



Ministerie van Veiligheid en Justitie

mr. I.W. Opstelten

Postbus 20301

2500 EH Den Haag

Den Haag, 29 september 2014

Kenmerk: B14.29

Betreft: Voorontwerp wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie

Geachte heer Opstelten,

Graag maakt Eumedion gebruik van de mogelijkheid te reageren op het consultatiedocument d.d. 7 juli 2014 betreffende het voorontwerp voor het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie (hierna: het voorontwerp). Het voorontwerp introduceert een collectieve schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenorganisaties die opkomen namens een groep gedupeerden met gelijksoortige belangen. Onder het huidige recht kan in een collectieve actie geen schadevergoeding in geld worden gevorderd.¹ Met het voorontwerp wordt beoogd uitvoering te geven aan de motie-Dijksma uit 2011 betreffende collectief schadeverhaal.² Het voorontwerp volgt op een recente wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade ('WCAM') waarbij (i) ter vergroting van de onderhandelingsbereidheid van partijen een preprocessuele comparitie is ingevoerd en (ii) het ontvankelijkheidscriterium is geïntroduceerd dat, kort gezegd, inhoudt dat de belangen van de betrokken personen met de collectieve actie voldoende moeten zijn gewaarborgd.³

¹ Artikel 3:305a lid 3, laatste volzin, BW. Wel kan bijvoorbeeld een verklaring voor recht worden gevorderd dat beleggers op onrechtmatige wijze zijn misleid.

² Motie Dijksma c.s. van 8 november 2011 (kamerstukken 33 000 XIII, nr. 14).

³ Wet van 26 juni 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, Stb. 255).

1. Algemeen

Eumedion kan zich vinden in het doel van het voorontwerp om een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade in een collectieve actie te bevorderen en daarbij te streven naar een juiste balans tussen de belangen van gedupeerden om hun rechten te verwezenlijken en de belangen van aangesprokenen om beschermd te zijn tegen ongefundeerde of lichtvaardigde massaclaims.⁴ Het principe van het voorontwerp is een welkome en noodzakelijke aanvulling op de al bestaande regeling van artikel 3:305a BW en de WCAM. De volgende stap naar een voldragen collectief actierecht wordt daarmee gezet. De wetgever heeft een duidelijke visie aan de dag gelegd met een ‘totaalpakket’ aan (voorgestelde) regelingen waardoor tot een effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade kan worden gekomen in gevallen die daartoe aanleiding geven. Het ministerie heeft zich bijzonder ingespannen om een regeling te concipiëren die niet alleen uitvoering geeft aan de motie-Dijksma, maar ook voldoende recht doet aan alle betrokken deelbelangen.

De bij Eumedion aangesloten institutionele beleggers onderscheiden zich van sommige andere beleggers doordat zij ernaar streven om goede corporate governance en duurzaamheid te bevorderen bij beursvennootschappen door zich als betrokken en verantwoord aandeelhouder te gedragen. Dit doen zij niet alleen vanwege hun maatschappelijke positie, maar ook omdat zij de overtuiging hebben dat betrokken aandeelhouderschap uiteindelijk tot goede ondernemingsprestaties leidt en daarmee rendement op de lange termijn kan opleveren.

Helaas gaat het wel eens mis. Door gebrekkige informatie of zelfs ronduit foutieve informatie van beursvennootschappen kunnen institutionele en andere beleggers – in plaats van rendement te boeken – massaal schade lijden. Hoewel pensioenfondsen en andere institutionele beleggers van nature bepaald niet staan te springen om te procederen, kan betrokken aandeelhouderschap dan meebrengen dat zij zich actief inspannen om de geleden schade te verhalen, mede in het licht van de verantwoordelijkheid die zij hebben jegens hun achterliggende begunstigen (waaronder pensioengerechtigden en verzekerden).

Met name in een aantal zaken van door beleggers geleden massaschade heeft de totstandkoming van een schikking op grond van de WCAM lang op zich laten wachten en blijven gedupeerden langdurig met hun schade zitten, mede doordat aansprakelijke vennootschappen aanvankelijk niet of slechts in beperkte mate onderhandelingsbereid waren. Het voorontwerp beoogt de gewenste ‘stok achter de deur’ te bieden om een weigerachtige aangesproken partij alsnog op te dragen mee te werken aan onderhandelingen over collectief verhaal van geleden massaschade. Eumedion ondersteunt daarbij het streven dat de collectieve schadevergoedingsprocedure er zo veel mogelijk op gericht is dat partijen, onder regie van de rechter, trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van massaschade te komen door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

⁴ Conceptmemorie van toelichting, p. 1.

Bovenstaande neemt niet weg dat er ook belangrijke bedenkingen zijn te plaatsen bij het voorontwerp. In algemene zin betwijfelt Eumedion of het voorontwerp in alle opzichten de efficiënte en effectieve collectieve schadevergoedingsprocedure oplevert die het beoogt te bieden. De nieuwe, stevige ontvankelijkheidseisen voor een collectieve actie, de tamelijk rigide *scope rule* en de ‘stapsgewijze benadering’ die uit wel erg veel stappen bestaat, voeden deze twijfels.⁵ Uiteraard dienen er waarborgen te zijn tegen het risico dat beurs- en andere vennootschappen al te gemakkelijk met ongefundeerde collectieve claims worden geconfronteerd (de vermeende ongewenste claimcultuur). Aandeelhouders van die vennootschappen, waaronder deelnemers van Eumedion, hebben er immers ook geen baat bij dat vennootschappen worden belaagd door potentiële juridische procedures die kant noch wal raken maar wel managementcapaciteit vergen en een flinke advocatenrekening opleveren. Tegelijkertijd dient de collectieve schadevergoedingsprocedure wel voldoende toegankelijk te zijn voor ten minste rechtspersonen die gedupeerden vertegenwoordigen die een significant aandeel hebben in de massaschade. De procedure dient niet onnodig stroperig te worden opgetuigd. Gewaakt dient te worden voor het risico dat de nieuwe procedure maar weinig zal worden benut waarmee hij zijn doel – het bieden van een efficiënte en effectieve procedure voor afwikkeling – voorbij schiet. Hieronder zullen wij onze opmerkingen nader toelichten.

2. Toegang pensioenfondsen en andere institutionele beleggers

Eumedion vindt het teleurstellend dat het voorontwerp er niet in voorziet om pensioenfondsen en beleggingsinstellingen rechtstreeks toegang te bieden tot de collectieve schadevergoedingsactie. In een voorkomend geval van massaschade worden zij gedwongen om een aparte stichting of vereniging op te richten om hun schade van de schadeveroorzakende vennootschap vergoed te krijgen. Dit is onnodig belemmerend, kostbaar en omslachtig.

Wezenskenmerk van pensioenfondsen en beleggingsinstellingen is dat het *collectieve* vormen van (pensioen)vermogensopbouw betreft. Wanneer één of meer pensioenfondsen door toedoen van een beursvennootschap waarin belegd is onverhoopt financiële schade lijden, dan komt deze schade economisch gezien ook volledig voor rekening van het collectief (gepensioneerden en pensioendeelnemers). Het is opmerkelijk dat de *collectieve* schadevergoedingsregeling niet rechtstreeks open staat voor een pensioenfonds om bij een dergelijk geval van collectief geleden pensioenschade tot een bevredigende schadeafwikkeling te komen.

Natuurlijk is in formeel-juridische zin het pensioenfonds zelf de gedupeerde belegger. Het pensioenfonds belegt echter uitsluitend in het belang van en voor risico van een massale groep van pensioengerechtigden. Miljoenen Nederlanders beleggen – vaak wettelijk verplicht – via pensioenfondsen en/of beleggingsinstellingen in (beurs)vennootschappen wereldwijd ten behoeve van hun oudedagvoorziening. Zij hebben er evident groot belang bij dat voldoende pensioenvermogen wordt opgebouwd, dat de pensioenpremies prudent worden belegd en dus ook dat onverhoopt geleden beleggings schade wordt vergoed. Dit belang is ondeelbaar en het beste collectief te

⁵ Conceptartikel 3:305a lid 5 BW (ontvankelijkheid), conceptartikel 3:305a lid 6 BW (*scope rule*) en conceptartikelen 1018e tot en met 1018g Rv (stapsgewijze benadering).

behartigen. Achterliggende begunstigen kunnen niet direct zelf invloed uitoefenen op de manier waarop pensioenfondsen hun vermogensbeheertaken uitvoeren. Het is vooral daarom belangrijk dat pensioenfondsen in hun optreden bij beleggingschade zich ten behoeve van het collectief van begunstigen kunnen opstellen.⁶

De collectieve schadevergoedingsactie dient ook voor pensioenfondsen en beleggingsinstellingen toegankelijk te zijn om de financiële massaschade die zij hierbij onverhoopt door toedoen van een schadeveroorzaker kunnen lijden (gedeeltelijk) vergoed te krijgen. Pensioenfondsen en beleggingsinstellingen dienen derhalve voor die situaties te worden aangemerkt als vorderingsgerechtigde in de zin van artikel 3:305a lid 1 en lid 5 BW. Het voorontwerp dient op dit punt te worden aangevuld.

3. Nieuwe ontvankelijkheidseisen

Voor het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie introduceert het voorontwerp, in aanvulling op de bestaande ontvankelijkheidscriteria van art. 3:305a lid 1 en lid 2 BW, vijf aanvullende ontvankelijkheidscriteria.⁷ De noodzaak voor deze vijf ontvankelijkheidscriteria wordt met name gemotiveerd door te verwijzen naar de vermeende onwenselijke claimcultuur. Er wordt in dat verband onder meer gewezen op het risico op *blackmail settlements*, gevaar van langsepende en kostbare procedures, verstoring van relaties, verharding van standpunten en reputatieschade.⁸

Deze onderbouwing vindt Eumedion niet zonder meer overtuigend. Het risico op *blackmail settlement* wordt, zoals in de conceptmemorie van toelichting wordt opgemerkt, ondervangen doordat de schadeafwikkeling plaatsvindt op basis van door partijen voorgestelde schadecategorieën. Het gevaar van langsepende procedures over individuele gevallen van schadevaststelling wordt daarmee al behoorlijk ondervangen. Bovendien kunnen partijen de lengte en de duur van het proces zelf beperken door werkelijk onderhandelingsbereidheid aan de dag te leggen. Verder kan de wetgever zelf een bijdrage leveren aan de lengte en de duur van het proces door de wettelijke regeling voor de collectieve schadevergoedingsprocedure zo gestroomlijnd mogelijk op te stellen. Het is in dat verband opvallend dat in de nieuw voorgestelde ontvankelijkheidseisen diverse elementen zijn opgenomen die een stevige materiële en daarmee arbeidsintensieve rechterlijke toetsing vergen.

Het is verder juist dat er rondom een collectieve schadevergoedingsactie sprake kan zijn van verstoorde relaties en verharde standpunten. Echter, de vraag is of de oorzaak daarvan in de regel gelegen is in de schadevergoedingsprocedure of juist in de feitelijke gebeurtenis die tot de massaschade heeft geleid, welke vermoedelijk aan de aangesproken partij kan worden toegerekend. Eumedion meent dat het laatste het geval is.

⁶ D. Ozmis en I. N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2012, nr. 2, p. 33-42.

⁷ Conceptartikel 3:305a lid 5 BW.

⁸ Conceptmemorie van toelichting, p. 12.

Niettemin lijken er andere goede redenen te bestaan om bijzondere eisen te stellen aan de ontvankelijkheid in een collectieve schadevergoedingsprocedure. De praktijk van de gewone collectieve actieprocedure van art. 3:305a BW heeft meermaals uitgewezen dat zich vele belangenbehartigers melden, die allemaal verkondigen namens alle gedupeerden op te treden. Dit leidt soms tot een onoverzichtelijke wirwar van langlopende en voor partijen belastende juridische procedures.⁹

Eumedion heeft de indruk dat de gedupeerden met deze praktijk maar in beperkte mate zijn gediend, omdat zij – voor alles – binnen een redelijke termijn een zo groot mogelijk deel van hun vergoeding tegemoet willen zien. Evenmin lijkt de aangesproken partij ermee gediend, omdat deze, wanneer haar verantwoordelijkheid voor het schadeveroorzakende handelen eenmaal is vast komen te staan, naar verwachting snel tot een afwikkeling van de schade zal willen komen om de ‘blik weer op de toekomst’ te kunnen richten. Bovendien rijst de vraag hoe collectief en efficiënt de schadeafwikkeling werkelijk is als ten aanzien van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis vele verschillende (collectieve) procedures worden gevoerd over een zeer lange tijdsspanne.

Het gaat Eumedion te ver om te verlangen, zoals in sommige andere jurisdicties het geval is, om belangenorganisaties aan voorafgaande goedkeuring door de overheid onderhevig te maken. Maar verzwaarde ontvankelijkheidsvereisten met betrekking tot de representativiteit, expertise, financiële soliditeit, afwezigheid van winstoogmerk en *track record* lijken een zorgvuldige belangenbehartiging en effectieve schadeafwikkeling in collectieve procedures ten goede te kunnen komen. Tegelijkertijd kunnen daarmee claimstichtingen of –verenigingen waarbij commerciële of andere motieven de boventoon voeren, worden geweerd. Hier gaat tevens een preventieve werking vanuit voor toekomstige schadevergoedingsvorderingen van al te opportunistische claimanten, waar onder meer de Amerikaanse Kamer van Koophandel bevreesd voor is.¹⁰

Het voorgestelde lid 5 van artikel 3:305a BW biedt een goede opzet voor een dergelijk verzaamd ontvankelijkheidsregime. Wel valt er nog het nodige op te merken over de verschillende onderdelen: *Onderdeel a*: Eumedion kan zich vinden in het vereiste dat de rechtspersoon die de actie instelt voldoende deskundig dient te zijn en geacht wordt de belangen waarvoor hij opkomt zorgvuldig te behandelen. Het is verder belangrijk dat in dat kader ook de financiering, de kwaliteit van de governance, relevante expertise en het eventueel bestaan van eigen commerciële belangen kunnen worden getoetst.¹¹ Wel vraagt Eumedion aandacht voor de samenhang/overlap met het onlangs inwerking getreden lid 2 van conceptartikel 3:305a BW. Wat is bijvoorbeeld in materiële zin het onderscheid tussen ‘belangen voldoende waarborgen’ en ‘belangen zorgvuldig behandelen’?

⁹ Zie ook B.W.G. van der Velden en A.S.G.M. Raaijmakers, ‘Grenzen van collectieve afdoening in zicht’, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2014/381.

¹⁰ Het Financieele Dagblad, “Massaclaims zijn Amerika’s enige exportproduct dat jullie niet zouden moeten willen”, 25 september 2014, p. 6.

¹¹ Conceptmemorie van toelichting, p. 20.

Onderdeel b: Eumedion kan zich vinden in het vereiste dat de voorliggende rechts- en feitelijke vragen voldoende gemeenschappelijk moeten zijn voor personen ten behoeve van wie de collectieve actie wordt ingesteld.

Onderdeel c: Eumedion heeft twijfels bij de toegevoegde waarde van de zelfstandige eis dat de groep van personen van voldoende omvang moet zijn (*numerosity*-eis). Uit de recent geïntroduceerde ontvankelijkheidstoets van art. 3:305a lid 2 BW, inhoudende dat met de collectieve actie de belangen van de betrokken personen voldoende gewaarborgd dienen te zijn, kan het aantal benadeelden dat aangesloten is bij de belangenorganisatie reeds worden meegewogen.¹² Het vereiste leidt daarmee tot overlap. Bovendien is de omvang van de groep personen voor wie wordt opgekomen niet alleszeggend. Een groot aantal personen, bijvoorbeeld particuliere beleggers, hoeft maar een gering gewicht van de massaschade te vertegenwoordigen die bijvoorbeeld is geleden als gevolg van misleiding door een beursvennootschap. Omgekeerd kan een kleinere groep institutionele beleggers een veel aanzienlijker gewicht van de massaschade vertegenwoordigen en wellicht ook meer professionaliteit en expertise meebrengen. Voor die laatste groep dient de collectieve schadevergoedingsactie ook voldoende open te staan.

Onderdeel d: Eumedion acht het vereiste dat er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden zijn om de schade vergoed te krijgen eveneens overbodig en onwenselijk (*superiority*-eis). Uiteraard dient de collectieve schadevergoedingsprocedure niet lichtzinnig te worden gebruikt. Daarvan kan sprake zijn wanneer er andere, efficiëntere mogelijkheden openstaan om schade te verhalen. Echter, Eumedion is van opvatting dat gedupeerden zelf zeer goed in staat zijn om op grond van een proceseconomische afweging te bepalen wat de meest effectieve en efficiënte wijze is om de schade vergoed te krijgen. In het geval een rechtspersoon toch al te lichtvaardig een collectieve schadevergoedingsactie zou instellen, biedt de wet bovendien reeds bescherming in de vorm van misbruik van procesbevoegdheid (artikel 3:13 jo. 15 BW).

Onderdeel e: Eumedion vindt het vereiste dat de rechtspersoon daadwerkelijk getracht heeft overleg te voeren met de aangesproken partij en dat een termijn van twee weken hiervoor niet voldoende is, overbodig en onwenselijk. Het vereiste om overleg te voeren volgt reeds uit lid 2 van art. 3:305a BW. In het bijzonder wanneer een aangesproken partij niet of nauwelijks bereid tot een gesprek bereid is, valt niet in te zien waarom een termijn van twee weken voor onderhandelingspogingen niet voldoende zou zijn om een collectieve schadevergoedingsprocedure op te starten. Dit geldt temeer nu de collectieve schadevergoedingsprocedure er juist op gericht is om (alsnog) zoveel mogelijk in gezamenlijkheid tot afwikkeling van massaschade te komen.

Gelet op bovenstaande adviseert Eumedion in het definitieve wetsvoorstel de (toelichting op de) onderdelen a en c aan te passen en de onderdelen d en e van conceptartikel 3:305a BW niet op te nemen.

¹² Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 13.

4. Scope rule

Eumedion begrijpt de doelstelling van conceptartikel 3:305a lid 6 BW dat er een zekere band dient te bestaan met de Nederlandse rechtssfeer en dat voorkomen moet worden dat de schadevergoedingsactie negatieve effecten zou hebben in termen van overbelasting van de rechterlijke macht en het schaden van het Nederlandse vestigingsklimaat.¹³ Minstens zo belangrijk vindt Eumedion dat Nederlandse aandeelhouders die getroffen worden door massaschade, veroorzaakt door een Nederlandse of buitenlandse vennootschap, adequate mogelijkheden hebben om, zo nodig via een collectieve schadevergoedingsactie, hun schade af te wikkelen. Wanneer een beursvennootschap die de massaschade heeft veroorzaakt bijvoorbeeld geen Nederlandse vennootschap is, maar wel Nederlandse (institutionele) aandeelhouders of een hoofdnotering op Euronext Amsterdam heeft, zou in beginsel een collectieve schadevergoedingsactie moeten kunnen worden opgestart, zeker als partijen een rechtskeuze hebben gedaan voor Nederlands recht. Dit pleit ervoor om de reikwijdte van de schadevergoedingsactie niet onnodig in te snoeren.

Een voldoende ruim toepassingsbereik zou ten aanzien van beursvennootschappen een zeer bruikbare systematiek kunnen bieden en goed aansluiten op het toepassingsbereik van de bestaande WCAM. Beursvennootschappen trekken immers per definitie kapitaal aan van een wereldwijde groep van beleggers en, omgekeerd, beleggen institutionele beleggers (zoals pensioenfondsen) in een wereldwijde groep van beursvennootschappen. Het zou zeer bewerkelijk en omslachtig zijn als institutionele beleggers zich tot rechters in vele verschillende landen zouden moeten wenden om massaschade te verhalen die zij door toedoen van één en dezelfde beursvennootschap hebben opgelopen.

Bij een meer universeel toepassingsbereik hoeft het Nederlandse 'vestigingsklimaat' ook minder in het gedrang te geraten, voor zover van dat laatste überhaupt sprake zou zijn als gevolg van het voorontwerp. Wanneer de Nederlandse collectieve schadevergoedingsprocedure effectief blijkt en regelmatig toepassing vindt, kan deze juist een positief effect hebben op nieuwe werkgelegenheid van hoogwaardig niveau in Nederland. Niet voor niets wees de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak in zijn recente pleidooi voor de oprichting voor een *commercial court* voor (inter)nationale handelsgeschillen op het feit dat "een centrum met hoogwaardige juridische infrastructuur meehelpt aan een sterke economie en meer banen".¹⁴

In elk geval zou de wetgever zich dienen te onthouden van het in de definitieve versie van het wetsvoorstel opnemen van een stringente rechtsmachtbeperking bovenop de internationale bevoegdheidsregels die reeds voor Nederlandse rechters gelden. Overigens is het ingeval van beleggersschade door beursvennootschappen het soms bijzonder lastig de woonplaats van de getroffen beleggers te achterhalen.¹⁵ Onnodig vergaande limitering van de collectieve schadevergoedingsprocedure voor *internationale* geschillen omtrent massaschade zouden ook hoogst

¹³ Conceptmemorie van toelichting, p. 13.

¹⁴ Speech Frits Bakker, 11 september 2014, ter gelegenheid van Dag van de Rechtspraak (<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Documents/Speech%20Frits%20Bakker,%20Dag%20van%20de%20Rechtspraak,%2011-9-2014.pdf>).

¹⁵ Voorgesteld lid 6 sub b van conceptartikel 3:305a BW.

opmerkelijk zijn in het licht van het feit dat de regering en het parlement al jaren actief en tamelijk succesvol ijveren voor een sterke internationale rechtsorde, met Den Haag als juridische hoofdstad van de wereld.¹⁶

5. Concentratie van zaken

Eumedion kan zich vinden in het voornemen om alle collectieve schadeprocedures te beleggen bij één gespecialiseerde rechtbank.¹⁷ Niet alleen bevordert dat de opbouw van expertise op één plek, maar er wordt ook mee tegengegaan dat bij verschillende rechtbanken collectieve acties aanhangig zijn ten aanzien van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis.¹⁸ Ook wordt het eenvoudiger om nauw verwante collectieve schadevergoedingsacties gevoegd te behandelen.¹⁹ Toch is de concentratie bij één rechtbank niet in alle opzichten zaligmakend. Het betreft in de kern een 'reactieve oplossing' nadat het probleem van meerdere – soms met elkaar tegenstrijdige – collectieve acties tegen dezelfde verweerders is gerezen.

Eumedion meent dat het definitieve wetsvoorstel ook voorzieningen dient te bevatten om al voorafgaand aan de procedure van materiële beoordeling complexe problemen van samenloop van collectieve schadevergoedingsvorderingen te voorkomen. Met de verzwaarde ontvankelijkheidseisen van het voorgestelde lid 5 van artikel 3:305a BW kan al een duidelijke schifting plaatsvinden en kunnen de collectieve schadevergoedingsvorderingen beperkt worden tot die van werkelijk representatieve en duurzame belangenorganisaties (zie hierboven paragraaf 3).

Daarenboven zou de rechter, ambtshalve of op verzoek, de bevoegdheid kunnen worden toegekend om wanneer, ondanks de verzwaarde ontvankelijkheidseisen, toch meerdere collectieve belangorganisaties ontvankelijk zijn in hun vordering ten aanzien van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis te bepalen welke collectieve schadevergoedingsactie daadwerkelijk zal worden uitgeprocedeerd.²⁰ Bij zijn beslissing dient de rechter te letten op zaken als de deskundigheid, expertise, *track record*, omvang van de collectieve vordering en het duurzame representatieve karakter van de belangenorganisatie(s) (*beauty contest*). De aangewezen belangenorganisatie is vervolgens belast met een coördinerende taak ten aanzien van de belangen van – in beginsel – alle gedupeerden in wier belang de verschillende rechtsvorderingen zijn ingediend. Afhankelijk van de aard van het onderwerp en de onderscheiden groepen van gedupeerden zouden mogelijk 'sub leads' kunnen worden aangewezen. Conceptartikel 1018e Rv zou daartoe dienen te worden aangevuld. Vervolgens kan de behandeling over het materiële geschil beginnen.

16 Kamerstukken II 2012/13, 33 401, nr. 2.

17 Conceptartikel 1018b, derde lid, Rv.

18 Conceptmemorie van toelichting, p. 29.

19 Art. 222 Rv.

20 Zie ook Chr. F. Kroes, 'The beauty and the beast? Over 'class actions', de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter' *NTBR* 2008, 36. Zie ook D.F. Lunsingh Scheurleer en F.E. Vermeulen, 'Collectieve acties en prejudiciële vragen in het financiële recht: revisie en integratie', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Serie Onderneming en Recht, deel 78, 2013, p. 284.

Een dergelijke 'aanvullende ontvankelijkheidsfase' zou in de praktijk een belangrijke zeeffunctie kunnen gaan vervullen, doordat een rechter zich in een vroeg stadium kan uitspreken welke belangenorganisatie in het concrete geval het meest geschikt is de collectieve schadevergoedingsactie te voeren namens – in potentie – alle gedupeerden. Een eventuele hierdoor opgelopen vertraging in het begin van de schadeafwikkeling zal naar verwachting tot een bespoediging in de eventuele opvolgende fases leiden en zich uiteindelijk 'terugverdienen'.²¹ Buitenlandse ervaringen laten zien dat als een belangenorganisatie – als enige – door een relatief zware ontvankelijkheidsfase heen is, een geschil vrij snel daarna collectief geschikt kan worden.²² Uiteindelijk is hiermee ook de betrokken vennootschap gebaat omdat via het bereiken van overeenstemming met de coördinerende partij tot daadwerkelijke finalisering van het geschil kan worden gekomen, en niet apart geschikt hoeft te worden met meerdere separate partijen die een (deel)belang vertegenwoordigen. Overigens zullen wij in paragraaf 6 enkele voorstellen doen voor stroomlijning van de collectieve schadevergoedingsprocedure.

6. Stapsgewijze benadering

Het uitgangspunt van de collectieve schadevergoedingsprocedure is, zoals gezegd, om partijen die daar zelf niet in zijn geslaagd alsnog te bewegen, onder regie van de rechter en zonodig met behulp van een mediator, tot afwikkeling van schadevergoeding te komen door middel van een vaststellingsovereenkomst.²³ Zoals aangegeven in paragraaf 1 kan Eumedion zich in beginsel vinden in deze filosofie.

Het voorontwerp kent een stapsgewijze benadering, die grofweg uit vijf stappen bestaat (conceptartikelen 1018e t/m 1018g Rv).²⁴ In elk van de stappen 1 tot en met 4 toetst de rechter of met name de verzoekende rechtspersoon voldoende heeft gedaan om tot een vaststellingsovereenkomst te komen. Pas in stap 5 is een door de rechter te treffen regeling tot collectieve schadevergoeding aan de orde. Tegen het merendeel van de rechterlijke beslissingen op grond van het voorontwerp staat ook nog eens zowel hoger beroep als cassatie open. Het komt Eumedion voor dat de in het voorontwerp voorgestelde procedure weleens erg veel tijd zou kunnen nemen en daarmee onnodig kostbaar en belastend zou kunnen zijn voor alle betrokken partijen, waaronder de rechterlijke macht.

Eumedion ziet de volgende mogelijkheden om de regeling wat te stroomlijnen en efficiënter te maken:

- *Over slaan derde en/of vierde stap.* De rechter zou de mogelijkheid moeten krijgen om, wanneer na de ontvankelijkheidstoets (stap 1) de aansprakelijkheid voor de schade is komen vast te staan (stap 2) en gelet op de omstandigheden een collectieve schadevaststellingsovereenkomst tussen partijen op geen enkele wijze te verwachten valt om redenen van *case management* en in het belang van een efficiënte schadeafwikkeling, de comparitie van partijen (stap 3) en/of het voorstel van één van de partijen voor de afwikkeling (stap 4) *niet* te doorlopen en direct een

²¹ D. Ozmis en I. N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2012, nr. 2, p. 37.

²² Onder meer Australië en Canada.

²³ Conceptmemorie van toelichting, p. 1.

²⁴ Conceptmemorie van toelichting, p. 10-11.

schadevergoedingsregeling vast te stellen (stap 5).²⁵ De ontwerp artikelen 1018f en 1018g Rv dienen daartoe te worden aangevuld.

- *Rechterlijke keuze voor opt out.* Indien de rechter een collectieve schadevergoedingsregeling heeft vastgesteld, moet deze rechterlijke vaststelling – wil zij finaliteit geven aan het collectieve geschil – eerst nog een ‘WCAM-ronde’ langs het gerechtshof Amsterdam afleggen. Dit is onnodig omslachtig. De rechter zou bij de vaststelling van de schadevergoedingsregeling de keuze voor een *opt out* moeten hebben, teneinde een algemeen verbindende regeling vast te stellen. Conceptartikel 1018g Rv dient daartoe te worden aangepast.
- *Beperken incidenteel beroep en cassatie.* Door hoger beroep en cassatie enigszins te beperken voor incidentbeslissingen kan de procedure kan evenzeer stroomlijning van de procedure worden bewerkstelligd. Artikel 1018g Rv kan daartoe worden aangepast.

7. Medeverzoeker

Zoals tot uitdrukking gebracht in paragraaf 2 heeft het de voorkeur dat pensioenfondsen en beleggingsinstellingen de mogelijkheid krijgen *rechtstreeks* een collectieve schadevergoedingsactie te entameren. Deze lijn dient te worden doorgetrokken ten aanzien van het kunnen optreden als medeverzoeker. Ten onrechte wordt het recht om als medeverzoeker op te treden in een collectieve schadevergoedingsprocedure in het voorontwerp beperkt tot (andere) belangenorganisaties als bedoeld in art. 3:305a BW.²⁶ Wij missen een overtuigende rechtvaardiging in de conceptmemorie van toelichting om, wanneer een institutionele belegger zoals een pensioenfonds of een beleggingsinstelling in het geval van financiële massaschade tot de gedupeerden behoort, deze (anders dan bij de WCAM-procedure) niet als mede-verzoeker toegang te geven tot een collectieve schadevergoedingsprocedure en daarmee in een achtergestelde positie te plaatsen ten opzichte van stichtingen of verenigingen die de belangen van andere gedupeerden behartigen. Uitbreiding van de bevoegdheid om als medeverzoeker op te treden voor individuele partijen kan de effectiviteit van de regeling voor de collectieve afwikkeling van massaschade ten goede komen.

8. Bekostiging van de procedure

Eumedion kan zich vinden in de systematiek van het voorontwerp om de rechter op verschillende momenten de mogelijkheid te bieden om tot een kostenveroordeling te komen.²⁷ Het probleem van gedupeerden bij een collectieve schadevergoedingsactie is, gezien het verbod op *no cure, no pay*, dat de niet onaanzienlijke proceskosten van de procedure in belangrijke mate voor de eventuele baten uitgaan. *Third Party Funding* kan hiervoor in potentie een adequate oplossing bieden. Eumedion vindt het verstandig dat in er vooralsnog, mede gezien de beperkte toepassing ervan, er geen wettelijke beperkingen worden opgelegd aan *Third Party Funding*.

²⁵ Zie ook I.N. Tzankova, ‘Case management: the stepchild of mass claim dispute resolution’, Unif. L. Rev., 2014, p. 1–22.

²⁶ Conceptartikel 1018j Rv.

²⁷ Conceptmemorie van toelichting, p. 15.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar mondeling nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Wouter Kuijpers (wouter.kuijpers@eumedion.nl, tel. 070 20 40 302).

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Rients Abma
Directeur Eumedion