagvlak voor een schikking.

55. Zie ook de reactie van VNO-NCW, p. 4.

56. Zie ook de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 7.

57. Reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 8; zie ook de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 5.

58. Reactie van de NVB, p. 2-3.

59. Reactie van het VvV, p. 3.

60. Reactie van de VEB, p. 9-10.

61. Volgens de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 48, gaat het om een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Daarbij worden echter geen concrete handvatten aangereikt voor de aanwending van deze bevoegdheid.

62. Vgl. o.m. de reactie van DLA Piper, p. 7 en de reactie van het ILR, p. 8.

Uit het voorontwerp blijkt overigens niet hoe twee of meer verzoekende partijen zich naast elkaar kunnen verhouden: er wordt slechts een (onverplichte) mogelijkheid voor belangenorganisaties gecreëerd om te verzoeken op te mogen treden als 'medeverzoeker'.⁶³ Volgens het voorontwerp bestaat er geen noodzaak voor invoering van een 'lead plaintiff'-model, omdat reeds het feit dat een representatieve belangenorganisatie opkomt namens een grotere groep benadeelden zou leiden tot een beperking van het aantal partijen.⁶⁴ De schikkingsbereidheid bij aangesproken partijen kan echter aanzienlijk verminderen als zij worden geconfronteerd met meerdere verzoekers die los van elkaar opereren. In dat verband lijkt voeging van zaken met betrekking tot een bepaalde gebeurtenis de aangewezen weg; de rechter behoeft zich dan slechts eenmaal uit te laten over aansprakelijkheid.⁶⁵

5.4 Financiering

In het voorontwerp wordt opgemerkt dat *third party litigation funding* enerzijds de toegang tot het recht kan bevorderen, maar anderzijds de belangen van benadeelden ook negatief kan beïnvloeden en tot excessief procederen kan leiden.⁶⁶ De minister van Veiligheid en Justitie heeft zich al eerder uitgesproken over *third party litigation funding*⁶⁷ en diverse opties voor regulering besproken. De risico's van volledig vrije *third party litigation funding* zijn volgens de minister onder meer belangenverstrengeling, een 'wildgroei' aan *third party funders*, een 'aanziende werking' op buitenlandse claims en het ontbreken van kwaliteitseisen voor deze *funders*. Uit het voorontwerp volgt echter dat de minister eerst wil afwachten of *third party litigation funding* in Nederland een grote vlucht zal nemen en welke effecten dit zal hebben. Dit betekent dat *third party litigation funding* voorlopig ongereguleerd blijft. Het experiment inzake resultaatgerichte beloning, dat momenteel wordt uitgevoerd ten aanzien van letsel- en overlijdensschadezaken, is (vooralsnog) beperkt tot individuele afspraken tussen een cliënt en zijn advocaat.⁶⁸

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) is van opvatting dat een beloning van de belangenorganisatie op *no cure, no pay*-basis – gekoppeld aan het verhaalde schadebedrag – aanvaardbaar kan zijn, gezien het alternatief dat er in het geheel geen actie wordt ondernomen tegen de schadeveroorzaker.⁶⁹ In strooischadezaken zou *third party litigation funding* inderdaad een *incentive* kunnen vormen om actie te ondernemen tegen de aansprakelijke partijen. Niettemin wordt in veel reacties gewaarschuwd voor het risico dat een eigen financieel belang (het 'verdienmodel') van een belangenorganisatie of *third party funder* afbreuk kan doen aan de belangen van beide partijen en er zelfs in de weg aan kan staan

63. Art. 1018c lid 6 Rv.

64. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 14.

65. Vgl. de reactie van VNO-NCW, p. 15.

66. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 14-15.

67. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 6.

68. Zie de Verordening tot wijziging van de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning), Stb. 2013, 20779.

69. Reactie van de NVvR, p. 2.

dat een schikking tot stand komt. Er kan immers een tegenstrijdig belang zijn tussen (de *funder* van) een belangenorganisatie die een (hoog) percentage van het schikkingsbedrag ontvangt en de benadeelden zelf, die ook gebaat zouden kunnen zijn bij een andere oplossing dan een (volledige) schadevergoeding in geld.⁷⁰ Dat leidt tot spanning; de totstandkoming van een schikking kan juist worden bevorderd door het zoeken naar alternatieve (niet-financiële) tegemoetkomingen.

In het voorontwerp wordt weliswaar opgemerkt dat de rechter de *funding*-overeenkomst kan opvragen om te bekijken of die niet in de weg staat aan een zorgvuldige belangenbehartiging,⁷¹ maar daarbij wordt niet inhoudelijk ingegaan op de beginselen die de Europese Commissie in de Aanbeveling aan de lidstaten meegeeft.⁷² Op grond daarvan zouden namelijk nadere regels moeten worden gesteld omtrent (onder andere) de openbaarmaking door de belangenorganisatie van de oorsprong van haar financiële middelen en de eventuele rol van derden bij (de financiering van) de procedure. Volgens de Commissie moet worden voorkomen dat een *litigation funder* invloed kan uitoefenen op de procedurele beslissingen van de eisende partij, met inbegrip van schikkingen. Nu te verwachten valt dat partijen van mening zullen verschillen over de mate waarin en de wijze waarop inzicht moet worden gegeven in financieringsafspraken, biedt de introductie van een collectieve schadevergoedingsactie een uitgelezen kans om de nodige nadere regels te stellen, conform de Aanbeveling.

5.5 Gemeenschappelijke vragen

Volgens de parlementaire geschiedenis van de WCAM zijn vragen over schade, causaliteit en eigen schuld veelal slechts individueel te beantwoorden en zorgen deze voor juridisch-technische complicaties die de voordelen van een gebundelde afdoening tenietdoen.⁷³ Het voorontwerp lijkt ervan uit te gaan dat een benadering aan de hand van te onderscheiden klassen benadeelden en schadecategorieën ('damage scheduling') hieraan tegemoet kan komen:⁷⁴ verschillende gronden voor aansprakelijkheid die voor verschillende groepen van personen verschillende (rechts)vragen oproepen, kunnen in beginsel in één regeling worden opgenomen. Het voorontwerp lijkt zich er echter onvoldoende rekenschap van te geven dat voor vaststelling van schadeplichtigheid (stap 2) ook moet zijn voldaan aan het vereiste van causaal verband,⁷⁵ wat alsnog kan leiden tot complicaties en debat op het niveau van individuele benadeelden. De Raad voor de rechtspraak vreest dat de procedure 'ontaardt in een eindeloos en voor de rechter onbeheersbaar gevecht over een reeks van feitelijke vragen en rechtsvragen en over de daarmee samenhangende geschilpun-

ten aangaande de structuur van de klassen en de indeling van benadeelden in de ene of de andere categorie'.⁷⁶

Een gedachte zou kunnen zijn dat bij de collectieve schadevergoedingsactie eerst getoetst moet worden of de kwestie zich überhaupt wel leent voor gebundelde behandeling, zeker als het de bedoeling is dat individuele omstandigheden pas in een later stadium aan de orde komen.⁷⁷ De Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) vraagt zich in dit verband af in hoeverre abstrahering van individuele omstandigheden in het belang van partijen is en daarmee aanvaardbaar.⁷⁸ Eisende partijen hebben de keuze om wel of niet tot bundeling over te gaan, gedaagde partijen niet. De NOvA meent dat daarom een inhoudelijk ontvankelijkheidsverweer moet worden toegestaan met betrekking tot de vraag of de wederzijdse belangen wel met bundeling zijn gediend.

De letterlijke wettekst⁷⁹ lijkt er overigens op te duiden dat het aan de rechter wordt overgelaten om te bepalen over welke aan hem voorgelegde (deel)geschilpunten hij beslist, en dat hij van een beslissing kan afzien als die naar zijn oordeel niet zal kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een schikking; vergelijk de in art. 1019w van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) neergelegde maatstaf voor de deelgeschilprocedure. Anders dan bij de deelgeschilprocedure is de rechter bevoegd om zelf een schaderegeling vast te stellen, kennelijk zonder ertoe gehouden te zijn om over alle verweren in verband met de aard en omvang van de schadeplichtigheid een rechtsoordeel te geven.⁸⁰ Dat komt de aanvaardbaarheid van de (aan partijen opgelegde) schaderegeling wellicht niet ten goede.

5.6 'Scope rule'

Volgens het voorontwerp is het de bedoeling om de mogelijkheid van het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie te beperken tot de 'gevallen die daadwerkelijk een band hebben met de Nederlandse rechtssfeer'.⁸¹ Daarvoor moet zijn voldaan aan één van de volgende drie voorwaarden:⁸²

- Degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, heeft woonplaats in Nederland.
- Het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland.⁸³
- Of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, hebben in Nederland plaatsgevonden.

70. Zie ook de reactie van het ILR, p. 15.

71. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 21.

72. Hiervóór aangehaald in voetnoot 16. Zie met name de beginselen onder 14-16.

73. Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3.

74. Vgl. de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 39.

75. Zie o.m. de reactie van het ILR, p. 17.

76. Reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 5.

77. Vgl. de reactie van het VvV, p. 3.

78. Reactie van de NOvA, p. 3.

79. Art. 1018e lid 6 Rv.

80. Vgl. de reactie van NautaDutilh e.a., par. 17.

81. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 13.

82. Art. 3:305a lid 6 BW.

83. De Raad voor de rechtspraak betwijfelt of het wel toelaatbaar is om ontvankelijkheid te koppelen aan de woon- of verblijfplaats van de benadeelden. Dit kan er immers toe leiden dat buitenlandse benadeelden door de belangenorganisatie zullen worden uitgesloten om een Nederlandse meerderheid te creëren; zie de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 10.

De ‘scope rule’ loopt niet geheel parallel met internationale bevoegdheidsregels⁸⁴ en heeft dus niet zozeer betrekking op rechtsmacht, als wel op een territoriale beperking van de toegang tot een collectieve schadevergoedingsactie. Het lijkt eerder te gaan om een aanvullende ontvankelijkheidsvoorwaarde. Volgens het voorontwerp kan de (rechts)toegang van partijen worden beperkt, ook als vaststaat dat de Nederlandse rechter bevoegd is.⁸⁵ De NVB constateert in dit verband dat de vordering zal openstaan voor alle schadegevallen in internationale context waar een Nederlandse multinational bij betrokken is, en meent dat het daarom meer voor de hand zou liggen dat aan ten minste twee van de drie voorwaarden moet zijn voldaan.⁸⁶ Het aanbrengen van een territoriale beperking lijkt ons op zichzelf legitiem, ook om te voorkomen dat Nederland een ‘magnet jurisdiction for collective damages litigation’⁸⁷ wordt. Het voorontwerp laat echter veel praktische vragen van internationaal privaatrecht – zoals grensoverschrijdende oproeping, internationale erkenning en toepasselijk recht⁸⁸ – onbeantwoord, terwijl dergelijke vragen zich bij betrokkenheid van buitenlandse partijen wel zullen aandienen.

5.7 Gebondenheid en finaliteit

Het voorontwerp bepaalt dat personen ten behoeve van wie de schaderegeling door partijen of door de rechter is vastgesteld, daar een beroep op kunnen doen (*opt-in* achteraf).⁸⁹ De benadeelden zijn vrij zich al dan niet aan de schaderegeling te binden. Voor benadeelden die zich niet gebonden hebben, blijft het mogelijk om individuele procedures of nieuwe collectieve schadevergoedingsacties te starten over hetzelfde onderwerp. Dit geldt ook bij een afwijzing van aansprakelijkheid, waaraan benadeelden – die in dat geval geen gebruik zullen maken van de *opt-in*-mogelijkheid – niet gebonden zijn, terwijl de aangesproken partij wel gebonden is aan een toewijzende beslissing. Het ILR wijst erop dat de aangesproken partij geacht wordt zich te verweren alsof zij ‘the entire universe of potential claimants’ tegenover zich heeft,⁹⁰ omdat zij niet weet hoeveel benadeelden uiteindelijk zullen kiezen voor *opt-in*. Ook de Raad voor de rechtspraak en de NOvA zijn kritisch: als de benadeelden achterover kunnen leunen en rustig de uitkomst kunnen afwachten, dan maakt dat de collectieve schadevergoedingsactie een ‘loterij zonder nieten’.⁹¹ Dit gebrek aan finaliteit zal een belangrijke belemmering zijn om tot een schikking te komen. Aan de ene kant zal de belangenorganisatie het willen laten aankomen op een rechterlijke schaderegeling, omdat

die de achterban een vrijblijvende aanspraak geeft op een gegarandeerde basisvergoeding. Aan de andere kant zijn voor de aangesproken partij de financiële consequenties van een (vrijwillige) schikking niet te overzien, omdat daarmee niet gegeven is dat de claims van alle benadeelden worden afgewikkeld. De aangesproken partij zal terughoudend zijn met het doen van concessies die haar later door andere benadeelden kunnen worden tegengeworpen. Gesteld kan zelfs worden dat de onduidelijkheid over de concrete omvang van het collectief raakt aan de legitimiteit van de collectieve schadevergoedingsactie.⁹²

De varianten van *opt-in* vooraf of *opt-out* achteraf dragen een redelijk betrouwbare voorspelling in zich dat veruit de meeste benadeelden aan een schikking gebonden zullen zijn.⁹³ Het voorontwerp geeft geen afdoend antwoord op de vraag waarom de rechter, die tenslotte duidelijkheid mag verlangen over het aantal benadeelden dat zich wil committeren,⁹⁴ niet direct de bevoegdheid wordt gegeven om een collectieve schadevergoedingsregeling met *opt-out* vast te stellen (naar analogie met de WCAM). Dat maakt het mogelijk gezag van gewijsde toe te kennen ten aanzien van alle partijen, inclusief de achterban van de belangenorganisatie.⁹⁵ Hoe dan ook is onder het voorontwerp de rechtskracht van een schadedictum, indien er geen WCAM-procedure volgt, niet zonder meer duidelijk: er hoeft immers geen relatie te bestaan tussen de belangenorganisatie (die procespartij is) en de individuele benadeelden.⁹⁶ Het ILR merkt op dat een *opt-in* vooraf het voordeel heeft dat benadeelden er vanaf het begin voor kiezen om actief deel te nemen, wat aan beide zijden tot gebondenheid leidt. Daarnaast biedt *opt-in* vooraf transparantie over de vraag namens welke benadeelden de belangenorganisatie optreedt, waarbij de ‘knip’ bijvoorbeeld gemaakt zou kunnen worden bij de eerste mondelinge behandeling (ten behoeve van de ontvankelijkheidsbeslissing), waarvoor belanghebbenden worden opgeroepen.⁹⁷ De keuze is dan aan de aangesproken partij om de schaderegeling later open te stellen voor benadeelden die zich daarna alsnog melden. Een *opt-in*-systeem sluit overigens ook aan bij de Aanbeveling van de Commissie.⁹⁸

5.8 Mogelijkheid van appel

Tegen de vaststelling door de rechter van een regeling voor collectieve schadeafwikkeling staat geen hogere voorziening open, terwijl de belangrijkste beslissingen – anders dan het

84. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 24. Zie ook de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 10.

85. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 13.

86. Reactie van de NVB, p. 2.

87. Zie de reactie van het ILR, p. 3.

88. Vgl. het onderzoeksrapport van H. van Lith, *The Dutch Collective Settlements Act and private international law. Aspecten van internationaal privaatrecht in de WCAM*, Rotterdam/Den Haag: Erasmus Universiteit Rotterdam/WODC 2010, bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 27879, 35.

89. Art. 1018g lid 9 Rv.

90. Reactie van het ILR, p. 7.

91. Reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 21; reactie van de NOvA, p. 7.

92. Vgl. de reactie van NautaDutilh e.a., p. 7.

93. Zie ook de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 21.

94. Vgl. de MvT (consultatieversie juli 2014), p. 9.

95. Vgl. Arons & Koster 2014, p. 694.

96. Vgl. de reactie van DLA Piper, p. 10-11, de reactie van de Raad voor de rechtspraak, p. 20, en de reactie van VNO-NCW, p. 9.

97. In België wordt de ‘knip’ gemaakt na bekendmaking van de ontvankelijkheidsbeslissing; zie de bijdrage van S. Voet elders in dit nummer.

98. Hiervóór aangehaald in voetnoot 16.

voorontwerp lijkt te veronderstellen⁹⁹ – wellicht pas dan worden gegeven. Dan wordt immers pas beslist over de aan elk van (de klassen van) benadeelden toe te kennen vergoeding, die mede afhankelijk is van causaliteits- en eigen-schuldverweren. In veel reacties wordt daarom aangevoerd dat er, gelet op de verstrekkende gevolgen, wel een appelmogelijkheid zou moeten zijn. Het in het voorontwerp aangedragen argument tegen hoger beroep – dat de appelrechter dan veel werk zou moeten ‘overdoen’¹⁰⁰ – overtuigt in ieder geval niet.

5.9 Geen overgangsrecht

Een laatste punt dat in de reacties aan de orde wordt gesteld, is het ontbreken van temporele beperkingen en overgangsrechtelijke bepalingen. De collectieve schadevergoedingsactie zal derhalve ook kunnen worden ingesteld voor gebeurtenissen die vóór inwerkingtreding hebben plaatsgevonden.¹⁰¹ De materiële rechtspositie van partijen wordt door het wetsvoorstel niet gewijzigd.¹⁰² De NVB lijkt daar anders over te denken blijkens haar opmerking dat voor geschillen met betrekking tot rentederivaten van MKB'ers al een speciaal loket bij het Kifid wordt geopend, reden waarom deze geschillen zouden moeten worden uitgezonderd van de collectieve schadevergoedingsactie. Uit berichtgeving in de media blijkt echter dat de minister niet genegen is om bepaalde claims bij voorbaat uit te sluiten.¹⁰³

6 Conclusie

De kritiek op het voorontwerp is als gezegd fors en in enkele opzichten zo fundamenteel, dat de vraag gesteld kan worden of de collectieve schadevergoedingsactie (in deze vorm) wel de ontbrekende schakel is die de wetgever voor ogen heeft. Er lijkt te moeten worden gekozen uit twee ‘kwaden’: enerzijds is er onmiskenbaar een belang om drempels die benadeelden ervaren voor het verhalen van hun schade te verlagen, anderzijds is er het fundamentele bezwaar dat de voorgestelde procedure onvoldoende recht doet aan de positie van aangesproken partijen (denk aan het risico op ‘blackmail settlements’ en de (te) vrijblijvende *opt-in*). Een collectieve schadevergoedingsactie lijkt vooral meerwaarde te kunnen hebben in gevallen van strooischade. De realiteit dat het voor benadeelden met een relatief geringe schade (met name consumenten) vaak niet loont om deze schade individueel te verhalen, omdat de kosten daarvan niet opwegen tegen de (eventuele) baten, is onwenselijk. Dan kan behoefte bestaan aan een ‘stok achter de deur’ en is aanvullende (rechts)bescherming van benadeelde partijen wellicht gerechtvaardigd.

Begrijpelijk is ook de wens om collectieve schadeafwikkeling efficiënter en effectiever te laten verlopen. De voorgestelde procedure dreigt echter uit te monden in een gevecht zonder einde (in het slechtste geval) of een gedwongen schikking (in het beste geval). De zorg dat de regeling misbruik zal uitlokken, leeft bij alle betrokkenen; het is maar zeer de vraag of in het voorontwerp de verschillende (juridische en andere) belangen die spelen bij de collectieve afwikkeling van massaschade voldoende onder ogen zijn gezien. Daarnaast hebben wij in deze bijdrage andere belemmeringen gesignaleerd die aan de totstandkoming en aanvaardbaarheid van een schikking onder het voorontwerp in de weg kunnen staan. Ook rijst de vraag waarom de bestaande (juridische) mogelijkheden – in het bijzonder de huidige collectieve actie, eventueel gevolgd door een WCAM-procedure of schadestaatprocedure – ontoereikend zouden zijn.

Het voorontwerp verdient heroverweging, waar mogelijk na (nader) onderzoek naar praktische obstakels voor de collectieve afwikkeling van massaschade en de wijze waarop die zouden kunnen worden weggenomen. Wat ons betreft is niet gegeven dat dat dient te gebeuren door invoering van een collectieve *schadevergoedingsactie* voor *alle* soorten schade, en zeker niet in de voorgestelde vorm. De voorgestelde procedure is naar onze opvatting een brug te ver.

99. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 50, waar wordt opgemerkt dat er ruime mogelijkheden zijn voor hoger beroep en cassatie tegen eerdere (deel)beslissingen. Met de toevoeging dat de rechter de Hoge Raad een prejudiciële vraag kan voorleggen, lijkt het individuele en feitelijke karakter van de vaststelling van een schaderegeling te worden miskend.

100. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 50.

101. MvT (consultatieversie juli 2014), p. 16.

102. Zie ook Arons & Koster 2014, p. 689.

103. Zie o.a. <www.nu.nl/economie/3902671/banken-vragen-vrijwaring-van-groepsclaim.html>.