

REACTIE OP HET "WETSVORSTEL AFWIKKELING MASSASCHADE IN EEN COLLECTIEVE ACTIE"

I. Inleiding

Het ontwerp voor het nieuwe wetsvoorstel (hierna: het ontwerp) schaft het in het huidige art. 3:305a BW opgenomen verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld af. Het introduceert naast de bestaande mogelijkheden een collectieve schadevergoedingsprocedure tussen de representatieve belangenorganisatie die opkomt namens een groep gedupeerden met gelijksoortige belangen (een stichting of vereniging, hierna: de 305a rechtspersoon) en het bedrijf dat voor een massale schade aansprakelijk wordt gehouden (hierna: de schadeveroorzaker). Het plan is om in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een nieuwe titel 14a op te nemen ("Van rechtspleging in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling").

Het wetsvoorstel vormt - samen met de eerdere aanpassing in 2013 van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (hierna: WCAM; zie: art. 7:907 e.v. BW), die vooral technisch van aard was - de uitvoering van een motie Dijkema 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, zoveel 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*.

De nieuwe mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen, is geregeld als een geheel zelfstandige verzoekschriftprocedure naast de oorspronkelijke collectieve actie (die in het ontwerp eveneens een verzoekschriftprocedure wordt). Er kan ook een andere keuze worden gemaakt: het schrappen van het huidige schadevergoedingsverbod uit art. 3:305a BW, gecombineerd met een nadere uitwerking voor deze schade in de schadestaatprocedure. Het ontwerp voor de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) licht de keuze voor een zelfstandige verzoekschriftprocedure naar onze mening te weinig toe, terwijl een bezwaar hiertegen in het oog springt: de 305a rechtspersoon die uit is op schadevergoeding maar ook op andere dicta (zoals verbod/bevel met dwangsom, nakoming, onverschuldigde betaling) zal twee procedures moeten voeren - terwijl het zwaartepunt (aansprakelijkheid) in die procedures nota bene gelijk is. Dit geldt ook voor het standaardgeval waarin een verklaring voor recht of een vernietiging wordt gevorderd, en daarnaast schadevergoeding; ook dan zijn twee procedures nodig. Vervolgens hebben partijen na toewijzing van een of meer vorderingen voor verbindendverklaring ook nog de WCAM nodig.

Zowel de eiser als gedaagde worden op deze manier met onnodige, en kostbare procedures belast.

Een opvallend *a priori* in het ontwerp is dat het behandelen van een schadevergoedingsvordering altijd zonder meer ingewikkeld zou zijn - ingewikkelder dan andere vorderingen die de 305a rechtspersoon kan instellen, zoals nakoming, vernietiging, onverschuldigde betaling - zodat een bijzondere procedure op zijn plaats is. Wij betwijfelen de juistheid van dit uitgangspunt: collectieve vorderingen tot schadevergoeding in geld zullen mogelijk vaker problemen in de afhandeling opleveren dan andere collectieve vorderingen, maar dit hoeft niet per sé het geval te zijn.

In het verlengde hiervan geldt dat wij de verscherping van de ontvankelijkheidstoets voor collectieve acties - in 2013 al voor de bestaande collectieve actie, zie art. 3: 305a lid 2 BW slotzin - op de daarvoor door de wetgever aangevoerde gronden geheel onderschrijven, maar niet zien dat dit punt voor een collectieve schadevordering zelfstandig (een nuance anders) geregeld zou moeten worden.

Hieronder gaan wij in op enkele naar onze mening wezenlijke onderdelen van het ontwerp waarop wij kritiek hebben dan wel een nadere toelichting gewenst zouden achten.

Na bespreking van de afzonderlijke punten wordt de vraag naar de inpassing van een collectieve schadevergoeding tenslotte nog eens samenvattend aan de orde gesteld.

II. Enkele belangrijke punten

1. Hoe verhoudt het ontwerp zich tot Europese ontwikkelingen?

De op 11 juni 2013 gepubliceerde aanbeveling van de Europese Commissie inzake gemeenschappelijke beginselen voor collectief verhaal bij schending van Unierechten¹ is relevant en wordt in de MvT, p. 6 ook (kort) aangehaald. In haar aanbeveling maakt de Commissie een aantal principiële keuzes over collectieve (schade)vorderingen in geval van schending van Unierechten, beveelt lidstaten die keuzes aan en spoort de lidstaten aan om de in de aanbeveling uiteengezette beginselen uiterlijk op 11 juni 2015 te implementeren en daarover te rapporteren aan de Commissie. Bij gebreke van een (uitgebreidere) toelichting in de MvT, rijst de vraag hoe het wetsvoorstel zich tot dit element van de aanbeveling van de Commissie verhoudt. Het gaat het bestek van deze reactie te buiten om daar een sluitend antwoord op te geven. In het oog springt dat de wetgever, ogenschijnlijk in lijn met de aanbevelingen van de Commissie, het collectief vorderen van een schadevergoeding in geld mogelijk maakt waar dat eerder in Nederland niet mogelijk was. Een andere kennelijke parallel is de wens van de Commissie om een verbeterde (collectieve) toegang tot de rechter niet te laten omslaan naar misbruik van procesrecht en de aanbeveling om daartoe vroeg in de procedure een ontvankelijkheidstoets te hanteren enerzijds en de hierna te bespreken (nr. 5) '*numerosity*'-eis en de *timing* daarvan anderzijds. Tenslotte zien wij een derde parallel met de door de Commissie

¹ Pb. 2013, L 201, p. 60 e.v.

voorgestelde regels inzake *third party funding* in relatie tot collectieve (schade)acties. De Commissie heeft concrete regels voorgesteld, die onder meer behelzen dat in geval van financiering door een private derde partij, die partij i) geen invloed mag uitoefenen op de procedurele beslissingen van de eisende partij, met inbegrip van schikkingen, ii) geen collectieve vordering mag financieren tegen een verweerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder waarvan de financier afhankelijk is, iii) geen buitensporige rente mag rekenen voor de ter beschikking gestelde financiële middelen. Het zou verhelderend werken als deze kennelijke verbanden met voornoemde aanbeveling van de Commissie in een later stadium nog worden geëxpliciteerd.

2. Zal de nieuwe collectieve schadeprocedure effectief zijn en collectieve schikkingen stimuleren?

Het wetsvoorstel is erop gericht aan de 305a rechtspersoon de mogelijkheid te bieden om een veroordeling tot schadevergoeding in geld te bewerkstelligen. Uitgangspunt hierbij is volgens de wetgever dat de schikkingsbereidheid van de (vermeende) schadeveroorzaker achterblijft bij wat volgens het ontwerp wenselijk is. Een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding moet een stok achter de deur zijn, onder de dreiging waarvan schikkingen in de toekomst sneller tot stand zullen komen, aldus de MvT.

Een procedure die zonder oponthoud aankoerst op een tegen de schadeveroorzaker te executeren titel zal naar alle waarschijnlijkheid een aansporing zijn om te schikken. Daar staat tegenover dat een procedure die vele stadia en sub-procedures kent de door de wetgever gewenste uitwerking op schadeveroorzaker niet of in veel mindere mate zal hebben. Naar onze mening is met het ontwerp van het laatste sprake. Wij verwijzen naar de samenvatting van (een deel) van die procedure onder nr. 5 hieronder. We komen op dit onderwerp terug aan het slot van deze reactie.

3. Waarom worden de huidige collectieve actie en de collectieve actie tot schadeverhaal (afzonderlijke) verzoekschriftprocedures?

Waarom verzoekschriftprocedures?

In de MvT wordt over art. 3:305a BW nieuw onder meer het volgende opgemerkt:

"De leden 1 en 2 regelen dat de collectieve actie van artikel 3:305a lid 1 BW een verzoekschriftprocedure wordt. Deze keus is gemaakt omdat ook de nieuwe collectieve schadevergoedingsactie een verzoekschriftprocedure wordt. De samenhang tussen beide soorten collectieve actie en de wens om zo één regime te hebben voor alle soorten collectieve acties is de reden om ook de bestaande collectieve actie van art. 3:305a lid 1 BW een verzoekschriftprocedure te maken. Dit geeft duidelijkheid voor partijen."

Buiten het *petitio principii* dat de keuze wordt gemaakt omdat de keuze wordt gemaakt en de gegeven duidelijkheid, geeft de MvT als argument dat aansluiting is gezocht bij andere procedures die met een verzoekschrift worden ingeleid, waaronder de WCAM en de deelgeschilprocedure.

"Het feit dat partijen ook gezamenlijk een verzoek kunnen indienen en dat de rechter uiteindelijk, als het in eerdere fasen niet is gelukt tot een collectieve schikking te komen, zelf een uitspraak doet die geldt als een vaststellingsovereenkomst en niet overgaat tot individuele schadevaststelling, maakt aansluiting bij de verzoekschriftprocedure passend."

Meermalen valt het in het ontwerp op dat de nieuwe collectieve schadeprocedure en de oorspronkelijke collectieve actie gezien worden als geheel verschillende procedures, terwijl men toch in beginsel zou denken dat er eenvoudig een extra consequentie aan de mogelijkheid van collectief procederen wordt verbonden: een veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding in geld. Zoals normaal is voor een vermogensrechtelijke procedure kan ook het dictum van het '305a vonnis' declaratoire, constitutieve en condemnatoire bestanddelen bevatten: onder de laatste categorie nu ook de schadevergoeding. Als de wetgever er voor zou kiezen om het bestaande schadevergoedingsverbod te schrappen, dan zou de praktijk (partijen of de rechter, ambtshalve) voor het schadevergoedingstraject waar nodig of gewenst kunnen kiezen voor een schadestaatprocedure. Van de schadestaatprocedure wordt wel gezegd dat deze vaak alsnog achterwege blijft omdat partijen die de schadeplichtigheid al in de grondverf zien staan, gezamenlijk de punten op de i blijken te kunnen zetten. Dat neemt niet weg dat de schadestaat altijd nog kan volgen: precies de stok achter de deur die de wetgever blijkbaar ook bij de collectieve actie wenselijk acht. Uit niets blijkt dat de wetgever het beproefde instrument van de schadestaat overwogen heeft, en dus blijkt ook niet waarom dit zonder meer is verworpen. Vanuit de doelstelling van het ontwerp, is het model van die procedure – zo menen wij – een reëel alternatief, al moeten er voor een collectieve schadevergoedingsprocedure waarschijnlijk bijzondere voorzieningen aan worden toegevoegd, bijvoorbeeld ter zake van 'damage scheduling' waarvoor partijen de bouwstenen dienen aan te leveren, en de aanmelding, verificatie en begroting van individuele vorderingen.

Met de collectieve actie is in het kader van de dagvaardingsprocedure sinds 1992 ervaring opgedaan, er is jurisprudentie op gevormd waardoor de rechtszekerheid van partijen wordt gediend. Ook los hiervan menen wij dat het procesrecht in de dagvaardingsprocedure meer rechtszekerheid aan procespartijen biedt dan de verzoekschriftprocedure te bieden heeft. We denken hierbij onder meer aan de oproeping van de wederpartij(en) door de partij per dagvaarding respectievelijk door de rechter per brief, de mogelijkheid dat derden betrokken moeten of willen worden in de procedure en de mogelijkheid van cumulatie van individuele en collectieve claims.² Procespartijen in een dagvaardingsprocedure hebben wat dit betreft diverse mogelijkheden - die de rechter kan afkappen wanneer een goede procesorde dat gebiedt.

Deze mogelijkheden worden partijen geheel of ten dele uit handen genomen in het kader van de verzoekschriftprocedure; wij hebben dan ook de indruk dat de werkelijke, zakelijke, reden voor de regering om te kiezen voor een verzoekschriftprocedure meer steekt in de veel strakkere regie die de rechter

² 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 met schadeverhaal een verzoekschriftprocedure met een geheel eigen dynamiek wordt.

daarin pleegt uit te oefenen. In het ontwerp wordt aan de rechter een belangrijke regierol toebedacht.

De grotere regierol voor de rechter in de verzoekschriftprocedure hangt samen met de oorsprong van die procedure. Dergelijke procedures waren bedoeld voor de situaties waarin niet één eiser en één gedaagde een geschil hebben over (vermogensrechtelijke) rechten en verplichtingen onderling, maar waarin een verzoeker de rechter volgens de wet zonder meer nodig heeft om een (bijvoorbeeld familierechtelijke) rechtswijziging te kunnen doorzetten, en waarin naast die verzoeker 'belanghebbenden' (een beperkt opgevat begrip) toegelaten konden worden. De rol van de rechter verschilt naar gelang hij een geschil van partijen beslecht dan wel de wettelijke taak heeft controle uit te oefenen bij een verzochte rechtswijziging. Deze laatste taak rechtvaardigt (nog) meer regie.

Tot verbindendverklaring in de zin van de WCAM kunnen partijen niet zelf overgaan - dit vergt (mede in het belang van derden) een rechterlijke beoordeling en beslissing. Dat past bij een verzoekschriftprocedure. De collectieve schadeveroordeling valt daarentegen onder geschilbeslechting.³ Niet toevallig merkt de MvT op (p. 17):

"Ik acht de term 'belanghebbende' ter aanduiding van degene tegen wie de rechtsvordering in de collectieve actie zich richt, onvoldoende onderscheidend (...)"

De overgang naar een verzoekschriftprocedure leidt overigens ook tot meer complicaties, bijvoorbeeld op het punt van de oproeping door de rechter van alle betrokken (mogelijke) schadeveroorzakers en op het punt van de scope rule; dit laatste aspect komt hieronder nog terug.

Naar onze mening is de overgang naar de verzoekschriftprocedure kortom allesbehalve overtuigend gemotiveerd, terwijl dat gelet op het (vooral praktische) belang van deze keuze wel gevegd mag worden. Wat zijn belangrijke bezwaren tegen de huidige praktijk op art. 3:305a BW, die van voldoende gewicht zijn om daarvan afscheid te nemen?

Waarom twee uiteenlopende procedures?

Het ontwerp lijkt een keuze te maken voor de collectieve schadevergoedingsactie als zelfstandige procedure zonder oog te hebben voor het gegeven dat in het algemeen de 305a rechtspersoon in de eerste plaats rechterlijke vaststelling zoekt dat de schadeveroorzaker inderdaad aansprakelijk is, en in de tweede plaats diverse daaruit voortvloeiende vorderingen, zoals tot staking en verbod, nakoming, vernietiging, onverschuldigde betaling en schadevergoeding, geldend zal willen maken. Het lijkt er op dat het ontwerp impliciet voor lief neemt dat steeds tweemaal geprocedeerd moet worden, wanneer niet alleen schadevergoeding maar ook een ander dictum - al was het maar een declaratoir dictum - gewenst wordt op grond van hetzelfde verweten gedrag.

³ MvT p. 32 merkt op dat de collectieve schadevergoedingsactie trekken van zowel een contentieuze als een volontaire procedure heeft, maar dit wordt verder niet toegelicht.

De relatief bevoegde rechter bij de gewone collectieve actie is ingevolge art. 1018b lid 2 Rv primair de rechter van de woonplaats van gedaagde (het ontwerp buigt hier voor deze verzoekschriftprocedure weer terug naar het uitgangspunt, de dagvaardingsprocedure). Relatief bevoegd voor de vordering tot schadevergoeding is ingevolge art. 1018b lid 3 Rv steeds een en dezelfde rechter – in het ontwerp is nog niet gekozen of dat Rechtbank Den Haag of Rechtbank Midden Nederland zal moeten worden.

Een regeling om beide procedures voor dezelfde rechter bijeen te brengen ontbreekt, en zou ook niet eenvoudig toe te passen zijn omdat in het ontwerp voor de rechtsgang gericht op schadevergoeding van aanvang af andere procesregels zijn opgesteld.

4. Het nut van de ‘scope rule’?

Voor de nieuwe, zelfstandige verzoekschriftprocedure voor collectieve schadevergoeding zal een zogeheten ‘scope rule’ gaan gelden (art. 3:305a lid 6 BW). Het ontwerp wil hiermee bereiken dat de nieuwe procedure niet gebruikt kan worden voor zaken die onvoldoende band hebben met Nederland.

Volgens de MvT dient de scope rule voor collectieve schadevergoedingsacties 'los te worden gezien' van de wettelijke regeling van relatieve bevoegdheid in artt. 99 e.v. Rv en van de internationale bevoegdheidsregels in onder meer de EEX-Vo en artt. 2 e.v. Rv.

In het licht van internationale bevoegdheidsregels kan men zich echter afvragen wat de scope rule is, als het geen bevoegdheidsregel is. Blijkens de MvT kan de (rechts)toegang van partijen beperkt worden, ook als vaststaat dat de Nederlandse rechter op grond van internationale bevoegdheidsregels bevoegd is om van een collectieve schadevergoedingsvordering kennis te nemen. Niettemin springt in het oog dat de scope rule niet geheel parallel loopt met internationale bevoegdheidsregels zoals de EEX-Vo, verdragen (de wetgever verwijst hier ook naar) en ook het commune internationaal privaatrecht; wat dit laatste betreft in ieder geval voor zover een valide forumkeuze van partijen niet met toegang tot de Nederlandse rechter wordt gehonoreerd.

Los hiervan lijkt een aantal van de problemen waarvoor de scope rule een oplossing zou moeten bieden (met name een te ruime toegang tot de Nederlandse rechter) eenvoudig voorkomen te kunnen worden wanneer niet voor een verzoekschriftprocedure wordt gekozen maar voor een dagvaardingsprocedure. Het (geclausuleerde) forum actoris van art. 3 Rv is dan immers niet van toepassing en overigens bieden de reguliere internationale bevoegdheidsregels ons inziens voldoende waarborgen tegen een excessief Nederlands forum.

5. Waarom een rechterlijke oproep van individuele benadeelden in de slotfase van de procedure?

Voor de zelfstandige verzoekschriftprocedure voor collectieve schadevergoedingsacties zal straks op de voet van art. 3:305a lid 5 sub c BW de al genoemde *numerosity*-eis gelden: de groep van te beschermen personen moet

van voldoende omvang zijn om het instellen van de schadevordering te rechtvaardigen.

Daarnaast is echter bepaald dat de rechter, in de fase waarin hij zelf een regeling dient vast te stellen, kan bevelen dat een oproep wordt gedaan aan benadeelde personen om zich ter griffie te melden. In dat geval geldt art. 1018g lid 6 Rv:

"Is het aantal deelnemers te gering om vaststelling van een regeling voor collectieve schadeafwikkeling (...) te rechtvaardigen, dan kan de rechter beslissen dat de vaststelling hiervan achterwege blijft."

Gelet op deze sanctie is de vraag of de hier bedoelde oproeping door de rechter niet reeds in een eerder stadium moet worden gedaan, als de partijen en de rechter nog niet zoveel tijd, geld, en moeite in de schadeafwikkeling hebben geïnvesteerd.

In het ontwerp komt de mogelijkheid van een oproeping door de rechter pas aan de orde in de situatie waarin de volgende 11 afwegingen of ontwikkelingen al aan de orde zijn geweest:

(i) De rechter heeft de aansprakelijkheid al aangenomen, (ii) ook andere feitelijke en juridische vragen die gemeenschappelijk zijn voor de groep benadeelden kunnen al zijn gesteld en beantwoord, (iii) partijen zijn nog eens naar de onderhandelingstafel gestuurd. Ook kan een hoger beroep over aansprakelijkheid en ontvankelijkheid al zijn afgehandeld (iv), en/of een prejudiciële vraag terzake aan de Hoge Raad zijn gesteld (v). Vervolgens is na een mislukte onderhandeling in principe voorzien dat gecompareerd wordt (vi), waarbij ook tot benoeming van deskundige of mediator kan zijn besloten (vii). Na de comparitie dient een termijn te volgen waarin partijen andermaal tot schikking moeten proberen te komen (viii). Is dit niet gelukt, dan kunnen partijen, al dan niet gezamenlijk, verzoeken hun voorstellen voor een oplossing aan de rechter te mogen voorleggen (ix). De rechter wijst dit af als partijen onvoldoende hebben getracht tot een overeenkomst te komen; partijen worden dan teruggestuurd. Doet de rechter dit niet, dan kan hij wel een verplichte (zie bij ons nr. 6 hieronder) mediation gelasten (x). Vervolgens moet de rechter de knoop doorhakken, al kan hij voorafgaand dan nog een deskundige raadplegen (xi).

Als deze stadia gepasseerd zijn, kan de rechter volgens het ontwerp tot het oordeel komen dat er op zijn oproep onvoldoende personen zijn verschenen die zich ter griffie hebben aangemeld. Als dit zich voordoet, dan volgt een uitspraak met die inhoud en met een proceskostenveroordeling die wel ten nadele van de eiser zal uitvallen. Tegen de beslissing staat geen hogere voorziening open (art. 1018g lid 11 Rv).

Uit het hiervoor aangehaalde art. 1018g lid 6 Rv kan men opmaken dat het bij het bevelen van een oproep aan benadeelde personen om zich ter griffie te melden gaat om het geaggregeerde belang bij het schadedictum: volgens de wetgever is dat belang kwestieus als er te weinig aanmeldingen komen. Wij menen dat het vereiste (geaggregeerde) belang bij een collectieve schadevergoedingsactie een aspect is dat zo vroeg mogelijk in een procedure aan de orde zou moeten komen. Het vereiste belang bij vordering of verzoek

dient - naar wij menen - zo vroeg mogelijk in een procedure getoetst te worden. Wij kunnen niet goed plaatsen dat dit, afgezien van de *numerosity*-eis, helemaal aan het einde van de rit nog aan de orde kan komen. Daarmee lijkt ook een (te) zware last te worden gelegd op de gedaagde partij, met name voor wat betreft diens (slechts forfaitair te vergoeden) proceskosten.

Intussen lijkt ons minstens zo belangrijk dat de regeling omtrent de oproeping door de rechter ondoordacht lijkt aangezien men zich moet afvragen of een benadeelde er verstandig aan doet zich te melden. Naar onze mening is dat niet zo.

Door aan te melden wordt de benadeelde materieel procespartij en:

"(...) gebonden aan de regeling zoals die is vastgesteld (...) Deze gedupeerde kan dus geen individuele procedure meer beginnen over dezelfde schade" (p. 49 MvT).⁴

Personen die niet zijn aangemeld kunnen echter ook een beroep doen op de uitspraak. Volgt nog een WCAM-procedure, dan heeft het schadedictum geen executoriale kracht. Voor allen geldt dan dat zij gebonden raken aan de verbindend verklaarde overeenkomst, maar nog kunnen kiezen voor een 'opt out'. Het lijkt ons dat de aangemelde benadeelden dit ook kunnen, maar dat doet de rechtskracht van het schadedictum niet herleven voor hen.

Aanmelding is dus - zo menen wij - vanuit het perspectief van de benadeelde persoon neutraal als het schadedictum bevredigend is voor de collectieve 'eiser', maar ongunstig mocht dat dictum als onbevredigend worden ervaren. Er is rationeel dan ook geen goede reden voor een benadeelde om zich te melden; wel om dat vooral niet te doen. Mag een rechter dan van benadeelden verlangen of verwachten dat zij zich op voorhand aanmelden? Niet als de consequenties alleen maar ongunstig kunnen zijn, menen wij. Zie op dit punt ook nr. 9.

Het vorenstaande afwegende zouden wij willen verdedigen dat de rechter alleen in een veel eerder stadium van de procedure naar aanmelding van benadeelden mag vragen, zoals in het kader van controle op de vermelde 'numerosity'-eis (art. 3:305a lid 5 sub c BW). Aanmelding zou voorts niet tot enigerlei juridische gebondenheid van de aangemelde personen moeten leiden. Aanmelding zou alleen moeten dienen om het geaggregeerde belang bij het gevraagde dictum te toetsen. Als het erom gaat het belang te toetsen, is het niet nodig dat er gebondenheid van aangemelde personen - met alle processuele complicaties van dien - ontstaat.

6. Waarom verplichte mediation?

"Aan verplichte mediation kleven in het algemeen ook nadelen, zoals het bezwaar dat partijen die niet uit vrije wil en gemotiveerd naar een mediator gaan, daar ook minder snel tot een oplossing komen. Ik maak voor de collectieve schadevergoedingsactie een uitzondering hierop."

⁴ Wat overigens dan ook zal moeten betekenen dat de collectieve procedure de aangemelde gedupeerde een titel moet kunnen opleveren - het wetsvoorstel geeft daarover echter geen duidelijkheid.

Aldus de MvT, p. 45. De uitzondering wordt gemotiveerd door te wijzen op de professionaliteit van partijen in de collectieve schadevergoedingsprocedure, waardoor zij zich ook voor resultaat in een verplichte mediation zullen inzetten. Daarnaast hecht de MvT belang aan het doorspreken van de door partijen aan de rechter overgelegde voorstellen voor een oplossing met een ander dan de rechter zelf.

Naar onze mening leidt juist de professionaliteit van partijen in de collectieve schadevergoedingsprocedure ertoe dat *mediation* niet snel geblokkeerd zal worden. Gebeurt dit toch, dan mag verwacht worden dat daar zwaarwegende rationale argumenten voor worden aangevoerd, zoals misschien een later aan het licht gekomen juridische knoop die met spoed moet worden doorgehakt. De wetgever gaat ervan uit dat de rechter het hoe dan ook beter weet dan de (toch altijd dichter op de zaak zittende) professionals, en dat hij zijn idee moet kunnen doordrukken, ook als hij deze professionals niet alsnog kan overtuigen.

7. Het regime voor hogere voorziening

Wij menen dat er een tekstuele onduidelijkheid bestaat omtrent de appellabiliteit van de diverse beslissingen. Art. 1019g lid 9 Rv gaat - net als de MvT (p. 49) - expliciet uit van de mogelijkheid van appel en cassatie van de eindbeschikking. Maar in de MvT bij lid 11 wordt - nog explicieter, en gemotiveerd - ontkend dat een hogere voorziening zou openstaan tegen onder meer de vaststelling van een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling.⁵ Lid 11 is over het ontbreken van hogere voorziening volkomen duidelijk. Het uitsluiten van hogere voorziening is volgens de MvT om twee redenen gerechtvaardigd:

"Allereerst leidt het openstellen van hoger beroep en/of cassatie tot een onwerkbare procedure. Het gerechtshof moet dan immers potentieel veel van het werk van de eerste rechter overdoen om alsnog tot vaststelling van een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling te komen. Daarnaast hebben partijen en de rechter in de fase voor een rechterlijke vaststelling van een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling afdoende mogelijkheden om een oordeel van het hof of de Hoge Raad te krijgen. Er zijn ruime mogelijkheden voor hoger beroep en cassatie tegen de (deel)beslissingen in het kader van de collectieve schadevergoedingsprocedure en de rechter heeft daarnaast, ook in de fase dat hij een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling moet vaststellen, de mogelijkheid om de Hoge Raad een prejudiciële vraag voor te leggen, mocht dit nodig zijn om tot een goede regeling voor een collectieve schadeafwikkeling te komen. De vaststelling van een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling levert na ruime inbreng door partijen een resultaat op dat zich naar zijn aard niet goed leent voor een beoordeling in hoger beroep en cassatie. In die zin heeft deze vaststelling enige verwantschap met de toekenning van een ontbindingsvergoeding door de kantonrechter. Mochten partijen de regeling vervolgens via de WCAM verbindend willen laten verklaren, dan vindt nog wel een toets plaats van de regeling voor een collectieve schadeafwikkeling door de WCAM-rechter. Omdat het een door de rechter vastgestelde regeling betreft, toetst de WCAM-rechter de redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoedingen in de regeling en de vraag of de belangen van de personen voor wie de regeling is vastgesteld, voldoende zijn gewaarborgd, slechts marginaal (artikel 907 lid 4 (nieuw) BW."

⁵ Daarnaast ontbreekt hogere voorziening tegen de beslissing inzake het achterwege blijven van een regeling omdat onvoldoende individuele benadeelden zich hebben gemeld, waarover nr. 5.

Dat een procedure in appel of cassatie onwerkbaar is omdat potentieel veel werk moet worden overgedaan, lijkt ons niet juist: veel werk is niet hetzelfde als onwerkbaar. Een civiel hoger beroep is verder niet per definitie het integraal overdoen van de eerste aanleg. De door de MvT genoemde voorafgaande mogelijkheden om hoger beroep of cassatie in te stellen zijn er alleen als partijen om beslissingen op deelgeschillen hebben gevraagd.⁶ Niet in alle gevallen zullen er (belangrijke) beslissingen op deelgeschillen zijn die voorafgaand in hogere instantie getoetst konden worden. Ook kan het zijn dat partijen een hogere voorziening tegen die beslissingen niet nodig vonden, maar tegen de eindbeschikking wel. Lid 11 sluit dit laatste appel uit. Er zullen straks dus gevallen zijn waarin de schadeveroordeling in het geheel niet voor toetsing in appel (laat staan in cassatie) in aanmerking komt.

Dat het resultaat waartoe de rechter in hogere aanleg komt naar zijn aard niet goed toetsbaar zou zijn, ontgaat ons. De verwijzing naar het appelverbod bij de ontbindingsvergoeding van art. 7:685 BW is opmerkelijk. Hoe kan men een voornemen van wetgeving verdedigen door de parallel te trekken met een bepaling die een appelverbod inhoudt dat in het burgerlijk procesrecht doorgaans slecht bekend staat en betrekking heeft op een procedure van geheel andere aard?⁷

Kortom, 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 zeer discutabel. Het gaat hier immers om een beslissing in een kennelijk onoverbrugbaar geschil, waarvan de waarde doorgaans vele (tientallen of honderden) miljoenen zal betreffen.

Ook hier geldt dat wanneer de procedure een dagvaardingsprocedure zou blijven, een appelverbod nog veel moeilijker te motiveren zou zijn. Het is dan een moeilijk uit te leggen inbreuk op het algemene appelrecht voor vorderingen boven 1750 euro.

8. Het verband met de WCAM-procedure

Een opvallende passage uit MvT (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, zeker met de marginale redelijkheidstoets in art 908 lid 4 (nieuw BW)" .

Het is de vraag of hier niet is voorbij gezien aan de mogelijkheid van het invoeren, in de WCAM-procedure, van gezag van gewijsde (art. 236 Rv, in beginsel ook van toepassing op beschikkingen) van de eerdere uitspraak tussen partijen. Gezag van gewijsde houdt in het respecteren van de eerdere vaststelling van de rechtsbetrekking, niet het marginaal toetsen daarvan.

⁶ Dat de rechter cf. art. 1018f lid 5 Rv een aanvangsmoment voor de 4-weeks-termijn voor appel tegen zijn deelbeslissing moet bepalen, zal niet gelezen moeten worden als een verlof voor appel.

⁷ Zie bijvoorbeeld F.J.H. Hovens, Praktisch procederen 2004, p. 87, 'Het rechtsmiddelenverbod en hoe komen we ervan af', met vele verwijzingen, rechtsvergelijking en geschiedenis ten aanzien van art. 7:685 BW.

Nu het ontwerp voorziet in een regel (art. 7:907 BW of 908 lid 4 Rv) volgens welke de WCAM-rechter nog wel - marginaal - toetst, is gezag van gewijsde blijkbaar niet aan de orde. Waarom dit fundamentele gevolg van een uitspraak hier zou moeten vervallen wordt echter niet uitgelegd.

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. Volgens het ontwerp zal de rechter in de schadeprocedure 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 uit gaat dat ook op een dergelijke schaderegeling (ook die op verzoek van beide partijen) nog een afzonderlijke WCAM-procedure zal (kunnen) volgen. Dit roept de vraag op waarom een WCAM-fase bij de behandelende rechter/schaderegelaar niet mogelijk is? Vanuit de toepasselijkheid van gezag van gewijsde is het nut van een opvolgende WCAM niet helder.

9. Rechtskracht van het schadedictum

Op de rechtskracht van de rechterlijke schaderegeling kan nog geen beroep worden gedaan wanneer niet duidelijk is of er nog een WCAM-procedure volgt. De gedachte hier achter zal vermoedelijk zijn dat of de rechterlijke regeling of de verbindend verklaarde overeenkomst moet worden geëffectueerd, maar niet beide.

Ervan uitgaande dat aangemelde deelnemers volgens het ontwerp gebonden zijn aan de uitspraak (zie hierboven nr. 5) lijkt het echter de vraag of zij niet op voorhand een *opt out* keuze voor de WCAM kunnen maken, en wél beroep moeten kunnen doen op de uitspraak.

Een alternatief zou zijn dat de wetgever verduidelijkt dat de aangemelde partij niet meer het recht toekomt om voor een *opt out* te kiezen. Dat onderstreept dan wel dat de aanmelding belangrijke risico's met zich brengt, waar vanuit het perspectief van de aanmelder niets tastbaar positiefs tegenover staat (zie hierboven nr. 5).

De rechtskracht van een schadedictum indien geen WCAM-procedure meer volgt, is in het ontwerp niet duidelijk geregeld. De indruk ontstaat dat de 305a-rechtspersoon het schadedictum moet kunnen betekenen en zo nodig executeren, maar hierover wordt in de MvT 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 stroischade ook niet zinvol zijn.

Maar anderzijds is al vermeld (hierboven nr. 5) dat een aangemelde gedupeerde (conform MvT, p. 49) geen individuele procedure meer kan beginnen over dezelfde schade.

Beoogd is vermoedelijk dat de 305a-rechtspersoon belast zal zijn 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.

Het heeft overigens weinig zin te speculeren over de bedoeling van de wetgever op dit punt; de wetgever zal dit alsnog kunnen verduidelijken.

III. Slotsom: het ontwerp verdient heroverweging

De wetgever van 1992 zag als probleem bij de schadevergoeding in een collectieve actie dat dit tot juridisch technische moeilijkheden zou leiden, omdat de vergoeding aan individuele benadeelden moet worden uitgekeerd die onderling verschillende posities ten opzichte van de schadeveroorzaker kunnen hebben. In 2014 is er meer ervaring opgedaan met afwikkelingsmethodieken als *damage scheduling*, en tegen die achtergrond lijkt er nu meer vertrouwen te bestaan in de mogelijkheid van collectieve schadevergoedingsprocedures.

Ervan uitgaande dat het technisch juridische probleem langs de weg van *damage scheduling* aanvaardbaar kan worden aangepakt, vragen wij ons af waarom een regeling (inclusief *damage scheduling*) die schadevergoeding in een collectieve actie mogelijk maakt een geheel zelfstandige verzoekschriftprocedure zou vergen die bovendien bol staat van de extra vereisten. Veel van die extra vereisten staan geheel los van het probleem dat aanleiding was voor het aanvankelijke verbod op schadevergoeding in geld in art. 3:305a BW. De nieuwe, aanvullende eisen komen voort uit het *a priori* dat iedere 305a-schadevergoeding een ingewikkelder en bewerkelijker zaak oplevert dan de andere vorderingen die art. 3:305a BW bestrijkt.

De MvT stelt (p. 17 onderste regel) dat in het algemeen deel van de toelichting is uitgelegd waarom de enkele schrapping van het schadevergoedingsverbod niet zou volstaan, maar een afzonderlijke verzoekschriftprocedure nodig is om collectief schadeverhaal verantwoord te regelen. Naar onze mening wordt ook uit het betoog in het algemeen deel van de MvT (p. 4 e.v.) niet duidelijk waarom de verzoekschriftprocedure de beste oplossing is. Hiervoor hebben wij gesteld (nr. 3) dat een schadestaatprocedure volgend op een collectieve dagvaardingsprocedure (voor alle collectieve vorderingen), vanuit wetssystematisch oogpunt eerder voor de hand ligt. De regeling daarvan kan bijzondere bepalingen bevatten voor collectieve schadevergoedingen. Te overwegen zou kunnen zijn dat de rechter de mogelijkheid krijgt de schadestaat bij complexe collectieve schade-acties te verwijzen naar een landelijk rechterlijk college, dat door de wetgever - zoals in het huidige ontwerp - met de behandeling daarvan wordt belast.

Het ontwerp, dat afzonderlijk af te handelen en onderling afwijkende verzoekschriftprocedures introduceert voor collectief procederen en voor collectief procederen terzake van schadevergoeding in geld (en op die procedures vervolgens toch weer vele bepalingen uit de dagvaardingsprocedure toepasselijk maakt), maakt het procesrecht onoverzichtelijk: niet alleen door deze arbitraire splitsing - die tot 'dubbel' procederen en dus onnodige (proces)kosten voor beide partijen leidt, zie Inleiding - maar ook door een verzoekschriftprocedure voor te schrijven waar de dagvaardingsprocedure past.

Los hiervan staat de vraag of de regeling in het ontwerp de eigen doelstelling zal kunnen halen. Het ontwerp wil dat de procedure tot schadeverhaal een stok achter deur is, die de schadeveroorzaker tot een grote schikkingsbereidheid brengt. Wie echter de procedureregels van de schade-actie doorneemt (zie bijvoorbeeld nr. 5 hierboven) kan niet aan de indruk ontkomen dat bij het ingaan van die procedure het einde ervan nog volledig in nevelen is gehuld als bevinden partijen zich in een mistig polderlandschap. Te betwijfelen valt of dit de door de wetgever gewenste schikkingsbereidheid zal bevorderen. Bovendien kunnen de gerechtvaardigde belangen niet alleen van eiser maar ook van gedaagde in het gedrang komen voor zover pas na een aantal fasen en jaren het vereiste belang bij de vordering wordt getoetst.

Wij bepleiten gezien het bovenstaande een heroverweging van het ontwerp.

DLA Piper Nederland N.V.
30 september 2014

CONTACTPERSONEN



Léon Korsten
Partner
T 020 541 98 73
M 06 551 96 362
leon.korsten@dlapiper.com



Wouter de Clerck
Senior Associate
T 020 541 92 33
M 06 835 91 049
wouter.declerck@dlapiper.com



Sophie Gilliam
Associate
T 020 541 93 81
M 06 520 05 929
sophie.gilliam@dlapiper.com



Ernst Gras
Professional Support Lawyer
T 020 541 93 65
M 06 525 05 906
ernst.gras@dlapiper.com

