

WOORD VOORAF

Met de publicatie van de bundel 'Collectief schadeverhaal' beoogt het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van het recht inzake collectieve acties. Sinds 1 juli 1994 is in het Burgerlijk Wetboek voorzien in een wettelijke regeling van het civiele collectieve actierecht. Op basis van artikel 3:305a BW kunnen verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge hun statuten behartigen. Tot op heden kan deze rechtsvordering niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

Na bijna 25 jaar ontwikkeling in de rechtspraak is de collectieve actie niet meer weg te denken bij collectieve geschilbeslechting. De rechtspraak hanteert het door de wetgever nagestreefde doel van effectieve en efficiënte rechtsbescherming als leidraad. Ook de Wet collectieve afwikkeling massaschade uit 2005 heeft met name in de financiële sector geleid tot collectieve geschilbeslechting, door verbindendverklaring door het Hof Amsterdam van een collectieve vaststellingsovereenkomst tussen een onderneming en één of meer representatieve belangenorganisaties.

Na herhaalde aansporing hiertoe door de Tweede Kamer heeft de regering op 17 november 2016 een wetsvoorstel aangeboden, waarin thans wel de mogelijkheid van een veroordeling tot schadevergoeding in geld is opgenomen. Dit wetsvoorstel is laatstelijk gewijzigd op 16 mei 2018 en is nog in behandeling bij de Tweede Kamer.

Het wetsvoorstel – voorzien van enkele kritische kanttekeningen – loopt als rode draad door deze bundel. Waar sommige onderdelen van de collectieve actie vertrouwd zijn, zal de praktijk op andere onderdelen van de (grensoverschrijdende) collectieve geschilbeslechting zijn weg nog moeten vinden. Wij verwachten dat deze bundel voor wetenschap en praktijk grote waarde zal hebben en van belang zal zijn bij de verdere ontwikkeling van het collectieve-actierecht.

Met genoegen nemen wij de bundel 'Collectief schadeverhaal' op in de Serie Onderneming en Recht. Wij danken de auteurs en de redactie, zonder wier belangeloze medewerking deze bundel niet tot stand zou zijn gekomen.

S.C.J.J. (Bas) Kortmann
N.E.D. (Dennis) Faber

Nijmegen, 2 juli 2018

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
Inleiding	1
<i>T.M.C. Arons, J. de Bie Leuveling Tjeenk, D. Busch & C.J.M. Klaassen</i>	
1. Aanleiding, object en doelstelling van het onderzoek	1
2. Ontwikkeling collectief actierecht	4
3. Wetsvoorstel	11
4. De inhoud van deze bundel	15
Grensoverschrijdende dimensie van collectieve acties aanhangig bij een Nederlandse rechter	19
<i>T.M.C. Arons</i>	
1. Inleiding	19
2. Voorbeeldcasus	21
3. Nederlandse rechter als forum rei	23
4. Nederlandse rechter als forum damni	24
5. Nederlandse toepassing van Universal Music	30
6. Hoe nu verder?	32
7. Ontvankelijkheid collectieve actie ex art. 3:305a BW met grensoverschrijdende elementen	34
8. Coördinatie en kanalisatie van collectieve vorderingen: litispendinge en aanhoudingsperikelen	35
9. Slotopmerkingen	43

Enkele opmerkingen bij het wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie vanuit procesrechtelijke optiek	45
<i>C.J.M. Klaassen</i>	
1. Inleiding	45
2. Welke belangenorganisatie wordt door de rechter ontvangen?	47
3. De exclusieve belangenbehartiger en diens (exclusieve) bevoegdheden	51
4. De rol van de rechter	53
4.1 De rechter beslist.... als het niet anders kan	53
4.2 Goedkeuring vaststellingsovereenkomst	54
4.3 Vaststelling collectieve schadevergoeding	55
4.4 Begrenzing van de taak van de rechter	58
5. De binding van gedupeerden	59
6. Conclusie	62
Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij	65
<i>J. de Bie Leuweling Tjeenk & J.B. van de Velden</i>	
1. Inleiding	65
2. De belangen van de aangesproken partij	66
3. Betere governance, financiering en representativiteit	67
3.1 Niet voor reeds aanhangige collectieve acties	68
3.2 Beperkte en op maat te maken uitzonderingen	69
3.3 Third Party Funding	70
3.4 Andere potentiële belangenorganisaties	71
4. Een nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer	72
5. Geen centraal, gespecialiseerd forum	76
6. Lichtvaardige en ongefundeerde massaclaims voorkomen	77
6.1 Summierlijk ondeugdelijk	78
7. Alleen als een collectieve actie efficiënter en effectiever is dan individuele vorderingen	81
7.1 Buitenlandse rechtssystemen	81
8. Geen inopportune inhoudelijke verweren	83
9. Exclusieve belangenbehartiger	83
10. Schikken bevordert en gefaciliteerd	85
11. Afstemming met andere procedures	86
11.1 Voeging en gezamenlijke behandeling van parallele collectieve acties	86
11.2 Schorsing van individuele procedures	86

12.	Binding na de mogelijkheid van een <i>opt-out</i>	87
12.1	Opt-in regime buitenlandse belanghebbenden	89
12.2	Art. 1018k lid 1 Rv	91
12.3	Het moment van de opt-out	92
12.4	De werking van een collectieve stuiting	93
13.	Waarborgen bij tussentijds schikken	93
14.	Schadevergoeding	94
14.1	Schadecategorieën	94
15.	Kostenveroordeling	95
16.	Finaliteit in internationale gevallen	95
17.	Afronding	100
 Collectieve acties in tijden van cholera		 101
<i>G.F.E. Koster</i>		
1.	Inleiding	101
2.	Art. 3:305a BW en de weg naar de collectieve schadevergoedingsactie	103
2.1	Wettelijke regeling in het BW sedert 1994	103
2.1.1	inleiding	103
2.1.2	De huidige praktijk van de collectieve actie	105
2.1.3	De kosten van een 305a-organisatie	107
2.1.4	Tussenconclusie	109
2.2	De Motie Dijkma	110
2.3	Het Voorontwerp uit juli 2014	110
3.	De Aanbevelingen Juristengroep	112
4.	Wetsvoorstel van 16 november 2016	113
4.1	Algemeen	113
4.2	Zwaardere eisen voor alle 305a-organisaties	113
4.3	De scope rule	114
4.4	De verschillende stadia van de collectieve schadevergoedingsactie	116
5.	Nota naar aanleiding van het verslag en Nota van wijziging van 12 januari 2018	119
6.	Kritische bespreking van het Wetsvoorstel (inclusief de Nota Wijziging)	120
6.1	Algemeen	120
6.2	Voordelen opt-in model	122
6.2.1	Inleiding	122
6.2.2	Praktische nadelen aan de keuze voor opt-out voor 305a-organisaties en gelaedeerden	123

6.2.3	Geldelijke nadelen aan de keuze voor opt-out voor de laedens	125
6.2.4	Opt-in voor buitenlandse partijen?	126
6.2.5	Conclusie	127
6.3	Nadelen introductie EB	127
6.4	Deelschikkingen	128
6.5	Processuele chaos door aanknopng bij gelijksoortige feiten en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis/gebeurtenissen	130
7.	Oplossingen	131
(a)	Oneigenlijk gebruik voorkomen door aanpassing Claimcode	131
(b)	Kanaliseren van collectieve procedures	133
(c)	Finaliteit	134
(d)	Rigiditeit	136
8.	De toekomst van de WCAM	136
9.	Conclusie	139
	Third party litigation funding	141
	<i>A. van der Krans</i>	
1.	Inleiding	141
2.	TPLF en de procesfinancieringsovereenkomst	143
3.	De voordelen of kansen van TPLF	144
3.1	Access to justice	144
3.2	Bargaining power	145
3.3	Preventief effect	145
3.4	Repeat players	146
4.	De nadelen of risico's van TPLF	147
4.1	Claimcultuur	147
4.2	Informatie-asymmetrie	147
4.3	Disproportionele beloningen	148
4.4	Gebrek aan kwaliteit en liquiditeit	150
4.5	Belangentegenstellingen bij advocaat	150
4.6	Geheimhoudingsplicht advocaat	152
5.	Reguleringsmogelijkheden	153
6.	Aanbevelingen	154
7.	Conclusie	155
8.	Eindnoot	156

Derdenfinanciering van collectieve schadevergoedingsacties	157
<i>E. Bauw</i>	
1. Inleiding	157
2. Beschrijving en ontwikkeling	158
3. Verschijningsvormen en afbakening	163
4. Belangen	165
5. Regulering: stand van zaken	168
6. Aanknopingspunten voor regulering	170
7. Elementen voor regulering	174
8. Tot slot... en cessie dan?	178
Een rol voor de AFM bij afwikkeling van massaschade in de financiële sector?	181
<i>Prof. mr. D. Busch</i>	
1. Inleiding	181
2. Consultatie 'Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers'	182
3. Praktische bezwaren	184
4. Principiële bezwaren	185
5. Bevoegdheden FCA en de recente kritiek daarop	187
6. Hoe nu verder?	189
Collectief schadeverhaal bij kartels in de financiële sector; zegen of vloek – geactualiseerd	193
<i>M.H.C. Sinninghe Damsté & T. Thuijs</i>	
1. Inleiding	193
2. Wettelijk kader kartelschade	194
2.1 Aansprakelijkheid	195
2.2 Schade	199
3. Huidige situatie kartelschadezaken; 'collectief' procederen op grond van cessie	204
4. Toekomstige situatie bij kartelschadezaken: collectief schadeverhaal?	207
4.1 Algemeen: oplossing voor cessie-problematiek	208
4.2 Spanningsveld governance-eisen en Claimcode ten opzichte van het business model van litigation funders	209
4.3 Scope rule	210
4.4 Schikken en regresproblematiek	215
5. Afronding	217

Class actions en class settlements in het Amerikaanse financieel recht	219
<i>O.A. Haazen</i>	
1. Inleiding: Particuliere handhaving van het recht	219
2. De hoofdlijnen van de wettelijke regeling en het ingrijpen van de Amerikaanse wetgever	221
A. De Securities Act of 1933 en de Securities Exchange Act of 1934	221
B. De Private Securities Litigation Reform Act of 1995	223
C. De Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998	226
3. Het wettelijk kader nader bekeken	228
A. Falsity/misleidende mededelingen – <i>Janus Capital v. First Derivative Traders</i>	228
B. Materiality – <i>Matrixx v. Siracusano</i>	229
C. Scierter – <i>Tellabs v. Makor</i>	230
D. Reliance en fraud-on-the-market – <i>Amgen v. Connecticut Retirement Plans</i>	231
E. Loss causation – <i>Dura v. Broudo</i>	233
4. Overige materieelrechtelijke en procesrechtelijke beperkingen	235
A. <i>Morrison v. NAB</i>	235
B. Verjaring en de discovery rule – <i>Merck v. Reynolds</i>	236
C. Stuiting – <i>CalPERS v. ANZ</i>	237
5. De balans	239

INLEIDING

*T.M.C. Arons, J. de Bie Leuveling Tjeenk, D. Busch & C.J.M. Klaassen*¹

1. Aanleiding, object en doelstelling van het onderzoek

De aanleiding voor deze bundel is gelegen in het feit dat bijna 25 jaar geleden het collectief actierecht in het Burgerlijk Wetboek is gecodificeerd. Bij wet van 6 april 1994² is art. 3:305a BW in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Per 1 juli 1994 is dit artikel van kracht geworden.³ Op grond van art. 3:305a BW kan een belangenorganisatie (vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of een stichting) een rechtsvordering instellen tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen die zij ingevolge haar statuten behartigt. Anders dan bij vertegenwoordiging krachtens volmacht kan deze 305a-organisatie in *eigen* naam en *ten behoeve van* de achterban rechtsvorderingen instellen.⁴ Tot op heden kan deze rechtsvordering niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld (art. 3:305a lid 3 laatste zin BW).

1 Prof. mr. drs. T.M.C. Arons is hoogleraar Financieel recht en Collectief verhaalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel bij de Vereniging van Effectenbezitters te Den Haag. Prof. mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk is hoogleraar Corporate Litigation vanwege de Vereniging Corporate Litigation aan de Vrije Universiteit en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Prof. mr. D. Busch is als hoogleraar Financieel recht verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht), Radboud Universiteit te Nijmegen. Tevens is hij gasthoogleraar aan de Université de Nice Côte d'Azur, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano en Università degli Studi di Genova, lid van de Tuchtcommissie Banken en lid van de Commissie van Beroep van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid). Prof. mr. C.J.M. Klaassen is hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht), Radboud Universiteit te Nijmegen en tevens Bijzonder hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Curaçao (UoC).

2 *Stb.* 1994, 269.

3 *Stb.* 1994, 391.

4 Dit optreden in eigen naam en ten behoeve van de achterban wordt nogal eens verward met vertegenwoordiging krachtens volmacht. Zie onder meer ook recent de Minister van Veiligheid en Justitie: *Kamerstukken II* 2013/14, 840, Aanhangsel, p. 3, Antwoord 9: "Een vereniging of stichting kan namens ondernemers (anoniem) naar de rechter stappen en vragen om overeenkomsten met onredelijke betaaltermijn te wijzigen of om nakoming van de overeengekomen betaaltermijn te vorderen." (onderstreping, red.).

In de bijna 25 jaar na invoering heeft deze bevoegdheidsgrondslag vele juristen en belangengroeperingen bezig gehouden. Na herhaaldelijke aansporing hiertoe door de Tweede Kamer (Motie Dijkema)⁵ heeft de regering op 7 juli 2014 een Ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie ter uitvoering van de Motie Dijkema, openbaar gemaakt.⁶ Na consultatie van de zogenoemde Juristengroep⁷ heeft de regering op 17 november 2016 een wetsvoorstel aangeboden waarin het verbod voor belangenorganisaties om een schadevergoeding in geld te vorderen voor de groep gelaedeerden voor wie zij opkomt, komt te vervallen.⁸ Ook wordt in dit wetsvoorstel voorzien in een andere vormgeving van de collectieve actie. Dit wetsvoorstel is thans nog in behandeling in de Tweede Kamer en vormt een rode draad in deze bundel. Op 11 april 2018 heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel voor representatieve acties ter collectieve bescherming van consumentenbelangen openbaar gemaakt.⁹ De Europese Commissie streeft naar aanvaarding van dit richtlijnvoorstel in de haar resterende termijn (uiterlijk mei 2019).¹⁰ De gevolgen van dit Europese voorstel zijn in deze bundel nog niet meegenomen.¹¹

Deze bundel beoogt een overzicht te bieden van actuele kwesties die de verdere vormgeving van het Nederlands collectief actierecht bepalen. De implicaties van het wetsvoorstel worden belicht vanuit het perspectief van de aangesproken partij en de belangenorganisatie. Daarnaast speelt de kwestie van de (derden)financiering van de collectieve actie een belangrijke

5 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 XIII, 14 (Brief aan de Tweede Kamer).

6 <https://www.internetconsultatie.nl/motiedijkema/details>.

7 Aanbevelingen van deze Juristengroep: Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3 (MvT).

8 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 2.

9 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EC, COM(2018)184 final – 2018/089 (COD).

10 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité. Een “New Deal” voor consumenten, COM(2018)0183 final.

11 De Minister geeft in een brief aan de Tweede Kamer van 20 juni 2018 aan dat het richtlijnvoorstel geen belemmering is voor de voortgang van het wetsvoorstel. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 608, nr. 11. De Tweede Kamer heeft in een procedurevergadering van woensdag 20 juni 2018 de Minister verzocht een technische briefing te laten verzorgen over de samenhang van het wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie en de richtlijn representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten (agendapunt 60). Deze briefing zal plaatsvinden op 11 september 2018.

rol. Zoals in de Fortis-zaak bij het Hof Amsterdam duidelijk werd, speelt deze kwestie in de praktijk een steeds belangrijker rol bij de vraag of er sprake is van daadwerkelijke behartiging van de belangen van de achterban.¹² In de Fortis-zaak is het Hof Amsterdam verzocht een door verschillende belangenbehartigers en de rechtsopvolger van Fortis, Ageas, gesloten schikking verbindend te verklaren. Het Hof heeft op 13 juli 2018 de schikking verbindend verklaard.

Ook de vormen van collectieve geschilbeslechting buiten de 305a-procedure komen in deze bundel aan bod. Dit doet zich onder meer voor bij massageschilbeslechting ten aanzien van kartels. Een claimvehikel dat is opgericht door de procesfinancier (meestal een stichting of een BV) procedeert tegen één of meer kartellisten op grond van de aan hem gecedeerde vorderingen.

Tot slot is ook het internationale element niet weg te denken. Gezien het wetsvoorstel waarin gekozen wordt voor een vorm van een lead plaintiff (exclusieve belangenbehartiger) mag een beschouwing over de Amerikaanse securities class action-praktijk niet ontbreken. Tot slot komen ook de grensoverschrijdende kwesties – met name de internationaal privaatrechtelijke aspecten van rechtsmacht, litispending en aanhouding – aan de orde. In de kern bevat deze bundel een analyse van, en commentaar op, het huidige en mogelijk toekomstig collectief actieregime en de nog niet in het wetsvoorstel geadresseerde kwesties.

Het doel van de codificatie en invoering van het collectieve actie-recht in 1994 was het bieden van een effectieve en efficiënte rechtsbescherming aan een (grote) groep gelaedeerden met gelijksoortige belangen.¹³ Het wetsvoorstel waarin een collectieve schadevergoedingsactie wordt ingevoerd streeft daarnaast naar een balans tussen het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims.¹⁴ Ook de Europese wetgever streeft deze doelen

12 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257; Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368; Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422.

13 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 3. Zie ook: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR2014:766 (*VEB/Deloitte c.s.*), r.o. 3.4.1.1 waarin wordt verwezen naar HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *NJ* 2011/473 m.nt. HJS.

14 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 1.

na en wil daarnaast lagere kosten en grotere rechtszekerheid voor benadeelden, gedaagden en het rechterlijk systeem bewerkstelligen. Bovendien moeten naast elkaar lopende juridische procedures over dezelfde kwestie worden vermeden.¹⁵

In de volgende paragraaf (2) staat de huidige praktijk van de collectieve actie zoals deze zich heeft ontwikkeld vanaf 1994 tot heden centraal. In paragraaf 3 zullen kort het wetsvoorstel en het richtlijnvoorstel worden weergegeven. Paragraaf 4 bevat een kort overzicht van de inhoud van bijdragen in deze bundel.

2. Ontwikkeling collectief actierecht

Door de wettelijke invoering van het collectieve actierecht in art. 3:305a BW diende de toegang tot het recht te worden vergroot en vergemakkelijkt.¹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de noodzaak hiertoe is gelegen in het feit dat bepaalde benadeelden uit financiële overwegingen of vanwege de tijd die ermee is gemoeid, geen procedure starten tot verwezenlijking van hun individuele rechten. Dat zou tot een ongewenste situatie leiden. Collectieve acties bieden hiervoor de oplossing. Met de toekenning van de vorderingsbevoegdheid aan belangenorganisaties beoogde de wetgever verbetering van de rechtsbescherming te bieden in gevallen waarin individuen niet bereid of in staat waren hun belangen door het instellen van een rechtsvordering te verdedigen.¹⁷

Een 305a-organisatie kan op grond van art.3:305a lid 1 BW een rechtsvordering¹⁸ instellen tot bescherming van de achterban.

15 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EC, COM/2018/0184 final – 2018/089 (COD), p. 2.

16 *Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 3.* Zie ook: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, "Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal", COM(2013) 401 final, p. 2; Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU recht ontleende rechten, C(2013)3539.

17 *Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3 (MvT), p. 26.*

18 Het gaat daarbij niet alleen om vorderingen die bij dagvaardingsprocedure worden ingesteld. Een 305a-organisatie mag ook in een verzoekschriftprocedure optreden. In een verzoekschriftprocedure wordt feitelijk geen rechtsvordering ingesteld, terwijl de letterlijke lezing van art. 3:305a lid 1 BW 305a-organisaties alleen

Art. 3:305a lid 2 BW bepaalt dat een 305a-organisatie niet ontvankelijk is indien zij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken. Een 305a-organisatie is evenmin ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de achterban onvoldoende zijn gewaarborgd (art. 3:305a lid 2 laatste zin BW).¹⁹ De rechter dient te toetsen of de belangen van de achterban van de 305a-organisatie voldoende zijn gewaarborgd.²⁰ Het opnemen van deze ontvankelijkheidsvoorwaarde biedt de rechter een handvat om kritisch te beoordelen of de belangen van de achterban voldoende worden gewaarborgd.²¹ Als de rechter twijfelt aan de motieven voor het instellen van deze actie kan hij ingrijpen. De rechter kan daarmee voorkomen dat bepaalde 305a-organisaties (en daaraan gelieerde partijen) het collectief actierecht gebruiken om hun eigen commercieel gedreven motieven na te streven.²²

de bevoegdheid geeft een rechtsvordering in te stellen. Zie: Conclusie van A-G Timmerman, 12 juli 2013, ECLI:NL:PHR:2013:172, o.v.w. 3:184 bij HR 6 december 2013 ECLI:NL:HR:2013:1586, Ondernemingsrecht 2014/40 m.nt. S.M. Bartman. *JOR* 2014/65, m.nt. M. Holtzer (*VEB/Fortis*).

19 Deze extra ontvankelijkheidstoets is ingevoerd bij Wet van 26 juni 2013 tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Stb.* 2013, 255 en per 1 juli 2013 in werking getreden, *Stb.* 2013, 256.

20 Art. 3:305a lid 2 (laatste zin) BW.

21 De ontvankelijkheidseis dat de organisatie representatief moet zijn, zoals bij de WCAM procedure (art. 7:907 lid 3 sub f BW), is uitdrukkelijk door de Minister afgevoerd, op advies van de RvS, omdat deze onvoldoende is omljnd en uitgekristalliseerd. Uiteenlopende betekenissen kunnen daaronder schuil gaan. De Minister verwerpt de stelling dat om aan het criterium “voldoende waarborgen van de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld” (art. 3:305a BW en 7:907 lid 3 onder e BW) te voldoen de 305a-organisatie in de kring van belanghebbenden over een voldoende achterban moet beschikken. Het aantal benadeelden dat aangesloten is bij de organisatie is inderdaad een belangrijke aanwijzing dat aan dit criterium is voldaan. Het is echter geen formeel vereiste omdat dit niet altijd doorslaggevend hoeft te zijn. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 33 126, nr. C (MvA), p. 2.

22 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 126, nr. C (MvA), p. 1-2. Zie ook: Claimcode van de Commissie Claimcode 2011. Het Hof Amsterdam gaat er in zijn verbindendverklaring van de schikking in de Converium-zaak vanuit dat deze Code sinds 1 januari 2012 van toepassing is op 305a-stichtingen, Zie Hof Amsterdam 17 januari 2012 ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026, r.o. 10.4. In Principe II van deze Code staat dat uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheid en de governance van de stichting blijkt dat de stichting en de aan de stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten.

Om te beoordelen of de belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd, zal op zijn minst duidelijk moeten zijn welke belangen de 305a-organisatie behartigt en hoeveel personen zij representeert.²³ Als een 305a-organisatie met oneigenlijke motieven een collectieve actie instelt, kan dit in bepaalde gevallen worden aangemerkt als misbruik van procesbevoegdheid (art. 3:13 jo 3:15 BW).²⁴

Op grond van art. 3:305a lid 3 BW kan een 305a-organisatie geen vordering instellen die strekt tot schadevergoeding in geld. Het verbod van art. 3:305a lid 3 BW heeft alleen betrekking op schadevergoedingsvorderingen in geld en dus niet op andere vorderingen in geld. Zo kan een 305a-organisatie wél vorderen dat de gedaagde een bepaalde geldsom aan de leden van een gedefinieerde groep moet terugbetalen op grond van onverschuldigde betaling of aan een ongedaanmakingsverplichting ex art. 6:271 BW voldoet.²⁵ Hierbij moet worden benadrukt dat bij toewijzing de gedaagde zal worden veroordeeld om *rechtstreeks* aan de belanghebbenden de hun toekomende bedragen te betalen. De 305a-organisatie noch een andere rechtspersoon wordt hierbij als “tussenpersoon” gebruikt die voor de verdeling van de collectieve schadevergoedingssom naar rato van de vorderingen zorg draagt.²⁶

Het verbod voor een 305a-organisatie tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding in geld heeft geleid tot procedures waarin de 305a-organisatie één of meerdere verklaringen voor recht vordert. De verklaring voor recht kan slechts inhouden dat de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld. Op basis van de door de rechter afgegeven verklaringen voor recht (te weten dat de gedaagde onrechtmatig heeft

23 Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 3 (MvT), p. 12-13.

24 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 3 (MvT), p. 13.

25 Zie N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Serie Recht en Praktijk, deel 81, Deventer: Kluwer 1994, p. 148 verwijzend naar MvT., pp. 29-30 en MvA, pp. 12 en 17-19.

26 Zie Frenk (1994), p. 148, verwijzend naar *Handelingen Tweede Kamer*, 28 oktober 1993, pp. 1303-1305 en 1310-1311. Vgl. ook de positie van de rechtspersoon die ingevolge de WCAM-vaststellingsovereenkomst de vergoedingen verstrekt aan personen die op grond van deze overeenkomst daartoe gerechtigd zijn. Deze rechtspersoon is op straffe van afwijzing van het verzoek tot verbindendverklaring partij bij deze overeenkomst (art. 7:907 lid 3 sub h). Deze laatste rechtspersoon, ook wel als “administrator” aangeduid, staat los van de 305a-organisatie en de beweerdelijke laedens; hij draagt alleen zorg voor de uitdeling van de schadevergoedingssom onder de gerechtigden hiertoe krachtens de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst.

gehandeld jegens de groep van gelaedeerden) zal de volgende stap gezet moeten worden. Kort gezegd zijn er vervolgens twee opties. Optie 1 is dat partijen een schikking bereiken, die – al dan niet op grond van de WCAM (later hierover meer) – verbindend wordt voor de achterban. Optie 2 is dat de individuele gedupeerden doorprocederen op basis van de toegewezen verklaringen voor recht. Uiteindelijk kan dan een executoriale titel door het individu worden verkregen.²⁷

De verklaringen voor recht kunnen tevens inzicht geven hoe de rechter in diverse casusposities aankijkt tegen kwesties van schade, causaliteit en eigen schuld. In beginsel wordt over deze kwesties door de rechter geoordeeld in de tweede fase waarin individuele schadevergoedingsvorderingen aan hem worden voorgelegd. Bij deze kwesties kan zich immers het probleem voordoen dat dit noodzakelijk individueel moet worden vastgesteld. Volgens de parlementaire geschiedenis vallen vragen over schade, causaliteit en eigen schuld, mede vanwege het vereiste dat de vorderingen zich uit proceseconomisch oogpunt moeten lenen voor gebundelde behandeling, in principe buiten het bestek van de collectieve actie.²⁸ Dergelijke vragen vergen een individuele beoordeling per gelaedeerde.

Overigens kan voor (rechts)vragen die bij de beoordeling van vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, dan wel voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet, ook het instrument van de prejudiciële vraag worden gebruikt.²⁹ Dat kan gebeuren in een collectieve actie of in een individuele (voorbeeld)procedure.

De huidige collectieve actie is bedoeld om een rechterlijk oordeel te krijgen dat voor de hele groep van belang is. In de individuele schadevergoedingsprocedures kan het individu vervolgens een beroep doen op de door de 305a-organisatie verkregen verklaring(en) voor recht. De uitspraak

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 6, p. 4.

28 *Zie Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3 (MvT), pp. 29-30 en MvA, pp. 12 en 17-19, Frenk (1994), p. 148.

29 *Zie: artt. 392 t/m 394 Rv ingevoerd bij Wet van 9 februari 2012 (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad), Stb. 2012, 65 en per 1 juli 2012 in werking getreden (Stb. 2012, 166).*

in de collectieve actie heeft weliswaar alleen gezag van gewijsde tussen partijen, maar het ligt in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in individuele vervolgproudures.³⁰

De Wet collectieve afwikkeling massaschade ("WCAM") is in werking getreden op 27 juli 2005³¹ en later gewijzigd bij wet van 26 juni 2013.³² De WCAM maakt het mogelijk om een overeenkomst over de afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige schadevorderingen tussen een 305a-organisatie en de aangesproken partij(en) ("WCAM Overeenkomst"), door de rechter verbindend te laten verklaren voor alle benadeelden of voor een groep van hen.

De materieelrechtelijke bepalingen van de WCAM staan in art. 7:907-910 BW, de formeelrechtelijke bepalingen staan in art. 1013-1018 Rv. Het Hof Amsterdam is bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van het verzoek tot verbindendverklaring van een WCAM Overeenkomst.³³

Het Hof Amsterdam kan het verzoek tot verbindend verklaring van een WCAM Overeenkomst afwijzen in een paar gevallen.³⁴ De vraag of de belangen van de personen ten behoeve van wie de schikking is gesloten voldoende gewaarborgd zijn, is door het Hof Amsterdam in de Fortis-zaak

30 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201; JOR 2010/43 m.nt. C.E. du Perron.

31 *Stb.*2005, 380.

32 *Stb.* 2013, 255. Hierover o.a. C.J.M. Klaassen, De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade "en nog wat van die dingen", *Ars Aequi* 2013, p. 627-639.

33 Art. 1013 lid 3 Rv

34 Art. 7:907 lid 3 BW: "De rechter wijst het verzoek af indien: a. de overeenkomst niet aan lid 2 voldoet; b. de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade; c. onvoldoende zeker is dat uit de overeenkomst voortvloeiende rechten van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, kunnen worden nagekomen; d. de overeenkomst niet voorziet in de mogelijkheid van een onafhankelijke beslechting van geschillen die uit de overeenkomst kunnen voortvloeien door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn; e. de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins onvoldoende gewaarborgd zijn; f. de in lid 1 bedoelde stichtingen of verenigingen niet voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten; g. de groep van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten van onvoldoende omvang is om een verbindendverklaring te rechtvaardigen; h. er een rechtspersoon is die ingevolge de overeenkomst de vergoedingen verstrekt, en deze geen partij is bij de overeenkomst."

ook getoetst en gerelateerd aan de vergoedingen die de belangenorganisaties rechtstreeks ontvangen van de aangesproken partij en aan de financieringsmodellen (waaronder de invloed van en afdracht van een percentage van de schadevergoeding aan de derdefinancier).³⁵

Het hof moet ook toetsen of de hoogte van de toegekende vergoedingen *redelijk* is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade. Het hof moet zich ook een oordeel vormen over de aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen (beweerdelijke veroorzaker en slachtoffers) bestaande rechtsverhouding.³⁶

Van het hof wordt bij de redelijkheidstoets van art. 7:907 lid 3 BW een actieve houding verwacht.³⁷

Bij deze redelijkheidstoets kan het hof zich laten informeren door één of meerdere deskundigen.³⁸ Ook heeft het hof op grond van art. 7:907 lid 4 BW de bevoegdheid, alvorens te beslissen, de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. Deze aanvulling of wijziging kan echter alleen gebeuren met instemming van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten. Ook kan het hof deze partijen de gelegenheid geven de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. De aanvulling of wijziging wordt dan vermeld in de beschikking tot verbindendverklaring. De rechter kan dus niet eigener beweging de overeenkomst aanvullen of wijzigen. De partijen bij de overeenkomst dienen derhalve overeenstemming te bereiken over de aanvulling of wijziging, wil de overeenkomst verbindend kunnen worden verklaard.³⁹

Zodra het verzoek tot verbindendverklaring is toegewezen, heeft de WCAM Overeenkomst tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij ieder der gerechtigden als partij geldt.⁴⁰ De verbindendverklaring heeft geen gevolgen aanzien van "opt-outers" die binnen een door de rechter te bepalen

35 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257; Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368 en Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422.

36 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 13.

37 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 414, nr. C, p. 6. Zie ook Zie A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Van corporate litigation naar corporate settlement. Het wetsontwerp collectieve afwikkeling massaschade', in: G. van Solinge e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 142.

38 Art. 1016 Rv.

39 Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 16.

40 Art. 7:908 lid 1 BW.

termijn door een schriftelijke mededeling aan de WCAM overeenkomst aangewezen (rechts)persoon⁴¹ hebben laten weten niet gebonden te willen zijn aan de WCAM Overeenkomst.⁴²

De eerder genoemde wetwijziging van 2013 voorziet onder andere in de invoering van een preprocesuele comparitie⁴³ en in verbetering van de mogelijkheden om binnen een faillissement gebruik te maken van de WCAM.⁴⁴ Deze wetwijziging voorziet er tevens in dat vorderingen waarop schuldeisers krachtens een door de curator gesloten en vervolgens verbindend verklaarde WCAM Overeenkomst aanspraak maken, niet ter verificatie behoeven te worden ingediend. De afwikkeling van deze vorderingen verloopt dan langs twee sporen: de WCAM procedure vervangt de kostbare en tijdrovende verificatieprocedure, waarna de aanspraken krachtens de WCAM Overeenkomst vervolgens door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de gewone regeling van de vereffening worden voldaan.⁴⁵ In de DSB-procedure is van deze mogelijkheid voor het eerst gebruik gemaakt.

Op basis van de WCAM zijn tot op heden zeven schikkingen verbindend verklaard: *Des*⁴⁶, *Dexia* (Duisenberg-regeling)⁴⁷, *Vie d'Or*⁴⁸, *Shell*⁴⁹, *Vedior*⁵⁰, *Converium*⁵¹- en *DSB*⁵². De Fortis-schikking is op 13 juli 2018 door het Hof Amsterdam verbindend verklaard. Rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt tot op heden in WCAM zaken. Dat laat zich verklaren

41 HR 9 december 2016, ECLI:HR:2016:2822; *JOR* 2017/9 m.nt. T.M.C. Arons.

42 Art. 7:908 lid 2 BW.

43 Art. 1018a Rv.

44 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 1

45 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 8

46 Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440, *NJ* 2006, 461, *JAR* 2006/88 (*DES-beschikking*).

47 Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, *NJ* 2007, 427, *JBPr* 2007/39 m.nt. Chr.F. Kroes, *JOR* 2007/71 m.nt. A.F.J.A. Leijten, *NJF* 2007, 266 (*Duisenberg-regeling*).

48 Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717, *NJ* 2009, 247, *JOR* 2009/196 m.nt. A.F.J.A. Leijten onder *JOR* 2009/197, *NJF* 2009, 247 (*Vie d'Or-beschikking*).

49 Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744, *NJ* 2009, 506, *JOR* 2009/197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell-beschikking*).

50 Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691, *JOR* 2009/325 m.nt.

A.C.W. Pijls, *Ondernemingsrecht* 2009/162 m.nt. B.J. de Jong (*Vedior-beschikking*)

51 Hof Amsterdam 12 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908, *JOR* 2011/46, m.nt. J.S. Kortmann; *Ondernemingsrecht* m.nt. H. van Lith; *JBPR* 2011/32 m.nt. M.W.F. Bosters (*Converium & VEB/Liechtensteinische Landesbank AG e.a.*)

52 Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560, *JOR* 2015/10 m.nt. I.N. Tzankova ; *JIN* 2014/220 m.nt. F. Oostlander, *JOR* 2015/10 m.nt. I.N. Tzankova (*Schimmelpenninck & Knüppe qq., Stichting Steunfonds Probleemhypotheek e.a./x e.a.*).