

Bedrijfsjuridische berichten, Consultatieversie ‘Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie’ (juli 2014) in het licht van de reeds bestaande collectieve actie (art. 3:305a BW) en de reeds bestaande Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Bb 2014/53	Bijgewerkt tot:	30-07-2014
Auteur:	Mr. E. Gras en mr. L.E.J. Korsten ^[1]		

Consultatieversie ‘Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie’ (juli 2014) in het licht van de reeds bestaande collectieve actie (art. 3:305a BW) en de reeds bestaande Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)

Een Ontwerp-wetsvoorstel over de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie is recent ter consultatie op internet publiek gemaakt. Niet langer zal het verboden zijn om binnen een dergelijke actie (art. 3:305a BW) schadevergoeding in geld te vorderen. Hoofdstrekking is dat de bereidheid van schadeveroorzakers om te schikken hierdoor zal toenemen, zodat een – zo nodig via de WCAM algemeen verbindend te verklaren – overeenkomst eerder in het vizier komt. Dit artikel geeft een overzicht van het Ontwerp.

1. Inleiding

Op 7 juli jl. is ter consultatie het wetsvoorstel ‘Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie’ op het internetadres www.internetconsultatie.nl/motiedijksma geplaatst. Het wetsvoorstel schaft het in huidige art. 3:305a BW opgenomen verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld af en het introduceert binnen een te wijzigen art. 3:305a BW een collectieve schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenorganisaties die opkomen namens een groep gedupeerden met gelijksoortige belangen. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is het plan om een nieuwe titel 14a op te nemen:

“Van rechtspleging in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling.”

Het wetsvoorstel strekt tot uitvoering van de motie-Dijksma waarmee de regering werd verzocht collectief schadeverhaal door een representatieve belangenorganisatie mogelijk te maken.

De collectieve schadevergoedingsprocedure in het wetsvoorstel is erop gericht dat partijen, onder (streng) regie van de rechter, zo veel mogelijk trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van een massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Een rechterlijke uitspraak in de plaats van die overeenkomst zal door het Wetsvoorstel mogelijk worden gemaakt, maar duidelijk slechts als een *ultimum remedium*.

Bij de totstandkoming van het huidige art 3:305a BW (in 1994) is de mogelijkheid voor de in art. 3:305a BW bedoelde rechtspersoon (hierna: 305a rechtspersoon) om – naast bijvoorbeeld een verbod of gebod of een vordering tot nakoming of de vaststelling van de rechtsbetrekking (declaratoir) – ook schadevergoeding in geld te vorderen in debat geweest, maar afgewezen. De redenen daarvoor waren in de kern dat voor schadetoekenning individueel (per gelaedeerde) gekeken moet worden: naar bijvoorbeeld causaliteit, verjaring, eigen schuld. Voor bijvoorbeeld een verbod of gebod, een vordering tot nakoming of een declaratoir geldt dit niet, omdat het daarbij direct gaat over de kwalificatie van het handelen van de aangesproken partij. Een schadevergoedingscomponent zou te complicerend en belastend zijn voor een collectieve actie, aldus de wetgever in 1994.

In 2005 is de hierboven al genoemde WCAM ingevoerd (art. 7:907-7:910 BW en titel 14 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: “Van rechtspleging in zaken betreffende de verbindverklaring van overeenkomsten strekkende tot collectieve schadeafwikkeling”). Zoals bekend is het uitgangspunt van de WCAM dat een 305a-rechtspersoon en de veroorzaker(s) van massa-schade over de afwikkeling van die schade een overeenkomst

hebben gesloten. Dat kan zowel wanneer eerder over die zaak op de voet van art. 3:305a BW een declaratoir bij de rechter werd verkregen als wanneer onderhandelingen van partijen zelf succesvol waren. In art. 7:907 BW is vervolgens bepaald dat die overeenkomst – op een verzoek van beide partijen – verbindend kan worden verklaard voor de schadeveroorzaker en voor alle benadeelden, voor zover die laatsten niet van de wettelijk omschreven uitstapmogelijkheid (opt-out) gebruikmaken. Wie – omgekeerd – aan boord komt, heeft als gevolg van de verbindendverklaring een nader bepaalde vordering op de schadeveroorzaker in de plaats van een nog onbepaalde positie ten gevolge van een gestelde onrechtmatige daad of wanprestatie.

2. Aanleiding voor het voorstel

De MvT (p. 4) in de voorliggende consultatieversie betoogt dat bij ontbreken van de mogelijkheid voor de rechter om over collectief verhaal te beslissen, de schikkingsbereidheid van de aangesproken partij, zelfs ook nadat het genoemde declaratoir al werd verkregen, in bepaalde gevallen ontbreekt. Tegen de achtergrond van een mogelijke rechterlijke beslissing over collectieve schade zou de schadeveroorzaker meer belang hebben om te schikken. Het is “een stok achter de deur”, zo vermeldt de MvT. De wetgever ziet aanleiding de druk op de schadeveroorzaker te verhogen vanuit de veronderstelling dat de afwikkeling van de schade daarmee in bepaalde gevallen versneld zal worden.

Aan het bezwaar dat de schadevergoeding een individuele benadering vergt, wordt tegemoetgekomen doordat de rechter in de fase waarin het om de schadevergoeding gaat, partijen zal bevelen om elk met voorstellen te komen: de voorstellen die gedaan zijn in de verplichte schikkingsonderhandelingen. De gedachte is dat de rechter op basis van deze voorstellen een regeling zal vaststellen, zo nodig met een indeling in schadegroepen voor categorieën gedupeerden (*'damage scheduling'*). De indeling in schadegroepen vervangt de individuele benadering.

3. De belangrijke nieuwe punten van het wetsvoorstel

Er is een innige verwevenheid van de drie regelingen inzake de collectieve actie zonder schadeverhaal, de nieuwe variant van de collectieve actie met schadeverhaal, en de WCAM. De volgende nieuwe punten kunnen worden benoemd.

3.1 Verzoekschriftenprocedure

De collectieve actie, al dan niet mede tot schadeverhaal, wordt ingeleid door middel van een verzoekschrift, waarop vervolgens vele bepalingen uit de dagvaardingsprocedure van toepassing worden verklaard. Dit is een breuk met de huidige art. 3:305a BW procespraktijk, waarin immers een dagvaarding wordt uitgebracht. Wij zullen in een vervolgartikel nader aandacht besteden aan de keuze die de wetgever hier heeft gemaakt, en die in de MvT uiteraard ook wordt gemotiveerd. Het valt zeker te verwachten dat de internetconsultatie op dit punt reacties te zien gaat geven.

3.2 Scope rule

Voor zover de actie mede strekt tot een schadedictum gelden daarvoor extra eisen op het punt van (internationale) rechtsmacht. Dit uiteraard om een stortvloed aan procedures te voorkomen die onvoldoende aanknoping met Nederland hebben.^[2]

Art. 3:305a lid 6 BW nieuw bevat een 'scope rule', een beperkend IPR element. Een schadedictum kan alleen worden uitgesproken indien:

- a. de schadeveroorzaker woonplaats heeft in Nederland; of
- b. de te beschermen personen in meerderheid in Nederland verblijven; of
- c. de schadegebeurtenis(sen) zich in Nederland hebben voltrokken.

3.3 Ontvankelijkheidseisen

Voor zover de actie mede strekt tot een schadedictum gelden daarvoor extra eisen op het punt van ontvankelijkheid.

Er worden eisen gesteld op het punt van

- a. de tussen partijen al gevoerde onderhandelingen;
- b. de kwaliteit en deskundigheid, en ook de motieven van de als eiser optredende rechtspersoon;
- c. het ontbreken van andere effectieve en efficiënte mogelijkheden voor de gelaedeerden om hun schade vergoed te krijgen.

Wat het punt onder c. betreft zou men kunnen zeggen dat een efficiënte mogelijkheid wegvalt door het wetsvoorstel zelf. Onder de bestaande regels kunnen individuele en collectieve claims, die beiden door middel van een dagvaarding aanhangig (moeten) worden gemaakt, vrij eenvoudig worden gekoppeld. De 305a-rechtspersoon kan daarbij desgewenst optreden als formele rechtspersoon voor de materieel benadeelde natuurlijke personen, die hem daartoe, vooraf en tijdens de collectieve actie, last of volmacht zouden geven. Onder de nieuwe regels vervalt de mogelijkheid van een dergelijke koppeling aangezien de collectieve actie een verzoekschriftprocedure met een geheel eigen dynamiek wordt.

Ten aanzien van de scope rule en de ontvankelijkheidseisen merken wij op dat deze niet gelden voor zover sprake is van andere dan schadevergoedingsvorderingen. 305a-rechtspersonen kunnen er dus nog steeds voor kiezen om zonder de strengere nieuwe toets andere dan schadevergoedingsvorderingen aanhangig te maken, al of niet als opmaat tot een dergelijke schadevergoedingsvordering.

3.4 Vervolg: onderhandelingen partijen gericht op sluiten overeenkomst

Als de schadezaak ontvankelijk is, en de rechter rechtsmacht heeft, moet over aansprakelijkheid worden beslist (zie art. 1018e lid 5 en 8 Rv). De wetgever denkt hier kennelijk aan een enkelvoudige schadezaak, en niet aan de – gebruikelijke – combinatie van meer vorderingen/verzoeken in dezelfde zaak: zoals met betrekking tot een declaratoir over de aansprakelijkheid en een formeel los daarvan staande schadevergoeding. In dat gebruikelijke geval valt 'de aansprakelijkheid' niet onder de zwaardere ontvankelijkheidseisen – zojuist aangestipt – die voor de schadevergoedingszaak gelden. Wat daarvan zij, als aansprakelijkheid wordt aangenomen, (en de schadezaak is ontvankelijk) geeft de rechter partijen een termijn om zelf een overeenkomst te sluiten over de schadeplichtigheid. Deze termijn begint als de uitspraak van de rechter onherroepelijk is.

3.5 Strakke regie door de rechter

De regeling in de fase dat een schade-veroordeling aan de orde is, heeft een strenge toon tegenover partijen. Op tal van momenten kan de rechter partijen wijzen op hun kennelijke verplichting om zich zelf in te spannen om een overeenkomst te sluiten, en kan de rechter de voortgang naar een einduitspraak daarom opschorten (en soms zelfs blokkeren). De rechter kan bijvoorbeeld op die grond een comparitie of het bevel tot overlegging van de schikkingsvoorstellen van partijen, die hem zullen dienen tot leidraad bij het maken van zijn einduitspraak, uitstellen. De rechter kan partijen terugverwijzen naar de onderhandelingstafel. Hierbij geldt steeds dat beide procespartijen door de regeling gelijkelijk met sancties worden bedreigd – op papier. Maar die sancties treffen verzoekers veel meer dan de schadeveroorzaker. De schadeveroorzaker vindt het misschien wel best als de procedure voorlopig of definitief in het zand loopt. Anders gezegd: de wetgever maakt de regeling mogelijk niet effectiever door te strooien met scherpe sancties die neerkomen op uitstel. Partijen kunnen er meermalen toe gemaand worden om serieuze pogingen te doen om tot een schikking te komen – zie nr. 5. Als dit niet lukt kan de rechter op verzoek van partij(en) overlegging bevelen van de voorstellen van partijen voor de overeenkomst aan de rechter. Die voorstellen moeten aan de nodige eisen voldoen. Het moet de rechter duidelijk worden waar partijen niet uit zijn gekomen, en hoe elk van hen meent dat de overgebleven twistpunten zouden moeten worden beslist. Zijn voorstellen ingediend, dan kan de rechter partijen naar een derde (mediator) verwijzen om de schadeovereenkomst te beproeven. Partijen zijn verplicht hieraan mee te werken (zie art. 1018g lid 3 Rv).^[3] Ook kan de rechter een deskundige inschakelen.

3.6 Oproep benadeelden

In de fase waarin de rechter zelf een regeling dient vast te stellen, kan hij bevelen dat een oproep wordt gedaan aan benadeelde personen om zich te melden ter griffie. Melden zich te weinig personen, dan kan de vaststelling van de regeling alsnog achterwege blijven (art. 1018g lid 6 Rv). Tegen deze beslissing staat geen hogere voorziening open (art. 1018g lid 11 Rv).

Gelet op deze sanctie is de vraag of die oproeping niet in een eerder stadium gevraagd moet worden. Tegelijk is de vraag welke 'plus' de aanmelding voor een benadeelde zelf eigenlijk kan hebben – daarop komen we hieronder nog terug.

De schaderegeling is verbindend voor partijen en voor degenen die zich ter griffie hebben gemeld. Hogere voorziening staat niet open (art. 1018 g lid 7 jo. lid 11 Rv). In de regeling zal ook een termijn voor het verbindend verklaren ervan, op de voet van de WCAM, worden opgenomen.

Dit geeft aanleiding tot twee opmerkingen, de eerste over appellabiliteit, de tweede over het verband met de WCAM.

3.7 Appellabiliteit

Van de beslissing of er aansprakelijkheid is, kunnen partijen in beroep, art. 1018 lid 9 Rv. Een aantal rechterlijke (tussen)uitspraken in het proces van schadevaststelling is echter *niet* appellabel. Dat geen hogere voorziening open zal staan in de situatie dat de rechter zelf een regeling heeft opgesteld, omdat partijen ook met de uiterste middelen niet tot elkaar konden worden gebracht, lijkt ons discutabel. Het gaat hier immers om een beslissing in een kennelijk onoverbrugbaar geschil, waarvan de waarde doorgaans vele (tientallen of honderden) miljoenen zal betreffen.^[4]

3.8 Verband WCAM

De WCAM ziet op het algemeen verbindend verklaren van een overeenkomst tussen een 305a-rechtspersoon en schadeveroorzaker(s). Dergelijke overeenkomsten kunnen een vrucht van overleg van partijen zijn, maar zij kunnen ook stoelen op een rechterlijk declaratoir. Onder de nieuwe wetgeving zal de rechter verder kunnen zijn gegaan dan een dergelijk declaratoir. Zo zal de rechter op verzoek van een van de partijen een uitgewerkte schaderegeling kunnen opleggen. Opvallend is dat de wetgever ervan uitgaat dat op een dergelijke schaderegeling (ook nu op verzoek van beide partijen) nog een afzonderlijke WCAM procedure zal (kunnen) volgen. Dit roept de vraag op of een WCAM fase bij de in de zaak ingevoerde rechter/schaderegelaar niet mogelijk zou moeten zijn?

Zoals direct hierna blijkt, wordt de rechtskracht van de rechterlijke schaderegeling beperkt wanneer niet duidelijk is of de WCAM nog volgt. De gedachte zal hier vermoedelijk zijn dat of de rechterlijke regeling of de verbindend verklaarde overeenkomst moet worden geëffectueerd, maar niet beiden.

3.9 Beroep op de rechterlijke uitspraak

Benadeelden kunnen beroep doen op de rechterlijke uitspraak, houdende schaderegeling, als die uitspraak onherroepelijk is geworden – dit lijkt geen groot probleem nu tegen de uitspraak geen hogere voorziening is toegelaten – terwijl tevens de termijn voor het verbindend verklaren op de voet van art. 7:907 BW ongebruikt is verstreken of partijen gezamenlijk schriftelijk de rechter hebben meegedeeld geen verzoek tot verbindend verklaring te doen.

3.10 Gezag van gewijsde?

Een opmerkelijke passage uit de consultatieversie van de Memorie van Toelichting (p. 47) is dat “een door de rechter vastgestelde regeling voor een collectieve schadeafwikkeling (...) het gezag van de rechterlijke toets op redelijkheid en waarborging van de belangen van de gedupeerden (heeft). Dit vergroot ook voor de aangesproken partij de kans dat de rechter een verzoek tot verbindendverklaring ervan op grond van de WCAM positief beoordeelt”. De wetgever lijkt hier voorbij te gaan aan de mogelijkheid van het invoeren van gezag van gewijsde (art. 236 Rv, in beginsel ook van toepassing op beschikkingen). Het beeld dat de WCAM-rechter vrijelijk mag oordelen of een rechterlijke schaderegeling verbindend verklaard dient te worden, terwijl die schaderegeling door een eerdere rechter bedoeld was om verbindend verklaard te worden, komt op ons academisch over.

3.11 Rechtskracht schadedictum

De rechtskracht van een schadedictum indien geen WCAM meer volgt, is niet zonder meer duidelijk. De indruk

ontstaat dat de 305a-rechtspersoon het schadedictum moet kunnen betekenen en zo nodig executeren, maar hierover wordt in de consultatieversie van de Memorie van Toelichting niets vermeld. Zou dit echter niet zo zijn, dan is schadeverhaal als het hoofddoel van het wetsvoorstel nog niet mogelijk. Dat de eindbeschikking de individuele benadeelde een executoriale titel zou opleveren, ligt weinig voor de hand, en zou bijvoorbeeld bij strooischade ook niet zinvol zijn. Bedoeld zal zijn dat de 305a-rechtspersoon belast wordt met de uitkering aan benadeelden conform de *damage scheduling* die in de regeling is opgenomen. Een probleem lijkt dan te zijn dat de rechter in zijn regeling moet uitgaan van een bepaald aantal benadeelden dat zich zal melden bij de rechtspersoon, terwijl dit hoogst onzeker kan zijn. Hier liggen dus de nodige voetangels en klemmen.

3.12 Slot: positie benadeelde

Er blijven nog vele vragen open, maar een laatste punt in deze bijdrage is wat eigenlijk het voordeel kan zijn voor een benadeelde om zich ter griffie te melden. De benadeelde kan dat uit een vorm van betrokkenheid doen, maar zakelijk/feitelijk lijkt hij beter af te zijn door zich pas te melden als een – gunstige – uitspraak of de verbindendverklaring daarvan aan de orde is. Past het bij de taak van de rechter om een benadeelde te vragen zich op voorhand te binden, terwijl dit hem geen voordeel en misschien nadeel kan opleveren? Aan de oproeping ter griffie kleven overigens meer complicaties. Zo zal niet bedoeld zijn dat een benadeelde die ingestapt is in de procedure, uitstapt voorafgaand aan een WCAM-regeling. Toch zou dat zinvol kunnen zijn want we zagen dat in de WCAM-fase de regeling nog kan veranderen.

4. Deadline internetconsultatie: 1 oktober 2014

De consultatieversie van het wetsvoorstel is te vinden op: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma. De termijn voor indiening van reacties op de consultatieversie verstrijkt op 1 oktober 2014.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Ernst Gras is Professional Support Lawyer bij DLA Piper Nederland N.V., Léon Korsten is advocaat/partner bij DLA Piper Nederland N.V.
- [2] Zie in dit verband de bekende Converium-zaak en de discussie volgend op de beschikking van Hof Amsterdam d.d. 12 november 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908).
- [3] In de consultatieversie van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt ingegaan op (de redenen voor) de hier expliciet gemaakte uitzondering op de bekende gedachte dat mediation, om effectief te zijn, op vrijwilligheid moet berusten. Wij menen dat er vraagtekens bij kunnen worden geplaatst.
- [4] In de consultatieversie van de Memorie van Toelichting wordt in dit verband een parallel getrokken met de niet-appellabele “toekenning van een ontbindingsvergoeding door de kantonrechter”, een naar onze mening niet erg voor de hand liggende vergelijking.