

Nederlands Juristenblad, Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie

Vindplaats:	NJB 2015/1138	Bijgewerkt tot:	15-06-2015
Auteur:	Thijs Bosters, Ruud Hermans, Jan-Willem de Jong, Albert Knigge, Jeroen Kortmann, Fons Leijten, Jeroen Ouwehand, Anouk Raaijmakers, Daan Lunsingh Scheurleer, Jan de Bie Leuveling Tjeenk, Brechje van der Velden & Robert Verburg ^[1]		

Samenvatting

Het Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie biedt niet zozeer een stok achter de deur indien een betrokken partij niet wenst mee te werken aan een schikking, maar meer een stappenplan om (desnoods gedwongen) tot een dergelijke schikking te komen. Hierbij lijkt de wetgever zich onvoldoende rekenschap te hebben gegeven van de redenen waarom een collectieve schikking in sommige gevallen niet tot stand komt. Deze barrières worden in het Voorontwerp niet beslecht. Daarnaast spelen nog diverse inhoudelijke bezwaren, zoals het ontbreken van finaliteit, de strijdigheid met artikel 6 EVRM, onduidelijkheid en praktische bezwaren bij de keuze om de procedure als een verzoekschriftprocedure vorm te geven.

1. Inleiding

Op 3 november 2011 is in de Tweede Kamer een motie aangenomen op grond waarvan de Minister van Veiligheid en Justitie is opgedragen te komen met effectieve en efficiënte instrumenten om het fundamentele recht van consumenten op schadevergoeding tot een realiteit te maken.^[2] Ter uitvoering van deze 'motie Dijkema', heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie op 7 juli 2013 een voorontwerp van een wetsvoorstel voor het mogelijk maken van een collectieve schadevergoedingsactie gepubliceerd (het 'Voorontwerp').^[3]

Het Voorontwerp heeft tot doel een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. Het beoogt het voor belanghebbenden gemakkelijker te maken om schade collectief te verhalen, zonder dat daarmee de positie van de aangesproken partij in het gedrang komt. Daartoe schaft het Voorontwerp het bestaande verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld ex artikel 3:305a lid 3 BW af en introduceert het een stapsgewijze collectieve

schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenorganisaties die opkomen namens een groep belanghebbenden met gelijksoortige belangen. De wetgever beoogt met deze regeling een middel te introduceren om een collectieve schaderegeling via de rechter af te dwingen ingeval partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling of er niet in slagen een schikking te bereiken. Volgens de toelichting zou in de praktijk behoefte bestaan aan een dergelijke 'stok achter de deur'. De collectieve schadevergoedingsprocedure die dit Voorontwerp introduceert is erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, zoveel mogelijk trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van een massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Indien partijen niet zelf tot een schikking komen, kan de rechter een collectieve schikking opleggen.

In dit artikel zullen wij allereerst een korte omschrijving geven van het Voorontwerp zoals dat op 7 juli 2014 is gepubliceerd. Hierna gaan wij kort in op de motie Dijksma en op de vraag of in de praktijk daadwerkelijk behoefte bestaat aan de in het Voorontwerp geboden 'stok achter de deur'. Vervolgens plaatsen wij enkele praktische, maar fundamentele vraagtekens bij het Voorontwerp. Mede in het licht van deze fundamentele vraagtekens, vragen wij ons af of het Voorontwerp in deze vorm levensvatbaar is.

2. Het Voorontwerp

Het Voorontwerp omvat een aanpassing van het huidige artikel 3:305a BW en enkele bepalingen van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade ('WCAM'), alsmede de toevoeging van enkele nieuwe artikelen. Op grond van artikel 3:305a BW kunnen stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid rechtsvorderingen instellen die strekken tot bescherming van de gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover dergelijke belangenorganisaties deze belangen ingevolge hun statuten behartigen. Wanneer een dergelijke belangenorganisatie is toegelaten tot de collectieve actie, kan het een veelvoud aan rechtsvorderingen instellen. Gedacht kan worden aan een vordering tot nakoming of gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst, een vordering uit onverschuldigde betaling of een verklaring voor recht met betrekking tot de onrechtmatigheid van de gedaagde. Alleen een rechtsvordering strekkende tot schadevergoeding te voldoen in geld is niet toegestaan ex artikel 3:305a lid 3 BW. Op grond van het Voorontwerp zou onder meer deze verbodsbepaling worden geschrapt. Hiernaast is het Voorontwerp er voornamelijk op gericht om te fungeren als tussenstuk tussen de (op grond van het Voorontwerp aangepaste) collectieve actie en de WCAM.^[4] Hiertoe is de voorgestelde collectieve schadevergoedingsprocedure opgedeeld in de volgende stappen:

1. *de eerste stap* is de ontvankelijkheidstoets met betrekking tot de belangenorganisatie die de vordering instelt. Nadat de vordering is ingesteld door middel van een verzoekschrift, moet worden gekeken of de belangenorganisatie ontvankelijk is op grond van de bestaande ontvankelijkheidseisen, alsmede enkele nieuwe eisen. Zo moet de belangenorganisatie bijvoorbeeld aantonen dat zij voldoende deskundigheid heeft ten aanzien van de rechtsvordering die is ingesteld en dat geacht kan worden dat zij de belangen van de personen voor wie wordt opgekomen zorgvuldig behartigt (artikel 3:305a lid 5 sub a BW). Hiernaast moet de groep wiens gelijksoortige belangen door het instellen van de rechtsvordering worden behartigd van voldoende omvang zijn (artikel 3:305a lid 5 sub b en c BW). Een collectieve schadevergoedingsactie kan alleen worden ingesteld, indien de individuele gedupeerden geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden hebben waarmee bereikt kan worden dat deze individuen hun schade vergoed krijgen.^[5] Ten aanzien van grensoverschrijdende massaschade kan de collectieve

schadevergoedingsactie slechts worden aangewend indien het merendeel van de gedupeerden woonachtig is in Nederland, het schadeveroorzakende feit in Nederland heeft plaatsgevonden, of de schadeveroorzakende partij woonachtig is in Nederland.

2. Nadat de rechter zich heeft uitgelaten over de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie, zal hij zich in de *tweede stap* uitspreken over het onrechtmatig handelen van de wederpartij (deze stap wordt overgeslagen indien een rechter zich in een collectieve actie reeds over de onrechtmatigheid heeft uitgelaten).^[6] Indien de rechter van oordeel is dat onrechtmatig is gehandeld, dienen partijen te onderzoeken of het mogelijk is om in overleg een collectieve schikking tot stand te brengen (artikel 1018e lid 7 Rv). Indien een dergelijke schikking is bereikt, eindigt de procedure.
3. Wanneer een schikking niet wordt bereikt, beveelt de rechter bij *stap drie* op verzoek van (één van de) partijen een verschijning van partijen ter terechtzitting (artikel 1018f lid 2 Rv). Tijdens deze comparitie zal onder regie van de rechter wederom worden getracht een collectieve vaststellingsovereenkomst tot stand te brengen (artikel 1018f lid 3 onder a Rv). Indien een dergelijke vaststellingsovereenkomst niet wordt bereikt, komt de mogelijkheid van inschakeling van een mediator aan de orde (artikel 1018f lid 3 onder b Rv). De rechter kan de comparitie ook gebruiken om met partijen te bespreken welke geschillen tussen hen in de weg staan aan het bereiken van een collectieve vaststellingsovereenkomst (artikel 1018f lid 3 onder b Rv). De rechter kan vervolgens op verzoek van (één van de) partijen een beslissing geven over deze geschillen.
4. Wanneer ondanks voornoemde pogingen partijen geen overeenstemming over een vaststellingsovereenkomst bereiken, beveelt de rechter als *stap vier* op verzoek van (één van de) partijen de overlegging van een voorstel voor een collectieve schikking. In een dergelijk geval kan wederom een mediator worden ingeschakeld die mede aan de hand van de diverse voorstellen met partijen tracht overeenstemming te bereiken over een vaststellingsovereenkomst.
5. Indien de rechter oordeelt dat inschakeling van deze mediator niet zinvol is of indien partijen er ook met hulp van deze mediator onverhoopt toch niet in slagen een collectieve schikking te bereiken, stelt de rechter als *stap vijf*, mede aan de hand van de overgelegde voorstellen van partijen, zelf een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling vast (artikel 1018g lid 4 Rv).^[7] Tegen die vaststelling staat geen hogere voorziening open.

Artikelen Voorontwerp:

Artikel 305a

5. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld, indien:
 - a. de rechtspersoon die de rechtsvordering instelt, beschikt over voldoende deskundigheid ter zake van de rechtsvordering en kan worden geacht de belangen waarvoor hij opkomt op zorgvuldige wijze te behartigen;
 - b. de rechtsvragen en feitelijke vragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor deze personen;
 - c. de groep van deze personen van voldoende omvang is om het instellen van de rechtsvordering te rechtvaardigen;
 - d. er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn waarmee bereikt kan worden dat

deze personen hun schade vergoed krijgen;

- e. de rechtspersoon daadwerkelijk heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met degene tegen wie de rechtsvordering zich richt te bereiken, waarbij de in lid 2 bedoelde termijn van twee weken niet voldoende is.
6. Lid 5 is van toepassing indien ten minste aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:
- a. degene tegen wie de rechtsvordering zich richt heeft woonplaats in Nederland;
 - b. het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland;
 - c. de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, hebben in Nederland plaatsgevonden.

Artikel 1018e

5. Verklaart de rechter de rechtspersoon ontvankelijk dan beslist hij vervolgens over de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt. Bij zijn beslissing bedoeld in de vorige zin beslist de rechter tevens over de kosten van het tot dan toe gevoerde geding. De artikelen 237 tot en met 245 zijn van overeenkomstige toepassing.
6. Op verzoek van partijen of van een van hen, dan wel ambtshalve, beslist de rechter, indien dat naar zijn oordeel kan bijdragen aan de totstandkoming van een in het eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst, eveneens over andere rechtsvragen en feitelijke vragen die gemeenschappelijk zijn voor de in het vijfde lid bedoelde personen. De rechter kan daarbij op verzoek van partijen of van een van hen dan wel ambtshalve onderscheid maken tussen verschillende groepen binnen de in het vijfde lid bedoelde groep van personen.
7. Elk van partijen kan tijdens de procedure verzoeken dat de rechter een voorlopige voorziening treft voor de duur van het geding, mits deze samenhangt met de rechtsvordering die overeenkomstig het eerste lid is ingeleid.
8. Indien de uitspraak op grond van het vijfde lid inhoudt dat de wederpartij verplicht is tot vergoeding van de schade, dan wel dat daarvoor een grond aanwezig is, stelt de rechter partijen een termijn ingaande op de dag dat deze beslissing onherroepelijk is geworden, om een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, onder d, te bereiken en houdt hij iedere verdere beslissing aan. Op verzoek van partijen, of een van hen, kan deze termijn worden verlengd. Partijen stellen de rechter van een bereikte overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, onder d, terstond op de hoogte.

Artikel 1018f

1. Zijn partijen er na het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 1018e, achtste lid, niet in geslaagd een overeenkomst als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d, te bereiken of is het verzoekschrift als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, gezamenlijk ingediend, dan beveelt de rechter op verzoek van partijen of van een van hen, of ambtshalve een verschijning van partijen ter terechtzitting. De rechter wijst het verzoek om een bevel tot verschijning van partijen af indien de partij of partijen die dit verzoek hebben gedaan in de gegeven omstandigheden onvoldoende hebben getracht om in overleg met de wederpartij een in artikel 1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst tot stand te brengen. Tegen de beslissing op het verzoek om een bevel tot verschijning staat geen hogere voorziening open.

2. De rechter die een verschijning beveelt, bepaalt de plaats, de dag en het uur waarop de verschijning zal plaatsvinden. Partijen, die daartoe zijn opgeroepen, zijn verplicht te verschijnen. Indien een partij niet verschijnt, kan zij worden veroordeeld tot vergoeding van de vergeefs aangewende kosten van degenen die wel zijn verschenen en kan de rechter de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht. Artikel 87, tweede en derde lid, artikel 88, tweede lid, derde lid, eerste, tweede en derde zin, en vierde lid, zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de uitgifte van het in artikel 87, derde lid, bedoelde proces-verbaal niet geschiedt in executoriale vorm.
3. Bij een verschijning van partijen ter terechtzitting kan de rechter:
 - a. met partijen een overeenkomst beproeven, als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d;
 - b. met partijen bespreken welke geschillen nog in de weg staan aan de totstandkoming van een overeenkomst als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d, en de verdere wijze van behandeling daarvan. De rechter bespreekt daarbij hoe partijen de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zullen trachten te bereiken. Daarbij stelt de rechter nadrukkelijk aan de orde of een derde zal worden verzocht partijen daarbij behulpzaam te zijn.
5. De rechter kan op verzoek van partijen of van een van hen, gedaan ter terechtzitting of daaraan voorafgaand, beslissen over een of meer in het derde lid onder b bedoelde geschillen indien een beslissing daarover naar zijn oordeel kan bijdragen aan de totstandkoming van een in artikel 1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst. Tegen een uitspraak op grond van de vorige zin kan hoger beroep en cassatie slechts worden ingesteld binnen vier weken na een door de rechter te bepalen tijdstip.
6. Na afloop van de terechtzitting bedoeld in het tweede lid dan wel bij zijn beslissing op grond van het vijfde lid stelt de rechter partijen een termijn om een overeenkomst als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d, te bereiken en houdt hij iedere verdere beslissing aan. De termijn gaat in op de dag volgend op de terechtzitting dan wel, als de rechter een of meer geschillen overeenkomstig het vijfde lid heeft beslist, nadat de uitspraak op grond van het vijfde lid onherroepelijk is geworden. Op verzoek van partijen, of een van hen, kan deze termijn worden verlengd. Partijen stellen de rechter van een bereikte overeenkomst als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d, terstond op de hoogte met het oog op artikel 1018h.

Artikel 1018g

1. Indien een in artikel 1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst niet tot stand is gekomen tijdens de in artikel 1018f, tweede lid, bedoelde terechtzitting of binnen een door de rechter ingevolge artikel 1018f, zesde lid, gestelde termijn, beveelt de rechter op verzoek van partijen of van een van hen, de overlegging door de verzoeker en door de wederpartij van een voorstel voor een in artikel 1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst. Dit voorstel bevat in ieder geval het in artikel 907, tweede lid, onderdelen a tot en met f, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde. Het vermeldt naast de rechtsvragen en feitelijke vragen waarover de rechter reeds heeft beslist, tevens over de beantwoording van welke andere vragen overeenstemming is bereikt en een voorstel voor de beantwoording van de vragen waarover verschil van mening bestaat met de gronden daarvoor. De rechter bepaalt de termijn waarbinnen partijen een voorstel dienen over te leggen. Wordt aan deze verplichting niet voldaan, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.
3. Hebben partijen overeenkomstig het eerste lid een voorstel ingediend dan kan de rechter partijen naar een derde verwijzen om met diens hulp mede aan de hand van deze voorstellen een in artikel

1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst te beproeven. Partijen zijn verplicht hieraan mee te werken. Wordt aan deze verplichting niet voldaan, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Artikel 87, derde lid, is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de uitgifte van het in dit lid bedoelde proces-verbaal niet geschiedt in executoriale vorm. Tegen de in de eerste zin bedoelde beslissing staat geen hogere voorziening open. Partijen stellen de rechter van een bereikte overeenkomst als bedoeld in artikel 1018e, eerste lid, onder d, terstond op de hoogte met het oog op artikel 1018h.

4. Indien de rechter geen gebruik heeft gemaakt van de in het derde lid bedoelde mogelijkheid tot verwijzing naar een derde of deze derde de rechter heeft bericht dat een in artikel 1018e, eerste lid, onder d, bedoelde overeenkomst niet tot stand is gekomen, kan de rechter, mede aan de hand van de in het eerste lid bedoelde voorstellen, een regeling voor collectieve schadeafwikkeling tussen partijen vaststellen die strekt tot vergoeding van de schade van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt. De rechter draagt er zorg voor dat de regeling voor collectieve schadeafwikkeling in ieder geval het in artikel 907, tweede lid, onderdelen a tot en met f, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde bevat, de hoogte van de daarbij toegekende vergoedingen redelijk is en de belangen van de personen voor wie de regeling voor collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld ook anderszins voldoende gewaarborgd zijn. Artikel 907, eerste lid, laatste zin, en zesde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing. De rechter bepaalt bij zijn uitspraak waarbij hij een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vaststelt een termijn voor het doen van een verzoek bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, ingaande nadat deze uitspraak onherroepelijk is geworden. De rechter kan op verzoek van partijen of van een van hen de in de vorige zin bedoelde termijn verlengen.
6. Alvorens een in het vierde lid bedoelde regeling voor collectieve schadeafwikkeling vast te stellen kan de rechter, na partijen daarover te hebben gehoord, bevelen dat door partijen een oproep wordt gedaan aan de personen ten behoeve van wie de regeling moet worden vastgesteld om zich ter griffie te melden als deelnemer aan een door de rechter ingevolge het vierde lid vast te stellen regeling. De rechter bepaalt de wijze van oproeping door aankondiging in één of meer door hem aan te wijzen nieuwsbladen of op één of meer door hem aan te wijzen internetadressen of, mede of in plaats daarvan, op andere wijze en de termijn waarbinnen en wijze waarop een melding als deelnemer ter griffie kan worden gedaan. Bij de oproeping tot deelname wordt melding gemaakt van de door partijen ingevolge het eerste lid overgelegde voorstellen. Is het aantal deelnemers te gering om vaststelling van een regeling voor collectieve schadeafwikkeling als bedoeld in het vierde lid te rechtvaardigen, dan kan hij beslissen dat de vaststelling hiervan achterwege blijft.
11. Tegen een uitspraak op grond van het vierde of zesde lid staat geen hogere voorziening open.

3. Motie Dijkema en het Voorontwerp

De motie Dijkema vraagt om 'effectieve en efficiënte instrumenten' om het fundamentele recht van 'consumenten' op schadevergoeding tot een realiteit te maken. Het Voorontwerp beperkt zich echter niet tot een regeling voor 'consumenten' en gaat derhalve verder dan de motie vraagt. Uitgangspunt van de motie is dat consumenten 'recht hebben' op schadevergoeding. Het Voorontwerp kiest echter voor de mogelijkheid om een schikking op te leggen. Een schikking is een minnelijke regeling waarbij veelal juist niet wordt aangesloten bij wat 'rechtens' tussen partijen heeft te gelden, maar wat zij, ter voorkoming

van onzekerheid, overeenkomen. Minst genomen moet men constateren dat het Voorontwerp dus niet aansluit bij de inhoud van de motie.

Het is een feit dat in Nederland veel massaschadegeschillen, zowel voortvloeiende uit contractuele als buitencontractuele vorderingen, worden geschikt. Daartoe kent het Nederlandse recht diverse instrumenten die dat mogelijk maken (bijvoorbeeld via een proefprocedure, een collectieve actie waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd, of via bijvoorbeeld cessie of een cessie ter incasso).

Zowel in collectieve als in individuele procedures heeft de rechter de mogelijkheid om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen voor te leggen. Gelet op al deze mogelijkheden is het maar de vraag of een leemte bestaat in de rechtsbescherming voor consumenten waarin moet worden voorzien. Dit geldt temeer gezien het feit dat in de procedure waarin het Voorontwerp voorziet slechts op enkele punten duidelijkheid zal komen over de rechtspositie van partijen (door het vaststellen van het onrechtmatig handelen van de aangesproken partij, maar niet van relativiteit, causaliteit of schade) om zo partijen tot een schikking te bewegen. Het Voorontwerp biedt slechts een stappenplan voor de totstandkoming van een schikking in plaats van een stok achter de deur in de vorm van een (volwaardige) schadevergoedingsprocedure in collectieve vorm.

Overigens is het lang niet altijd zo dat een collectieve schikking wordt bereikt nadat er eerst is geprocedeerd. Er zijn ook schikkingen die tot stand komen zonder dat er eerst is geprocedeerd. Een recent voorbeeld is de schikking die de curatoren van DSB Bank met een aantal belangenorganisaties hebben gesloten.

In hoeverre het Voorontwerp daadwerkelijk in een vraag voorziet is derhalve allesbehalve duidelijk. Hiernaast zijn er meerdere praktische bezwaren bij het Voorontwerp, die in de hiernavolgende paragrafen uiteen worden gezet.

4. Kanttekeningen uit de praktijk

Ofschoon er in de praktijk dus een aanzienlijk aantal collectieve schikkingen tot stand komt zonder het door het Voorontwerp voorgestelde stappenplan, is het een feit dat het in sommige gevallen niet lukt. Wij menen dat het verstandig zou zijn eerst door het WODC onderzoek te laten doen naar de oorzaak van het feit dat sommige schikkingen niet tot stand komen, en vervolgens te bezien of het nodig en mogelijk is die oorzaken door wetgeving weg te nemen. Wij betwijfelen dat, op basis van onze ervaringen in de praktijk. In het onderstaande zullen wij een aantal oorzaken noemen die wij in de praktijk tegenkomen.

a. *Beleidsmatige overwegingen.* Er zijn gedaagden die uit beleidsmatige overwegingen weigeren om een massaschade zaak te schikken. Veelal gaat het daarbij om de Staat der Nederlanden of andere publiekrechtelijke rechtspersonen. Te denken valt aan procedures tegen de Staat betreffende Srebrenica, Rawagede en Q-koorts. Bij publiekrechtelijke rechtspersonen kan men denken aan claims tegen DNB (Icesave, DSB Bank) of waterschappen (dijkdoorbraak Wilnis). Wij vragen ons af of de Minister zich heeft gerealiseerd wat dit Voorontwerp in financiële zin zou kunnen betekenen voor de Staat zelf.

Wij zien niet vaak dat commerciële gedaagden om beleidsmatige overwegingen principieel massaschade- zaken niet willen schikken. Dat kan het geval zijn als de procedure het businessmodel van de commerciële gedaagde zou opblazen. De vraag rijst of een klassieke collectieve actie niet voldoende mogelijkheden biedt om eventueel principieel verzet tegen een schikking te breken.

- b. *Onvoldoende middelen.* Er zijn situaties waarin gedaagden weigeren om te onderhandelen over een collectieve schikking omdat simpelweg de middelen ontbreken om die te betalen. Daarbij kunnen zich twee varianten voordoen. In de eerste variant is de gedaagde insolvent, en kan om die reden geen schikking aanbieden. In de tweede variant is de gedaagde voor de *funding* van een eventuele schikking afhankelijk van derden, bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij. Voor beide situaties biedt het Voorontwerp geen oplossing. In de eerste variant spreekt dit voor zich. In de tweede variant is het probleem dat de derde, bijvoorbeeld de verzekeringsmaatschappij, in de voorgestelde procedure niet tot betaling kan worden gedwongen omdat de opsteller van het ontwerp doelbewust gekozen heeft voor de verzoekschriftprocedure, om zo incidenten (waaronder een vrijwaringsincident) uit te sluiten.⁶
- c. *Rechtsvragen die partijen verdeeld houden.* Een schikking kan soms worden bemoeilijkt doordat partijen verschillend denken over het antwoord op rechtsvragen die hen verdeeld houden. Wij denken dat dit probleem ten dele via het stellen van prejudiciële vragen kan worden opgelost. Door het stellen van dergelijke prejudiciële vragen kan de Hoge Raad zich in een vroeg stadium uitlaten over rechtsvragen die partijen er mogelijk van weerhouden te schikken. Er zijn echter ook zaken waarbij de rechtsvragen waar partijen verschillend over denken verweven zijn met de feiten, waardoor het moeilijk is om prejudiciële vragen met alleen de rechtsvraag (zonder de daarmee verbonden feitelijke context) te formuleren. In dat soort zaken is het ook moeilijk voor de Hoge Raad om rechtseenheid te bieden, omdat bij procedures voor de Hoge Raad maar een beperkte toetsing plaatsvindt ten aanzien van de gestelde rechtsvraag, terwijl het net juist van belang kan zijn dat de Hoge Raad zich uitlaat over de desbetreffende rechtsvraag in de juiste feitelijke context. Als uit nader onderzoek zou blijken dat dit een oorzaak is voor het niet tot stand komen van schikkingen, zou men kunnen onderzoeken of de Hoge Raad in massaschade-zaken rechtseenheid zou kunnen bieden, zonder gebonden te zijn aan de beperkingen van de cassatieprocedure. De in het Voorontwerp geboden procedure biedt in ieder geval geen oplossing. Een van de ontvankelijkheidsvereisten is immers dat de rechtsvragen (en feitelijke vragen) in voldoende mate gemeenschappelijk kunnen worden behandeld. Wanneer een schikking wordt opgelegd zonder een antwoord te (kunnen) formuleren op de voorliggende rechtsvragen, brengt dit het draagvlak voor een dergelijke schikking ernstig in gevaar.
- d. *Het financieringsmodel van belangenorganisaties verhindert een oplossing.* Met name in contractuele massaschade geschillen kan een mogelijke oplossing voor het geschil inhouden dat de aangesproken partij de voorwaarden van overeenkomsten met consumenten ten gunste van de consument aanpast. Indien de belangenorganisatie echter gefinancierd wordt door een *litigation funder*, of een financiële afspraak heeft gemaakt met de claimanten, waarbij hij een percentage van het schikkingsbedrag ontvangt, bestaat er ter zake van een dergelijke oplossing een tegenstrijdig belang tussen de belangenorganisatie en de consumenten. Voor de consumenten zou een dergelijke aanpassing van de overeenkomst een goede oplossing kunnen zijn, maar de *litigation funder* (en daarmee de belangenorganisatie) zal die blokkeren, omdat dan het financieringsmodel niet uitkomt. Dit probleem zou bijvoorbeeld kunnen worden opgelost indien de rechter 1. iedere financiële afspraak tussen de belangenorganisatie en de *litigation funder* moet goedkeuren en 2. in voorkomend geval de bevoegdheid heeft de overeenkomst tussen de belangenorganisatie, de *litigation funder* en de aangesloten consumenten te wijzigen.

In het kader van de financiering van een collectieve schadevergoedingsprocedure, moet tevens worden opgemerkt dat het Voorontwerp niet voldoet aan de Aanbeveling van de Europese Commissie

van 11 juni 2013.⁹ Op grond van deze Aanbeveling zou de belangenorganisatie die de vordering instelt bij aanvang van de procedure de oorsprong van de middelen die zij zal gebruiken ter ondersteuning van de rechtsvorderingen moeten openbaren. Tevens zouden er nadere regels moeten worden gesteld over de rol van derden bij een procedure en de financiering daarvan, alsmede wat een rechter zou moeten doen in geval van een belangenconflict tussen deze derde partij en de eisende partij. Dit is echter geen onderdeel van het Voorontwerp.

- e. *Het Voorontwerp biedt de aangesproken partij onvoldoende zekerheid, om te kunnen schikken. De onderhandelingsopstelling en -ruimte van de aangesproken partij wordt in belangrijke mate bepaald door de mate waarin deze een kwestie na een schikking achter zich kan laten (finaliteit). Het Voorontwerp biedt hiervoor geen oplossing. Op dit aspect zal hierna uitgebreider worden ingegaan. Wij ervaren ook het gebrek aan finaliteit als een belangrijke belemmering voor de totstandkoming van collectieve schikkingen.*

5.Finaliteit en verjaring

Uitgangspunt in het Voorontwerp is dat de collectieve schadevergoedingsactie in beginsel niet exclusief is: individuele belanghebbenden kunnen, hangende een collectieve schadeactie, een eigen actie over dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis instellen, kunnen hun vorderingen ter incasso cederen aan een derde enz. Andere belangenorganisaties kunnen met betrekking tot dezelfde gebeurtenis ook een collectieve schadevergoedingsactie of een gewone collectieve actie instellen. Slechts als de belanghebbende zich als deelnemer aan een uiteindelijk door de rechter vast te stellen regeling voor collectieve schadeafwikkeling heeft aangemeld, is deze gebonden aan de vast te stellen regeling. Hoewel dit laatste uit een oogpunt van de belangen van de aangesproken partij niet onbelangrijk is, leidt het feit dat een uitspraak in een collectieve schadevergoedingsactie een andere belangenorganisatie niet zal verhinderen een eigen vordering in te stellen, tot een dynamiek die de bereidheid van zowel de aangesproken partij als de belangenorganisatie om een regeling te treffen zal verminderen. In elk geval belemmert deze dynamiek een voor alle partijen optimaal resultaat.

De aangesproken partij weet immers dat als hij een regeling treft, hij in beginsel geen finaliteit krijgt. Dat betekent dat de aangesproken partij terughoudend zal zijn met het doen van concessies, omdat het risico bestaat dat hij ook na een majeure concessie het risico loopt dat hij voor aanvullende tegemoetkomingen zal worden aangesproken door een andere belangenorganisatie, die niet zelden mede wordt gedreven door de financiële belangen van een financier die op de achtergrond figureert. De voortslepende discussie over de beleggingsverzekeringen waarbij telkens nieuwe belangenorganisaties opstaan die een eerder bereikt collectief onderhandelingsresultaat weer ter discussie stellen laat zien dat dit geen theoretisch risico is. Dit zal bepaald niet anders zijn onder het voorgestelde regime nu de reeds bestaande actiemogelijkheid uit hoofde van artikel 3:305a BW open blijft staan voor indirect commercieel gedreven organisaties die niet hoeven te voldoen aan de additionele ontvankelijkheidseisen die het voorgestelde lid 5 van die bepaling aan organisaties stelt die een collectieve schadeactie wensen in te stellen. Dezelfde dynamiek zal onder de voorgestelde systematiek de bereidheid van de belangenorganisatie om concessies te doen verminderen. Zij zullen immers ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat een eventueel bereikt onderhandelingsresultaat door hen publiekelijk zal moeten worden verdedigd ten opzichte van andere – al of niet commercieel gedreven – belangenorganisaties, die met het reeds behaalde resultaat op zak zich zullen willen profileren met de belofte een beter resultaat te bereiken.

Dit 'chilling effect' wordt niet opgelost door een eventueel bereikte collectieve schaderegeling via een daarop volgende WCAM-procedure verbindend te laten verklaren. Allereerst niet omdat een concurrerende belangenorganisatie in die procedure verweer zal kunnen voeren. Ten tweede niet, omdat die concurrerende organisatie vervolgens opt-outs zal ronselen. Ten derde niet, omdat deze procedure veel tijd kost en het dus lang zal duren voordat er enige vorm van duidelijkheid bestaat over de aard en de omvang van het resterende claimrisico. Voor de aangesproken ondernemingen is niet alleen de omvang van het eventueel te vergoeden bedrag maar ook de termijn waarbinnen de boeken kunnen worden gesloten, een element dat van grote invloed is op de bereidheid om een regeling te treffen.

Het voorgaande wordt verergerd doordat als gevolg van de stuitende werking van een collectieve actie, een collectieve schadevergoedingsactie, een verzoek tot verbindendverklaring of zelfs maar een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 BW van een concurrerende belangenorganisatie, het conflict niet op een effectieve wijze door een verjaring wordt afgegrensd in de tijd. Integendeel, het is op eenvoudige wijze mogelijk om een claim vrijwel oneindig in leven te houden: daarvoor is slechts nodig dat een nieuwe belangenorganisatie voor een ieder die zij zegt te vertegenwoordigen de eerder door een andere organisatie gestuite verjaringstermijn opnieuw verlengt. Ook dit bevordert de schikkingsbereidheid niet. Als het de bedoeling van de wetgever is dat partijen in een collectief geschil sneller tot een collectieve schaderegeling komen, dan dient de hierboven beschreven dynamiek in de kiem te worden gesmoord. Dat kan door bijvoorbeeld juist wel een systeem van *lead plaintiff*¹⁹¹ te omarmen, of om een wettelijke termijn te stellen waarbinnen individuele benadeelden en andere belangenorganisaties zich na het voordoen van een schadeveroorzakende gebeurtenis moeten melden, zulks op straffe van verval dat nadien nog te doen. Dan kan in een vroeg stadium, eventueel in een preprocesuele comparitie, worden beoordeeld hoeveel belanghebbenden en welke organisaties er zijn, welke vorderingen zij wensen in te stellen en, wat betreft de organisaties, of zij voldoen aan de ontvankelijkheidseisen. Dan kunnen zowel de aangesproken partij(en) als de diverse organisaties beter inschatten tot welke concessies zij bereid zijn en wordt tevens een situatie gecreëerd waarin in een vroeg stadium wordt gestreefd naar een snelle en alomvattende oplossing. Op die manier wordt ook voorkomen dat allerlei parallelle (collectieve) procedures over hetzelfde onderwerp worden gevoerd, met alle risico's op tegenstrijdige beslissingen van dien.

Met de invoering van een lead plaintiff systeem worden twee vliegen in één klap geslagen. Enerzijds bevordert dit de schikkingsbereidheid bij gedaagde partijen, die de kwestie door een schikking met de lead plaintiff ook daadwerkelijk achter zich kunnen laten. Anderzijds beschermt dit de positie van de benadeelden, nu in het kader van de keuze voor de lead plaintiff bijzondere nadruk zal komen te liggen op de representativiteit en professionaliteit van deze partij en de afwezigheid van oneigenlijke financiële prikkels. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de collectieve belangen optimaal zijn vertegenwoordigd.

6. Beoogde procedure in strijd met artikel 6 EVRM

Bij het opstellen van het Voorontwerp lijkt niet te zijn stilgestaan bij de vraag of de beoogde procedure voldoet aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in het kader van een eerlijk proces. De regeling strookt mogelijk niet met artikel 6 EVRM, omdat de rechter aan partijen een schikking kan opleggen en alle relevante geschilpunten evenals de door de rechter opgelegde schikking niet ter toetsing aan een rechter of een hogere rechter kunnen

worden voorgelegd (waarbij het voorstel mogelijk ook in strijd kan zijn met artikel 13 EVRM). Uitgangspunt van de beoogde procedure is dat het oordeel van de rechter bedoeld in artikel 1018e lid 5 Rv steeds in een collectieve schikking dient uit te monden. Om dit te bewerkstelligen neemt de rechter vanaf het moment van zijn beslissing ex artikel 1018e lid 5 Rv (waarover hierna meer) de facto de rol in van een 'mediator' met ingrijpende bevoegdheden om het proces te sturen (lid 6) en die met kracht van vonnis een 'schikkingsovereenkomst' tussen partijen vaststelt. Bij die vaststelling is echter leidend wat de rechter redelijk acht, niet wat rechtens is. Bij de vaststelling van de schikking gaat de rechter dus niet in op alle essentiële aspecten die de rechtspositie van partijen betreft. Dit speelt slechts in beperkte mate (namelijk voor zover het dienstig is aan het bereiken van de vast te stellen schikking) een rol. Voordat de rechter een schikking vaststelt, doet hij een uitspraak ex artikel 1018e lid 5 Rv. De regeling tast in het duister wat betreft de inhoud van deze uitspraak. De beoogde wettekst gaat uit van de vaststelling van een verplichting tot vergoeding van schade. De opsteller van de begeleidende toelichting lijkt echter aan te nemen dat op grond van lid 5 (enkel) een onrechtmatigheidsoordeel wordt gegeven – hetgeen in lijn is met de bestaande artikel 3:305a BW jurisprudentie. Zo staat op p. 10 van de toelichting: *'Oordeelt de rechter dat de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld en er een grond voor aansprakelijkheid is [lid 5], dan kan de rechter beslissen over andere rechtsvragen en feitelijke vragen, indien het antwoord daarop kan bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking [lid 6].'* De toelichting op p. 38 lijkt echter op twee gedachten te hinken. Daarin wordt het onderscheid tussen de vaststelling van onrechtmatig handelen en de vaststelling van een verplichting tot vergoeden van schade uit het oog verloren. Miskend wordt dat de vaststelling dat sprake is van onrechtmatig handelen nog niet betekent dat (ook) een verplichting tot vergoeding van schade bestaat. Voor dit laatste is tevens vereist dat een oordeel wordt gegeven over o.a. relativiteit (is ook jegens de belanghebbenden onrechtmatig gehandeld), het bestaan en de omvang van schade, causaliteit, eigen schuld en/of verjaring (punten waarover partijen in massaschadezaken vaak een fundamenteel verschil van inzicht hebben). De tekst van artikel 1018e lid 6 Rv gelezen in samenhang met de toelichting, lijkt bovendien ervan uit te gaan dat dergelijke geschilpunten onder het bereik van lid 6 vallen en het aan de discretie van de rechter is overgelaten hierover al of niet te beslissen.

Het onderscheid tussen artikel 1018e lid 5 en lid 6 Rv en welke geschilpunten onder welke bepaling valt is niet onbelangrijk. Welke rechtsgang gevolgd moet worden om tot een beslissing op grond van lid 6 te komen, is onduidelijk en lijkt geheel aan de rechter te worden overgelaten. Een beslissing op grond van lid 6 geldt voorts niet als een eindbeschikking. Hoewel een beslissing op grond van lid 6 in de tijd veelal gegeven zal worden na een beslissing op grond van lid 5, kan daartegen slechts hoger beroep worden ingesteld, tegelijk met een hoger beroep tegen een beslissing op grond van lid 5 (die dan veelal reeds in kracht van gewijsde is gegaan) of wanneer de rechter dat toestaat. De rechter heeft voorts onder lid 6 een zeer ruime (niet steeds door hogere instanties te toetsen) discretionaire bevoegdheid. Hij kan een oordeel geven als hij meent dat die beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een schikkingsovereenkomst. De rechter kan ook besluiten het aan hem voorgelegde geschilpunt niet te beslissen, zonder dat hij tegen een dergelijke afwijzende beslissing hoger beroep dient open te stellen. Uit het Voorontwerp blijkt niet dat partijen een mogelijkheid hebben om op de beslissing van de rechter ten aanzien van deze geschilpunten te worden gehoord en/of te reageren en of partijen nog op elkaars reactie kunnen reageren.

In een latere fase van de procedure kan het probleem dat de rechter niet beslist over een bepaald geschilpunt zich opnieuw aandienen. Krachtens artikel 1018f lid 5 Rv kan de rechter een deelbeslissing

geven, maar behoeft hij dat niet te doen als hij meent dat dit niet nodig is om een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van een 'schikkingsovereenkomst'. Bovendien lijkt hij zelf te kunnen bepalen of tegen deze beslissing of de weigering die te geven, hoger beroep wordt opengesteld. Stelt hij geen hoger beroep open, dan zal dit ook op een later moment niet meer kunnen worden ingesteld. Er volgt immers geen voor beroep vatbare eindbeschikking meer. Onduidelijk is in elk geval of tegen een weigering van de rechter een deelgeschil te beslissen, hoger beroep moet worden opengesteld.

Daar komt bij dat de – op basis van de (voorgaand beschreven) onvolledige procesgang – door de rechter opgelegde collectieve schikking niet ter toetsing aan een hogere rechter voorgelegd kan worden.^[11] Deze keuze lijkt – zo blijkt uit de toelichting^[12] – met name ingegeven door de beperkte juridische toetsing van geschilpunten en de daarmee samenhangende ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter om een collectieve 'schikking' op te leggen. De rechter weet zich dus niet of nauwelijks gecontroleerd door een hogere instantie. Juist vanwege de ruime bevoegdheid van de rechter en de verstrekkende gevolgen van de opgelegde 'schikking' zou een rechterlijke toetsing in hoger beroep noodzakelijk zijn.

Partijen wordt dus de mogelijkheid onthouden het geschil in volle omvang (dus ook ten aanzien van schade, causaliteit, eigen schuld en/of verjaring) aan de rechter voor te leggen,^[13] de burgerlijke rechten en verplichtingen te laten vaststellen (het einddoel van de procedure is immers niet de daadwerkelijke vaststelling van de aansprakelijkheid van de schadeveroorzakende partij, maar slechts de totstandkoming van een schikking die mogelijk door de rechter kan worden opgelegd)^[14] respectievelijk wordt niet ten aanzien van alle relevante juridische aspecten uitspraak gedaan^[15] (waarbij ten nadele van de verwerende partij wordt afgeweken van het beginsel van gelijkheid van wapenen omdat in het bijzonder de verwerende partij de mogelijkheid wordt ontnomen volledig verweer te voeren).^[16] In zoverre strookt de beoogde procedure niet met de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in het kader van een eerlijk proces.

7. Verzoekschriftprocedure tegenover dagvaardingsprocedure

In het Voorontwerp is ervoor gekozen dat de bestaande en nieuwe collectieve actie met een verzoekschrift dient te worden ingeleid terwijl ook voor de verdere rechtsgang de verzoekschriftprocedure wordt gevolgd. Gelet op het contentieuze karakter van een collectieve schadeactie is de dagvaardingsprocedure/vorderingsprocedure de meest geëigende procesgang. De onderbouwing van de keuze voor de verzoekschriftprocedure overtuigt niet, staat op gespannen voet met de in 2002 geïntroduceerde wetsystematiek en doorkruist op onderdelen ook de voorstellen in het kader van het vernieuwingsprogramma 'Kwaliteit en Innovatieve rechtspraak' (KEI) (bijvoorbeeld voor wat betreft de vorderingsprocedure). Voorts brengt het in een aparte titel onderbrengen van verschillende regels betreffende de rechtsmacht en procedureregels onnodige uitlegen samenloopvragen met zich.

Met de keus die in het ontwerp is gemaakt voor een verzoekschriftprocedure, onthoudt de minister de aangesproken partij de mogelijkheid om incidenten op te werpen. Dat is een bewuste keus.^[17] De minister meent dat in het kader van een collectieve actie 'geen behoefte bestaat' aan incidentele vorderingen. Hij ziet de mogelijkheid om bijvoorbeeld een derde in vrijwaring op te roepen 'eerder als een belemmerende factor voor een effectieve en efficiënte afwikkeling van de rechtsovereenkomst'.^[18] De minister miskent dat juist ook in massaschade-zaken sprake kan zijn van verschillende (mogelijke) veroorzakers van de schade, die naar het toepasselijke recht hoofdelijk aansprakelijk zijn. Sprekende voorbeelden zijn te vinden in de kartelschadepraktijk, waar de eisende partijen meestal volstaan met

het aanspreken van een of enkele (beweerdelijke) karteldeelnemers tot vergoeding van de gehele door het kartel veroorzaakte schade.^[19] Zou in geval van een collectieve actie de aangesproken partij niet langer de mogelijkheid hebben om de andere karteldeelnemers in vrijwaring op te roepen, dan zou de enkele dreiging van een mogelijke hoofdelijke veroordeling de aangesproken partij in serieuze financiële problemen kunnen brengen. Daar komt bij dat vanwege de scope rule in het voorgestelde lid 6 van artikel 3:305a BW, in Nederland gevestigde ondernemingen bovendien extra kwetsbaar zouden zijn in vergelijking met elders gevestigde ondernemingen. Tegen hen zou een collectieve actie kunnen worden geëntameerd ter vergoeding van in heel Europa – of wereldwijd? – veroorzaakte kartelschade, zonder de mogelijkheid om via vrijwaringsincidenten de overige (beweerdelijke) kartelleden te dwingen om bij te dragen in een eventuele schadevergoeding. Wat hun rest is om via separate procedures regres te zoeken bij de overige kartelleden. Daarbij kunnen zich tal van complicaties voordoen. Deze procedure wordt dan niet gevoerd voor dezelfde rechter, maar voor een buitenlandse rechter. Onduidelijk is welke betekenis de in Nederland opgelegde dwangschikking voor deze rechter zal hebben en of hij bereid is hieraan gevolgen te verbinden met het oog op de aan hem voorgelegde regresvordering. In elk geval zal geen sprake zijn van een gelijktijdige beslissing met de beslissing in de hoofdzaak (zoals bij vrijwaring in beginsel wel het geval is). Het gevolg zal zijn dat een Nederlandse aangesproken partij gedwongen wordt de gehele schadevergoeding voor te financieren, met een reëel risico dat bij de beoordeling van de regresvordering de rechter tot andere (feitelijke) vaststellingen komt dan in de collectieve schadeprocedure of in de dwangschikking.

De rechtvaardiging voor het onthouden van de mogelijkheid om derden in vrijwaring op te roepen, overtuigt geenszins. Het hoofdelijke karakter van de aansprakelijkheid houdt reeds een vergaande bescherming van de eiser(s) in tegen de mogelijke insolventie of onvindbaarheid van een of meer van de veroorzakers van de schade. Daartegenover staat voor de aangesproken partij de mogelijkheid om zich via een vrijwaringsincident te verzekeren van de processuele bijstand en, in geval van een toewijzing van de vordering, een bijdrage in de schadevergoeding van de overige dader(s). Met de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie worden de aansprakelijkheidsrisico's voor een hoofdelijk aangesproken partij aanzienlijk groter. Zou men deze aangesproken partij vervolgens de mogelijkheid van het vrijwaringsincident ontnemen, dan slaat de balans onevenredig ver door in het nadeel van de aangesproken partij. Daarbij is niet ondenkbaar dat dit nadeel ook de achterban van de belangenorganisatie treft in gevallen waarin de aangesproken hoofdelijke schuldenaar onvoldoende kapitaalkrachtig is om het deel van de schade dat zijn medeschuldenaren aangaat voor te financieren en als gevolg daarvan insolvent raakt. Ook in zoverre blokkeert de voorgenomen regeling het bereiken van een optimaal resultaat.

Het verdient dan ook de voorkeur de collectieve actie vorm te geven als een (gewone) dagvaardings- of vorderingsprocedure, met de mogelijkheid van de gebruikelijke incidentele vorderingen. Dat deze 'belemmerend' zouden werken, valt te betwijfelen. In procedures zien wij meer dan eens het omgekeerde. Juist doordat een hoofdelijk aangesproken partij via een vrijwaringsincident de andere aansprakelijke partijen kan dwingen bij te dragen in een schadevergoeding, ontstaat aan de zijde van de aangesproken partij draagvlak voor een (collectieve) schikking.

8. Conclusie

Resumerend is naar onze mening onduidelijk waartoe het Voorontwerp zou moeten dienen. Het Voorontwerp biedt niet zozeer een stok achter de deur indien een betrokken partij niet wenst mee te

werken aan een schikking, maar meer een stappenplan om (desnoods gedwongen) tot een dergelijke schikking te komen. Hierbij lijkt de wetgever zich onvoldoende rekenschap te hebben gegeven van de redenen waarom een collectieve schikking in sommige gevallen niet tot stand komt. Deze barrières worden in het Voorontwerp niet beslecht. Hiernaast spelen nog diverse inhoudelijke bezwaren, zoals het ontbreken van finaliteit, de strijdigheid met artikel 6 EVRM, onduidelijkheid en praktische bezwaren bij de keuze om de procedure als een verzoekschriftprocedure vorm te geven.

Wij menen derhalve dat het verstandig zou zijn eerst door het WODC onderzoek te laten doen naar de oorzaak van het feit dat schikkingen niet tot stand komen, en vervolgens te bezien in hoeverre het noodzakelijk en mogelijk is deze oorzaken door wetgeving weg te nemen.

Voetnoten

- [1] Mr. M.W.F. Bosters is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam en als promovendus verbonden aan Tilburg University, mr. drs. R.M. Hermans is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam, mr. J.W. de Jong is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam, mr. A. Knigge is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam, prof. mr. J.S. Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, mr. A.F.J.A. Leijten is advocaat bij Stibbe te Amsterdam, mr. J.F. Ouwehand is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam, mr. drs. A. Raaijmakers is professional support lawyer bij Allen & Overy te Amsterdam, mr. drs. D.F. Lunsingh Scheurleer is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam, mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam, mr. B.W.G. van der Velden is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam en mr. G.J.M. Verburg is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.
- [2] *Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14* (voorgesteld op 3 november 2011).
- [3] Zie voor het Voorontwerp: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma.
- [4] Memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 1. De collectieve schadevergoedingsactie wordt ook gezien als mogelijke voorfase van de WCAM (zie memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 7).
- [5] Memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 13.
- [6] Memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 10.
- [7] Zie tevens M.W.F. Bosters, 'Voorontwerp collectieve schadevergoedingsactie', *AV&S* 2014/4.
- [8] Zie ook hierna onder de kop 'Verzoekschriftprocedure tegenover dagvaardingsprocedure'.
- [9] L 201/60 - 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).
- [10] Dit systeem geeft een benadeelde in een massaschadeprocedure de mogelijkheid de rechter te adiëren om ten behoeve van een gehele groep aan benadeelden een class action in te stellen. De aanwijzing van deze benadeelde als 'lead plaintiff' heeft dan tot doel dat de rechter zich ervan vergewist dat de benadeelde die zich opwerpt om voor de class/groep op te komen daarvoor over de vereiste kwalificaties beschikt en ook in staat is om in rechte voor de belangen van de gehele class op te komen. Dit verschilt dus met het huidige systeem van bijvoorbeeld de collectieve actie, waarbij meerdere stichtingen of verenigingen kunnen optreden namens - in feite - één en dezelfde groep benadeelden. Zie Memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 14.
- [11] Art. 1018g lid 11 Rv sluit die mogelijkheid uit.
- [12] Opmerkelijk is dat in de toelichting (p. 50) wordt opgemerkt dat er wel een rechterlijke toetsing plaatsvindt indien partijen de collectieve regeling via de WCAM verbindend willen laten verklaren. De wetgever onderkent dat een rechterlijke toetsing mogelijk is, maar stelt deze alleen open indien partijen er in wezen geen belang bij hebben. Immers partijen zullen naar verwachting de collectieve regeling alleen verbindend willen laten verklaren indien zij de compensatie redelijk achten. In een dergelijke situatie bestaat er voor de procespartijen juist geen behoefte om de collectieve schikking aan een rechterlijke toetsing te onderwerpen.
- [13] EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere vs. Belgium*, para. 51; EHRM 23 september 1982, *Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*, para. 87.
- [14] EHRM 1 maart 2002, *Kutic vs. Croatia*, para 25.
- [15] EHRM 30 oktober 2003, *Ganci vs. Italy*, para. 31.
- [16] EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. vs. The Netherlands*, para. 33-35; EHRM 22 september 1994, *Hentrich vs.*

France, para. 56.

- [17] Geredeneerd kan worden dat naar het arrest van de Hoge Raad van 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533 (cassatie in het belang der wet), waarin is geoordeeld dat de wet en de aard van de verzoekschriftprocedure zoals geregeld in art. 261 e.v. RV zich niet verzetten tegen de overeenkomstige toepassing van art. 223 RV (het verzoeken van een voorlopige voorziening in een incident), het alsnog mogelijk maken om in de beoogde procedure een incident op te werpen. In het onderhavige geval heeft de wetgever in het Voorontwerp echter expliciet overwogen dat incidentele vorderingen in het kader van de beoogde procedure moeten worden uitgesloten. In het arrest van de Hoge Raad is overwogen dat er 'geen aanwijzingen zijn dat de wetgever, door alleen in zaken van echtscheiding en scheiding van tafel en bed voorlopige voorzieningen wettelijk te regelen, daarbuiten de mogelijkheid van een voorlopige voorziening in de verzoekschriftprocedure heeft willen uitsluiten.' (r.o. 3.4). Nu de wetgever in de beoogde procedure heeft overwogen dat er geen plaats is voor incidentele vorderingen, kan derhalve niet worden gesteld dat op basis van voornoemd arrest van de Hoge Raad incidentele vorderingen in het kader van de beoogde procedure mogelijk zijn.
- [18] Memorie van toelichting consultatieversie juli 2014, p. 30.
- [19] Dit geldt overigens evengoed voor productaansprakelijkheidszaken of voor schade die is geleden op de financiële markten.