

Van : *Adviescommissie Verzekeringsrecht*  
 Datum : 1 oktober 2014

Betreft : het consultatievoorstel voor de wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten einde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, hierna: het voorstel

---

## 1 Inleiding en samenvatting

De Adviescommissie Verzekeringsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (de **Adviescommissie Verzekeringsrecht**) heeft kennis genomen van het Voorstel dat ter consultatie is aangeboden.

De Adviescommissie Verzekeringsrecht heeft een aantal bedenkingen over het Voorstel. De commentaarpunten en suggesties kunnen als volgt worden samengevat:

- Ad (i) De mogelijkheid tot collectief schadeverhaal rechtvaardigt aanscherping van de *inhoudelijke* ontvankelijkheidsvereisten.
- Ad (ii) Collectief schadeverhaal is mogelijk geschikt voor bepaalde soorten van strooischade, maar zeker niet voor alle vormen van aansprakelijkheid/schade en in het bijzonder niet voor letstelschade.
- Ad (iii) Indien concentratie plaatsvindt bij één rechtbank, dient te worden overwogen hiervoor de Rechtbank Amsterdam aan te wijzen.
- Ad (iv) Het voorstel dat partijen hun schikkingsvoorstellen openbaar moeten maken verdient heroverweging; dit past niet bij de gedragsregels voor advocaten.
- Ad (v) Toevoegen van de mogelijkheid van een hogere voorziening tegen de collectieve schadevaststelling.
- Ad (vi) Er zou een heroverweging moeten plaatsvinden van de opt-in en opt-out problematiek, mede gelet op de belangen van de verwerende partijen.

## 2 Commentaar op het Voorstel

### (i) Noodzaak en wenselijkheid van collectief schadeverhaal

Advies:

De mogelijkheid tot collectief schadeverhaal rechtvaardigt aanscherping van de inhoudelijke ontvankelijkheidsvereisten. Dat is in beginsel in belang van beide partijen, maar zeker ook in het belang van de verwerende partij die inzake de bundeling van belangen geen keuzemogelijkheid heeft. De noodzaak daartoe wordt geïllustreerd door de Amerikaanse jurisprudentie waaraan het Voorstel is ontleend.

Het is dan ook gewenst dat de toelichting een nadere verantwoording geeft van de meer inhoudelijke eisen die aan het kunnen bundelen van belangen worden gesteld, zodat de rechter in een vroeg stadium, waarin hij de ontvankelijkheid toetst (artikel 1018e lid 3 Rv), niet alleen de representativiteit van de eisende partij beoordeelt maar ook de vraag in hoeverre collectief schadeverhaal juist/passend is.

Toelichting:

Zoals ook de concept toelichting memoreert (pag. 1 en 12), beoogt de wetgever in het collectief actierecht, waaronder art. 3:305a BW, een goede balans te vinden tussen enerzijds het effectief kunnen instellen van vorderingen door eisers en anderzijds het effectief verweer kunnen voeren zijdens gedaagden.

Om die reden kunnen eisers naar huidig recht niet collectief schadevergoeding in geld vorderen (art. 3:305a lid 3 BW). Volgens de wetgever wordt zo voorkomen dat een collectief geschil verzandt in individuele technisch-juridische problemen en kenmerken die aan schadeberekening eigen kunnen zijn. Daar staat tegenover dat wren zijdens gedaagde(n) inzake (i) representativiteit en (ii) het zich niet lenen voor bundeling van de individuele belangen<sup>1</sup>, niet resp. zelden succesvol zijn.

Het Voorstel beoogt eisers nu wél de mogelijkheid van collectief schadeverhaal te geven (nieuw lid 5 artikel 3:305a BW). Daar tegenover stelt het Voorstel zwaardere eisen aan de ontvankelijkheid van de eiser in zo'n verzoek (lid 5 van artikel 3:305a BW).

Daarmee rijst de vraag: (a) waarom deze wettelijke escalatie noodzakelijk is; en (b) of het Voorstel tot een evenwichtige balans tussen partijen leidt (vgl. toelichting, pag. 1, 6 en 12).

Ad (a) Noodzaak?

Het Voorstel komt voort uit de motie Dijkema, gebaseerd op de gedachte dat behoefte bestaat aan een 'stok achter de deur'. De toelichting (pag. 3 en 4) verwijst met name naar gevallen van zogenaamde strooischade: massaschade die voor elk van de benadeelde zo gering is, dat een

<sup>1</sup> Vgl. HR 26 februari 2010, NJ 2011/473 (Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa). Zie ook: HR 23 december 2005, NJ 2006, 289; JA 2006, 40; JOR 2006, 20 (Safe Heaven) en de noot van Frenk onder dit arrest (JA 2006, 40), die benadrukt dat de eis van gelijksoortige belangen niet meer is dan een natuurlijke begrenzing van het collectief actierecht.

individuele actie met het oog op de kosten daarvan niet loont. Voorts verwijst de toelichting naar situaties waarin sprake is van essentiële rechtsvragen, terwijl de aangesproken partij gedurende de misschien lange periode voordat hierover duidelijkheid wordt verkregen niet bereid is over een collectieve regeling te spreken.

Voor essentiële rechtsvragen is juist ten behoeve van tijdwinst recent de Wet prejudiciële vragen Hoge Raad in werking getreden (1 juli 2012). Niet valt in te zien hoe in het licht daarvan een partij door middel van een collectieve schadevergoedingsactie tot een eerdere schikking zou moeten kunnen worden bewogen.

Voor strooischade geldt inderdaad een andere economische ratio dan voor niet-strooischade gevallen. Het Voorstel is evenwel niet tot strooischade beperkt. Onduidelijk blijft waarom in gevallen van niet-strooischade behoefte bestaat aan de thans voorgestelde 'stok achter de deur', mede in het licht van enerzijds de al bestaande mogelijkheden en anderzijds de nieuwe vragen, problemen en onzekerheden die invoering van een dergelijk ingrijpend wetsvoorstel met zich mee zal brengen.

Bij dit laatste valt met name te denken aan de juridisch-technische problemen die kunnen opdoemen in het kader van bijvoorbeeld schadeberekening. De reden waarom, als gezegd, collectief schadeverhaal nu niet mogelijk is. Weliswaar beveelt de toelichting de rechter aan gebruik te maken van de in Amerika ontwikkelde praktijk van *damage scheduling* (toelichting, pag. 7). Maar - juist voor gevallen van niet-strooischade - blijft onbesproken in hoeverre abstrahering van de individuele omstandigheden - als weliswaar efficiënte maatregel, maar toch ten koste van de individuele omstandigheden - in het belang van partijen is (de eisende en/of de verwerende) en daarmee aanvaardbaar. In dit verband vraagt de Adviescommissie in het bijzonder aandacht voor de letstelschade praktijk, verwezen wordt naar punt (ii) hierna.

#### Ad (b) Balans?

Hebben eisende partijen een keuze om wel of niet tot bundeling over te gaan, gedaagde partijen hebben die keuze niet. Abstrahering raakt daarmee de tussen partijen nagestreefde balans. Het ligt dan ook in de rede, zoals hiervoor geschetst, dat daar waar enerzijds eisers worden toegelaten om collectief schadevergoeding te vragen anderzijds ook de daar tegenover staande verweermogelijkheden worden uitgebreid: niet alleen met betrekking tot de vraag of de eisende partij voldoende representatief is en in staat is om de door haar gestelde belangen te vertegenwoordigen (formele ontvankelijkheid), maar ook: of de wederzijdse belangen ook in dit geval met die vertegenwoordiging zijn gediend (inhoudelijke ontvankelijkheid).

Het Voorstel besteedt in de toelichting wel de nodige aandacht aan de formele ontvankelijkheidsvereisten (lid 5 sub a en e artikel 3:305a BW), maar minder aan de inhoudelijke ontvankelijkheidsvereisten (lid 5 sub b, c en d van artikel 3:305a BW).

Zo bewijst de toelichting weliswaar lippen dienst aan de inhoudelijke ontvankelijkheidsvereisten die, ontleend aan de Amerikaanse Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, worden samengevat als vereisten van *predominance* (sub b), *numerousity* (sub c) en *superiority* (sub d) (pagina's 21 en 22), maar - anders dan in de rede ligt - suggereert de toelichting geen aanscherping van deze vereisten ten opzichte van hetgeen nu al uit hoofde van artikel 3:305a BW geldt:

- a. zo staat het Voorstel open voor alle soorten aansprakelijkheden, alle soorten schade, alle oorzaken van schade en is de procedure niet beperkt tot bepaalde vorderingsgerechtigden (toelichting, pag. 7); en is het Voorstel dus niet beperkt tot specifieke gevallen van strooschade (toelichting, pag. 4);
- b. het Voorstel maakt mogelijk dat de rechter daarbij individuele schade vaststelt op basis van zogenaamde *damage scheduling*, dat wil zeggen: niet op basis van de individuele kenmerken maar op basis van daarvan geabstraheerde criteria (toelichting, pag. 7);
- c. de toelichting suggereert zelfs dat ontvankelijk is een procedure waarbij louter de aansprakelijkheidsvraag gemeenschappelijk is (toelichting, pag. 21);
- d. met verwijzing naar de aandelenlease-arresten (toelichting, pag. 39) suggereert het Voorstel de nadere invulling van deze ontvankelijkheidscriteria geheel aan de rechter te willen overlaten.

Dit gebrek aan aanscherping van de inhoudelijke ontvankelijkheidsvereisten verbaast. Niet alleen vanwege de nagestreefde balans. Maar ook in het licht van de ons omringende landen (toelichting, pag. 5/6) en de Amerikaanse praktijk, waaraan dit voorstel is ontleend, waar wetgever respectievelijk jurisprudentie wel degelijk nadere eisen hebben gesteld aan collectief schadeverhaal. Verwezen wordt voorts naar punt (ii) hierna waar dit nader wordt uitgewerkt.

## (ii) Toepasbaarheid van het Voorstel op letselschades

### Advies:

De Adviescommissie Verzekeringsrecht beveelt aan om de collectieve schadevergoedingsactie niet mogelijk te maken voor gevallen van letselschade, althans niet zonder nader onderzoek naar de toepasbaarheid van de voorgestelde regeling in het geval van potentieel zeer omvangrijke letselschades.

### Toelichting:

De Adviescommissie Verzekeringsrecht is er niet van overtuigd dat één van de doelstellingen (MvT, p. 1, namelijk om een ongewenste claimcultuur te voorkomen) met het Voorstel wordt behaald.

De collectieve schadevergoedingsactie is gebaseerd op het uitgangspunt dat de rechtsvragen en feitelijke vragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn voor de benadeelden ten behoeve van wie de collectieve schadevergoedingsactie wordt gevoerd (artikel 3:305a lid 5 sub b BW). Naar de waarneming van de Adviescommissie Verzekeringsrecht geldt in het bijzonder bij letselschade dat schadetoekenning als uitgangspunt beter individueel dan collectief kan plaatsvinden. In theorie is denkbaar is dat met behulp van *damage scheduling* (MvT, p. 7) een indeling kan worden gemaakt in categorieën gedupeerden. In de praktijk zullen echter juist bij letstelschade individuele verschillen tussen gedupeerden, bijvoorbeeld ten aanzien van schade en causaliteit, een

belangrijke rol spelen. Ook de “indeling” van een individuele gedupeerde in de juiste schadecategorie kan problematisch blijken.

De waarneming van de Adviescommissie Verzekeringsrecht is dat collectieve schadevergoedingsacties mogelijk een alternatief zouden kunnen zijn voor individuele schadeclaims als het gaat om claims die gebaseerd zijn op gebruik/afname van een bepaalde (financiële) dienst of (financieel) product, met voor iedere gebruiker vergelijkbare zuivere vermogensschade als gevolg. Dat geldt dan in het bijzonder als het gaat om individueel relatief lage schadebedragen, omdat in dat geval individuele handhaving minder voor de hand ligt (strooischade).

In geval van letstelschade claims zal het in het algemeen om grotere bedragen gaan en liggen individuele verschillen (bijvoorbeeld bij blootstelling aan bepaalde stoffen) meer voor de hand. De Adviescommissie Verzekeringsrecht wijst er in dit verband dat de Amerikaanse *class action* weliswaar openstaat zowel voor gevallen van letstelschade als voor gevallen van zuivere vermogensschade, maar dat daarbij wel de constatering past dat *class actions* in het algemeen voor het laatste beter geschikt zijn dan voor het eerste. De Adviescommissie Verzekeringsrecht wijst hierbij op een uitspraak van de Amerikaanse Supreme Court inzake Amchem (117 S.Ct. 2231). In deze zaak stond een *class certification* voor asbest blootstelling centraal. Daartoe diende te worden vastgesteld dat was voldaan aan ‘predominance’, in die zin dat de feiten en rechtsvragen voldoende eenduidig/gelijkaardig waren:

*Predominance is a test readily met in certain cases alleging consumer or securities fraud or violations of the antitrust laws. See Adv. Comm. Notes, 28 U.S.C.App., p. 697; see also supra, at 2245–2246. Even mass tort cases arising from a common cause or disaster may, depending upon the circumstances, satisfy the predominance requirement. The Advisory Committee for the 1966 revision of Rule 23, it is true, noted that “mass accident” cases are likely to present “significant questions, not only of damages but of liability and defenses of liability, ... affecting the individuals in different ways.” Adv. Comm. Notes, 28 U.S.C.App., p. 697. And the Committee advised that such cases are “ordinarily not appropriate” for class treatment. Ibid. But the text of the Rule does not categorically exclude mass tort cases from class certification, and District Courts, since the late 1970’s, have been certifying such cases in in-creasing number. See Resnik, From “Cases” to “Litigation,” 54 Law & Contemp.Prob. 5, 17–19 (Summer 1991) (describing trend). The Committee’s warning, however, continues to call for caution when individual stakes are high and disparities among class members great. As the Third Circuit’s opinion makes plain, the certification in this case does not follow the counsel of caution. That certification cannot be upheld, for it rests on a conception of Rule 23(b)(3)’s predominance requirement irreconcilable with the Rule’s design.*

Het komt de Adviescommissie Verzekeringsrecht voor dat het bieden van de mogelijkheid aan derde partijen, zonder eigen belang bij het schadevoorval, om zich op te werpen als belangenbehartigers voor potentieel grote letstelschades eerder een claimcultuur in de hand werkt dan tegengaat.

**(iii) Bevoegde rechter**

Advies:

Indien concentratie plaatsvindt bij één rechtbank, dient te worden overwogen hiervoor de Rechtbank Amsterdam aan te wijzen.

Toelichting:

In artikel 1018b lid 3 Rv, wordt voorgesteld dat voor collectieve schadevergoedingsacties de rechtbank te Midden-Nederland dan wel Den Haag exclusieve (relatieve) bevoegdheid zou toekomen. De Adviescommissie Verzekeringsrecht wijst daarop dat, gebaseerd op ervaringen uit het verleden, een relatief groot aantal collectieve acties betrekking heeft op de financiële sector. In de Wijzigingswet financiële markten 2015 is juist voorzien in de exclusieve (relatieve) bevoegdheid van de Rechtbank Amsterdam voor beleggingsgeschillen (hoewel inmiddels amendementen zijn ingediend om dit voorstel aan te passen). Het lijkt er dan ook op dat de gewenste concentratie van collectieve schadevergoedingsacties niet in lijn is met de eveneens gewenste concentratie van beleggingsgeschillen.

**(iv) Botsing met gedragsregels voor advocaten**

Advies:

Heroverweging van het voorstel dat partijen hun schikkingsvoorstellen openbaar moeten maken; dit past niet bij de gedragsregels voor advocaten

Toelichting:

Het Voorstel houdt in dat, als partijen op enig moment niet slagen in een vrijwillige collectieve schikking, partijen de rechtbank moeten inlichten over de onderhandelingen tussen partijen. Verwezen wordt naar artikel 1018g lid 1 Rv. De Adviescommissie Verzekeringsrecht wijst erop dat uit het voorstel niet kan worden afgeleid of hiermee ook wordt bedoeld op voorstellen die zijn gewisseld tussen advocaten. In ieder geval mag verwacht worden dat advocaten betrokken zullen zijn bij het overleg over een mogelijk tot stand te brengen schikking. In dit verband wijst de Adviescommissie Verzekeringsrecht er op dat de gedragsregels voor advocaten inhouden dat op brieven en andere mededelingen van de ene advocaat aan de andere als uitgangspunt in rechte geen beroep mag worden gedaan (artikel 12 gedragsregels), en voorts dat over de inhoud van tussen partijen gevoerde schikkingsonderhandelingen aan de rechter aan wiens oordeel of instantie aan wier oordeel de zaak is onderworpen niets mag worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij. Uit het Voorstel blijkt niet of en hoe de Minister zich de samenloop van deze bepaling met de gedragsregels voor advocaten heeft gerealiseerd. Hierbij kan worden opgemerkt dat het verbod op het doen van de mededelingen over de inhoud van de gevoerde schikkingsonderhandelingen, het doel dient dat partijen kunnen proberen nader tot elkaar te komen, zonder dat zij onmiddellijk het risico lopen om bepaalde tegemoetkomingen in

het kader van schikkingsonderhandelingen tegengeworpen te krijgen in een procedure. Dit effect zal verdwijnen als partijen gehouden worden hun voorstellen openbaar te maken.

**(v) Gebrek aan hogere voorziening op essentiële onderdelen**

Advies:

Toevoegen van de mogelijkheid van een hogere voorziening tegen de collectieve schadevaststelling.

Toelichting:

Tegen de uiteindelijke vaststelling door de rechter van de collectieve schadevergoeding staat geen hogere voorziening op (artikel 1018g lid 11 Rv). De Adviescommissie Verzekeringsrecht acht onwenselijk dat partijen tegen het uiteindelijke oordeel over de hoogte van de schadevergoeding die zij moeten betalen, waarbij het potentieel om een zeer ingrijpende uitkomst gaat, niet in de gelegenheid worden gesteld een rechtsmiddel aan te wenden. De omstandigheid dat in een eerder stadium tegen andere elementen (de vraag naar onrechtmatigheid en schadeplichtigheid) wel een hogere voorziening heeft opengestaan acht de Adviescommissie Verzekeringsrecht niet overtuigend.

**(vi) De opt-in en opt-out problematiek**

Advies:

Er zou een heroverweging moeten plaatsvinden van de opt-in en opt-out problematiek, mede gelet op de belangen van de verwerende partijen.

Toelichting:

Voor benadeelden is de nu voorgestelde systematiek een loterij zonder nieten. Immers, alleen als een benadeelde gekozen heeft voor een uitdrukkelijk opt-in, is de benadeelde gebonden aan de uitkomst van de collectieve schadevergoedingsactie (artikel 1018g lid 7 Rv). Bij nauwkeurige lezing van het Voorstel lijkt het er overigens op dat een dergelijke opt-in niet in het belang zal zijn van belanghebbenden. Zij binden zich dan immers bij voorbaat aan een uitkomst die zij niet kennen.

Personen die geen uitdrukkelijke opt-in hebben gepleegd immers echter ook, via artikel 1018g lid 9 Rv., als de uitkomst hen bevalt, meedoen met de collectieve afwikkeling. Dat laat de mogelijkheid open dat benadeelden zullen afwachten of het resultaat van de collectieve schadevergoedingsactie hen voldoende aanspreekt, zo niet, dan kunnen zij alsnog een individuele schadevergoedingsactie beginnen. Daarmee wordt onvoldoende gewaarborgd het belang van de verwerende partij, om er zoveel mogelijk “van af” te nadat een collectieve schadevergoeding is vast gesteld. Deze systematiek zou ook in de hand kunnen werken dat zonder al te veel nadeel door een claimstichting een collectieve schadevergoedingsactie kan worden “geprobeerd”.

De Adviescommissie Verzekeringsrecht beveelt aan om te bekijken of hier bijvoorbeeld gebruik zou kunnen worden gemaakt van een opt-out systematiek, in plaats van een opt-in systematiek, langs de lijnen die ook gelden voor de WCAM-procedure. In het huidige voorstel is daarin wel voorzien, maar als een aparte “top-up” die via de WCAM route nog zou moeten volgen op een vaststelling van een collectieve schadevergoeding.

Daarmee dringt zich het beeld op van een zeer tijdrovende procedure, zonder zekerheid vooraf dat met het voeren van deze procedure de schadeclaims daadwerkelijk en effectief kunnen worden afgedaan.

Den Haag, 29 september 2014