

Ministerie van Veiligheid en Justitie  
t.a.v. Zijne Excellentie mr. I.W. Opstelten  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

t	070 - 376 06 50	behandelaar	William Schonewille	
f	070 - 356 33 37	onze ref.	9000146/1263055/268	
e	william.schonewille@barentskrans.nl	uw ref.	B14.29	1 oktober 2014

Betreft: Consultatie wijziging op BW en Rv teneinde afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken.

Excellentie,

Met veel belangstelling heeft BarentsKrans kennis genomen van het consultatievoorstel van juli 2014. BarentsKrans is een onafhankelijk Nederlands advocaten- en notarissenkantoor, dat procederen als kernkwaliteit heeft. Wij staan onze cliënten (zowel eisers als gedaagden) bij in procedures in eerste aanleg of in hoger beroep, zowel civielrechtelijk als bestuursrechtelijk. Bovendien procederen wij als één van de weinige kantoren van Nederland ook in cassatie bij de Hoge Raad.

Wij juichen de motie Dijkzwa en het streven naar een collectieve afwikkeling van massaschade toe. Graag maken wij van de gelegenheid gebruik op het voorstel te reageren en een aantal suggesties te doen.

## Inleiding

BarentsKrans is optimistisch over de mogelijkheden voor financiële afwikkeling van massaschades. Het categorieënmodel in de Dexia-procedures, de oplossingen in asbestzaken en de vele WCAM-schikkingen getuigen ervan dat afwikkeling van massaschade in de praktijk niet altijd langs een individuele lat hoeft te worden gelegd, en dat vaak kan worden geabstraheerd van zuiver individuele omstandigheden.

BarentsKrans is zeer positief over het feit dat de concept memorie van toelichting tot uitgangspunt neemt dat de bestaande mogelijkheden voor het instellen van een collectieve actie, art. 3:305a lid 1 BW in het bijzonder, ongemoeid worden gelaten. De collectieve massaschadeactie vormt aldus een aanvulling op de huidige procedures om schade te verhalen. Juist waar het voorstel voor een massaschadeactie ex lid 5 reeds in de ontvankelijkheidsvereisten hoge drempels opwerpt (waarover hierna meer), is het om redenen van rechtszekerheid van belang dat partijen de mogelijkheid behouden om zonder nadere drempels een klassieke lid 1 actie in te stellen.

Hoewel BarentsKrans positief staat tegenover een nieuwe rechtsgang die de efficiënte totstandkoming van een collectieve afwikkeling bevordert, meent zij dat de voorgestelde uitwerking vooralsnog geen aantrekkelijk alternatief vormt voor de gedupeerden partijen. Uitgangspunt van de procesgang is immers het tot stand brengen van een schikking. Daarmee is het uitgangspunt tevens dat er geen volledige vergoeding van geleden schade plaatsvindt. Bovendien kan de rechter van de gedupeerde partijen vragen om zich op

voorhand aan een te bereiken schikking te committeren zonder dat zij de details daarvan al kennen. Dat is onbevredigend. De voorgestelde procedure is complex, lastig voorspelbaar en kostbaar – en daarmee moeilijk financierbaar – zodat het de vraag is of partijen deze route zullen verkiezen boven de bestaande mogelijkheden van een reguliere collectieve actie aangevuld of gecombineerd met een proefproces, het vorderen van schade door een belangenorganisatie die optreedt als cessionaris of gevolmachtigde van de benadeelden, of zelfs een reguliere schikking met eventueel een WCAM-verzoek.

Het komt ons niet waarschijnlijk voor dat onwelwillende partijen tot een constructief schikkingsvoorstel kunnen worden bewogen door het invoeren van een tragsgewijze procedure waarin partijen enkel gehouden zijn om overleg te voeren. Zeker niet, wanneer de verplichting tot *disclosure* van informatie door de (vermeend) aansprakelijke partijen ontbreekt.

Blijkens de memorie van toelichting is beoogd uitwassen, zoals *blackmail settlements* en een ongewenste claimcultuur te voorkomen. Dergelijke uitwassen doen zich in de Nederlandse praktijk naar onze mening niet voor en daarvoor hoeft met een collectieve schadeprocedure ook niet gevreesd te worden. De verwijzingen naar de Amerikaanse praktijk storen ons daarbij zeer, nu de Nederlandse (rechts)cultuur en samenleving op cruciale onderdelen afwijken, zo kent Nederland geen *punitive damages* en is er geen indicatie dat in de Nederlandse massaschadepraktijk *frivolous claims* worden in gediend (als was het maar omdat financiers van dergelijke procedures zich daar niet aan wagen). Ons inziens zou het doel moeten zijn dat Nederlandse partijen die geraakt zijn door massaschade, ongeacht of deze veroorzaakt is door Nederlandse of buitenlandse partijen bij de Nederlandse rechter terecht kunnen met een collectieve schadevordering én dat partijen die geraakt zijn door massaschade (mede) veroorzaakt door een Nederlandse partij eveneens van dit instrument gebruik kunnen maken. Alleen al om deze reden zou de 'scope'-rule zoals opgenomen in het voorstel van tafel moeten.

Een aantal van de voorgestelde waarborgen bemoeilijkt (de financierbaarheid van) collectieve schadeacties en verhoogt de kosten van de schadeactie doordat deze aanleiding zullen vormen tot langdurige partijdebatten over ontvankelijkheid. Opvallend is dat een aantal waarborgen volgens de memorie van toelichting is afgeleid van de Amerikaanse procedure. De balans is naar ons oordeel zoek omdat tegenover deze uit het Amerikaanse stelsel ontleende waarborgen niet dezelfde ruimere Amerikaanse mogelijkheden staan op het vlak van bijvoorbeeld *discovery* en *opt-out*.

De rol van de rechter als enerzijds geschilbeslechter en anderzijds schikkingsbegeleider wringt. Partijen zullen moeite hebben met deze diffuse rol van de rechter. Een alternatief waarbij het schikkingsoverleg en case management worden begeleid door een onafhankelijke rechter-commissaris en de geschilbeslechting door de rechter biedt naar onze mening een beter werkbaar procedure. Daarbij achten wij het van belang dat de rechter (al dan niet in eerste aanleg, hoger beroep of cassatie) die de zaak op de merites beoordeeld, zich daarop concentreert. De ervaring leert dat de uitkomsten van de bodemprocedures in meerdere instanties van grote betekenis zijn voor de beoordeling van de redelijkheid van een eventuele schikking (vergelijk de Vie d'Or procedures waarin in elke instantie een andere inhoudelijke beoordeling werd gegeven). De rechter-commissaris zou dan ook kunnen beoordelen of een zaak zich wel leent voor collectieve schadeafwikkeling, in overleg met partijen de meest efficiënte procesinrichting bepalen en tevens kunnen waken voor eventuele uitwassen.

Naast deze inleidende opmerkingen, beperken wij onze reactie tot de volgende in het oog springende punten:

1. De keuze voor de verzoekschriftprocedure
2. De termijnen
3. De ontvankelijkheidseisen
4. De rechterlijke inzage op de financiering van de belangenorganisatie

### **De keuze voor de verzoekschriftprocedure**

Voorgesteld wordt de collectieve actie in te leiden met een verzoekschrift. Het voorstel loopt daarmee vooruit op de KEI-voorstellen tot integratie van de verzoekschrift- en dagvaardingsprocedure. De keuze voor een verzoekschriftprocedure sluit volgens de memorie van toelichting bovendien aan bij de deelgeschillenregeling, de preprocesuele comparitie en de WCAM. Hoewel BarentsKrans de achtergrond van het voorstel begrijpt, meent zij dat de keuze voor de verzoekschriftprocedure ongelukkig is en dat ook de bestaande collectieve actieregeling daarmee wordt aangetast.

In de gevoerde collectieve acties is veel geprocedeerd over procedurevoorschriften en processuele (on)mogelijkheden. Op veel punten heeft de rechtspraak inmiddels duidelijkheid verschaft, wat de efficiëntie van de procesvoering heeft bevorderd. Door de reguliere collectieve actie over te hevelen naar de verzoekschriftprocedure vervalt de verkregen duidelijkheid en zal opnieuw over procedurevoorschriften moeten worden geprocedeerd. Dit is een ongewenste verslechtering.

De huidige verzoekschriftprocedure leent zich bovendien niet goed voor een collectieve actie. Het gebrek aan procedurevoorschriften kan de zaak vertragen en bemoeilijken en leidt aldus tot verhoogde kosten. Zo ontbreekt een regeling voor tussentijdse akten, verstek en verzet. Een onwillige partij kan zich dus aan de procedure onttrekken door niet te verschijnen. Aangezien een gezamenlijke schikking het uitgangspunt is, zou het niet verschijnen de procedure ernstig belemmeren. Bovendien kan de collectieve actie als gevolg van de verzoekschriftprocedure worden doorkruist door andere organisaties die zich als benadeelde voegen of hoger beroep instellen zonder in eerste aanleg te zijn verschenen.

Ons grootste bezwaar betreft echter de onmogelijkheid om de (bestaande) lid 1 collectieve actie te combineren met een andere rechtsvordering. Een collectieve actie wordt vaak in twee hoedanigheden gevoerd. De belangenorganisatie treedt op als 3:305a vehikel en als cessionaris of gevolmachtigde. Dit blijkt in de praktijk een waardevolle combinatie. Zo kan een verklaring voor recht worden verkregen voor de achterban in brede zin, terwijl schadevergoeding kan worden gevorderd voor het deel van de achterban dat actief haar vordering heeft gecedeerd of een volmacht heeft gegeven. Bovendien biedt deze combinatie meer rechtszekerheid als het gaat om stuiting van vorderingen naar buitenlands recht, een onderwerp dat niet wordt bestreken door de recente beantwoording van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad. Door de keuze voor een verzoekschriftprocedure lijkt deze route afgesneden. De belangenorganisatie zal in haar hoedanigheid van cessionaris of gevolmachtigde haar vorderingen immers nog steeds bij dagvaarding moeten instellen.

Wij menen dat de nadelen van de keuze voor een verzoekschriftprocedure, in ieder geval waar het lid 1 betreft, zwaarder wegen dan de eventuele voordelen van aansluiting bij de overige deelgeschillenregeling, preprocesuele comparitie en WCAM. Het lijkt niet zinvol iets te repareren dat niet kapot is en daarmee de rechtszekerheid aan te tasten. Wij pleiten dan ook voor het voorlopig behoud van de

dagvaardingsprocedure in een collectieve actie, zowel wat betreft lid 1 procedures als wat betreft lid 5 procedures.

### **De termijnen**

Het voorstel bevat verschillende termijnen, waarbij belangrijke kanttekeningen te plaatsen zijn.

Zo is beoogd de termijn van veertien dagen die uitgangspunt is voor overleg in het kader van lid 1 procedures voor lid 5 procedures los te laten. Er wordt zelfs expliciet gesteld dat een termijn van veertien dagen te kort zou zijn in het kader van lid 5 procedures. Dat is bijzonder omdat in de procespraktijk wederpartijen zelden of nooit gebruik wensen te maken van een uitnodiging tot overleg. De verwachting dat dit bij lid 5 procedures anders zou zijn is ongerechtvaardigd en de aanpassing leidt slechts tot vertraging(smogelijkheden). Het voorstel werkt bovendien onzekerheid in de hand door niet te expliciteren welke termijn dan wel voldoende zou zijn.

Het voorstel bevat daarnaast een termijn van tien dagen voor de mondelinge behandeling voor het indienen van een verweerschrift en voor het stellen als medeverzoeker. Dat zou een onbalans opleveren in de gelijkheid van partijen. In collectieve acties worden vaak omvangrijke processtukken en een grote hoeveelheid producties ingediend. De termijn van tien dagen is te kort voor de rechter en overige partijen om kennis te nemen van het verweerschrift en daarop een grondige reactie voor te bereiden, zeker als nader feitelijk onderzoek nodig zou zijn (hetgeen vrijwel altijd het geval is). Dat werkt in het voordeel van partijen die verweten wordt schade te hebben veroorzaakt.

Voorgesteld wordt ook om de termijn voor hoger beroep en cassatie te verkorten tot vier weken vanaf de uitspraak. Deze korte termijn is bedoeld om de vaart in de procedure te houden. Het is onze ervaring dat procedures bij het Gerechtshof en de Hoge Raad niet worden gekenmerkt door snelheid. Deze korte termijn zal daar geen verandering in brengen. Sterker nog, de korte termijn is zeer benadelend voor partijen en doet geen recht aan de complexiteit van collectieve acties in het algemeen. De termijn is te kort voor overleg met de omvangrijke achterban, het inwinnen van appèl- of cassatieadvies, het verkrijgen van financiering voor een extra procesgang, besluitvorming en het formuleren van de gronden van het beroep hetgeen in de verzoekschriftprocedure is vereist. BarentsKrans meent dan ook dat dit deel van het voorstel moet worden herzien. Er is eerder reden de reguliere termijn van drie maanden te verlengen dan te verkorten.

### **De ontvankelijkheidseisen**

Het nieuwe artikel 3:305a lid 5 stelt zwaardere ontvankelijkheidseisen aan een rechtspersoon die een vordering strekkende tot schadevergoeding in geld instelt. De ontvankelijkheidseisen betreffen open normen die weinig rechtszekerheid bieden (waarbij de belangenorganisatie in het kader van sub e ook nog afhankelijk is van de opstelling van de schadeveroorzakende partij). Onduidelijk is wanneer sprake is van voldoende deskundigheid, wat onder het op zorgvuldige wijze behartigen van belangen moet worden verstaan, wat voldoende omvang is en hoeveel overleg nodig zou zijn. Het gevaar op uitzichtloze discussie over ontvankelijkheid ligt op de loer, wanneer de aangesproken partijen de mogelijkheid zou worden geboden een uitgebreid en kostbaar debat aan te gaan over louter de ontvankelijkheidsvraag, hetgeen kan afdoen aan de effectiviteit van een collectieve schadevergoedingsactie. Bovendien ontstaat het risico dat de

door een (naar achteraf blijkt) niet-ontvankelijke belangenorganisatie ingestelde rechtsvorderingen geen stuitende werking hebben gehad, met alle gevolgen van dien.

### **De rechterlijke inzage op de financiering van de belangenorganisatie**

Vanaf pagina 20 van de memorie van toelichting wordt voorgesteld dat de rechter kan nagaan hoe de financiering is geregeld en of de belangenbehartigende organisatie niet haar eigen commerciële belangen nastreeft. Het inlegvereiste of de resultaatsafhankelijke beloning kan in dat oordeel worden betrokken, ook de third party funding (hierna TPF)-overeenkomst kan daarom worden opgevraagd.

In dit kader valt op dat de memorie van toelichting ruimschoots ingaat op TPF. Er is bij het opstellen van het voorstel echter niet gesproken met partijen die TPF verstrekken. Dit is een gemiste kans. Dialoog met TPF partijen kan veel onduidelijkheid en zorgen wegnemen en geeft bovendien een beter beeld van de kansen en risico's van TPF in de praktijk.

BarentsKrans steunt dit onderdeel van het voorstel niet. Het verstrekken van inzage kan ertoe leiden dat TPF niet bereid zullen zijn tot financiering als gevolg waarvan sommige procedures in het geheel niet van de grond komen. Inzage in de financiering levert voor de verweerder oneigenlijke processtrategische voordelen, ook buiten gevallen van TPF. De verweerder kan aansturen op hoge kosten (incidenten, hoger beroep, tegenvorderingen etc.) met als doel het financieel uitputten van de verzoeker, waardoor afbreuk kan worden gedaan aan de inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van de gedupeerden. Deze bezwaren worden overigens ook opgeworpen door de European Law Instituut (ELI) in het voorlopige Statement in reactie op de voorgestelde Richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (COM(2013) 404).

De zorgen over TPF en meewegende commerciële belangen bij collectieve acties zijn ons inziens ongegrond. Het verkrijgen van financiering vormt veelal de sleutel voor het tot stand komen van een collectieve actie. Commerciële belangen en de belangen van benadeelden hoeven bovendien niet strijdig te zijn. Integendeel: het kan niet alleen een stimulans zijn om een hogere (en dus vollediger) schadevergoeding te bereiken, ook blijkt in de praktijk de kwaliteit van de procesvoering toe te nemen omdat TPF zeer gekwalificeerde advocaten inschakelen omdat deze de kans op een succesvolle uitkomst vergroten. Daarnaast zorgt TPF ervoor dat collectieve acties tot stand komen waardoor gelaedeerden vergoeding ontvangen van hun geleden schade waar deze rechtsgang anders niet van de grond zou komen omdat de gelaedeerden de kosten niet zelf kunnen dragen. Aldus is TPF van wezenlijke betekenis voor het realiseren van de maatschappelijke doelstellingen die met deze regeling worden nagestreefd.

Hoogachtend,  
namens BarentsKrans



William Schonewille