

## **Internetconsultatie "Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie"**

Reactie van:

### **Allen & Overy**

Brechje van der Velden en Anouk Raaijmakers  
Postbus 75440, 1070 AK Amsterdam

### **De Brauw Blackstone Westbroek**

Ruud Hermans en Jan de Bie Leuveling Tjeenk  
Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam

### **Clifford Chance**

Jeroen Ouwehand en Robert Verburg  
Postbus 251, 1000 AG Amsterdam

### **Houthoff Buruma**

Albert Knigge en Jan-Willem de Jong  
Postbus 75505, 1070 AM Amsterdam

### **NautaDutilh**

Daan Lunsingh Scheurleer en Thijs Bosters  
Postbus 7113, 1007 JC Amsterdam

### **Stibbe**

Jeroen Kortmann en Fons Leijten  
Postbus 75640, 1070 AP Amsterdam

## **1. INLEIDING**

1. Het voorontwerp strekt blijkens de toelichting tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie. Daarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan de motie Dijkma. Het voorontwerp heeft tot doel een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. Het beoogt het voor belanghebbenden gemakkelijker te maken om schade collectief te verhalen, zonder dat daarmee de positie van de aangesproken partij in het gedrang komt. Daartoe schaft het voorontwerp het bestaande verbod op het vorderen van collectieve schadevergoeding in geld af en introduceert het een stapsgewijze collectieve schadevergoedingsprocedure voor representatieve belangenorganisaties die opkomen namens een groep belanghebbenden met gelijksoortige belangen. De wetgever beoogt met deze regeling een middel te introduceren om een collectieve schaderegeling via de rechter af te dwingen ingeval partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling of er niet in slagen een schikking te bereiken. Volgens de toelichting zou in de praktijk behoefte bestaan aan een dergelijke "stok achter de deur". De collectieve schadevergoedingsprocedure die dit voorontwerp introduceert is erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, zoveel mogelijk trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van een massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Indien partijen niet zelf tot een schikking komen, kan de rechter een collectieve schikking opleggen.
2. Wij gaan in deze reactie allereerst kort in op de motie Dijkma en op de vraag of in de praktijk daadwerkelijk behoefte bestaat aan de in het voorontwerp geboden "stok achter de deur". Vervolgens plaatsen wij enkele praktische, maar fundamentele vraagtekens bij het voorontwerp. Mede in het licht van deze fundamentele vraagtekens, vragen wij ons af of het voorontwerp in deze vorm levensvatbaar is.

## **2. MOTIE DIJKSMA EN HET VOORONTWERP**

3. De motie Dijkma vraagt om "effectieve en efficiënte instrumenten" om het fundamentele recht van "consumenten" op schadevergoeding tot een realiteit te maken. Het voorontwerp beperkt zich echter niet tot een regeling voor "consumenten" en gaat derhalve verder dan de motie vraagt. Uitgangspunt van de motie is dat consumenten "recht hebben" op schadevergoeding. Het voorontwerp kiest echter voor de mogelijkheid om een schikking op te leggen. Een schikking is een minnelijke regeling waarbij veelal juist niet wordt aangesloten bij wat "rechtens" tussen partijen heeft te gelden, maar wat zij, ter voorkoming van onzekerheid, overeenkomen. Minst genomen moet men constateren dat het voorontwerp dus niet aansluit bij de inhoud van de motie.

4. Het is een feit dat in Nederland veel massaschade-geschillen, zowel voortvloeiende uit contractuele als buitencontractuele vorderingen, worden geschikt. Daartoe kent het Nederlandse recht diverse instrumenten die dat mogelijk maken. Hierbij kan men denken aan:
- een individuele proefprocedure;
  - een collectieve actie, waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd (artikel 3:305a BW);
  - procedures bij geschillencommissies;
  - procedures bij bestuursrechters of tuchtrechters waarbij door het oordeel van de rechter de onrechtmatigheid van het handelen komt vast te staan of als feitelijk vermoeden kan worden aangenomen;
  - een vordering tot schadevergoeding ingesteld door een stichting of vereniging namens een groep gedaagden die hun vordering op de gedaagde aan de stichting of vereniging hebben gecedeerd of een last tot incasso hebben gegeven.

Zowel in collectieve als in individuele procedures heeft de rechter de mogelijkheid om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen voor te leggen. Gelet op al deze mogelijkheden is het maar de vraag of een leemte bestaat in de rechtsbescherming voor consumenten waarin moet worden voorzien. Dit geldt temeer gezien het feit dat in de procedure waarin het voorontwerp voorziet slechts op enkele punten duidelijkheid zal komen over de rechtspositie van partijen (door het vaststellen van het onrechtmatig handelen van de aangesproken partij, maar niet van relativiteit, causaliteit of schade) om zo partijen tot een schikking te bewegen. Het voorontwerp biedt slechts een stappenplan voor de totstandkoming van een schikking in plaats van een stok achter de deur in de vorm van een (volwaardige) schadevergoedingsprocedure in collectieve vorm.

5. Overigens is het lang niet altijd zo dat een collectieve schikking wordt bereikt nadat er eerst is geprocedeerd. Er zijn ook schikkingen die tot stand komen zonder dat er eerst is geprocedeerd. Een recent voorbeeld is de schikking die de curatoren van DSB Bank met een aantal belangenorganisaties hebben gesloten.
6. In hoeverre het voorontwerp daadwerkelijk in een vraag voorziet is derhalve allesbehalve duidelijk. Hiernaast zijn er meerdere praktische bezwaren bij het voorontwerp, die in de hierna volgende paragrafen uiteen worden gezet.

### **3. KANTTEKENINGEN UIT DE PRAKTIJK**

7. Ofschoon er in de praktijk dus heel veel collectieve schikkingen tot stand komen zonder het door het voorontwerp voorgestelde stappenplan, is het een feit dat het in sommige gevallen niet lukt. Wij menen dat het verstandig zou zijn eerst door het WODC onderzoek te laten doen naar de oorzaak van het feit dat sommige schikkingen niet tot stand komen, en vervolgens te bezien of het nodig en mogelijk is die oorzaken door wetgeving weg te nemen. Wij betwijfelen

dat, op basis van onze ervaringen in de praktijk. In het onderstaande zullen wij een aantal oorzaken noemen die wij in de praktijk tegenkomen.

- a) Beleidsmatige overwegingen. Er zijn gedaagden die uit beleidsmatige overwegingen weigeren om een massaschade zaak te schikken. Veelal gaat het daarbij om de Staat der Nederlanden of andere publiekrechtelijke rechtspersonen. Te denken valt aan procedures tegen de Staat betreffende Srebrenica, Rawagede en Q-koorts. Bij publiekrechtelijke rechtspersonen kan men denken aan claims tegen DNB (Icesave, DSB Bank) of waterschappen (dijkdoorbraak Wilnis). Wij vragen ons af of de Minister zich heeft gerealiseerd wat dit voorontwerp in financiële zin zou kunnen betekenen voor de Staat zelf. Wij zien niet vaak dat commerciële gedaagden om beleidsmatige overwegingen principieel massaschade-zaken niet willen schikken. Dat kan het geval zijn als de procedure het businessmodel van de commerciële gedaagde zou opblazen. De vraag rijst of een klassieke collectieve actie niet voldoende mogelijkheden biedt om eventueel principieel verzet tegen een schikking te breken.
- b) Onvoldoende middelen. Er zijn situaties waarin gedaagden weigeren om te onderhandelen over een collectieve schikking omdat simpelweg de middelen ontbreken om die te betalen. Daarbij kunnen zich twee varianten voordoen. In de eerste variant is de gedaagde insolvent, en kan om die reden geen schikking aanbieden. In de tweede variant is de gedaagde voor de *funding* van een eventuele schikking afhankelijk van derden, bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij. Voor beide situaties biedt het voorontwerp geen oplossing. In de eerste variant spreekt dit voor zich. In de tweede variant is het probleem dat de derde, bijvoorbeeld de verzekeringsmaatschappij, in de voorgestelde procedure niet tot betaling kan worden gedwongen omdat de opsteller van het ontwerp doelbewust gekozen heeft voor de verzoekschriftprocedure, om zo incidenten (waaronder een vrijwaringsincident) uit te sluiten.
- c) Rechtsvragen die partijen verdeeld houden. Een schikking kan soms worden bemoeilijkt doordat partijen verschillend denken over het antwoord op rechtsvragen die hen verdeeld houden. Wij denken dat dit probleem ten dele via het stellen van prejudiciële vragen kan worden opgelost. Er zijn echter ook zaken die zozeer verweven zijn met de feiten, dat het moeilijk is prejudiciële vragen te formuleren. In dat soort zaken is het ook moeilijk voor de Hoge Raad om rechtseenheid te bieden, omdat in cassatie maar een beperkte toetsing plaatsvindt. Als uit nader onderzoek zou blijken dat dit een oorzaak is voor het niet tot stand komen van schikkingen, zou men kunnen onderzoeken of de Hoge Raad in massaschade-zaken rechtseenheid zou kunnen bieden, zonder gebonden te zijn aan de beperkingen van de cassatieprocedure. De in het voorontwerp geboden procedure biedt in ieder geval geen oplossing. Een van de ontvankelijkheidsvereisten is immers dat de rechtsvragen (en feitelijke vragen) in voldoende mate gemeenschappelijk kunnen worden

behandeld. Wanneer een schikking wordt opgelegd zonder een antwoord te (kunnen) formuleren op de voorliggende rechtsvragen, brengt dit het draagvlak voor een dergelijke schikking ernstig in gevaar.

- d) Het financieringsmodel van belangenorganisaties verhindert een oplossing. Met name in contractuele massaschade geschillen kan een mogelijke oplossing voor het geschil inhouden dat de aangesproken partij de voorwaarden van overeenkomsten met consumenten ten gunste van de consument aanpast. Indien de belangenorganisatie echter gefinancierd wordt door een *litigation funder*, of een financiële afspraak heeft gemaakt met de claimanten, waarbij hij een percentage van het schikkingsbedrag ontvangt, bestaat er ter zake van een dergelijke oplossing een tegenstrijdig belang tussen de belangenorganisatie en de consumenten. Voor de consumenten zou een dergelijke aanpassing van de overeenkomst een goede oplossing kunnen zijn, maar de *litigation funder* (en daarmee de belangenorganisatie) zal die blokkeren, omdat dan het financieringsmodel niet uitkomt. Dit probleem zou bijvoorbeeld kunnen worden opgelost indien de rechter (i) iedere financiële afspraak tussen de belangenorganisatie en de *litigation funder* moet goedkeuren en (ii) in voorkomend geval de bevoegdheid heeft de overeenkomst tussen de belangenorganisatie, de *litigation funder* en de aangesloten consumenten te wijzigen.

In het kader van de financiering van een collectieve schadevergoedingsprocedure, moet tevens worden opgemerkt dat het voorontwerp niet voldoet aan de Aanbeveling van de Europese Commissie van 11 juni 2013.<sup>1</sup> Op grond van deze Aanbeveling zou de belangenorganisatie die de vordering instelt bij aanvang van de procedure de oorsprong van de middelen die zij zal gebruiken ter ondersteuning van de rechtsovereenkomsten moeten openbaren. Tevens zouden er nadere regels moeten worden gesteld over de rol van derden bij een procedure en de financiering daarvan, alsmede wat een rechter zou moeten doen in geval van een belangenconflict tussen deze derde partij en de eisende partij. Dit is echter geen onderdeel van het voorontwerp.

- e) Het voorontwerp biedt de aangesproken partij onvoldoende zekerheid, om te kunnen schikken. De onderhandelingsopstelling en -ruimte van de aangesproken partij wordt in belangrijke mate bepaald door de mate waarin deze een kwestie na een schikking achter zich kan laten (finaliteit). Het voorontwerp biedt hiervoor geen oplossing. Op dit aspect zal hierna uitgebreider worden ingegaan. Wij ervaren ook het gebrek aan finaliteit als een belangrijke belemmering voor de totstandkoming van collectieve schikkingen.

---

<sup>1</sup> L 201/60 - 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 (2013/396/EU).

#### 4. FINALITEIT EN VERJARING

8. Uitgangspunt in het voorontwerp is dat de collectieve schadevergoedingsactie in beginsel niet exclusief is: individuele belanghebbenden kunnen, hangende een collectieve schadeactie, een eigen actie over dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis instellen, kunnen hun vorderingen ter incasso cederen aan een derde etc. Andere belangenorganisaties kunnen met betrekking tot dezelfde gebeurtenis ook een collectieve schadevergoedingsactie of een gewone collectieve actie instellen. Slechts als de belanghebbende zich als deelnemer aan een uiteindelijk door de rechter vast te stellen regeling voor collectieve schadeafwikkeling heeft aangemeld, is deze gebonden aan de vast te stellen regeling. Hoewel dit laatste uit een oogpunt van de belangen van de aangesproken partij niet onbelangrijk is, leidt het feit dat een uitspraak in een collectieve schadevergoedingsactie een andere belangenorganisatie niet zal verhinderen een eigen vordering in te stellen, tot een dynamiek die de bereidheid van zowel de aangesproken partij als de belangenorganisatie om een regeling te treffen zal verminderen. In elk geval belemmert deze dynamiek een voor alle partijen optimaal resultaat.
9. De aangesproken partij weet immers dat als hij een regeling treft, hij in beginsel geen finaliteit krijgt. Dat betekent dat de aangesproken partij terughoudend zal zijn met het doen van concessies, omdat het risico bestaat dat hij ook na een majeure concessie het risico loopt dat hij voor aanvullende tegemoetkomingen zal worden aangesproken door een andere belangenorganisatie, die niet zelden mede wordt gedreven door de financiële belangen van een financier die op de achtergrond figureert. De voortslepende discussie over de beleggingsverzekeringen waarbij telkens nieuwe belangenorganisaties ontstaan die een eerder bereikt collectief onderhandelingsresultaat weer ter discussie stellen laat zien dat dit geen theoretisch risico is. Dit zal bepaald niet anders zijn onder het voorgestelde regime nu de reeds bestaande actiemogelijkheid uit hoofde van artikel 3:305a BW open blijft staan voor indirect commercieel gedreven organisaties die niet hoeven te voldoen aan de additionele ontvankelijkheidseisen die het voorgestelde lid 5 van die bepaling aan organisaties stelt die een collectieve schadeactie wensen in te stellen. Dezelfde dynamiek zal onder de voorgestelde systematiek de bereidheid van de belangenorganisatie om concessies te doen verminderen. Zij zullen immers ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat een eventueel bereikt onderhandelingsresultaat door hen publiekelijk zal moeten worden verdedigd ten opzichte van andere – al of niet commercieel gedreven – belangenorganisaties, die met het reeds behaalde resultaat opzak zich zullen willen profileren met de belofte een beter resultaat te bereiken.
10. Dit "chilling effect" wordt niet opgelost door een eventueel bereikte collectieve schaderegeling via een daarop volgende WCAM-procedure verbindend te laten verklaren. Allereerst niet omdat een concurrerende belangenorganisatie in die procedure verweer zal kunnen voeren. Ten tweede niet, omdat die concurrerende organisatie vervolgens opt-outs zal ronselen. Ten derde niet, omdat deze procedure veel tijd kost en het dus lang zal duren voordat er enige vorm

van duidelijkheid bestaat over de aard en de omvang van het resterende claimrisico. Voor de aangesproken ondernemingen is niet alleen de omvang van het eventueel te vergoeden bedrag maar ook de termijn waarbinnen de boeken kunnen worden gesloten, een element dat van grote invloed is op de bereidheid om een regeling te treffen.

11. Het voorgaande wordt verergerd doordat als gevolg van de stuitende werking van een collectieve actie, een collectieve schadevergoedingsactie, een verzoek tot verbindendverklaring of zelfs maar een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 BW van een concurrerende belangenorganisatie, het conflict niet op een effectieve wijze door een verjaring wordt afgegrensd in de tijd. Integendeel, het is op eenvoudige wijze mogelijk om een claim vrijwel oneindig in leven te houden: daarvoor is slechts nodig dat een nieuwe belangenorganisatie voor een ieder die zij zegt te vertegenwoordigen de eerder door een andere organisatie gestuute verjaringstermijn opnieuw verlengt. Ook dit bevordert de schikkingsbereidheid niet.
12. Als het de bedoeling van de wetgever is dat partijen in een collectief geschil sneller tot een collectieve schaderegeling komen, dan dient de hierboven beschreven dynamiek in de kiem te worden gesmoord. Dat kan door bijvoorbeeld juist wel een systeem van *lead plaintiff* te omarmen, of om een wettelijke termijn te stellen waarbinnen individuele benadeelden en andere belangenorganisaties zich na het voordoen van een schadeveroorzakende gebeurtenis moeten melden, zulks op straffe van verval dat nadien nog te doen. Dan kan in een vroeg stadium, eventueel in een preprocesuele comparitie, worden beoordeeld hoeveel belanghebbenden en welke organisaties er zijn, welke vorderingen zij wensen in te stellen en, wat betreft de organisaties, of zij voldoen aan de ontvankelijkheidseisen. Dan kunnen zowel de aangesproken partij(en) als de diverse organisaties beter inschatten tot welke concessies zij bereid zijn en wordt tevens een situatie gecreëerd waarin in een vroeg stadium wordt gestreefd naar een snelle en alomvattende oplossing. Op die manier wordt ook voorkomen dat allerlei parallelle (collectieve) procedures over hetzelfde onderwerp worden gevoerd, met alle risico's op tegenstrijdige beslissingen van dien.
13. De onduidelijkheid over de concrete omvang van het collectief raakt ook de legitimiteit van de collectieve actie. In het voorgestelde systeem is het mogelijk dat geprocedeerd wordt ten behoeve van een (gesteld) collectief belang, terwijl in werkelijkheid de achterliggende belanghebbenden geen of onvoldoende belangstelling hebben voor het geschil. Illustratief in dit opzicht is de procedure van de Engelse consumentenorganisatie Which? tegen een keten van sportwinkels genaamd JJB Sports. Which? bracht een zogenoemde *representative action* tegen JJB Sports en stelde dat JJB Sports kunstmatig opgehoogde prijzen in rekening had gebracht voor replica shirts van het Engelse nationale voetbalteam en van Manchester United. Uiteindelijk zwichtte JJB Sports en zegde een bedrag van £ 10 toe aan elke consument die in de relevante periode een dergelijk replica shirt van JJB Sports had gekocht. Ondanks de overweldigende publiciteit die met deze collectieve schikking gepaard ging, meldden zich uit-

eindelijk slechts enkele honderden consumenten voor het toegezegde schikkingsbedrag (minder dan één procent van het collectief). Achteraf kan men zich in een dergelijk geval met recht afvragen of de collectieve actie voldoende draagvlak had om in die vorm doorgang te vinden. Financieel zijn vooral de advocaten van de strijdende partijen er beter van geworden. Vanuit praktisch oogpunt lijkt bovendien aannemelijk dat het geschil efficiënter en voor de *wel* geïnteresseerde consumenten beter opgelost zou zijn, als eerder in de procedure duidelijk zou zijn geworden hoeveel consumenten aanspraak zouden maken op schadevergoeding. Dergelijke duidelijkheid wordt niet in het voorontwerp voorzien, integendeel, het voorontwerp lijkt die onduidelijkheid doelbewust voort te willen laten bestaan.

14. Met de invoering van een lead plaintiff systeem worden twee vliegen in één klap geslagen. Enerzijds bevordert dit de schikkingsbereidheid bij gedaagde partijen, die de kwestie door een schikking met de lead plaintiff ook daadwerkelijk achter zich kunnen laten. Anderzijds beschermt dit de positie van de benadeelden, nu in het kader van de keuze voor de lead plaintiff bijzondere nadruk zal komen te liggen op de representativiteit en professionaliteit van deze partij en de afwezigheid van oneigenlijke financiële prikkels. Op deze manier wordt gewaarborgd dat de collectieve belangen optimaal zijn vertegenwoordigd.

## **5. BEOOGDE PROCEDURE IN STRIJD MET ARTIKEL 6 EVRM**

15. Het voorontwerp is voorts moeilijk te verenigen en op onderdelen zelfs onverenigbaar met artikel 6 EVRM. Bij het opstellen van het voorontwerp lijkt niet te zijn stilgestaan bij de vraag of de beoogde procedure voldoet aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in het kader van een eerlijk proces. De toelichting op het voorontwerp gaat hierop in ieder geval niet (expliciet) in, hetgeen geleet op de vergaande en zeer ingrijpende bevoegdheden die de rechter worden toegekend ten laste van (met name) de positie van de aangesproken partij, wel verwacht had mogen worden. De crux van het tekortschieten van de regeling is de (dreiging van een) door de rechter aan partijen opgelegde schikking en de (on)mogelijkheid alle relevante geschilpunten evenals de door de rechter opgelegde schikking ter toetsing aan een rechter voor te leggen, ook niet aan een hogere rechter (zie verder alinea 20). Uitgangspunt van de beoogde procedure is dat het oordeel van de rechter bedoeld in artikel 1018e lid 5 Rv steeds in een collectieve schikking dient uit te monden. Om dit te bewerkstelligen neemt de rechter vanaf het moment van zijn beslissing ex artikel 1018e lid 5 Rv de facto de rol in van een "mediator" met ingrijpende bevoegdheden om het proces te sturen (lid 6) en die met kracht van vonnis een "schikkings-overeenkomst" tussen partijen vaststelt. Bij die vaststelling is echter leidend wat de rechter redelijk acht, niet wat rechtens is, dus zonder dat de rechter over alle essentiële aspecten die de rechtspositie van partijen betreft recht spreekt (althans slechts voor zover de rechter meent dat dit dienstig is aan het bereiken van een (op te leggen) collectieve schikking).



16. Overigens is onduidelijk wat het oordeel van de rechter op grond van artikel 1018e lid 5 Rv inhoudt. De beoogde wettekst gaat uit van de vaststelling van een verplichting tot vergoeding van schade. De opsteller van de begeleidende toelichting lijkt echter aan te nemen dat op grond van lid 5 (enkel) een onrechtmatigheidsoordeel wordt gegeven – hetgeen in lijn is met de bestaande artikel 3:305a BW jurisprudentie. Zo staat op p.10 van de toelichting: "*Oordeelt de rechter dat de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld en er een grond voor aansprakelijkheid is [lid 5], dan kan de rechter beslissen over andere rechtsvragen en feitelijke vragen, indien het antwoord daarop kan bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking [lid 6].*" De toelichting op p. 38 lijkt echter op twee gedachten te hinken. Daarin wordt het onderscheid tussen de vaststelling van onrechtmatig handelen en de vaststelling van een verplichting tot vergoeden van schade uit het oog verloren. Miskend wordt dat de vaststelling dat sprake is van onrechtmatig handelen nog niet betekent dat (ook) een verplichting tot vergoeding van schade bestaat. Voor dit laatste is tevens vereist dat een oordeel wordt gegeven over o.a. relativiteit (is ook jegens de belanghebbenden onrechtmatig gehandeld), het bestaan en de omvang van schade, causaliteit, eigen schuld en/of verjaring. De tekst van artikel 1018e lid 6 Rv gelezen in samenhang met de toelichting, lijkt bovendien ervan uit te gaan dat dergelijke geschilpunten onder het bereik van lid 6 vallen en het aan de discretie van de rechter is overgelaten hierover al of niet te beslissen.

Dat klemt te meer, nu partijen in massaschadezaken vaak een fundamenteel verschil van inzicht hebben over met name het bestaan en de omvang van schade, causaliteit en eigen schuld. Het is als gevolg daarvan aannemelijk dat een rechter in veel gevallen zal moeten toekomen aan het in het voorontwerp voorgestelde ultimatum remedium, waarin het antwoord op deze vragen naar redelijkheid wordt opgelegd, zonder dat hierover recht wordt gesproken.

17. Voorts moet worden opgemerkt dat het onderscheid tussen artikel 1018e lid 5 en lid 6 Rv niet onbelangrijk is. Welke rechtsgang gevolgd moet worden om tot een beslissing op grond van lid 6 te komen, is onduidelijk en lijkt geheel aan de rechter te worden overgelaten. Een beslissing op grond van lid 6 geldt voorts niet als een eindbeschikking. Hoewel een beslissing op grond van lid 6 in de tijd veelal gegeven zal worden na een beslissing op grond van lid 5, kan daartegen slechts hoger beroep worden ingesteld, tegelijk met een hoger beroep tegen een beslissing op grond van lid 5 (die dan veelal reeds in kracht van gewijsde is gegaan) of wanneer de rechter dat toestaat. De rechter heeft voorts onder lid 6 een zeer ruime (niet steeds door hogere instanties te toetsen) discretionaire bevoegdheid. Hij kan een oordeel geven als hij meent dat die beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een schikkingsovereenkomst. De rechter kan ook besluiten het aan hem voorgelegde geschilpunt niet te beslissen, zonder dat hij tegen een dergelijke afwijzende beslissing hoger beroep dient open te stellen. Waarom de opsteller meent dat deze bepaling verenigbaar is met artikel 26 Rv (rechtswegering), artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM is onduidelijk.

18. In een latere fase van de procedure kan dit probleem zich opnieuw aandienen. Krachtens artikel 1018f lid 5 Rv kan de rechter een deelbeslissing geven, maar behoeft hij dat niet te doen als hij meent dat dit niet nodig is om een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van een "schikkingsovereenkomst". Bovendien lijkt hij zelf te kunnen bepalen of tegen deze beslissing of de weigering die te geven, hoger beroep wordt opengesteld. Stelt hij geen hoger beroep open, dan zal dit ook op een later moment niet meer kunnen worden ingesteld. Er volgt immers geen voor beroep vatbare eindbeschikking meer. Onduidelijk is in elk geval of tegen een weigering van de rechter een deelgeschil te beslissen, hoger beroep moet worden opengesteld.
19. Het voorgaande illustreert dat aan de uiteindelijk door de rechter tegen de wil van (één van de) partijen op te leggen "schikkingsovereenkomst" niet steeds een (volledige) beoordeling van vastgestelde burgerlijke rechten en verplichtingen ten grondslag ligt. De rechter kan dit, naar believen, achterwege laten zonder dat daarop controle door een hogere rechter plaatsvindt. In dit kader is ook van belang dat de rechter uit de houding van partijen gedurende de verplichte onderhandelingen omtrent een "vrijwillige" collectieve schikking, de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.<sup>2</sup> De afweging die de rechter in dit verband maakt is - bij gebrek aan op voorhand kenbaar gemaakte en meetbare eisen die aan de inspanningen van partijen gesteld worden - niet objectief verifieerbaar. Meent een partij niet tot schadevergoeding gehouden te zijn (bijvoorbeeld omdat de vorderingen zijn verjaard of omdat schade ontbreekt) dan hoeft de rechter over deze geschilpunten geen oordeel te geven, maar kan hij in een latere fase uit de opstelling van een partij die in deze verweren persisteert, de conclusies trekken die hij geraden acht. Zoals reeds aangegeven heeft de rechter in deze fase wel de discretionaire bevoegdheid om over bepaalde geschilpunten te oordelen, maar alleen als hij meent dat dit dienstig is aan het bereiken aan een schikking.<sup>3</sup> Procespartijen wordt zodoende niet de mogelijkheid geboden om steeds alle relevante standpunten (i) aan de rechter voor te leggen<sup>4</sup> en (ii) een oordeel rechtens dienaangaande te verkrijgen. Dit benadeelt met name de partij ten aanzien waarvan de rechter heeft geoordeeld dat deze onrechtmatig heeft gehandeld aangezien deze niet alle weren in verband met de aard en omvang van de schadelijkheid kan voorleggen om daarover een rechtsoordeel te krijgen.
20. Daar komt bij dat de - op basis van de (voorgaand beschreven) onvolledige procesgang - door de rechter opgelegde collectieve schikking niet ter toetsing aan een hogere rechter voorgelegd kan worden.<sup>5</sup> Deze keuze lijkt - zo blijkt uit de toelichting<sup>6</sup> - met name ingegeven

---

<sup>2</sup> Zie artikel 1018g lid 3 Rv.

<sup>3</sup> Zie artikel 1018f lid 5 Rv.

<sup>4</sup> Voorleggen omvat in dit verband tevens de mogelijkheid om alle bewijsrechtelijke mogelijkheden (zoals neergelegd in negende afdeling van de tweede titel van het eerste Boek Rv) te benutten.

<sup>5</sup> Artikel 1018g lid 11 Rv sluit die mogelijkheid uit.

<sup>6</sup> Opmerkelijk is dat in de toelichting (p. 50) wordt opgemerkt dat er wel een rechterlijke toetsing plaatsvindt indien partijen de collectieve regeling via de WCAM verbindend willen laten verklaren. De wetgever onderkent dat een rechterlijke toetsing mogelijk is, maar stelt deze alleen open indien partijen er in wezen geen belang bij hebben. Immers partijen zullen naar verwachting de collectieve regeling alleen verbindend willen laten verklaren indien zij de compensatie redelijk achten. In een dergelijke

door de beperkte juridische toetsing van geschilpunten en de daarmee samenhangende ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter om een collectieve "schikking" op te leggen. De rechter weet zich dus niet of nauwelijks gecontroleerd door een hogere instantie. Juist vanwege de ruime bevoegdheid van de rechter en de verstrekkende gevolgen van de opgelegde "schikking" zou een rechterlijke toetsing in hoger beroep noodzakelijk zijn. Blijkens het bovenstaande bevat de voorgestelde regeling zodanig essentiële tekortkomingen dat zeer aannemelijk is dat de beoogde procedure de toets van artikel 6 EVRM niet kan doorstaan. Partijen wordt immers de mogelijkheid onthouden het geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen<sup>7</sup>, de burgerlijke rechten en verplichtingen te laten vaststellen<sup>8</sup> respectievelijk wordt niet ten aanzien van alle relevante juridische aspecten uitspraak gedaan<sup>9</sup> (waarbij ten nadele van de verwerende partij wordt afgeweken van het beginsel van gelijkheid van wapenen omdat in het bijzonder de verwerende partij de mogelijkheid wordt ontnomen volledig verweer te voeren)<sup>10</sup>.

## 6. VERZOEKSCHRIFTPROCEDURE TEGENOVER DAGVAARDINGSPROCEDURE

21. In het voorontwerp is ervoor gekozen dat de bestaande en nieuwe collectieve actie met een verzoekschrift dient te worden ingeleid terwijl ook voor de verdere rechtsgang de verzoekschriftprocedure wordt gevolgd. Gelet op het contentieuze karakter van een collectieve schadeactie is de dagvaardingsprocedure/vorderingsprocedure de meest geëigende procesgang. De onderbouwing van de keuze voor de verzoekschriftprocedure overtuigt niet, staat op gespannen voet met de in 2002 geïntroduceerde wetsystematiek en doorkruist op onderdelen ook de voorstellen in het kader van het vernieuwingsprogramma "Kwaliteit en Innovatieve rechtspraak" (KEI) (bijvoorbeeld voor wat betreft de vorderingsprocedure). Voorts brengt het in een aparte titel onderbrengen van verschillende regels betreffende de rechtsmacht en procedureregels onnodige uitleg- en samenloopvragen met zich.
22. Met de keus die in het ontwerp is gemaakt voor een verzoekschriftprocedure, onthoudt de Minister de aangesproken partij de mogelijkheid om incidenten op te werpen. Dat is een bewuste keus. De Minister meent dat in het kader van een collectieve actie "geen behoefte bestaat" aan incidentele vorderingen. Hij ziet de mogelijkheid om bijvoorbeeld een derde in vrijwaring op te roepen "*eerder als een belemmerende factor voor een effectieve en efficiënte afwikkeling van de rechtsovername*". In het bovenstaande onder 7(b) *in fine* is reeds duidelijk gemaakt dat dit een misvatting is. De Minister miskent dat juist ook in massaschade-zaken sprake kan zijn van verschillende (mogelijke) veroorzakers van de schade, die naar het toepasselijke recht hoofdelijk aansprakelijk zijn. Sprekende voorbeelden zijn te vinden in de kar-

---

situatie bestaat er voor de procespartijen juist geen behoefte om de collectieve schikking aan een rechterlijke toetsing te onderwerpen.

<sup>7</sup> EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, para. 51; EHRM 23 september 1982, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, para. 87.

<sup>8</sup> EHRM 1 maart 2002, *Kutic v. Croatia*, para. 25.

<sup>9</sup> EHRM 30 oktober 2003, *Ganci v. Italy*, para. 31.

<sup>10</sup> EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, para. 33 – 35; EHRM 22 september 1994, *Hentrich v. France*, para. 56.

telschadepraktijk, waar de eisende partijen meestal volstaan met het aanspreken van één of enkele (beweerdelijke) karteldeelne­mers tot vergoeding van de gehele door het kartel veroorzaakte schade. Zou in geval van een collectieve actie de aangesproken partij niet langer de mogelijkheid hebben om de andere karteldeelne­mers in vrijwaring op te roepen, dan zou de enkele dreiging van een mogelijke hoofdelijke veroordeling de aangesproken partij in serieuze financiële problemen kunnen brengen. Daar komt bij dat vanwege de *scope rule* in het voorgestelde zesde lid van artikel 3:305a BW, in Nederland gevestigde ondernemingen bovendien extra kwetsbaar zouden zijn in vergelijking met elders gevestigde ondernemingen. Tegen hen zou een collectieve actie kunnen worden geëntameerd ter vergoeding van in heel Europa – of wereldwijd? – veroorzaakte kartelschade, zonder de mogelijkheid om via vrijwaringsincidenten de overige (beweerdelijke) kartel­leden te dwingen om bij te dragen in een eventuele schadevergoeding. Wat hun rest is om via separate procedures regres te zoeken bij de overige kartel­leden. Daarbij kunnen zich tal van complicaties voordoen. Deze procedure wordt dan niet gevoerd voor dezelfde rechter, maar voor een buitenlandse rechter. Onduidelijk is welke betekenis de in Nederland opgelegde dwangschikking voor deze rechter zal hebben en of hij bereid is hieraan gevolgen te verbinden met het oog op de aan hem voorgelegde regres­vordering. In elk geval zal geen sprake zijn van een gelijktijdige beslissing met de beslissing in de hoofdzaak (zoals bij vrijwaring in beginsel wel het geval is). Het gevolg zal zijn dat een Nederlandse aangesproken partij gedwongen wordt de gehele schadevergoeding voor te financieren, met een reëel risico dat bij de beoordeling van de regresvordering de rechter tot andere (feitelijke) vaststellingen komt dan in de collectieve schadeprocedure of in de dwangschikking.

23. Dit probleem is overigens niet beperkt tot de kartelschadepraktijk. Ook in gevallen van bijvoorbeeld productaansprakelijkheid kan sprake zijn van hoofdelijkheid (zie bijvoorbeeld het DES-arrest). Hetzelfde geldt voor schade die is geleden op de financiële markten. Ook daar worden niet zelden, naast de “primaire” daders, indirect betrokkenen zoals commissarissen, accountants, toezichthouders, etc. voor de geleden schade mede verantwoordelijk gehouden (zie bijvoorbeeld de procedures rondom Fortis). De rechtvaardiging voor het onthouden van de mogelijkheid om derden in vrijwaring op te roepen, overtuigt geenszins. Het hoofdelijke karakter van de aansprakelijkheid houdt reeds een vergaande bescherming van de eiser(s) in tegen de mogelijke insolventie of onvindbaarheid van een of meer van de veroorzakers van de schade. Daartegenover staat voor de aangesproken partij de mogelijkheid om zich via een vrijwaringsincident te verzekeren van de processuele bijstand en, in geval van een toewijzing van de vordering, een bijdrage in de schadevergoeding van de overige dader(s). Met de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie worden de aansprakelijkheidsrisico's voor een hoofdelijk aangesproken partij aanzienlijk groter. Zou men deze aangesproken partij vervolgens de mogelijkheid van het vrijwaringsincident ontnemen, dan slaat de balans on­evenredig ver door in het nadeel van de aangesproken partij. Daarbij is niet ondenkbaar dat dit nadeel ook de achterban van de belangenorganisatie treft in gevallen waarin de aange-

sproken hoofdelijke schuldenaar onvoldoende kapitaalkrachtig is om het deel van de schade dat zijn medeschuldenaren aangaat voor te financieren en als gevolg daarvan insolvent raakt. Ook in zoverre blokkeert de voorgenomen regeling het bereiken van een optimaal resultaat.

24. Het verdient dan ook de voorkeur de collectieve actie vorm te geven als een (gewone) dagvaardings- of vorderingsprocedure, met de mogelijkheid van de gebruikelijke incidentele vorderingen. Dat deze “belemmerend” zouden werken, valt te betwijfelen. In procedures zien wij meer dan eens het omgekeerde. Juist doordat een hoofdelijk aangesproken partij via een vrijwaringsincident de andere aansprakelijke partijen kan dwingen bij te dragen in een schadevergoeding, ontstaat aan de zijde van de aangesproken partij draagvlak voor een (collectieve) schikking.
25. Overigens moet ook ten aanzien van de uit te keren schadevergoeding worden opgemerkt dat het voorontwerp nog niet voldoet aan de Aanbeveling van de Commissie. Deze Aanbeveling stelt namelijk dat de schadevergoeding die wordt toegekend aan belanghebbenden niet hoger mag zijn dan de schadevergoeding die zou zijn toegekend indien deze was gevorderd door middel van individuele vorderingen. Een schadevergoeding op grond van een vrijwillige schikking is veelal lager dan wanneer deze individueel wordt gevorderd, maar het voorontwerp bevat ook ten aanzien van dit punt geen nadere voorwaarden zodat het voorontwerp niet voldoet aan de Aanbeveling. Dit geldt in het bijzonder voor het geval waarin door de rechter een schikking zou worden opgelegd, zonder dat de rechter over alle relevante aspecten recht spreekt. In een dergelijke situatie kan de rechter niet weten in hoeverre de toegekende schadevergoeding de aangeduide drempel overstijgt

## **7. CONCLUSIE**

26. Resumerend is naar onze mening onduidelijk waartoe het voorontwerp zou moeten dienen. Het voorontwerp biedt niet zozeer een stok achter de deur indien een betrokken partij niet wenst mee te werken aan een schikking, maar meer een stappenplan om (desnoods gedwongen) tot een dergelijke schikking te komen. Hierbij lijkt de wetgever zich onvoldoende rekenschap te hebben gegeven van de redenen waarom een collectieve schikking in sommige gevallen niet tot stand komt. Deze barrières worden in het voorontwerp niet beslecht. Hiernaast spelen nog diverse inhoudelijke bezwaren, zoals het ontbreken van finaliteit, de strijdigheid met artikel 6 EVRM, onduidelijkheid en praktische bezwaren bij de keuze om de procedure als een verzoekschriftprocedure vorm te geven.
27. Wij menen derhalve dat het verstandig zou zijn eerst door het WODC onderzoek te laten doen naar de oorzaak van het feit dat schikkingen niet tot stand komen, en vervolgens te bezien in hoeverre het noodzakelijk en mogelijk is deze oorzaken door wetgeving weg te nemen.