



Reactie NVB Consultatie Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken

Algemene opmerkingen

Het wetsvoorstel introduceert een collectieve schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenbehartigingsorganisaties die opkomen namens een groep gedupeerden met gelijksoortige belangen. Hiervoor wordt artikel 3:305a BW aangepast. Daarnaast wordt een nieuwe titel 14a “*Van rechtspleging in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling.*” in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen.

De NVB ondersteunt het doel van het wetsvoorstel, te weten: het bevorderen van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade en het voorkomen van een ongewenste claimcultuur. Om een betere balans tussen deze beide doelstellingen te bereiken, zal naar haar mening wel de ‘scope rule’ zoals opgenomen in het nieuwe artikel 3:305a lid 6 BW moeten worden aangepast.

In onderstaande reactie wordt op het nieuwe artikel 3:305a lid 6 BW nader ingegaan onder het kopje ‘Toegang tot de procedure (ontvankelijkheid); de voorgestelde artikelen 3:305a lid 5 en lid 6 BW en 1018e lid 3 en lid 4 Rv’.

Samenloop met het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 (33 918)

Het nieuwe artikel 1018d lid 3 Rv bepaalt dat in zaken zoals bedoeld in artikel 3:305a lid 5 BW de rechtbank Midden-Nederland of de rechtbank Den Haag bevoegd is.

Een van de meest bekende collectieve acties die in Nederland zijn gevoerd, is de procedure tussen de VEB en World Online (NJ 2014/201). Die collectieve actie ging over aansprakelijkheid op basis van een prospectus. Het mag worden verwacht dat geschillen over prospectusaansprakelijkheid ook in de toekomst kunnen leiden tot collectieve acties met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding. Juist op dit punt kent het huidige wetsvoorstel afwikkeling massaschade een moeizame samenloop met het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 (33 918).

In het wetsvoorstel afwikkeling massaschade is er – op procesrechtelijke gronden – voor gekozen de collectieve acties tot het verkrijgen van schadevergoeding exclusief onder te brengen bij de Rechtbank te Midden Nederland/Den Haag. In het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 (33 918)* is er voor gekozen om enkele typen financieelrechtelijke procedures, waaronder procedures over prospectusaansprakelijkheid, – op materieelrechtelijke gronden – exclusief onder te brengen bij de rechtbank Amsterdam. (Overigens is de invoering hiervan tijdelijk uitgesteld; zie de brief van de Minister aan de Tweede Kamer van 17 september 2014.)

*Artikel 1:23a Wft komt als volgt te luiden:

“In burgerlijke zaken betreffende het verlenen van beleggingsdiensten, het verrichten van beleggingsactiviteiten of het aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van artikel 5:1, is de rechtbank Amsterdam in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd.”

Zodoende zouden er bij een collectieve actie tot schadevergoeding op basis van prospectusaansprakelijkheid straks twee verschillende rechtbanken exclusief bevoegd zijn: Midden Nederland of Den Haag op grond van de procedure en Amsterdam op grond van de inhoud. De NVB stelt voor om een verwijzing naar het betreffende artikel in de Wet op het financieel toezicht op te nemen.

Onmiddellijke werking wetsvoorstel

Het is de bedoeling van de wetgever dat het wetsvoorstel na invoering onmiddellijke werking zal hebben. Volgens de Memorie van Toelichting (p. 16) betekent dat het na invoering mogelijk zal zijn om een collectieve actie tot schadevergoeding in te stellen met betrekking tot gebeurtenissen die voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel plaats hebben gevonden. Dat roept de vraag op of er straks een collectieve actie tot schadevergoeding kan komen met betrekking tot rentederivaten van MKB-ers. Het is volgens de NVB zeer de vraag of de rechtsvragen en feitelijke vragen in de geschillen rond rentederivaten in voldoende mate gemeenschappelijk zijn, zoals bepaald in het voorgestelde artikel 3:305a lid 5. Het draait bij die geschillen immers altijd om de specifieke omstandigheden van het geval (vgl. MvT, p. 19, par. 3 en MvT, p. 21, par. 3). Voor deze geschillen wordt dan ook een speciaal loket bij Kifid geopend (zie Kamerbrief van 1 september 2014). Het verdient aanbeveling hier specifiek aandacht aan te besteden in de memorie van toelichting om de rechtszekerheid en duidelijkheid bij de betrokken marktpartijen te bevorderen.

Toegang tot de procedure (ontvankelijkheid); de voorgestelde artikelen 3:305a lid 5 en lid 6 BW en 1018e lid 3 en lid 4 Rv

Volgens de memorie van toelichting is het de bedoeling van het nieuwe artikel 3:305a lid 6 BW om de mogelijkheid van het instellen van een collectieve actie tot het verkrijgen van schadevergoeding te beperken tot “*die gevallen die daadwerkelijk een band hebben met de Nederlandse rechtssfeer*” (MvT, p. 24). Dit wordt de scope rule genoemd.

De NVB vindt het daarom vreemd dat slechts aan één van de drie criteria van 3:305a lid 6 BW moet worden voldaan, te weten:

- (a) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt heeft woonplaats in Nederland;
- (b) het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, heeft zijn gewone verblijfplaats in Nederland; en
- (c) de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, hebben in Nederland plaatsgevonden.

Als alleen criterium (a) afdoende is, de hoofdregel voor rechtsmacht van de Nederlandse rechter, zal de vordering immers openstaan voor alle beweerde schadegevallen in internationale context waar een Nederlandse multinational bij betrokken is. Het zou – gelet op voornoemde bedoeling achter het opnemen van deze bepaling – dan ook veel meer voor de hand liggen dat aan ten minste twee van de drie criteria voldaan zou moeten zijn.

In het wetsvoorstel is er voor gekozen om de rechter te laten toetsen of de belangenbehartigende organisatie (1) over voldoende deskundigheid beschikt met betrekking tot de ingestelde vordering (artikel 3:305a lid 5 sub a BW); (2) kan worden geacht de belangen waarvoor zij opkomt, op zorgvuldige wijze te behartigen (artikel 3:305a lid 5 sub a BW); (3) afdoende personen vertegenwoordigt om een collectieve actie tot schadevergoeding te rechtvaardigen (artikel 3:305a lid 5 sub c BW); (4) voldoende heeft gedaan om een schikking te bereiken (artikel 3:305a lid 5 sub e BW); en daarnaast (5) de belangen van de personen voor wie zij opkomt, afdoende heeft gewaarborgd (artikel 3:305a lid 2 BW).

Deze toetsing zal voor de rechter niet eenvoudig zijn. Laat staan dat de rechter hierop in de loop van – en na afloop van – de procedure toezicht zal kunnen houden. Dit is een wezenlijk aandachtspunt, omdat de vereisten die door de rechter getoetst moeten worden, belangrijke waarborgen vormen tegen een ongewenste claimcultuur, waaronder het buiten de deur houden van de negatieve effecten van *third party litigation funding* (zie MvT, p. 15). In die zin valt er veel te zeggen voor de benadering zoals gekozen in Frankrijk, België, Engeland en Wales, waar alleen



vooraf door de overheid goedgekeurde organisaties een soortgelijke vordering kunnen instellen (zie MvT, p. 5).

Zowel het wetsvoorstel (zie het voorgestelde artikel 1018e lid 3 en lid 4 Rv) als de memorie van toelichting (zie MvT, pp. 8, 10, 11, 13, 37, 38) maken onvoldoende duidelijk of de rechter, voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de zaak, ambtshalve zal moeten toetsen aan alle ontvankelijkheidscriteria, zijnde (1) rechtsmacht van de Nederlandse rechter; (2) ontvankelijkheid van de belangenbehartigende organisatie op de voet van het voorgestelde artikel 3:305a lid 1 en lid 5 BW (zie ook MvT, p. 13); en (3) voldoende verband met de Nederlandse rechtssfeer zoals bedoeld in het voorgestelde artikel 3:305a lid 6 BW. Dit wordt in de memorie van toelichting wel gesuggereerd, maar het voorgestelde artikel 1018e lid 4 Rv legt de rechter alleen een verplichting op om hier vooraf over te oordelen, indien er op een of meer van deze punten verweer wordt gevoerd.

De inhoudelijke beoordeling van de vordering; het voorgestelde artikel 1018e lid 5 Rv

In het voorgestelde artikel beslist de rechter “over de verplichting van de wederpartij tot vergoeding van de schade van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt”. Dit roept de vraag op of de rechter niet eerst zou moeten beslissen over de aansprakelijkheid. Volgens de memorie van toelichting is dit inderdaad het geval (zie MvT, pp. 6, 7, 10, 38). De wettelijk zou dan ook mogelijk kunnen luiden: “over de aansprakelijkheid van de wederpartij en diens verplichting tot vergoeding van de schade van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt”.

Hoger beroep en cassatie; het voorgestelde artikel 1018e lid 9 Rv

Omwille van de voortgang van de procedure is gekozen voor een korte termijn van vier weken voor hoger beroep en cassatie tegen de eindbeslissingen op basis van lid 4 en lid 5 van artikel 1018e Rv. Aangezien het gaat om een verzoekschriftprocedure, betekent dit dat partijen slechts vier weken zullen hebben om een eindbeslissing te analyseren, hierover overleg te voeren (intern en/of met hun achterban) en vervolgens de appel- of cassatiegronden te formuleren en uit te werken (het betreft immers een verzoekschriftprocedure). Dat is, mede gezien de complexiteit die men bij dit soort zaken mag verwachten, erg weinig tijd. De kwaliteit van het partijdebat – en daarmee doorgaans de kwaliteit van de rechterlijke beslissing – is meer gebaat bij een ruimere termijn. De NVB zou de voorkeur geven aan een termijn van acht weken, een termijn waarmee nog steeds procesefficiëntie wordt behaald, waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen, maar wel met behoud van een zorgvuldige termijn voor complexe zaken en recht doende aan de belangen van partijen.

De rechter gaat – bij wijze van ultimum remedium – over tot het bepalen van de inhoud van de schikkingsovereenkomst; het voorgestelde lid 4, lid 6, lid 7 en lid 11 van artikel 1018g Rv

Lid 4 van het voorgestelde artikel 1018g Rv vormt het sluitstuk van de voorgestelde regeling. De rechter kan als *ultimum remedium* zelfstandig de inhoud van een collectieve schikkingsovereenkomst bepalen (aan de hand van de voorstellen van partijen). Lid 6 van het voorgestelde artikel 1018g Rv maakt duidelijk dat de rechter daarbij kan bevelen dat er een oproep moet worden gedaan aan de personen ten behoeve van wie de regeling moet worden vastgesteld om zich te melden ter griffie. Indien het aantal deelnemers te gering zou blijken te zijn om een regeling te rechtvaardigen, kan de rechter vervolgens op grond van lid 6 van het voorgestelde artikel 1018g Rv besluiten af te zien van het vaststellen van een dergelijke regeling. Deze dubbele keuzevrijheid van de rechter verhoudt zich slecht met de ver strekkende gevolgen van het vaststellen van een verplichtende collectieve schikkingsovereenkomst door de rechter. Omwille van het behoud van voldoende draagvlak voor een specifieke schikkingsovereenkomst – en het rechterlijk gezag met betrekking tot de collectieve actie tot het verkrijgen van schadevergoeding in

het algemeen – lijkt het raadzaam om deze bepaling een verplichtend karakter te geven. Als de rechter zich genoodzaakt ziet over te gaan tot het zelfstandig vaststellen van een collectieve schikkingsovereenkomst, zou de rechter altijd eerst moeten vaststellen dat er voldoende personen zijn die zich hieraan willen committeren. Dit geldt temeer nu lid 11 van het voorgestelde artikel 1018g Rv hoger beroep met betrekking tot de door de rechter vastgestelde schikkingsovereenkomst uitsluit. De redenering in de memorie van toelichting dat lid 6 van het voorgestelde artikel 1018g Rv facultatief is geformuleerd, omdat er gevallen denkbaar zijn waarin op voorhand duidelijk zal zijn dat er voldoende personen zullen zijn die op de rechterlijk bepaalde schikkingsovereenkomst een beroep willen doen (MvT, p. 48), overtuigt niet. Het is immers ook in die gevallen raadzaam om zekerheid te hebben, voordat de rechter zich hierover uitspreekt.

Redactioneel commentaar

In artikel 1018e lid 1 sub f wordt verwezen naar “*de gevraagde beslissing of beslissingen bedoeld in het derde lid*”. Deze verwijzing is niet juist. Waarschijnlijk is hier het vijfde lid bedoeld.

Artikel 3: 305a lid 6c. BW:

Het woordje “hebben” staat dubbel vermeld.

Amsterdam, 6 oktober 2014/LJ