

de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Afdeling Strategie

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 23 oktober 2014
contactpersoon
e-mail
telefoonnummer
ons kenmerk UI 1 8506 STRA/CF
uw kenmerk 538587
onderwerp Advies wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie

Geachte heer Opstelten,

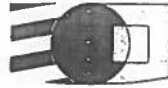
Bij brief van 8 juli 2014, kenmerk 538587, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") advies uit te brengen inzake de wijziging van het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (het "Wetsvoorstel" / het "Voorontwerp").

Het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie en heeft tot doel een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. Het Wetsvoorstel beoogt voor gedupeerden gemakkelijker te maken om schade collectief te verhalen, zonder dat daarmee de positie van de aangesproken partij in het gedrang komt. Daartoe schaft het Wetsvoorstel het bestaande verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld af en introduceert het een, met waarborgen omklede, stapsgewijze collectieve schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenorganisaties die opkomen namens een groep gedupeerden met gelijksoortige belangen. Deze procedure kan worden ingezet ingeval partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling of er niet in slagen een schikking te bereiken (de gewenste "stok achter de deur"). De collectieve schadevergoedingsprocedure in dit wetsvoorstel 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.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechterlijke zaken zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 2 van 24

Hoofdpijnen van het advies

- De Raad heeft waardering voor de poging om te komen tot een evenwichtige procedure voor de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie. De Raad constateert een toenemende maatschappelijke behoefte aan een dergelijke procedure. De gekozen uitwerking in het Wetsvoorstel acht de Raad echter minder gelukkig.
- De in artikel 3:305a lid 5 BW geformuleerde ontvankelijkheidseisen zijn te algemeen omschreven om als praktisch criterium te kunnen fungeren. Dit zal al in de inleidende fase van de procedure tot een groot aantal geschilpunten tussen partijen kunnen leiden en daarmee tot de nodige verwikkelingen, vertraging en rechtsonzekerheid bij partijen. Daarnaast is de rechter onvoldoende toegerust om de beoogde indringende toetsing daadwerkelijk uit te voeren.
- Het is te verwachten dat de voorgestelde procedure voor de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie langdurig en arbeids- en kostenintensief zal zijn. Het Wetsvoorstel lijkt er vanuit te gaan dat partijen in onderling overleg door middel van rechterlijke begeleiding, via een groot aantal tussenstappen, uiteindelijk tot een consensus zullen kunnen komen over de te vergoeden schade en de daaraan verbonden voorwaarden. Het Wetsvoorstel houdt onvoldoende rekening met de aanmerkelijke kans dat partijen het daarover fundamenteel oneens zullen blijven en biedt uiteindelijk onvoldoende mogelijkheden voor de rechter om in dat geval tot een vaststelling van de te vergoeden schade te komen.
- De voorgestelde marginale toets door het hof Amsterdam biedt onvoldoende gelegenheid om de door de rechter vastgestelde schaderegeling afdoende te beoordelen. Dit klemmt temeer nu van de vaststelling door de rechter geen beroep open staat en de marginale toets door het hof in de WCAM procedure de enige voorziening is die partijen ten dienste staat tegen een hen onwelgevallige vaststelling door de rechter. Verder is niet voorzien in de gevolgen van een afwijzend oordeel van het hof.
- Concentratie van de betrokken zaken bij één rechtbank (en daarmee bij één hof) is niet wenselijk. De beoogde concentratie voldoet niet aan de criteria van het Toetsingskader wettelijke concentratie, omdat voor het behandelen van de betrokken zaken geen bijzondere rechterlijke expertise is vereist en het naar verwachting om een zodanig gering aantal zaken zal gaan dat concentratie ook vanuit doelmatigheidsoverwegingen geen meerwaarde biedt. Voor een gezonde bedrijfsvoering is concentratie niet nodig. Ook wenselijkheid daarvan in verband met aansluiting bij ketenpartners wordt niet gezien. De beoogde concentratie leidt bovendien tot een aanzienlijke beperking van de rechtsontwikkeling en tot de behandeling van massaschadezaken die regionaal van aard zijn door een gerecht dat van de regionale achtergronden en belangen onvoldoende wetenschap heeft.
- Al met al is de Raad van mening dat de thans voorgestelde procedure niet effectief, niet efficiënt, en voor de rechter niet uitvoerbaar en beheersbaar is. De Raad geeft u in overweging om een breed samengestelde, uit (praktijk)deskundigen bestaande werkgroep op te richten die de opdracht krijgt na te denken over (een) alternatieve procedure(s). Voorts zou kunnen worden overwogen om niet alle vormen van collectief verhaalsrecht nagenoeg onbeperkt in één keer te proberen te omvatten, maar te kiezen voor een meer stapsgewijze aanpak. De Raad is graag bereid om mee te denken over (deze) alternatieven.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 3 van 24

Advies

De Raad heeft waardering voor de poging van de wetgever om te komen tot een procedure voor de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie, waarbij gestreefd is naar een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te verwezenlijken en het belang van de aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde en lichtvaardige massaclaims. Zoals in de Memorie van Toelichting (de "MvT") wordt opgemerkt is de behoefte aan een collectieve schadeafwikkeling in de laatste decennia ook in Nederland toegenomen. Consumenten en bedrijven nemen steeds meer gestandaardiseerde producten en diensten af, die onder algemener voorwaarden worden verkocht. Hierdoor ontstaan identieke problemen wanneer de verkoper tekortschiet. Hetzelfde geldt indien bepaalde goederen of diensten gebrekkig blijken te zijn en personen daardoor schade lijden (MvT, pag. 2). Naar de mening van de Raad voorziet een wettelijke regeling voor de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie dan ook in een maatschappelijke behoefte.

De gekozen uitwerking van genoemde procedure in het Wetsvoorstel acht de Raad echter minder gelukkig. De Raad heeft het Wetsvoorstel in de onderdelen 1 (Algemene opmerkingen) en 2 (Opmerkingen t.a.v. de afzonderlijke artikelen) beoordeeld op doelmatigheid (efficiëntie), doeltreffendheid (effectiviteit), uitvoerbaarheid en beheersbaarheid voor de rechter ("manageability") en spreekt op basis daarvan de verwachting uit dat de thans voorgestelde procedure voor de rechter zeer moeilijk uitvoerbaar zal zijn en niet tot een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van massaschade zal leiden.

Omdat de Raad zich er evenwel bewust van is dat de praktijk behoefte heeft aan een collectieve procedure voor de afwikkeling van massaschade, doet hij in deel 3 van het advies suggesties voor een alternatieve aanpak.

1. ALGEMENE OPMERKINGEN

Onderdelen 1 (Algemene opmerkingen) en 2 (Opmerkingen ten aanzien van de afzonderlijke artikelen) dienen in samenhang met elkaar te worden gelezen. Bij de navolgende beoordeling is tevens in aanmerking genomen de Aanbeveling van de Europese 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, PbEU L 201/60 (de "Aanbeveling van de Commissie").

1.1 Doelmatigheid (efficiency)

In zijn brief "Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade" van 23 oktober 2008 (Kamerstukken II, 2008-2009, nr. 1) bericht de Minister van Justitie dat onder meer uit (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de buitenlandse rechtssystemen waarin collectief schadeverhaal mogelijk is, blijkt dat juist dit element van een collectieve schadevergoedingsactie leidt tot lange, ingewikkelde en onvoorspelbare procedures.

Naar het zich laat aanzien zal het voorliggende Wetsvoorstel deze bezwaren niet kunnen ondervangen, nu, zoals uit de hierna te bespreken afzonderlijke artikelen volgt, de voorgestelde procedure van lange duur zal zijn, de procedure een reeks complicaties in zich draagt en de door de rechter op te leggen regeling voor



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 4 van 24

collectieve schadeafwikkeling moeilijk voorspelbaar zal zijn, waardoor de voorgestelde procedure niet efficiënt is.

1.2 Doeltreffendheid (effectiviteit)

Blijkens de in het Wetsvoorstel opgenomen processuele stappen worden partijen, zoals in de MvT (pag. 7) verwoord, "maximaal gestimuleerd" om tot een schikking te komen, door middel van onder meer verscheidene mondelinge behandelingen, tussentijdse deelbeslissingen, rechterlijke begeleiding, mediation, de plicht tot het doen van schikkingsvoorstellen en ingelaste periodes van verplicht overleg.

Te verwachten valt, nu de procedure ontworpen is voor partijen die niet zelf tot overeenstemming zijn gekomen, dat het voor de betrokken partijen – gelet op het vooruitzicht op een lange, ingewikkelde en onvoorspelbare procedure en de polariserende werking van de verschillende contentieuze stappen (in de MvT (pag. 11) genoemd "de stok achter de deur") – zo onaantrekkelijk zal zijn om daadwerkelijk verder te procederen, dat zij *om die reden* tot een schikking komen. Dat is niet goed, want als de rechtspersoon die de rechtsvordering instelt over voldoende financiële middelen beschikt ontstaat het risico van "*blackmail settlements*", waartegen in de MvT (pag. 12) juist wordt gewaarschuwd. De geruststelling in de MvT dat daarvoor niet te vrezen valt omdat het geding nooit kan uitmonden in een eindeloos gevecht over individuele schadevaststelling is volgens de Raad te optimistisch, omdat er daarbij van uitgegaan wordt dat partijen over de categorieën van gedupeerden min of meer overeenstemming zullen bereiken met de door hen over en weer verplicht in te brengen schikkingsvoorstellen, terwijl eerder aannemelijk is, zoals uit de Amerikaanse praktijk blijkt, dat zij daar in de regel juist geheel tegengestelde standpunten over zullen innemen, waardoor in vele gevallen een langdurig debat, mede aan de hand van ingebrachte deskundigenrapporten, toch onvermijdelijk zal zijn. Indien de rechtspersoon die de rechtsvordering instelt juist niet over een financieel lange adem beschikt - hetgeen niet zelden het geval zal zijn bij gebreke van middelen zoals *quota pars litis* afspraken, *third party financing of class action litigation*, enz. - biedt het Wetsvoorstel ten behoeve van de aangesproken partij een langdurig uitrookscenario. Idealiter beschikken partijen financieel over *equality of arms*, maar in de praktijk is dat zelden het geval. Daardoor worden, ingevolge een gedwongen schikking, nu eens de aangesproken partijen gedupeerd, die aldus meer betalen dan juist zou zijn, dan weer de personen wier belangen zijn geschaad, omdat zij aldus minder krijgen dan waar zij recht op hebben. De voorgestelde regeling zal dan ook in vele gevallen niet doeltreffend leiden tot een reële vergoeding van de geleden schade.

1.3 Uitvoerbaarheid

De voorgestelde procedure inzake schadeafwikkeling - die bestemd is voor partijen die moeilijk tot overeenstemming komen - zal, gezien de vele processuele stappen, vele jaren duren. Met deze procedure zullen dan ook aanzienlijke kosten gemoeid zijn. Aan de in de procedure voorziene opdracht van de rechter om schikkingsvoorstellen te doen zal meestal niet kunnen worden voldaan (zoals in het volgende onderdeel zal worden toegelicht). De rechter zal (zoals eveneens in het volgende onderdeel zal worden toegelicht) meestal niet in staat zijn om een regeling voor schadeafwikkeling vast te stellen. Deze gegevens maken de procedure onuitvoerbaar. Anders dan de MvT veronderstelt, zullen de aan de procedure verbonden kosten en andere nadelen er in de regel niet toe leiden dat partijen een schikking aangaan, maar eerder dat als partijen niet tot



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 5 van 24

overeenstemming komen over een schaderegeling, zij het erbij zullen moeten laten, zodat er uiteindelijk niets van komt.

1.4 Beheersbaarheid (*manageability*)

In de MvT (pag. 3) wordt toegelicht dat er bij de invoering van artikel 3:305a BW uitdrukkelijk voor is gekozen een collectieve vordering tot schadevergoeding in geld niet mogelijk te maken. De reden hiervoor was dat de vragen of en, zo ja, in hoeverre een persoon schade heeft geleden, of en, zo ja, in hoeverre die schade toerekenbaar is en of al dan niet sprake is van eigen schuld slechts individueel, en dus niet in het kader van een collectieve actie beantwoord kunnen worden.

Voor het geval partijen in de loop van de voorgestelde procedure inzake schadeafwikkeling niet tot overeenstemming komen (hetgeen geregeld kan voorkomen) verwijst de MvT (pag. 46) uitsluitend naar de algemene regel van artikel 6:97 BW dat de rechter de schade kan begroten. De regeling zelf bevat uitsluitend de aanwijzing dat de door de rechter vast te stellen regeling "redelijk" moet zijn (en dat de rechter een deskundige kan raadplegen). Verdere handvatten voor de vaststelling van de omvang van de aan de gedupeerden toe te kennen schadevergoeding worden niet geboden. Aldus biedt het Wetsvoorstel geen oplossing voor het al bij de invoering van artikel 3:305a BW geconstateerde centrale probleem dat in het geval partijen het fundamenteel oneens blijven over de hoogte van de te vergoeden schade, de rechter onvoldoende wettelijk instrumentarium heeft om in één procedure de hoogte van de aan elk van de individuele gelaedeerden toekomende schadevergoeding vast te stellen. Weliswaar kunnen de gelaedeerden in klassen worden ingedeeld, maar ook over de wijze waarop de rechter dat zou moeten doen indien partijen daarover geen overeenstemming hebben, biedt het Wetsvoorstel geen uitsluitsel. De procedure draagt daardoor het reële risico in zich dat het onttaardt in een eindeloos en voor de rechter onbeheersbaar gevecht over een reeks van feitelijke vragen en rechtsvragen en over de daarmee verweven geschilpunten aangaande de structuur van de klassen en de indeling van gedupeerden in de ene of de andere categorie, mede aan de hand van deskundigenrapporten en -tegenrapporten en stellingnames van verschenen belanghebbenden die voor een hogere schadevergoeding of indeling in een andere klasse pleiten.

De voorgaande kanttekeningen zullen hierna, aan de hand van de in de inleiding genoemde criteria, in de opmerkingen ten aanzien van de afzonderlijke artikelen nader worden toegelicht.

2. OPMERKINGEN TEN AANZIEN VAN DE AFZONDERLIJKE ARTIKELEN

2.1 Artikel 1 A

Artikel 3:305a BW (Voorontwerp)

De keuze voor de verzoekschriftprocedure - Artikel 3:305a, lid 1:

Het voorstel om de vordering in te stellen bij verzoekschrift schept, naar moet worden aangenomen, de verplichting om de, ook niet in het verzoekschrift vermelde, belanghebbende partijen op te roepen en ook onbekende belanghebbende derden van het verzoek en de procedure in kennis te stellen. Dat zulks zou



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 6 van 24

geschieden in een eventuele latere WCAM procedure, indien de verbindendverklaring van de door de rechter vastgestelde regeling wordt verzocht (1013 lid 5 Rv), is onvoldoende, omdat het Wetsvoorstel erin voorziet dat in die WCAM procedure de redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoeding in de door de rechter vastgestelde regeling slechts marginaal wordt getoetst. Een behoorlijke rechtspleging vergt dan ook dat derde belanghebbenden al in de "schikkingsprocedure" worden opgeroepen, opdat hun inbreng niet slechts marginaal, maar ten volle kan worden betrokken, bij gebreke waarvan strijd met artikel 6 EVRM zich aandient en ook erkenning in het buitenland wordt belemmerd. De bekende in het buitenland woonachtigen dienen dan bij brief dan wel bij exploit te worden opgeroepen overeenkomstig de geldende verdragsbepalingen. Daarbij kan het gaan om honderdduizenden brieven c.q. exploten (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (Shell): in totaal 111.588 oproepingen). Hierbij moet dan nog worden bedacht dat, in de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling, de oproepingen dienen te geschieden voor elke mondelinge behandeling na elke eindbeschikking genoemd in artikel 1018e leden 4 en 5 van het Wetsvoorstel, en dan bovendien ook nog in eventueel hoger beroep en cassatie tegen de (in de stappen van de procedure opkomende) eindbeschikkingen. Daar zijn dan aanzienlijke kosten mee gemoeid. De rechter kan de verzoeker (de belangenorganisatie) opdragen om voor de oproepingen zorg te dragen (zoals in de WCAM procedures de regel is geworden), maar alleen al de kosten daarvan kunnen dan voor de verzoeker prohibitief zijn, terwijl er geen rechtvaardiging lijkt te zijn om de aangesproken partij daarmee te belasten (hetgeen bovendien, vanwege de kosten, het risico van "blackmail settlements" aanzienlijk zou vergroten). Bij dit alles kunnen daarenboven verwikkelingen ontstaan in verband met het recht van alle binnenlandse en buitenlandse belanghebbenden op inzage in en afschriften van de stukken.

Door het van overeenkomstige toepassing verklaren van de derde titel van het Eerste Boek en de negende afdeling van de tweede titel van het Eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) (artikel 1018b leden 4 en 5 van het Wetsvoorstel en een aantal daarop toegespitste bepalingen in het Wetsvoorstel onderscheidt deze verzoekschriftprocedure zich maar weinig van de gewone dagvaardingsprocedure. De redenen om te kiezen voor een verzoekschriftprocedure - één regime, gemakkelijker om tot schikking te bewegen, de mogelijkheid om een gezamenlijk verzoek te doen en de uitspraak die geldt als een vaststellingsovereenkomst - wegen dan ook niet op tegen de voornoemde nadelen, nu aan die redenen evenzeer tegemoet wordt gekomen in een dagvaardingsprocedure.

Daarnaast wordt met een verzoekschriftprocedure de pas afgesneden van een reconventionele vordering die met een dagvaarding dient te worden ingeleid en dus niet in een verzoekschriftprocedure als zelfstandig tegenverzoek kan worden gedaan.

Deze bezwaren zouden kunnen worden ondervangen indien de collectieve actie een dagvaardingsprocedure is (zoals de collectieve actie thans is) en het gerechtshof Amsterdam in de eventuele daaropvolgende WCAM procedure - waarvoor de belanghebbenden dan worden opgeroepen - ook de redelijkheid van de hoogte van de door de rechter toegekende vergoeding ten volle toetst (evenals thans het geval is met betrekking tot een tussen partijen overeengekomen regeling).

Ontvankelijkheid - Artikel 3:305a, lid 5a:

Lid 5 aanhef en onder a luidt: "Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld, indien:



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 7 van 24

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;"

Blijkens de MvT (pag. 13) is met deze bepaling beoogd te waarborgen dat een belangenorganisatie voldoende is toegerust om een collectieve schadevergoedingsactie te beginnen en te voeren. Lid 5 onder a introduceert daartoe een aantal ruim geformuleerde vereisten waaraan de rechtspersoon moet voldoen en belast de rechter met de toetsing daarvan, te weten "voldoende deskundigheid", en "op zorgvuldige wijze te behartigen".

Blijkens de MvT (pag. 20) gaat het bij dat eerste vereiste om de vraag of de rechtspersoon beschikt over of toegang heeft tot personen die deskundig zijn op het specifieke gebied waarop de vordering betrekking heeft. Bij het tweede vereiste gaat het over de betrouwbaarheid van het bestuur van, en het toezicht op de rechtspersoon, de interne verantwoording en transparantie, de wijze van financiering en de eigen commerciële belangen van de rechtspersoon. De Toelichting merkt op dat een vastomlijnde invulling van de mee te wegen omstandigheden niet is te geven.

De MvT (pag. 8 en 13) spreekt over een "indringende" toetsing van de geschiktheid van de organisatie, de aanwezige expertise, de financiering en de wijze waarop zij in rechte wordt bijgestaan. De rechter is in Nederland evenwel primair een geschillenbeslechter en niet een toezichthouder. De deskundigheid, de middelen en de bevoegdheden van de rechter zijn daar ook op afgestemd. De rechter is niet toegerust om zelfstandig onderzoek te doen naar de vraag of de rechtspersoon over voldoende deskundigheid beschikt op een specifiek terrein, zoals op het gebied van beleggingen, aardbevingsschade of kwalijke bijwerkingen van een medicijn, noch naar de vraag of het bestuur voldoende betrouwbaar is, het toezicht op de rechtspersoon adequaat is, de interne verantwoording en transparantie voldoen of de wijze van financiering en de eigen commerciële belangen van de rechtspersoon aanvaardbaar zijn. Hij is daarbij steeds afhankelijk van de hem door partijen verstrekte informatie ook al kan hij zich laten adviseren door een in te schakelen deskundige. Daarbij komt dat volgens het voorgestelde artikel 1018e lid 3 het verweer dat de rechtspersoon niet ontvankelijk is - artikel 1018e lid 3 (Voorontwerp) doet veronderstellen dat de vereisten van artikel 305a lid 5 (Voorontwerp) niet zien op eisen aan het verzoek, maar op vereisten voor ontvankelijkheid van de rechtspersoon - gevoerd moet worden vóór alle wren ten gronde, zodat, als de aangesproken partij dat verweer niet of te laat voert, het onderzoek naar deze vereisten niet zal plaatsvinden (tenzij het voorgestelde artikel 1018e lid 4 aldus moet worden verstaan dat de rechter de rechtspersoon desondanks "zo nodig ambtshalve", vanwege het niet voldoen aan deze eisen, niet ontvankelijk kan verklaren, hetgeen dan wel onduidelijkheden oproept ten aanzien van de vraag of de rechter ambtshalve onderzoek moet doen (en dan de vraag in welke mate) dan wel of de rechter zich moet verlaten op hetgeen in de procedure is gebleken.

Een complicerende omstandigheid is daarbij dat al deze factoren in de loop van de procedure - die jaren kan duren - ingrijpend kunnen veranderen. Immers, bestuurders en toezichthouders worden vervangen, de financiële positie kan verslechteren en de interne organisatie en administratie kan (ernstige) gebreken gaan vertonen. Dit alles maakt dat de voorgestelde rechterlijke toets veelal niet de beoogde betrouwbare belangenbehartiging zal kunnen waarborgen.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 8 van 24

Daarnaast zijn de voorgestelde toetsingsnormen dermate vaag, dat voor belangenbehartigers vooraf moeilijk valt te beoordelen of zij aan de aan te leggen normen zullen voldoen. Daarbij komt dat gelet op de grote verscheidenheid aan verschijningsvormen van massaschade ook niet snel een eenduidige jurisprudentie op dit vlak zal ontstaan. Aldus wordt een aanzienlijke rechtsonzekerheid in het leven geroepen over de vraag of de desbetreffende belangenbehartiger ontvankelijk zal zijn. Hierbij dient bedacht te worden dat verschillende belangenorganisaties zich als medeverzoekers zullen kunnen opwerpen (zoals in de Dexia kwestie de organisaties Stichting Leaseverlies, Stichting Eegalease, de Consumentenbond en de Vereniging van Effectenbezitters) en ten aanzien van elk van hen dan het toezichthoudende onderzoek door de rechter zal moeten worden doorlopen, hetgeen een voortvarende afwikkeling niet ten goede zal komen.

In het licht van al het voorgaande is, teneinde de procedure uitvoerbaar en beheersbaar te maken, bijvoorbeeld te overwegen om een jaarlijkse certificering van belangenbehartigers door een met toezichtsbevoegdheden uit te rusten orgaan in het leven te roepen, waarbij op basis van vooraf omschreven criteria (vergelijk de claimcode) jaarlijks wordt getoetst of de rechtspersoon nog voldoet aan de te stellen eisen en om als voorwaarde in lid 5a op te nemen dat een rechtspersoon die een verzoek tot collectieve schadevergoeding in geld instelt gedurende de loop van de procedure dient te beschikken over een geldig certificaat. Een en ander in overeenstemming met de Aanbeveling van de Commissie dat de vorderingen tot collectief schadeverhaal uitsluitend kunnen worden ingesteld door instanties die van tevoren officieel zijn aangewezen, zoals aanbevolen in punt 4 van de Aanbeveling van de Commissie, of door instanties die op ad-hoc-basis door de nationale autoriteiten of rechterlijke instanties van een lidstaat voor een welbepaalde representatieve vordering zijn gecertificeerd.

Ontvankelijkheid - Artikel 3:305a, lid 5b:

Lid 5b luidt: "*b. de rechtsvragen en feitelijke vragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor deze personen;*".

De MvT (pag. 21) meldt hierover: "*In ieder geval is vereist dat, uitgaande van de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de procedure betrekking heeft, de vraag of er een grond voor aansprakelijkheid aanwezig is, identiek kan worden beantwoord voor alle door deze gebeurtenis(sen) geschade personen voor wie met de procedure wordt opgekomen.*"

Het vereiste van een "*identieke*" beantwoording is wellicht te streng, nu denkbaar is dat ingevolge één gebeurtenis of samenhangende gebeurtenissen aansprakelijkheid ontstaat jegens verschillende groepen van personen op verschillende gronden, terwijl een schikking voor alle gevallen in één regeling wenselijk is. Te denken valt bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van Dexia op grond van onvoldoende onderzoek naar de financiële positie van een cliënt voor wie de transactie een onaantvaardbaar zware financiële last heeft meegebracht naast haar aansprakelijkheid op grond van schending van haar waarschuwplicht jegens een andere cliënt die onvoldoende is gewaarschuwd, hetgeen verschillende gronden zijn die voor aansprakelijkheid verschillende (rechts)vragen oproepen, maar wel in één regeling kunnen worden opgenomen.

Ontvankelijkheid - Artikel 3:305a, lid 5c (Voorontwerp):

Lid 5c luidt: "*c. de groep van deze personen van voldoende omvang is om het instellen van de rechtsovereenkomst te rechtvaardigen;*".



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 9 van 24

10:24:2014
10:41

Ook hier geldt dat net als bij lid 5a sprake is van een zeer open norm. De MvT (pag. 21) zegt daarover: "(...) *Hoeveel personen de groep moet bevatten om te oordelen dat sprake is van voldoende omvang is niet op voorhand in exacte getallen aan te geven. Of de groep van voldoende omvang is, hangt mede af van het totale aantal door de gebeurtenis geschade personen. Ook de aard en ernst van de gebeurtenis waarop de actie betrekking heeft, kunnen een rol spelen bij de beantwoording van deze vraag.*"

Daarmee wordt geen concrete invulling gegeven aan de wijze waarop aan deze norm getoetst zou moeten worden, terwijl zulks kennelijk ook nog mede afhankelijk is van de aard en ernst van de gebeurtenis waarop de schade betrekking heeft. Het hiervoor bij lid 5a beschreven gevaar van rechtsonzekerheid doet zich ook hier gelden.

Ontvankelijkheid - Artikel 3:305a, lid 5d:

Lid 5d luidt: "*d. er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn waarmee bereikt kan worden dat deze personen hun schade vergoed krijgen;*".

Anders dan de in de MvT (pag. 22) genoemde Amerikaanse Rule 23 (b) (3) ("*...a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.*"), die slechts eist dat de class action *superior* is, eist deze bepaling dat "er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn". De collectieve actie tot schadeafwikkeling is, zoals de MvT zegt, *ultimum remedium*. Als er dus een doenlijk alternatief bestaat, al is die minder effectief en efficiënt, dan strandt de Nederlandse procedure inzake collectieve schadeafwikkeling. Daarmee wordt een veel lastiger criterium ingelast dan de Amerikaanse Rule 23 (b) (3), want de vraag is dan niet of de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling de beste mogelijkheid is, maar hoeveel minder effectief en efficiënt het alternatief is om nog als reëel alternatief te gelden, hetgeen zich gemakkelijk leent voor eindeloos debat en waarbij de scheidslijn niet goed valt te trekken. Dat dit een moeilijk te hanteren criterium is blijkt ook uit de MvT, waarin op pag. 22 wordt toegelicht enerzijds, dat als de groep benadeelden minder omvangrijk is, de belangenorganisatie eenvoudig krachtens volmacht of lastgeving schadevergoeding kan vorderen en een procedure inzake collectieve schadeafwikkeling niet in de rede ligt, doch aansluitend dat als de groep goed identificeerbaar en eenvoudig benaderbaar is voor het verkrijgen van een volmacht, zoals bij een busongeval, een procedure inzake collectieve schadeafwikkeling een efficiënte en effectieve manier is om tot een schadeafwikkeling te komen. Dit is niet goed te begrijpen. De MvT roept op dit punt verder onduidelijkheid op door de schade als gevolg van het gebruik van het DES-hormoon te melden als een voorbeeld van schade die "*Minder eenvoudig en daarom mogelijk minder efficiënt en effectief*" in een collectieve procedure kan worden afgewikkeld en tevens als een geval "*waarbij een collectieve oplossing het meest efficiënt en effectief is gebleken*" (pag. 23). Het criterium van lid 5d komt dan ook niet goed bruikbaar voor.

Terzijde, het enkelvoud "*mogelijkheid*" is in deze bepaling logischer.

Ontvankelijkheid - Artikel 3:305a, lid 5e:

Lid 5e luidt: "*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.*"



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 10 van 24

Deze bepaling zal, naar moet worden gevreesd, tot onnodig debat over de ontvankelijkheid kunnen leiden. Als onder "*daadwerkelijk heeft getracht*" moet worden verstaan dat *redelijke* pogingen zijn gedaan, dan is, voor wie de procespraktijk kent, goed denkbaar dat de aangesproken partij zal betogen dat daarvan geen sprake is geweest omdat, bijvoorbeeld, de belangenorganisatie geheel onredelijke eisen op tafel heeft gelegd. Aldus ontstaat een debat over wie wat wanneer heeft voorgesteld.

Beter zou het zijn om ofwel, zoals in de MvT (pag. 23) genoemd, te verlangen dat eerst op de voet van artikel 1018a Rv een preprocesuele comparitie wordt gehouden - hetgeen overigens ook niet is aan te bevelen want dan worden partijen verplicht tot nog meer procedurele stappen met alle kosten en verwickelingen van dien - ofwel deze aanvullende eis te doen vervallen en een vaste termijn te stellen.

Ontvankelijkheid vordering tot schadevergoeding in geld - Artikel 3:305a, lid 6:

Deze bepaling ziet niet op de bevoegdheid van de rechter, maar op de eis voor ontvankelijkheid van de vordering tot schadevergoeding in geld. Onderdeel b. bepaalt als één van de alternatieve voorwaarden dat het merendeel van de gedupeerden zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Stel nu dat zich in het buitenland een ramp voordoet met een veerboot van een buitenlandse maatschappij met overwegend in Nederland wonende passagiers aan boord - waardoor de voorwaarden van lid 6 onder a. en c. (Voorontwerp) niet van toepassing zijn -, dan zou (ervan uitgaande dat in dit geval geen toepasselijk verdrag anders meebrengt), ten aanzien van een collectieve actie tot schadevergoeding in geld van een in Nederland gevestigde belangenorganisatie die voor hen opkomt, gericht tegen de buitenlandse maatschappij, de Nederlandse rechter bevoegd zijn op grond van artikel 3 onder a Rv (de verzoeker is in Nederland gevestigd) en is het verzoek ontvankelijk vanwege de in Nederland wonende passagiers/nabestaanden (lid 6 onder b. (Voorontwerp)). Maar als er aan boord 48 Nederlanders zaten die in Nederland wonen en 52 personen die in het buitenland wonen (dus in de regel buitenlanders), dan is - ook al is de Nederlandse rechter bevoegd - het verzoek niet ontvankelijk. Anders, meer praktisch gezegd, in dit geval kan de belangenorganisatie wel opkomen voor de passagiers als de meesten Nederlanders waren, maar niet als het merendeel buitenlander was. Het is de vraag of dit een toelaatbare vorm van onderscheid is, nu het hier niet gaat om verdeling van internationale jurisdictie, maar om *ontvankelijkheid* gekoppeld aan woonplaats en dus in praktische zin aan nationaliteit. Als dit toelaatbaar is, dan rijst de vraag of het wenselijk is dat de buitenlanders (of althans vijf van hen) dan van de *class* waarvoor wordt opgekomen door de belangenorganisatie zullen moeten worden uitgesloten om een Nederlandse meerderheid, en aldus ontvankelijkheid te creëren.

2.2 Artikel I B

2.2.1 Artikel 3:305b BW (Voorontwerp)

Het voorgaande geldt hier overeenkomstig.

2.2.2 Artikel 3:305c BW (Voorontwerp)

Hoewel artikel 7 van de Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 toelaat om ruimere mogelijkheden te bieden dan ingevolge die richtlijn op nationaal niveau moeten worden ingevoerd (kort gezegd een collectieve *verbodsactie*) rijst de vraag of de uitbreiding (door het met deze bepaling



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 11 van 24

toepasselijke artikel 3:305a lid 5 BW met een actie tot collectieve *schadeafwikkeling* (ten behoeve van buiten Nederland woonachtige gedupeerden) wenselijk is gezien het beslag dat zo een procedure legt op de Nederlandse rechtspraak en de daarmee gemoeide kosten.

2.3 Artikel II

Marginale toetsing door het gerechtshof Amsterdam - Artikel 7:907, lid 4 BW (Voorontwerp)

Het met dit artikel in te voeren nieuwe lid 4 in artikel 7:907 BW strekt ertoe dat het gerechtshof Amsterdam in de WCAM procedure de redelijkheid van de hoogte van de toegekende vergoeding in de door de rechter vastgestelde regeling en of de belangen van de gedupeerden voldoende zijn gewaarborgd slechts marginaal toetst. Deze marginale toets brengt een aantal bezwaren mee:

- (i) Tenzij ook in de voorafgaande "schikkingsprocedure" telkens voor iedere mondelinge behandeling alle belanghebbenden zijn opgeroepen bestaat het risico dat aldus een verbindendverklaring van een slechts marginaal getoetste door de rechter vastgestelde regeling in strijd komt met artikel 6 EVRM en wordt erkenning in het buitenland belemmerd (zoals hiervoor in paragraaf 2.1 bij artikel 3:305a lid 1 BW toegelicht).
- (ii) De slechts marginale toets heeft ook tot gevolg dat, wat betreft een door de rechter vastgestelde regeling, slechts marginaal rekening kan worden gehouden met de bezwaren van opgeroepen en verschenen derde belanghebbenden in de WCAM procedure tegen de hoogte van de toegekende vergoeding of tegen de wijze waarop met hun belangen rekening is gehouden. Aangezien deze aspecten in het algemeen de meest belangrijke onderwerpen van de regeling zijn, wordt daardoor het oproepen van de potentieel honderdduizenden belanghebbenden in de WCAM procedure een nog slechts marginaal nuttige exercitie.
- (iii) De slechts marginale toets heeft ook tot gevolg dat, wat betreft een door de rechter vastgestelde regeling, lid 4 (lid 5 (Voorontwerp)) van artikel 7:907 BW ("*De rechter kan alvorens te beslissen partijen de gelegenheid geven de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen.*") in de meeste gevallen van geen betekenis zal zijn. Zoals volgt uit Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:-2006:AX6440 (DES) rechtsoverweging 5.7, kan die gelegenheid in beginsel eerst aan de orde komen indien het verzoek tot verbindendverklaring op één van de in lid 3 genoemde gronden zou moeten worden afgewezen, en de belangrijkste toetsen van lid 3 (de hoogte van de vergoeding en de waarborg van de belangen van de gedupeerden) dan nog slechts marginaal aan de orde kunnen komen. Dit heeft aldus tot gevolg dat ook om die reden voortschrijdend inzicht van partijen en door partijen onderkende bezwaren van derde belanghebbenden (over de hoogte van de vergoeding of over de wijze waarop met hun belangen (onvoldoende) rekening is gehouden) slechts marginaal een rol kunnen spelen.
- (iv) De slechts marginale toets heeft ook tot gevolg dat, wat betreft een door de rechter vastgestelde regeling, opgekomen omstandigheden van ná het vaststellen van de rechterlijke regeling (zoals pas later ingetreden of geopenbaarde schade(componenten) of pas later ontdekte (mede) oorzaken van de gebeurtenis of het meer precieze aantal van de gedupeerden) niet, althans niet ten volle in aanmerking kunnen komen. Dit klemmt te meer nu tegen de door de rechter vastgestelde regeling geen hoger beroep openstaat (artikel 1018g lid 11 (Voorontwerp), zie ook hierna in paragraaf 2.4.5).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 12 van 24

(v) Het begrip "marginale toets" is in deze bepaling niet duidelijk. De MvT (pag. 46) gaat ervan uit dat de rechter in de "schikkingsprocedure" in veel gevallen de schade zal moeten begroten aan de hand van een schatting. In zoverre bestaat een bandbreedte en is het begrip marginale toets te begrijpen (dat is dan een beoordeling of redelijkerwijs valt te verdedigen dat de begrote schade binnen de bandbreedte valt). Maar het hof dient volgens deze bepaling niet de *begroting van de schade* marginaal te toetsen, maar de *hoogte van de toegekende vergoeding*. De schade is slechts één van de elementen die voor de toegekende vergoeding van belang is. De toegekende vergoeding (al naar gelang de verschillende klassen) is ook afhankelijk van aspecten als causaal verband, toerekenbaarheid, eigen schuld, verrekening van voordeel, enz.. Wat die aspecten betreft is een "marginale toets" niet goed toe te passen. Als het hof, ambtshalve of naar aanleiding van de argumenten van verschenen belanghebbenden, tot het oordeel komt dat, bijvoorbeeld, er geen causaal verband is (ten aanzien van één of meer van de klassen) of dat de vernietiging van rechtshandelingen door echtgenoten van gedupeerden wél rechtsgeldig is of dat géén eigen schuld in aanmerking komt, wat betekent dan nog een marginale toets? Datzelfde geldt ook voor de vraag of de rechter in de "schikkingsprocedure" een juiste rechtsopvatting heeft gehad over het begrip schade, over de aard van de schade in de zin van artikel 6:97 BW en over de wijze van begroting (bijvoorbeeld abstract of concreet). Het moge zo zijn dat tegen de beslissingen van de schikkingsrechter geen hogere voorziening openstaat, maar dat laat onverlet dat het hof toch zal moeten beoordelen of de hoogte van de toegekende vergoeding niet onredelijk is alvorens tot een algemeen verbindendverklaring te kunnen komen. En als bijvoorbeeld in de WCAM procedure komt vast te staan dat (anders dan de schikkingsrechter heeft geoordeeld) de gedupeerden géén eigen schuld valt te verwijten, dan is de hoogte van de toegekende vergoeding toch evident onredelijk?

Anders gezegd, de voorgestelde regeling roept de vraag op of het hof moet oordelen volgens de regelen des rechts of als goede mannen naar billijkheid. Het verdient aanbeveling dit te expliciteren.

En ten slotte, wat dient er te gebeuren indien het hof tot het oordeel komt dat de hoogte van de toegekende vergoeding de marginale toets niet kan doorstaan? Kan het hof dan zelf in de zaak voorzien? Artikel 7:907 BW biedt daartoe niet zonder meer de mogelijkheid. Dan zouden partijen met een aanpassing moeten instemmen (en de belanghebbenden wellicht weer moeten worden opgeroepen), terwijl niet te verwachten valt dat partijen makkelijk overeenstemming zullen bereiken, nu het hele gebeuren juist was doorlopen omdat partijen niet makkelijk tot een akkoord komen. Kortom, dan was alles voor niets.

(vi) De woorden "*heeft betrekking op*" scheppen onzekerheid over de vraag of de slechts marginale toets ook geldt indien - hetgeen zeer wel denkbaar is - partijen een door de rechter vastgestelde regeling aan het hof voorleggen waarin zij evenwel de hoogte van de vergoeding (of een ander punt) in onderlinge overeenstemming hebben aangepast.

2.4 Artikel III

2.4.1 Artikel 1018b Rv (Voorontwerp)

Concentratie - Artikel 1018b, lid 3:

Het voorgestelde lid 3 van het nieuwe artikel 1018b Rv (Voorontwerp) maakt de rechtbank Midden-Nederland of Den Haag bij uitsluiting bevoegd (de keuze dient nog te worden gemaakt). Daarvoor noemt de MvT (pag. 28 en 29) een aantal redenen, zoals (het opbouwen van) bijzondere expertise, het naar verwachting beperkte aantal



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 13 van 24

1022422014
1022422014

zaken, het voorkomen van samenloop van procedures of van een *rush to the court*, de centrale ligging van de genoemde rechtbanken en de (exclusieve) bevoegdheid van het gerechtshof Amsterdam in de WCAZAM zaken.

Uitgangspunt van het Toetsingskader wettelijke concentratie van de Raad voor de rechtspraak van 21 september 2011 (het "Toetsingskader") is dat concentratie van zaken alleen plaatsvindt in bijzondere gevallen omdat met de door de herziening van de gerechtelijke kaart ontstane (nieuwe) schaalgrootte van de gerechten de mogelijkheid om tot een deskundige behandeling te komen aanzienlijk is vergroot. Voorop staat het belang van partijen dat zij in de buurt van waar zij woonachtig zijn kunnen procederen en het belang van de gemeenschap waarin partijen verkeren dat publiciteitsgevoelige zaken worden behandeld in de regio waar zij zich afspelen.

Hiervan uitgaande is ingevolge het Toetsingskader rechterlijke concentratie (alleen) wenselijk in het geval (1) de behandeling van een categorie zaken bijzondere rechterlijke expertise vereist en (2a) zich jaarlijks een beperkt aantal zaken van deze categorie aandient, doch niet minder dan 50 (bij minder kan in het algemeen niet effectief met meerwaarde specialistische kennis bij een voldoende aantal rechters binnen de rechtbank worden opgebouwd) of (2b) gewenst is in verband met de aansluiting bij ketenpartners of (2c) om redenen van een gezonde bedrijfsvoering. Van een bijzondere rechterlijke expertise is sprake als de hoogwaardige behandeling van een categorie zaken kennis van specifieke wetgeving of ervaring met de behandeling van een bepaalde categorie zaken vereist waarvoor meer dan gemiddelde rechterlijke kennis nodig is.

De beoogde concentratie voldoet niet aan deze criteria en brengt een aantal bezwaren mee. Wat betreft de onderwerpen waarover de rechtbank in voorkomend geval dient te beslissen is geen bijzondere rechterlijke expertise vereist, nu het overwegend algemene kwesties zal betreffen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of wanprestatie. Generalistische onderwerpen worden door alle gerechten dagelijks behandeld en kunnen dan ook volgens de gewone regels worden verdeeld (aldus wordt al in zoverre niet voldaan aan criterium 1). Alleen de ingevolge artikel 1018g lid 4 (Voorontwerp) vast te stellen regeling is bijzonder, in die zin dat daarvoor wel bijzondere vaardigheden vereist zijn. Daar staat evenwel tegenover dat de afgelopen jaren veel minder dan 50 collectieve acties per jaar aanhangig zijn gemaakt (waardoor niet wordt voldaan aan criterium 2a). Dit heeft tot gevolg dat binnen de te kiezen rechtbank slechts een gering aantal rechters met de behandeling van collectieve verhaalsacties zal kunnen worden belast en daarnaast dat zij, vanwege het geringe aantal zaken, niet bijzonder veel ervaring zullen kunnen verwerven. Tegen de beslissingen van deze rechters staat geen rechtsmiddel open. Dit betekent aldus een aanzienlijke beperking van de mogelijkheid van rechtsontwikkeling op dit terrein dat van grote (financiële en maatschappelijke) betekenis kan zijn en dat bij uitstek jurisprudentiële bijsturing vergt. Het hiervoor genoemde criterium 2b (aansluiting bij ketenpartners) noopt evenmin tot concentratie. Nu het hier bovendien gaat om bewerkelijke zaken, kan dat aanmerkelijke gevolgen hebben voor de rechtbank die voor deze zaken exclusief bevoegd zou zijn gemaakt, temeer omdat waarschijnlijk geen sprake zal zijn van een regelmatige/gespreide instroom van massaschadezaken. Voor een gezonde bedrijfsvoering (criterium 2c) is concentratie dus zeker niet nodig.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 14 van 24

De praktijk van de "gewone" collectieve acties heeft voorts niet uitgewezen dat zorg dient te bestaan voor *rush to the court* of onoverkomelijke problemen bij samenloop van zaken.

Aannemelijk is dat in veel gevallen de centrale ligging van Utrecht dan wel Den Haag tegenwoordig, vanwege de vervoersmogelijkheden en moderne communicatiemiddelen, in het algemeen geen belangrijk punt meer is. Massaschade kan zich evenwel in vele vormen voordoen en kan soms ook sterk regionaal van aard zijn. Te denken is bijvoorbeeld aan de Groningse gasboringen en Limburgse mijnschades, dijkverzakkingen of grond(water)vervuiling. In de MvT wordt niet uitgelegd waarom deze sterk regionaal getinte zaken, waarbij zeer grote aantallen individuele belanghebbenden betrokken kunnen zijn, niet regionaal kunnen worden behandeld.

In aanvulling hierop merkt de Raad op dat zich op het gebied van de letselschadezaken tot nu toe [zeer] weinig collectieve acties hebben voorgedaan en dat de Raad ook niet verwacht dat deze zaken zich in de toekomst in grote getale zullen voordoen. Ook dient te worden meegewogen dat er voor personenschadezaken een landelijke expertgroep is (de expertgroep Letselschade), die binnen de Rechtspraak ondersteund wordt door het Kenniscentrum Milieu & Gezondheid in Den Bosch. Via deze expertgroep wordt er zeer regelmatig kennis en ervaring uitgewisseld. Als er bij verschillende gerechten claims met betrekking tot eenzelfde massaschade worden ingediend, kan deze informatie snel worden uitgewisseld. Mocht het zo zijn dat er bij één gerecht meer (of: veel) massaclaims worden ingediend, dan kan bij een tekort aan menskracht (of: rechters) altijd een beroep worden gedaan op collegae in den lande. De meerwaarde van concentratie bij één gerecht is daardoor niet aanstonds helder.

Het geschetste voordeel dat het gerechtshof Amsterdam, bevoegd in de WCAM procedure, nooit in hoger beroep zal beslissen over door de rechtbank gegeven beslissingen in een schadeafwikkeling-zaak lijkt beperkt. Bovendien wordt hiermee miskend dat het aan de orde van de dag is dat rechters beslissingen nemen in zaken waarin zij al eerder beslissingen hebben genomen. De MvT wekt hiermee de schijn van partijdigheid en legt niet uit waarom dit "voordeel" in het licht van de vaste wrakingsjurisprudentie een doorslaggevend argument voor concentratie zou zijn.

In verband met het voorgaande acht de Raad concentratie van massaschadezaken bij één exclusief bevoegde rechtbank onwenselijk. Rechtspraak door meerdere bevoegde rechtbanken bevordert de rechtsontwikkeling. Bovendien dreigen conflicterende concentratiebelangen daar waar om andere redenen reeds voor concentratie van bepaalde categorieën van zaken is gekozen (zoals overheidsaansprakelijkheid, intellectuele eigendom, bancaire en financiële geschillen). Daarnaast wordt er in de consultatieversie niet gekozen voor concentratie bij samenloop van een collectieve actie en de door een individuele gedupeerde ingestelde vordering volgens de normale bevoegdheidsregels.

Waar volgens de Raad wel behoefte aan zou kunnen bestaan is het creëren van de mogelijkheid voor de rechter om collectieve schadevergoedingsacties in voorkomende gevallen *ambtshalve* naar een ander gerecht (van dezelfde instantie) te kunnen verwijzen. Hierdoor zou (waar nodig) kunnen worden voorkomen dat onwenselijke processuele en materiële ongelijkheid ontstaat bij de behandeling van massaschadezaken die door verschillende belangenbehartigende organisaties tegen dezelfde aangesproken partij voor dezelfde gebeurtenis(sen) worden gericht. Dan kan nog steeds worden ingezet op een schikking voor de collectieve



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 15 van 24

afwikkeling van massaschade als effectieve en efficiënte wijze van afwikkeling. De voorgestelde ambtshalve voeging in artikel 1018j Rv teneinde tegenstrijdige uitkomsten te voorkomen kan dan onverkort worden gehandhaafd. Teneinde ambtshalve verwijzing zo effectief mogelijk te maken, kan ervoor worden gekozen een centraal meldpunt in te richten zoals eerder bij de Dexia zaken heeft plaatsgevonden.

Schakelbepaling - Artikel 1018b, lid 4:

Lid 4 verklaart de derde titel van het Eerste Boek Rv van overeenkomstige toepassing. De vraag rijst of partijen daardoor op de voet van artikel 270 lid 1 laatste zin Rv een "stilzwijgende forumkeuze" (in een procedure inzake collectieve schadeafwikkeling voor een andere rechtbank dan Midden-Nederland of Den Haag) kunnen overeenkomen of dat artikel 1018c lid 3 (Voorontwerp) daaraan derogeert in die zin dat de rechter ook verwijst als partijen dat niet willen.

Artikel 1018b, lid 5:

Lid 5 verklaart de negende afdeling van de tweede titel van het eerste Boek Rv van overeenkomstige toepassing, kort gezegd het bewijsrecht zoals dat geldt in een dagvaardingsprocedure. Hierdoor ontstaat een anomalie in de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling vanwege de opdracht aan de rechter in artikel 1018g lid 4 (Voorontwerp) om een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vast te stellen waarin de toe te kennen vergoeding "redelijk" moet zijn. In een "gewone" dagvaardingszaak beslist de rechter, gebonden aan het bewijsrecht, aan de hand van stelplicht en bewijslast. Een vordering kan worden toegewezen omdat de gedaagde stellingen van de eiser onvoldoende heeft betwist, of juist worden afgewezen indien de eiser, in het licht van de stellingen van de gedaagde, onvoldoende heeft gesteld. Een vordering kan worden toegewezen indien de gedaagde van zijn bevrijdend verweer geen bewijs heeft aangeboden, of juist worden afgewezen indien de eiser, tegenover de gemotiveerde betwisting door de gedaagde, geen bewijs heeft aangeboden. Zo mag een rechter, ingevolge artikel 149 lid 1 Rv, geen feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die niet overeenkomstig de voorschriften van de negende afdeling zijn komen vast te staan en moet de rechter een niet of onvoldoende betwist feit als *vaststaand* aannemen. Niet zelden zal de rechter aldus tot een beslissing komen die hij niet zou hebben gegeven indien hij niet aan het bewijsrecht was gebonden (maar te rechtvaardigen valt vanwege beginselen als rechtszekerheid en vanwege de procesautonomie van partijen). Hoe moet de rechter nu een "redelijke" regeling ingevolge artikel 1018g lid 4 (Voorontwerp) vaststellen? Lijdelijk, met inachtneming van de negende afdeling (en artikel 34 Rv), of als actieve onderzoeker die (zoals partijen) zelfstandig een bijdrage kan leveren "in alle redelijkheid"? De voorgestelde regeling geeft hierop geen antwoord. Daarnaast doen het expliciet van toepassing verklaren van het bewijsrecht en de bepaling in artikel 1018e lid 1 onder g (Voorontwerp) dat het verzoekschrift de bewijsmiddelen moet bevatten tot staving van de schade veronderstellen dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade gebonden is aan het bewijsrecht, terwijl uit artikel 6:97 BW volgt dat hij daaraan juist niet is gebonden teneinde te bereiken dat de geleden schade volledig wordt vergoed. Hier is een verduidelijking nodig.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 16 van 24

2.4.2 Artikel 1018c Rv (Voorontwerp)

Artikel 1018c, lid 5:

Volgens dit lid kan een beroep op een afspraak gemaakt tijdens een verschijning van partijen niet worden gedaan indien deze in strijd komt met een dwingende wetsbepaling. Indien de afspraak aan te merken is als een vaststelling ten aanzien van enig punt van geschil ligt die beperking niet in de rede. Vergelijk artikel 7:902 BW.

2.4.3 Artikel 1018d Rv (Voorontwerp)

Het woord "verantwoordelijk" is niet geheel duidelijk. Dit bezwaar zou kunnen worden ondervangen door het woord "verantwoordelijk" te vervangen door "aansprakelijk" ("de persoon die *aansprakelijk* wordt gehouden jegens diegenen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt").

2.4.4 Artikel 1018e Rv (Voorontwerp)

Artikel 1018e, lid 1 onder f:

De verwijzing naar lid 3 is mogelijk een vergissing of anders niet goed te begrijpen.

Aan het vereiste dat het verzoekschrift een "*duidelijke omschrijving van de gevraagde beslissing*" dient te bevatten kan wellicht niet altijd makkelijk worden voldaan, nu het verzoek niet veel anders zal kunnen luiden dan dat de rechter een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vaststelt, tenzij verlangd wordt dat de verzoeker al in het verzoekschrift een concept van de regeling in het petitum opneemt, hetgeen niet reëel voorkomt. Of is het de bedoeling dat de verzoeker kan volstaan met een beslissing te vragen over de aansprakelijkheid van de aangesproken persoon, eventueel gekoppeld aan een aantal andere rechtsvragen? Als dat zo is, is de rechter dan nog gehouden om de in lid 8 genoemde termijn te stellen om een overeenkomst te bereiken en hoe kan de procedure dan worden voortgezet bij gebreke van een verderstrekkend verzoek? Anders gezegd, wat veronderstelt het Voorontwerp dat wordt verzocht?

Artikel 1018e, lid 4:

In dit lid wordt de eerste (tussen)beslissing van de rechter geïntroduceerd, de beslissing over de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de verzoeker. Hoewel te begrijpen valt dat eerst hier afzonderlijk over wordt beslist, alvorens het proces verder te doorlopen, voorziet de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling in het Voorontwerp in een reeks opvolgende (tussen)beslissingen, mondelinge behandelingen en stappen die het proces van lange duur, gecompliceerd en daardoor ook kostbaar zal maken. Het proces is bestemd voor partijen die niet tot een regeling zijn gekomen en in de regel dus tegenover elkaar staan. Voordat een regeling door de rechter kan worden vastgesteld dienen de volgende stappen te worden doorlopen (zonder verzoeken om voorlopige voorzieningen, zonder onverwachte verwikkelingen en zonder prejudiciële vragen):

1. Verzoekschrift.
2. Verweerschrift.
3. Oproep belanghebbenden.
4. Mondelinge behandeling.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 17 van 24

5. Beschikking inzake bevoegdheid / ontvankelijkheid.
6. Beschikking over aansprakelijkheid en rechtsvragen en feitelijke vragen.
7. Hoger beroep inzake onbevoegdheid, aansprakelijkheid en/of feitelijke- en rechtsvragen.
8. Verweerschrift in hoger beroep.
9. Oproep belanghebbenden.
10. Mondelinge behandeling.
11. Beschikking in hoger beroep.
12. Cassatie.
13. Verweerschrift.
14. Oproep belanghebbenden.
15. Uitspraak in cassatie.
16. Begin termijn van artikel 1018e lid 8 voor partijen om een regeling overeen te komen.
17. Verzoek verlenging termijn hiervoor genoemd onder 16.
18. Verweer tegen het verzoek hiervoor genoemd onder 17.
19. Beslissing over het verzoek hiervoor genoemd onder 17.
20. Verzoek verschijning partijen ex artikel 1018f lid 1.
21. Verweerschrift tegen het verzoek hiervoor genoemd onder 20.
22. Beslissing op het verzoek verschijning partijen ex artikel 1018f lid 1.
23. Oproep belanghebbenden.
24. Mondelinge behandeling.
25. Beslissing over geschilpunten in de zin van artikel 1018f lid 5.
26. Hoger beroep inzake geschilpunten in de zin van artikel 1018f lid 5.
27. Verweerschrift in hoger beroep.
28. Oproep belanghebbenden.
29. Mondelinge behandeling.
30. Beschikking in hoger beroep.
31. Cassatie.
32. Verweerschrift.
33. Oproep belanghebbenden.
34. Uitspraak in cassatie.
35. Begin termijn van artikel 1018f lid 6 voor partijen om een overeenkomst te bereiken.
36. Verzoek verlenging termijn hiervoor genoemd onder 35.
37. Verweer tegen het verzoek hiervoor genoemd onder 36.
38. Beslissing over het verzoek hiervoor genoemd onder 36.
39. Verzoek overlegging voorstel van een overeenkomst op de voet van artikel 1018g lid 1.
40. Verweerschrift tegen het verzoek hiervoor genoemd onder 39.
41. Bevel overlegging voorstel van een overeenkomst.
42. Verzoek verwijzing naar mediation.
43. Verweerschrift tegen het verzoek hiervoor genoemd onder 42.
44. Beslissing op het verzoek hiervoor genoemd onder 42.
45. Debat over de persoon van de mediator, de mediationovereenkomst, plaats en duur, enz.
46. Mediation.
47. Voorstellen over de door de rechter te benoemen deskundig(en) en vragen (artikel 1018g lid 5).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 18 van 24

48. Tegenvoorstellen over de door de rechter te benoemen deskundig(en) en vragen.
49. Beslissing over de door de rechter te benoemen deskundig(en) en vragen.
50. Oproep belanghebbenden op de voet van artikel 1018g lid 6.
51. Deskundigenrapport.
52. Utlatingen van partijen over het deskundigenrapport.
53. Oproep belanghebbenden.
54. Mondelinge behandeling inzake de vaststelling van de regeling.
55. Vaststelling regeling door de rechter.

En dan kan pas desgewenst worden overgegaan naar de aansluitende procedure tot verbindendverklaring. Het zal duidelijk zijn dat dit een omslachtige, langdurige en voor partijen kostbare procedure zal zijn. Dit zal partijen wellicht aansporen om tot een schikking te komen, maar daaraan kleefte dan wel het risico van “blackmail settlements” dan wel van een uitrookscenario.

De Raad benadrukt in dit kader nog dat een vlotte afwikkeling van de schadevergoeding bij uitstek in personenschade zaken van grote invloed kan zijn op het herstel van slachtoffers. De Raad vreest dat het Wetsvoorstel zal leiden tot lange trajecten voor de afwikkeling van de schade. In personenschadezaken kan één oorzaak immers zeer uiteenlopende schades veroorzaken (te denken valt aan: wel of geen overlijden, wel of geen afhankelijke nabestaanden, al of niet langdurige arbeidsongeschiktheid, verlies arbeidsvermogen, etc.). Gelet op deze diversiteit aan schades zal het niet eenvoudig zijn – en dus veel tijd vergen – om tot een collectieve vaststellingsovereenkomst te komen. Dit is (of: zeker) niet in het belang van het individuele slachtoffer.

2.4.5 Artikel 1018g Rv (Voorontwerp)

Algemeen

Dit artikel bepaalt dat de rechter partijen, indien zij niet voordien tot overeenstemming zijn gekomen, kan bevelen voorstellen voor een overeenkomst tot schadeafwikkeling over te leggen.

Te vrezen valt dat partijen in vele gevallen niet aan dat bevel zullen kunnen voldoen. Van hen kan in de meeste gevallen niet zonder meer worden verwacht dat zij op bevel een voorstel voor een regeling van schadeafwikkeling doen, vooral omdat zo een voorstel in de regel afhankelijk is van derden, met wie “achter de schermen” moet worden onderhandeld om tot een regeling te kunnen komen. Inzake de tot nu toe gevoerde WCAM procedures betrof dat onder meer (i) de verzekeraars van de aangesproken partij(en), (ii) potentieel medeaansprakelijke derden met wie regelingen dienen te worden getroffen inzake regres en/of beperking van hun verhaalsrechten indien zij later ook door de gedupeerden of de belangenorganisaties worden aangesproken of inmiddels juist al uitkeringen hebben gedaan (toezichthouders, accountants, bestuurders, enz.), (iii) rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel of derden die contracten hebben overgenomen, (iv) verzekeraars van de medeaansprakelijke derden, (v) derden die in voorkomend geval garant moeten staan voor de nakoming van de regeling, zoals groepsvennootschappen of banken, dan wel partijen die bijdragen in een compensatiefonds, (vi) aandeelhouders van de aangesproken partij(en), (vii) ondernemingsraden, (viii) curatoren, (ix) derden die potentieel gelijksoortige aansprakelijkheden hebben en belang hebben bij de voorwaarden van de regeling teneinde te kunnen aanhaken (in de Dexia kwestie betrof dat onder meer Fortis,



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 19 van 24

ING, Ohra en Aegon), (x) de Belastingdienst, over de fiscale behandeling van de te verstrekken vergoedingen, (xi) derden met wie afspraken moeten worden gemaakt over de uitwerking van de regeling (in de Dexia kwestie betrof dat bijvoorbeeld het Bureau Krediet Registratie), (xii) derden met wie afspraken moeten worden gemaakt over het beheer van het fonds zoals door middel van een "escrow-overeenkomst" (bijvoorbeeld met een bank of een notaris), (xiii) onafhankelijke derden met wie overeenkomsten moeten worden gesloten over (de vaststelling en wijze van) de uitkeringen en hun verzekering, enz.. Daarnaast is een schikkingsvoorstel niet zelden afhankelijk van buiten partijen gelegen omstandigheden, zoals de uitkomst van een verificatievergadering of de afloop van een procedure in het buitenland.

Dit artikel bepaalt voorts dat, indien partijen niet tot overeenstemming komen, de rechter een regeling voor collectieve schadeafwikkeling kan vaststellen. De onbekendheid van de rechter met de hiervoor genoemde achterliggende aspecten zal voor de rechter een moeilijk te overbruggen hindernis zijn om een regeling vast te stellen. Ook afgezien daarvan is het in vele gevallen niet goed denkbaar hoe de rechter in staat zal zijn om binnen een redelijke termijn een behoorlijke regeling op te stellen. Zie bijvoorbeeld de Duisenberg-regeling. Deze verbindend verklaarde regeling behelst (zie www.dexialease.nl, onder "Volledige tekst Duisenberg-Regeling") een Hoofdovereenkomst van 44 pagina's, een Aanvullende overeenkomst van 8 mei 2006, een WCAM-overeenkomst geconsolideerde tekst 8 mei 2006, een Aanvullende overeenkomst II van 1 maart 2007, een Aanvullende overeenkomst III, getekend in de periode 25 september 2009 – 2 oktober 2009, een Lijst met producten, Bijlage 2(a) Beschrijving individuele vaststellingsovereenkomst, Bijlage 2(b) Bepalingen individuele vaststellingsovereenkomst, Bijlage 3(a) Overeenkomst ter collectieve afwikkeling van massaschade (WCAM-overeenkomst) en Bijlage 3(b) Bijlage met definities bij WCAM-overeenkomst. Deze zeer gedetailleerde overeenkomsten zijn in een proces van vele jaren uit-onderhandeld, onder leiding van verschillende commissies (Oosting, Duisenberg) door vijf partijen, bijgestaan door gespecialiseerde advocaten, accountants en deskundigen. Niet zelden zijn bovendien advocaten en accountants in verschillende jurisdicties betrokken. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium), rechtsoverweging 6.5.6.: "... blijkt dat de Principal Counsel tot dat moment al 65.000 uren aan de zaak had besteed, met een waarde van USD 24,4 miljoen, en dat in de zaak ingewikkelde feitelijke en juridische kwesties speelden, ...". Het zal een aanzienlijke financiële en organisatorische investering vergen opdat een rechterlijke instantie aan mankracht, competenties en internationale expertise zo een proces kan evenaren.

Artikel 1018g, lid 4:

Hiervoor in paragraaf 2.4.1 bij artikel 1018b lid 5 (Voorontwerp) is gemeld dat de vraag rijst hoe deze bepaling te verenigen is met toepassing van het bewijsrecht en de (steeds minder, maar toch nog steeds) in beginsel lijdelijke taakstelling van de rechter.

Daarnaast bepaalt dit lid dat de rechter de regeling "kan" vaststellen. Hieruit lijkt te volgen dat de rechter dus kan weigeren om een regeling vast te stellen. Dat zou, nadat de verzoeker 54 kostbare en tijdrovende processtappen heeft doorlopen, voor hem een zwaar gelag zijn. Of is deze "kan" alleen bedoeld voor het geval van lid 6, dus het geval dat zich na een oproep te weinig belanghebbenden hebben gemeld?



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 20 van 24

Artikel 1018g, lid 6:

Dit lid opent de mogelijkheid voor de rechter om partijen te bevelen om gedupeerden op te roepen om zich te melden als deelnemer. De bedoeling is om te bezien of er niet te weinig belangstellende gedupeerden zijn om een door de rechter vastgestelde regeling te rechtvaardigen. De rechter zal hiervan gebruik maken als hij vermoedt dat de groep (te) klein is. Maar bij gebreke van enig voordeel voor een gedupeerde om zich te melden (deze kan immers beter de regeling afwachten ten einde daar niet op voorhand aan gebonden te zijn) valt te verwachten dat niet veel belanghebbenden zich zullen melden.

Artikel 1018g, lid 9:

Dit lid bepaalt dat de personen ten behoeve van wie de regeling is vastgesteld daar "een beroep" op kunnen doen. Op dit punt is het Voorontwerp en de MvT (pag. 49) evenwel niet duidelijk. Het heeft immers in het algemeen geen zin een beroep te kunnen doen op een regeling die alleen tussen andere partijen geldt (wat het geval is bij de door de rechter vastgestelde regeling (artikel 1018g lid 9 (Voorontwerp): "... een regeling voor collectieve schadeafwikkeling *tussen partijen* vaststellen..."). Een beroep heeft alleen zin als die regeling zodanig is dat derden daar rechten aan kunnen ontlelen. Wat beoogt dit lid nu met "een beroep op de regeling kunnen doen"? Aannemelijk is dat het ertoe strekt te bepalen dat een gedupeerde de toegekende vergoeding van de aangesproken partij kan opeisen. Het kan evenwel niet de bedoeling zijn dat derden de toegekende vergoeding kunnen opeisen, maar daartegenover geen kwijting behoeven te verlenen of dat zij (of in voorkomend geval hun echtgenoten) anderszins geen afstand van zekere rechten behoeven te doen. Het moet natuurlijk zo zijn, dat zij die van de regeling willen profiteren, aan de regeling in haar geheel (althans ook wat de keerzijde van de medaille betreft) gebonden zijn alvorens de vergoeding te kunnen opeisen. Nu het Voorontwerp uitgaat van een rechterlijke regeling die jegens de derde belanghebbenden op zichzelf geen gezag van gewijsde heeft (of anderszins (algemeen) verbindende kracht), komt alleen een figuur als het derdenbeding in aanmerking. Maar dat is toch iets anders dan het eenvoudige op de regeling "een beroep" kunnen doen.

Allereerst dient de door de rechter vastgestelde regeling aangemerkt te moeten kunnen worden als een overeenkomst tussen de procespartijen. Vervolgens dient het beding er (onherroepelijk) toe te strekken de derde belanghebbende een zelfstandig vorderingsrecht toe te kennen. Daarnaast zullen de derden het beding moeten aanvaarden (dwingend recht, artikel 6:250 BW) en daardoor partij worden (artikel 6:254 lid 1 BW) bij de regeling om de vergoeding op te kunnen eisen. Duidelijkheid dient vervolgens te bestaan over de rechten van de derden die aldus partij zijn geworden inzake onderwerpen als ontbinding, vernietiging en dergelijke (nu het dan immers een meerpartijenovereenkomst betreft), en over de vraag of de belangenorganisatie van de aangesproken partij nakoming jegens de derde kan verlangen (artikel 6:256 BW). Aan de aanvaarding zal een termijn moeten zijn verbonden, omdat anders de aangesproken partij nooit weet hoeveel hij voor uitkeringen moet reserveren. Aldus vergt een *opt in* regeling, zoals beoogd lijkt te worden met de toekenning aan derden van de mogelijkheid om op de regeling een beroep te kunnen doen, nadere wettelijke voorschriften.

Daarnaast rijst de vraag waarom gekozen is voor een variant van *opt in achteraf*. De Aanbeveling van de Commissie gaat onder punt 21 e.v. uit van een *opt in* systeem *vooraf*, d.w.z. aanmelding van personen als participant in de eisende partij vóór de eindbeslissing, en gebondenheid van die personen aan de eindbeslissing, zulks overeenkomstig de daarvoor gegeven redenen in hoofdstuk 3.4. "Opt-in" versus "opt-out" van de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 21 van 24

Comité en het Comité van de Regio's "Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal"
COM(2013) 4 (de "Mededeling van de Commissie").

De in het Voorontwerp opgenomen variant van *opt in achteraf* maakt de collectieve verhaalsactie een loterij zonder nieten. De gedupeerden kunnen dan immers achterover leunen en de uitkomst afwachten. Wie de uitkomst bevalt kan dan op de rechterlijke regeling een beroep doen (wat dat overigens precies moge inhouden). Wie de regeling niet bevalt kan dan zelfstandig, of in groepsverband door middel van lastgeving of volmacht, al dan niet vertegenwoordigd door dezelfde belangenorganisatie, in een gewone dagvaardingsprocedure (voor een andere rechtbank (in Nederland of in het buitenland)) proberen een beter resultaat te bereiken. Dit gegeven zal de eisende belangenorganisatie in de collectieve procedure ervan weerhouden om tot een schikking te komen en aansporen om het aan te laten komen op de rechterlijke regeling, die de achterban dan immers een vrijblijvende aanspraak geeft op een gegarandeerde basis-vergoeding. Dit gegeven zal ook voor de aangesproken partij een belemmering zijn om tot een schikking te komen, omdat dan met een schikking de claims van de gedupeerden niet worden afgewikkeld en de financiële consequenties van de schikking door de aangesproken partij niet zijn te begroten. Een *opt in* vooraf systeem, zoals door de Commissie aanbevolen, ondervangt deze bezwaren. Ook een *opt out* systeem draagt deze bezwaren in veel mindere mate in zich, omdat de ervaring in Europa en Amerika heeft geleerd dat mensen relatief weinig gebruik maken van de mogelijkheid om een *opt out* verklaring uit te brengen - velen hebben dan de oproep gemist, de oproep te ingewikkeld gevonden, het te veel gedoe gevonden (formulieren invullen e.d.), enz. -, waardoor een regeling verbonden aan een *opt out* mogelijkheid een redelijk betrouwbare voorspelling in zich draagt dat veruit de meeste gedupeerden daaraan gebonden zullen zijn. De Commissie heeft in haar hiervoor genoemde Mededeling de voor- en nadelen van *opt in* (vooraf) en *opt out* afgewogen en uiteindelijk per saldo *opt in* (vooraf) aanbevolen. Al kan ook anders worden geoordeeld, *opt in achteraf* lijkt hoe dan ook niet aan te bevelen.

Geen hogere voorziening - Artikel 1018g, lid 11:

Tegen de vaststelling door de rechter van de regeling voor collectieve schadeafwikkeling staat geen hogere voorziening open. Het kan hier echter gaan om zaken van groot financieel en maatschappelijk belang (de kosten van de afwikkeling van de Duisenberg-regeling bedragen bijvoorbeeld circa één miljard euro en die regeling raakt tienduizenden personen (en in zoverre gaat de in de MvT genoemde parallel met een ontbindingsverzoek voor de kantonrechter dan ook niet op)). Ook al is in een eerder stadium beslist dat er aansprakelijkheid is en zijn er mogelijk ook beslissingen gegeven over andere geschilpunten, waar hoger beroep tegen heeft opengestaan, zullen belangrijke, wellicht de belangrijkste beslissingen pas in de regeling voor collectieve schadeafwikkeling worden gegeven, zoals die met betrekking tot de aan elk van de klassen van gedupeerden toe te kennen vergoeding (de verdeelsleutel), waarbij lastige rechtsvragen aan de orde kunnen komen, zoals ten aanzien van causaal verband, verrekening van voordeel, eigen schuld, enz.. Weliswaar kan de rechter de Hoge Raad prejudiciële vragen stellen, maar als dan toch door partijen in hogere instantie moet worden geprocedeerd, verliest het appelverbod zijn belangrijkste reden, en bovendien zal in die procedure voor de Hoge Raad geen gelegenheid bestaan voor herstel van omissies zoals in hoger beroep, waaraan, gezien de complexiteit en de vele juridische en feitelijke aspecten, niet zelden behoefte zal bestaan, mede juist vanwege de mogelijke grote financiële en maatschappelijke belangen. Om maar één voorbeeld te noemen, stel dat de regeling door de rechter aldus is vastgesteld dat de aangesproken persoon niet genoeg geld heeft om die te



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 22 van 24

kunnen nakomen, wat dan? (Dan ontstaat een *rush to court* van belanghebbenden om voldoening te krijgen zolang de voorraad strekt.)

2.4.6 Artikel 1018i Rv (Voorontwerp)

Van rechtswege schorsing - Artikel 1018i, lid 1

Dit lid bepaalt dat procedures tussen een gedupeerde die zich heeft aangemeld en de aangesproken persoon van rechtswege worden geschorst. Lid 2 onder a bepaalt weliswaar dat de procedure kan worden hervat indien de vastgestelde regeling niet voorziet in de beslechting van het geschil, maar deze schorsing komt toch onwenselijk voor indien de procedure niets uitstaande heeft met de collectieve actie, hetgeen niet ondenkbaar is. Het zou ook een oneigenlijk middel meebrengen voor een persoon om een tegen hem lopende procedure, die met de collectieve actie niets van doen heeft, te doen schorsen door zich als beweerd gedupeerde in de procedure inzake collectieve schadeafwikkeling te melden.

Artikel 1018i, lid 4:

Dit lid verklaart artikel 225 tweede lid, tweede zin Rv van toepassing. Artikel 225 tweede lid Rv luidt: "*Schorsing vindt plaats door betekening van de ingeroepen grond voor de schorsing aan de wederpartij dan wel door een daartoe strekkende akte ter rolle. Bij gebreke hiervan wordt het geding op naam van de oorspronkelijke partij voortgezet.*"

Nu de schorsing van rechtswege plaatsvindt is toepasselijkheid van artikel 225 tweede lid, tweede zin Rv niet goed te begrijpen.

2.5 Herhalingen en terminologie

Het Voorontwerp bevat in een aantal artikelen telkens een herhaling van reeds elders in de wet opgenomen regels over bijvoorbeeld de proceskosten, het instellen van incidentele vorderingen, hoger beroep en de comparitie van partijen enz.. Uit wetstechnisch oogpunt verdient het aanbeveling om deze materie centraal te (blijven) regelen. Ook zijn de nodige opmerkingen te maken over betekenis en consistentie van de gebruikte termen, bijvoorbeeld het gebruik van "partijen" waar ook belanghebbenden bedoeld zullen zijn en niet-ontvankelijkheid van de rechtspersoon versus niet-ontvankelijkheid van het verzoek (artikel 1018e lid 4 (Voorontwerp)).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 23 van 24

3. SUGGESTIES

Uit het voorgaande moge blijken dat de Raad de in het Wetsvoorstel voorgestelde uitwerking van de procedure voor de collectieve afwikkeling van massaschade niet erg gelukkig vindt. Tegelijkertijd realiseert de Raad zich maar al te goed dat er in de praktijk een toenemende behoefte is aan een collectieve procedure voor de afwikkeling van massaschade. Gelet op het maatschappelijke belang van de totstandkoming van een dergelijke procedure, permitteert de Raad zich hier enkele suggesties voor een alternatieve aanpak.

Allereerst geeft de Raad u in overweging om een breed samengestelde, uit (praktijk)deskundigen bestaande werkgroep op te richten die de opdracht krijgt na te denken over (een) alternatieve procedure(s). Denkbaar is om daar o.a. deskundigen uit de advocatuur, de Rechtspraak en de wetenschap te betrekken. Een dergelijke brede, multidisciplinaire aanpak kan naar de mening van de Raad een belangrijke bijdrage leveren aan de totstandkoming van een voor alle betrokkenen goed werkbaar procedure die zo veel mogelijk aan de behoeften van de praktijk tegemoetkomt.

Voorts doet de Raad hier de suggestie om een minder omvattend collectief verhaalsrecht en een meer stapsgewijze aanpak te overwegen. De voorgestelde procedure die ertoe strekt alle vormen van collectief verhaalsrecht nagenoeg onbeperkt in één keer te omvatten is naar de mening van de Raad te ambitieus. De Raad geeft u daarom in overweging om eerst nader te onderzoeken, mede in het licht van de aanbevelingen op Europees niveau, wat voor kwesties in Nederland opheffing vergen van de beperking van artikel 3:305a lid 3 BW teneinde een collectieve actie strekkende tot schadevergoeding in geld mogelijk te maken in plaats van de huidige mogelijkheden daartoe (bijvoorbeeld bepaalde vormen van consumentenbescherming, bescherming van beleggers, mededinging, financiële dienstverlening, milieubescherming, gegevensbescherming en/of non-discriminatie). Dan kan in kaart worden gebracht welke maatschappelijke, financiële en juridische aspecten bij dat soort kwesties een rol spelen. In eerste instantie zou dan vooralsnog alleen voor zulke kwesties, en alleen onder bepaalde beperkende voorwaarden teneinde de procedure beheersbaar te houden, artikel 3:305a lid 3 BW kunnen worden opgeheven onder invoering van (voor zover nodig) op dat soort kwesties specifiek afgestemde wettelijke bepalingen die een efficiënte, effectieve, snelle en betaalbare procedure waarborgen. Naar aanleiding van de ervaringen met die procedure kan dan ten slotte stapsgewijs worden overgegaan naar opheffing van de beperkende voorwaarden en uitbreiding van de procedure naar ook andere terreinen, telkens voor zover nodig onder invoering van aanvullende wettelijke bepalingen.

De Raad is graag bereid om mee te denken over (deze) alternatieven.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 23 oktober 2014
kenmerk UIT 8506 STRA/CF
pagina 24 van 24

1072472014

1072472

024

Werklast

Het Wetsvoorstel zal naar verwachting niet leiden tot een groot aantal zaken. Wel ligt het in de verwachting dat de uit het Wetsvoorstel voortvloeiende zaken bewerkelijk zullen zijn en een grote impact zullen hebben op het behandelende gerecht, temeer omdat waarschijnlijk geen sprake zal zijn van een regelmatige/gespreide instroom.

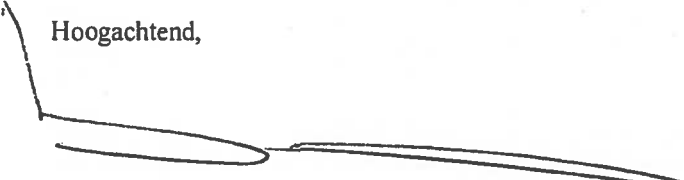
Voordat een regeling door de rechter kan worden vastgesteld dient een groot aantal (tussen)stappen te worden doorlopen (de Raad verwijst in dit verband naar de opsomming in paragraaf 2.4.4). Door de vele (tussen)stappen zal de procedure langdurig en arbeidsintensief zijn. Met de voorgestelde procedure zullen dan ook aanzienlijke kosten zijn gemoeid.

Deze kosten zijn op voorhand niet te ramen. Indien een dergelijke zaak zich voordoet zal de Raad in overleg treden met de Minister van Veiligheid en Justitie om dekkende afspraken te maken over de financiering.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,



mr. F.C. Bakker
Voorzitter Raad voor de rechtspraak