

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/160751>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

# Finaliteit, representativiteit en kwaliteitsborging door de rechter

## De sleutelbegrippen van het collectief actierecht

*Mr. drs. T.M.C. Arons\**

*De sleutelbegrippen bij massaschade(geschilbeslechting): representativiteit, finaliteit en kwaliteitsborging door de rechter. De schadevergoedingeisende organisatie moet representatief zijn ter waarborging van de belangen van de achterban. Finaliteit betekent binding van deze achterban. Het gezag van gewijsde en het EVRM vereisen een opt-in model.*

### 1 Inleiding

In deze bijdrage bespreek ik de problemen bij verhaal van massaschade in het algemeen. Representativiteit, finaliteit en kwaliteitsborging door de rechter zijn sleutelbegrippen. De eisende organisatie moet representatief zijn voor de door haar behartigde belangen, met als doelen het weren van uit onzuivere motieven handelende rechtspersonen en het waarborgen van de belangen van de gelaedeerden.<sup>1</sup> Finaliteit betekent binding van een zo groot mogelijke groep gelaedeerden aan de uitkomst van het geschil.

Daarnaast richt ik mij specifiek op enkele tekortkomingen in het conceptwetsontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Ook ga ik in op enkele praktisch-juridische problemen van sommige onderdelen van de Aanbevelingen van de juristengroep.

Naar aanleiding van de motie Dijkma is in de zomer van 2014 een conceptwetsontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie ter consultatie openbaar gemaakt.<sup>2</sup> Het conceptwetsontwerp naar aanleiding van de motie Dijkma en de Aanbevelingen van de juristengroep (elders in dit nummer) vormen de rode draad van deze bijdrage.

Mijn stellingen luiden:

- De WCAM-procedure is een betere route naar finaliteit dan de aanbevolen opt-out collectieve (schade)vergoedingsactie.

\* Mr. drs. T.M.C. Arons is universitair docent Financieel Recht bij het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 6 (MvT) en Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 15 (MvT).  
2. Zie <www.internetconsultatie.nl/motiedijkma>.

- Een *lead plaintiff*-model waarbij één representatieve organisatie wordt aangewezen om de procedure te voeren – zoals voorgesteld in Aanbeveling 2 – past niet in het collectief actierecht. Een intensievere toetsing van de representativiteit is een beter instrument om finaliteit en waarborging van de belangen van de achterban te bereiken dan het aanwijzen van een Exclusieve Belangenbehartiger.

Deze stellingen worden in deze bijdrage toegelicht en beargumenteerd.

### 2 Massaschade: het rechts(economisch) probleem

Om inzicht te krijgen in de euvels die nog moeten worden opgelost om tot een bevredigende afwikkeling van massaschade – in of buiten rechte – te komen, is allereerst het onderscheid in typen massaschade van belang.<sup>3</sup> Dit zijn strooischade en *mass event*-schade. Aan elk gevalstype ligt immers een ander probleem ten grondslag. De oplossing moet daar dan ook op zijn afgestemd.

#### 2.1 Strooischade

Bij strooischade, zoals kartelschade,<sup>4</sup> kan de maatschappelijke schade in totale omvang groot zijn, maar de individuele schade te gering om daadwerkelijk actie te ondernemen om compensatie te krijgen. Denk bijvoorbeeld aan de aangeboden USD 1000 compensatie voor VW-rijders in de Verenigde Staten. Waarom Europese VW-rijders niet ook een dergelijk bedrag krijgen aangeboden, is nog onduidelijk. Hoogstwaarschijnlijk

3. Zie ook uitgebreid M.G. Faure & L.T. Visscher, Een rechtseconomische visie op collectieve actie, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, Collectieve acties (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijke Recht), Zutphen: Paris 2015, p. 27-31, 39-41.

4. Op 8 oktober 2015 heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie het conceptwetsontwerp Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht ter consultatie openbaar gemaakt. Zie <www.internetconsultatie.nl/implementatiewet\_richtlijn\_privaatrechtelijke\_handhaving\_mededingingsrecht>. Hiermee wordt een nieuw specifiek type onrechtmatige daad toegevoegd aan Boek 6 BW. Hierin is onder andere het rechtsvermoeden dat een kartel schade heeft veroorzaakt, opgenomen (art. 6:193l BW (voorstel)). De implicaties van dit conceptwetsontwerp Implementatiewet privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht moeten nog worden afgewacht. Op 22 november 2015 is de consultatietermijn gesloten. Vóór 26 december 2016 moet de wet in werking zijn getreden.

heeft dit te maken met claimcultuur en de mogelijkheid van een *class action*.

Bij strooischade kan een representatieve organisatie voor de groep gelaedeerden optreden. Dit kan allereerst door met de beweerdelijk schadeveroorzakende karteldeelneer in overleg te gaan. Maar als dit niet tot een bevredigende oplossing leidt, kan dit resulteren in een collectieve actie door deze representatieve organisatie.

Gebeurt dit ook in de praktijk? Nee. Het probleem bij strooischade is namelijk de financiering van dit soort collectieve acties. Sommige ideële organisaties als Greenpeace en Milieudefensie zullen uit de ledencontributies nog wel idealistisch ingestoken procedures starten.<sup>5</sup> Deze zullen dan meestal niet zijn gericht op compensatie, maar eerder op een verbods- of gebodsactie.<sup>6</sup> Groepen consumenten die ooit EUR 5 te veel betaald hebben voor een telefoonabonnement zullen niet snel geneigd zijn de moeite te nemen om kosten en tijd te steken in het financieren van zo'n actie. Andere mechanismen – zoals een kostenregeling voor 305a-organisaties<sup>7</sup> – zullen hier een oplossing moeten bieden. Ik heb die ook in het conceptwetsontwerp Implementatiewet privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht niet aangetroffen. Financiering van collectieve afwikkeling van massaschade hoeft overigens niet altijd een probleem te zijn. In de Converium-zaak hadden partijen een slordige 20% van de schikkingsom gereserveerd voor de (Amerikaanse) advocaten.<sup>8</sup> Deze kostenregeling vereist uiteraard wel dat partijen tot een schikking bereid zijn. Bovendien is dit een kostenregeling die pas wordt overeengekomen nadat de kosten gemaakt zijn. In zaken waarbij eerst juridische acties moeten worden ondernomen, alvorens eventueel een schikking wordt bereikt, is een wettelijke kostenregeling noodzakelijk vanwege de ongewisheid van een eventuele schikking. Zodoende wordt aan de representatieve organisatie op voorhand meer zekerheid geboden.

### 2.2 Mass events

Het andere type massaschade zijn de *mass events* of massarampen. Dit kunnen eenmalige gebeurtenissen zijn of een reeks van gelijksoortige gebeurtenissen, bijvoorbeeld verkoop van dezelfde of soortgelijke financieel producten.

In deze gevallen ontbreekt de prikkel tot het verzoeken van compensatie niet. Immers, de schade per individu is meer dan groot genoeg om individueel schadevergoeding te eisen. De collectieve actie dient hier het doel om de schadelijke maatschappelijke gevolgen van deze *mass event* zo effectief en efficiënt mogelijk op te lossen. Het door de Hoge Raad bij herhaling geaccordeerde doel van het collectief actierecht is in dit geval dan ook het bewerkstelligen van een vanuit de maatschappelijke kosten zo effectief en efficiënt mogelijke rechtsbedeling en rechtsbescherming van de benadeelden.<sup>9</sup> Met name voor dit soort gevallen is de collectieve actie – zoals in 1994 gecodificeerd in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW)<sup>10</sup> – een gedeeltelijk succes gebleken.

Hoe moeten we succes definiëren? In enge zin: meer procedures? Nee, het succes zit volgens mij in het feit dat geschillen waarin hetzelfde feitelijke en juridische probleem speelt – zoals vaak bij geschillen tussen een beursvennootschap en beleggers – op een effectieve en efficiënte wijze kunnen worden afgedaan. Succes vergt niet altijd geschilbeslechting door de rechter. De rechter – en dan met name het Hof Amsterdam – speelt uiteraard wel een belangrijke rol bij het verkrijgen van finaliteit van het geschil. Met finaliteit wordt bedoeld op de zo groot mogelijke binding van de groep gelaedeerden aan de uitkomst, zodat individuele (gerechtelijke) stappen worden voorkomen of gestaakt. Juist deze finaliteit vergroot de schikkingsbereidheid van partijen.

Waarom dan de clausulering van 'gedeeltelijk succes'? De ontbrekende laatste steen is de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te eisen. Artikel 3:305a lid 3 BW staat deze mogelijkheid in de weg. Het conceptwetsontwerp en de Aanbevelingen nemen tot uitgangspunt dat dit verbod van artikel 3:305a lid 3 BW komt te vervallen. Ik kom hier in paragraaf 4 op terug.

### 3 Belang van kwaliteitsborging door de rechter

De Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) heeft geleid tot een effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschadegevallen waar beleggingsschade aan de orde was.<sup>11</sup> De WCAM-route vereist altijd dat de beweerdelijke schadeveroorzaker (en diens verzekeraar) enerzijds en de 305a-organisatie die de belangen van de groep van gelaedeerden behartigt

5. Zie bijv. Rb. Den Haag 20 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ8470 (Stichting Greenpeace Nederland/Staat der Nederlanden) en Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (Akpan & Milieudefensie/Shell).

6. Art. 3:305a-305d BW.

7. In de MvT bij het conceptwetsontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie wordt slechts verwezen naar de proceskostenveroordeling overeenkomstig art. 237 e.v. Rv, zie p. 15 en 35. Met 'kostenregeling voor 305a-organisaties' doel ik eveneens op de manier waarop de achterban van de 305a-organisatie bijdraagt in de kosten.

8. Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, Ondernemingsrecht 2012/34 m.nt. T.M.C. Arons, JOR 2012/51 m.nt. B.J. de Jong (Converium/VEB), r.o. 6.5.1-6.6. Zie de bijdrage van Ilja Tillema elders in dit nummer voor meer uitleg over de Converium-zaak.

9. Zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (VEB/Deloitte c.s.), r.o. 3.4.1.1, waarin wordt verwezen naar HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 m.nt. HJS en Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 3.

10. Stb. 1994, 269. Inwerkingtreding per 1 juli 1994, Stb. 1994, 391.

11. Vermogensschade van beleggers: Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, NJ 2007/427, JBPR 2007/39 m.nt. Chr.F. Kroes, JOR 2007/71 m.nt. A.F.J.A. Leijten, NJF 2007/266 (Duisenberg-regeling); Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744, NJ 2009/506, JOR 2009/197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Shell-beschikking); Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691, JOR 2009/325 m.nt. A.C.W. Pijls, Ondernemingsrecht 2009/162 m.nt. B.J. de Jong (Vedior-beschikking); Hof Amsterdam 12 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908, JOR 2011/46 m.nt. J.S. Kortmann, Ondernemingsrecht 2011/23 m.nt. H. van Lith, JBPR 2011/32 m.nt. M.W.F. Bosters (Converium-beschikking).

anderzijds een schikking bereiken. Bovendien moet de bereikte oplossing in de schikking ook nog zo goed mogelijk de goede en kwade proceskansen van de achterban weerspiegelen.

Dit is in het verleden niet altijd gebeurd. Bij de Duisenberg-regeling hebben uiteindelijk veel beleggers ge-opt-out.<sup>12</sup> Zij hebben hun geschil alsnog individueel aan de rechter voorgelegd. De rol van de rechter bij de kwaliteitsborging in geval van schadeafwikkeling bij massaschadeclaims is heel belangrijk.

Een goed voorbeeld van deze kwaliteitsborging is het Hof Amsterdam in de DSB-zaak. Op 4 november 2014 heeft het hof – anderhalf jaar na indiening van het verzoek tot verbindendverklaring<sup>13</sup> – de schikking die was bereikt tussen de curatoren van DSB en enkele belangenorganisaties via de WCAM verbindend verklaard. Omdat het hof de regeling op een aantal punten niet redelijk achtte, hebben deze partijen de schikking aangepast.<sup>14</sup>

Er is wel beweerd dat met deze intensievere toetsing door het Hof Amsterdam in de DSB-zaak de WCAM de das is omgedaan.<sup>15</sup> Dit is geen terecht verwijt.<sup>16</sup> Zowel de verzoekers die de schikking hebben gesloten als het Hof Amsterdam hebben er belang bij een schikking te bereiken respectievelijk verbindend te verklaren waarbij de materieelrechtelijke positie van de achterban van de 305a-organisatie (de gelaedeerden) in acht wordt genomen. Door deze toetsing verkrijgt de achterban meer ‘zekerheid’ dat de schikking redelijk is. Zodoende wordt de kans dat deze achterban gebruik maakt van de opt-out kleiner.

De wetgever gaat er weliswaar van uit dat idealiter partijen tot een schikking komen die via de WCAM collectief verbindend

verklaard kan worden,<sup>17</sup> maar wat nu als partijen er om welke reden dan ook niet uit komen en geen schikking bereiken? Zoals eerder gesteld, verbiedt de huidige wet dat de 305a-organisatie een schadevergoeding in geld eist (art. 3:305a lid 3 BW). De eis is dus noodzakelijk beperkt tot een verklaring voor recht dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de achterban. Is dit voldoende om op zo efficiënt en effectief mogelijke wijze massaschadegevallen te kunnen afdoen?

#### 4 Conceptwetsontwerp 2014 en Aanbevelingen van de juristengroep

De formele wetgever (de Tweede Kamer<sup>18</sup> en de regering<sup>19</sup>) denkt van niet. Om deze reden heeft de regering het conceptwetsontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie in 2014 in consultatie gebracht. Dit conceptwetsontwerp schaft onder meer het verbod om in een collectieve 305a-procedure schadevergoeding te eisen af. Ook de aan de minister van Veiligheid en Justitie overhandigde Aanbevelingen gaan uit van afschaffing van dit verbod.

Het ideaaltype waar de wetgever in het wetsontwerp van uitgaat, is het volgende. Onder leiding van de rechter worden de beweerdelijke schadeveroorzaker en de representatieve 305a-

12. Ruim 24.700 van de in totaal circa 190.000. Zie de brief van het ministerie van Justitie aan de Eerste Kamer van 23 oktober 2008, nr. 5567439/08/6.

13. Op 27 mei 2013 is het verzoek tot verbindendverklaring bij het Hof Amsterdam ingediend. Zie Hof Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3918 (Schimmelpenninck & Knüppe q.q., Stichting Steunfonds Probleemhypotheek e.a./x e.a.), r.o. 2.6-2.8.

14. Zie art. 7:907 lid 4 BW.

15. K. Rutten, De curator, de Wcam en de redelijkheid van de vergoeding, *TvI* 2014/38, par. 6. Claessens en Warmerdam pleiten ervoor dat ‘het hof in een eerder stadium kenbaar maakt waar de knelpunten zitten die zouden kunnen resulteren in niet-verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst. Niet onbelangrijk zijn daarnaast de kosten die gemoed zijn met de WCAM-procedure in faillissement. Mede hierdoor biedt de WCAM-procedure slechts in een beperkt aantal faillissementen uitkomst.’ Zie M.E.J. Claessens & I.M.M. Warmerdam, *De WCAM-procedure in faillissement: echt zo effectief en efficiënt?*, *FIP* 2014/313, p. 254-258, par. 6.

16. Zie ook T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, *Kroniek collectieve acties en schikkingen 2011-2014*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 3-34.

17. De schadeveroorzakende partij en haar verzekeraar krijgen via de WCAM finaliteit en weten precies wie er ge-opt-out hebben en welke vorderingen individueel afgehandeld moeten worden; de achterban van de 305a-organisatie krijgt sneller schadevergoeding. Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 26 juni 2012 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2011/12, 33126, 6, p. 4: ‘Indien het partijen lukt om een collectieve schikking tot stand te brengen, dan zijn er twee mogelijkheden. Zij kunnen deze regeling aan de benadeelden als eindproduct presenteren en de benadeelden hebben vervolgens de keus om krachtens deze regeling hun schade vergoed te krijgen (opt in door aanvaarding derdenbeding). De tweede mogelijkheid is dat partijen de procedure willen voortzetten omdat zij behoefte hebben aan een rechterlijk stempel. Voor een dergelijk rechterlijk stempel zijn er ook weer twee mogelijkheden. Bestaat er behoefte aan zo veel mogelijk finaliteit waarbij in beginsel alle benadeelden zijn gebonden, dan kunnen zij aan het gerechtshof Amsterdam verbindendverklaring verzoeken overeenkomstig de Wcam. Alle benadeelden zijn dan gebonden, tenzij zij gebruik maken van de opt-out mogelijkheid. Speelt finaliteit geen belangrijke rol, dan kunnen partijen hun voorstel voorleggen aan de collectieve actie-rechter om het voorstel gerechtelijk vast te leggen. Na de toewijzing is de beslissing van de rechter verbindend voor de partijen in de collectieve verhaals-procedure, net als nu geldt bij een collectieve actie. Benadeelden kunnen worden gebonden door aan te geven dat zij gerechtigd zijn onder de beslissing inzake de collectieve schadevergoeding (opt in).’

18. Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, 14 (motie Dijkema).

19. In reactie op de motie Dijkema schetst de minister van Veiligheid en Justitie in zijn brief van 26 juni 2012 aan de Tweede Kamer de mogelijkheid om te komen tot een collectieve schadevergoedingsactie. Dit zou kunnen door de procedure in twee fasen op te splitsen. In de eerste, collectieve fase komen de gemeenschappelijke juridische en feitelijke vragen aan de orde en in de tweede fase de individuele te beantwoorden vragen over (individuele) causaliteit en eigen schuld (Kamerstukken II 2011/12, 33126, 6, p. 3-5). In zijn antwoord van 28 november 2013 op vragen van het lid Gesthuizen (SP) over de aanpak van horizontale fraude en het collectief verhalen van schade (ingezonden 11 oktober 2013) kondigt de minister aan dat wordt gewerkt aan een wetsvoorstel om art. 3:305a BW aldus te wijzigen dat het eveneens mogelijk wordt om door middel van een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen (Kamerstukken II 2013/14, Aanhangel van de handelingen, 614, p. 2, antwoord 4).

organisatie bewogen een schikking te bereiken. Deze schikking wordt dan op verzoek van één of beide partijen door middel van de WCAM algemeen verbindend verklaard voor de hele groep.

Wordt aldus de gewenste finaliteit op efficiënte en effectieve wijze bereikt? Ik denk het niet. De weg naar een schikking kan lang zijn. In een vijfstappenplan moet de rechter schier eindeloze pogingen ondernemen om partijen te bewegen tot een collectieve schikking te komen, die dan via de WCAM verbindend kan worden verklaard voor de hele groep van gelaedeerden. Als dat uiteindelijk niet mocht slagen, zal de rechter op basis van door partijen voorgelegde schikkingsvoorstellen tot een veroordeling tot schadevergoeding komen. De vraag is dan hoe de groep van gelaedeerden wordt gebonden aan deze veroordeling. Onder de huidige wettelijke regeling strekt het gezag van gewijsde zich niet uit tot de achterban van de representatieve 305a-organisatie. Evenmin werkt deze collectieve procedure privaat. Op dit aspect kom ik zo meteen nog terug.

Aan de gewenste finaliteit kan ook nog een ander aspect in de weg staan. Namelijk het feit dat er meerdere partijen ontstaan en zich als representatieve 305a-organisatie opwerpen om de belangen van hun achterban te behartigen. De juristengroep doet in Aanbeveling 2 een voorstel aan de wetgever om de rechter een Exclusieve Belangenbehartiger of *lead plaintiff* aan te laten wijzen. Een intensievere toetsing van de representativiteit is een beter instrument dan het aanwijzen van één partij. Een model waarbij de rechter een *lead plaintiff* – of in het Duits: *Musterklager*<sup>20</sup> – aanwijst voordat het geschil inhoudelijk wordt behandeld, is geen goed idee. Aanbeveling 2 onderschrijf ik niet om de volgende redenen.<sup>21</sup>

Ten eerste doet zich het risico voor dat er een eindeloos partijdebat ontstaat over wie moet worden aangewezen als *lead plaintiff*. De Aanbevelingen vermelden de volgende criteria:

- de omvang van de achterban (aantal gedupeerden);
- de grootte van het vertegenwoordigde financiële belang;
- de andere werkzaamheden voor de gedupeerden voor wie hij opkomt in of buiten rechte; en
- de *track record*.

Kortom – anders dan de huidige wettelijke regeling voorschrijft – met name het kwantitatieve criterium wordt gehanteerd. Dit zal leiden tot een intensieve campagne door 305a-organisaties om de achterban zo groot mogelijk te krijgen. Een dergelijke campagne kan een hoop reuring veroorzaken, die een effectieve en efficiënte afwikkeling in de weg kan staan. Aan de daadwerkelijke procedure zal namelijk een poging om

in goed overleg het geschil op te lossen vooraf moeten gaan.<sup>22</sup> Een intensieve campagne kan schikkingsbereidheid van de aangesproken partij verkleinen.

Ten tweede vergt in sommige gevallen de diversiteit van de achterban nu eenmaal dat meerdere partijen moeten deelnemen. De belangen van bijvoorbeeld aandeelhouders en obligatiehouders bij geschillen over beweerdelijk misleidende mededelingen van een uitgevende instelling lopen niet altijd parallel. In de Aanbeveling wordt de mogelijkheid van een co- of sub-Exclusieve Belangenbehartiger geïntroduceerd.<sup>23</sup> Niettemin ontbreekt enige suggestie wat de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van deze co- of sub-Exclusieve Belangenbehartiger(s) zouden moeten zijn ten opzichte van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de *lead plaintiff*.

Mijn stelling is dan ook dat een *lead plaintiff*-model waarbij één 305a-organisatie wordt aangewezen om de procedure te voeren niet past in het collectief actierecht. Ik stel voor dat de rechter van elke 305a-organisatie de representativiteit toetst. Dit criterium vergt eerder een kwalitatieve toets dan een kwantitatieve. Het gaat om een voldoende waarborging van de belangen van de achterban door toetsing van de kwaliteit en deskundigheid van de 305a-organisatie; het aantal ‘leden’ van de achterban of de hoogte van hun claim is niet doorslaggevend. Bovendien biedt dit representativiteitscriterium de rechter de ruimte voor een materiële beoordeling van de (mogelijk onzuivere) motieven van de 305a-organisatie. Hiervoor kan het al dan niet voldoen aan de principes van de Claimcode<sup>24</sup> als startpunt dienen.<sup>25</sup> Dit kan ertoe leiden dat de gedaagde met meer partijen de strijd zal moeten uitvechten.

Een collectieve schadevergoedingsactie op basis van een opt-inmodel heeft om meerdere redenen de beste papieren. Het conceptwetsontwerp ging ook uit van een opt-inmodel. Ook de Europese Commissie beveelt dit nadrukkelijk aan.<sup>26</sup> De juristengroep niet:

22. Art. 3:305a lid 2 BW, eerste zin.

23. Aanbevelingen, p. 7-8. ‘Als de aard van de collectieve actie of van de representatieve belangenorganisaties of de daarin behartigde belangen daartoe aanleiding geven kan de rechter ervoor kiezen om meerdere (co- of sub-) Exclusieve Belangenbehartigers in een collectieve actie aan te wijzen, bijvoorbeeld om bepaalde deelbelangen te vertegenwoordigen.’

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

25. Kamerstukken I 2012/13, 33126, C, p. 1-2 (MvA).

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

20. Zie Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG). Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz van 19 oktober 2012 (BGBl. I S. 2182), zoals herzien op 20 november 2015 (BGBl. I S. 2029).

21. Aanbevelingen, p. 6-8.



‘De door de juristengroep voorgestelde structuur behelst een keuze voor het *opt-out* systeem om redenen van het kunnen bereiken van binding van gedupeerden en het bereiken van finaliteit.’<sup>27</sup>

Ik deel deze Aanbeveling niet om de volgende redenen. Volgens de juristengroep brengt dit *opt-out* model met zich dat de individuele procedure van degene die zich aan de collectieve actie heeft onttrokken door een *opt-out* ten minste twaalf maanden wordt geschorst.<sup>28</sup> Het is nog maar de vraag of deze schorsing niet in strijd komt met het – mede door artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – beschermde belang van (individuele) toegang tot de rechter. Het *opt-in* model heeft dan ook mijn voorkeur. Zodoende zouden alle 305a-organisaties in staat worden gesteld het geschil van hun specifieke – en nu ook met naam en toenaam bekende – achterban voor te leggen aan de rechter. De leden van de achterban worden op deze manier gedwongen te kiezen of en met welke procedure zij verbonden willen worden. Zodoende heeft het uiteindelijke rechterlijk oordeel ook gezag van gewijsde jegens deze leden. Bovendien kunnen deze leden dan niet langer vrijelijk achteroverleunen en moeten zij uit de schaduw treden. Een lid van de achterban dat zich niet heeft gemeld, kan niet profiteren van de collectieve schadevergoedingsprocedure. Uiteraard staat het een 305a-organisatie vrij alleen een verklaring voor recht en geen collectieve schadevergoeding te vorderen. In dat geval hoeft een lid van de achterban zich niet te melden totdat hij op basis van de verklaring voor recht in een individuele procedure schadevergoeding vordert. De individuele schadevergoedingsprocedure kan uiteraard achterwege blijven indien na de verklaring voor recht een schikking tussen partijen wordt bereikt.

Met een collectieve schadevergoedingsvordering gebaseerd op het *opt-in* model wordt bovendien bewerkstelligd dat het rechterlijk oordeel ook ten aanzien van ieder lid dat zich heeft aangemeld (*opt-in*) van de achterban gezag van gewijsde heeft. Zij zijn dan aan die ene, collectieve uitspraak van de rechter gebonden. Degenen die zich niet hebben aangemeld, kunnen geen aanspraak maken op de door de rechter toegekende schadevergoeding in de collectieve actie.

Deze *opt-in* kan op een efficiënte manier via elektronische weg worden vormgegeven. Alle partijen hebben dan ook meteen inzicht in de samenstelling en grootte.

### 5 Scope rule

Tot slot nog een kritische noot over de *scope rule*. Met de *scope rule* wordt bedoeld op de poging van de wetgever in het conceptwetsontwerp om de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van een collectieve schadevergoedingsactie te beperken tot zaken die een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben. Hiermee wil de wetgever

voorkomen dat de collectieve schadevergoedingsactie een aanzuigende werking heeft op partijen wier claim een onvoldoende band met de Nederlandse rechtssfeer heeft. Een dergelijke ontwikkeling zou een negatief effect kunnen hebben op de belasting van de rechterlijke macht en het Nederlandse vestigingsklimaat.<sup>29</sup>

Aanbeveling 4 onderschrijft deze wens van de wetgever:

‘De enkele oprichting van een Nederlandse stichting is bijvoorbeeld onvoldoende aanknopingspunt met Nederland als deze stichting opkomt voor uitsluitend buitenlandse gedupeerden en er geen andere aanknopingspunten met Nederland zijn.’<sup>30</sup>

De rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt bij geschillen in burgerlijke en handelszaken tussen een gedaagde met woonplaats in de Europese Unie exclusief vastgesteld door de jurisdictieregels van de Brussel I-Verordening (Br. I-Vo) (herzien). Beantwoording van deze rechtsmachtvraag laat geen ‘Nederlandse’ interpretatieruimte toe of er wel een voldoende band bestaat. Naast het gebruikelijke forum van de woonplaats van gedaagde moeten de bijzondere bevoegdheidsregels van afdeling 2 van hoofdstuk 2 (art. 7 t/m 9 Br. I-Vo) en de daarin gehanteerde begrippen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie autonoom worden uitgelegd. Een *forum non conveniens*-oordeel door de rechter dat het geschil kennelijk een nauwere band met een andere jurisdictie heeft, is niet toegestaan.<sup>31</sup>

27. Aanbevelingen, p. 9.

28. Aanbevelingen, p. 10.

29. Zie voorgestelde art. 3:305a lid 6 BW; MvT bij conceptwetsontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, p. 13.

30. Aanbevelingen, p. 11-12.

31. Zie HvJ EU 1 maart 2005, zaak C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120 (Owusu/Jackson). Bij de beoordeling welk recht van toepassing is op het geschil kan de rechter wel op grond van de toepasselijke Rome II-Verordening, wel met het terzijde schuiven van de *lex loci damni*, het recht toepassen van het land dat met de beweerdelijke onrechtmatige daad van de gedaagde een kennelijk nauwere band heeft (art. 4 lid 3 Rome II-Vo).

Artikel 3:305a BW bevat weliswaar een procesrechtelijke regeling,<sup>32</sup> maar deze nationale regeling kan niet meebrengen dat een rechter niet bevoegd is, terwijl hij op grond van de Brussel I-Verordening wel bevoegd is.

### 6 Slotopmerkingen

In deze bijdrage heb ik enkele aspecten van het conceptwetsontwerp uit 2014 en de Aanbevelingen van de juristengroep over de invoering van een collectieve schadevergoedingsprocedure in het Nederlands recht besproken. De volgende stellingen heb ik ingenomen. Mijn eerste stelling luidt dat de WCAM-procedure de beste route is naar binding van een zo groot mogelijke groep gelaedeerden aan de uitkomst van het geschil, kortom finaliteit. Deze binding kan slechts worden bereikt als het Hof Amsterdam de bereikte schikking toetst op redelijkheid. Om veel opt-outs te voorkomen is een beoordeling van de materieelrechtelijke positie van de gelaedeerden onontbeerlijk (kwaliteitsborging door de rechter). Ten tweede de stelling dat het door de juristengroep voorgestelde *lead plaintiff*-model waarbij één 305a-organisatie wordt aangewezen om de procedure te voeren niet past in het collectief actie-recht. De redenen hiervoor zijn de diversiteit van de achterban, competitie tussen organisaties en eindeloos partijdebat over wie de *lead plaintiff* moet zijn. Een rechterlijke toetsing van de representativiteit van de 305a-organisaties is een beter alternatief. Zodoende worden de kwaliteit en deskundigheid van de representatieve organisatie gewaarborgd. Verder bepleit ik het opt-inmodel vanwege de gewenste finaliteit en binding

van een zo groot mogelijke groep gelaedeerden aan het rechterlijk oordeel in een collectieve schadevergoedingsactie. Deze binding is, vanwege de individuele melding dat het lid van de achterban gebonden wil worden aan dat oordeel, EVRM-proof. Kortom, finaliteit, representativiteit en kwaliteitsborging door de rechter zijn de sleutelbegrippen van het collectief actierecht.

32. Zie de Rechtbank Den Haag in de zaak van Milieudéfensie en enkele individuele Nigeriaanse burgers tegen Shell vanwege de beweerde verantwoordelijkheid van Shell voor olievernüiling in Nigeria. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (Akpan & Milieudéfensie/Shell); Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (Oguru & Milieudéfensie/Shell); Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845, AA 2013/482 m.nt. A.A.H. van Hoek (Manson Tete Dooh & Milieudéfensie/Shell). Shell had aangevoerd dat Milieudéfensie niet-ontvankelijk was, omdat art. 3:305a BW onderdeel uitmaakt van het materiële Nederlandse recht (immers opgenomen in het BW), terwijl het, volgens Shell, in dit geval op de mogelijke aansprakelijkheid van Shell toepasselijke Nigeriaanse recht geen vergelijkbaar recht op een collectieve actie kent. De Rechtbank Den Haag verwerpt dit betoog aldus: 'Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:305c BW – welk wetsartikel in lid 2 artikel 3:305a leden 2 tot en met 5 BW van overeenkomstige toepassing verklaart – blijkt verder dat de wetgever artikel 3:305a BW als regel van Nederlands procesrecht aanmerkt (MvT, Kamerstukken II [1998-1999; TMCA] 26 693, nr. 3, p. 5, 6 en 8)' (r.o. 4.12). De rechtbank merkt voorts op dat in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (vanaf 1 januari 2012 vervangen door de Rome II-Verordening en titel 14 van Boek 10 BW) niet is opgenomen dat de ontvankelijkheid van een partij in zijn of haar vordering door het materieel toepasselijke recht wordt geregeld. Anders dan Shell c.s. betogen, valt dit ook niet uit de strekking van die wet af te leiden. Hieruit concludeert de rechtbank dat art. 3:305a BW een regel van Nederlands procesrecht is. Volgens de Rechtbank Den Haag speelt het feit dat buitenlands recht eventueel van toepassing is op de materiële rechtsverhouding tussen individuele leden van de achterban en de gedaagde geen rol bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering: 'In de gepubliceerde Nederlandse rechtspraak zijn immers al vaker andere wetsartikelen die zijn opgenomen in dezelfde titel als artikel 3:305a BW toegepast terwijl buitenlands recht op de ingestelde vorderingen van toepassing was' (r.o. 4.13). Zie Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3535, r.o. 4.4.