

15 OKTOBER 2014

REACTIE STICHTING AFWIKKELING MASSASCHADE (SAM) OP INTERNETCONSULTATIE WETSVOORSTEL AFWIKKELING MASSASCHADE IN EEN COLLECTIEVE ACTIE

De Stichting Afwikkeling Massaschade (**SAM**) maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie.

SAM is een verband van advocaten, wetenschappers en overige bij de afwikkeling van massaschade betrokken partijen en instanties. SAM heeft ten doel het bevorderen van het juridische debat, het onderzoek en de onderlinge informatie-uitwisseling inzake collectieve procedures en schikkingen met betrekking tot massaschade. Hiermee beoogt SAM een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van een afgewogen systeem dat rekening houdt zowel met de belangen van benadeelden als met de belangen van aangesproken partijen.

1. Wenselijkheid aanvullende wetgeving

De aangesloten en bij SAM verschillen van mening over de wenselijkheid en noodzaak van deze wetgeving.

Sinds de invoering van de WCAM ter aanvulling op de collectieve actie in artikel 3: 305a BW zijn in en buiten rechte veel collectieve schikkingen tot stand gekomen. SAM constateert op basis daarvan dat ook het huidige systeem – het collectieve actierecht in artikel 3:305a BW in combinatie met de mogelijkheid om een collectieve schikking verbindend te verklaren in artikel 1013 Rv e.v. – een belangrijke motivatie vormt om tot een collectieve schikking te komen en collectief schade te vergoeden. Een uitspraak in een 3:305a BW procedure vormt, al dan niet tot stand gekomen op basis van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in de praktijk een belangrijke indicatie voor de aansprakelijkheid jegens de achterban en de dreiging van (gebundelde) procedures van individuele leden van de achterban vormt veelal een voldoende stok achter de deur om op deze basis vrijwillig te besluiten tot het treffen van een schikking die voorziet in vergoeding van individuele schade.

Anderzijds constateert ook SAM dat vanuit de praktijk de roep blijft bestaan tot invoering van een collectief schadevorderingsrecht. Een efficiënt systeem van afwikkeling vergroot de rechtszekerheid en dient daarmee de belangen van zowel benadeelden als aangesproken partijen. Bestudering van het wetsontwerp maakt echter duidelijk dat de invoering van een collectief schadevorderingsrecht complex is. Het wetsontwerp introduceert de mogelijkheid om een schikking op te leggen in een procedure die mogelijk niet verenigbaar is met artikel 6 EVRM (zie daarover ook onder 5).

In ieder geval valt op dat het wetsontwerp juist enkele evidente pijnpunten in het huidige systeem niet adresseert. SAM pleit ervoor om deze pijnpunten al in het huidige wetssysteem op te lossen.

2. Representativiteitsvereiste en lead plaintiff

Bij massaschadezaken is sprake van een toenemend aantal belangenorganisaties, dat het ook voor rechtzoekenden niet inzichtelijker maakt bij welke belangenorganisaties zij zich het beste kunnen aansluiten. Bovendien is er een groot verschil in professionaliteit en motieven van belangenorganisaties, zodat deze niet per definitie bijdragen aan een efficiënte afwikkeling van massaschades waarbij de belangen van de rechtzoekenden voldoende worden bewaakt.

SAM onderkent tegelijkertijd dat ten aanzien van de gestelde representativiteitseis een genuanceerde benadering past, in die zin dat representativiteit ook uit andere omstandigheden kan worden afgeleid dan louter het aantal aangesloten en. Het belang van een representatieve en professionele belangenbehartiger, en de afwezigheid van oneigenlijke financiële prikkels aan de zijde van de belangenbehartiger, is echter van cruciaal belang voor de collectieve afwikkeling van massaschadezaken. Dit wordt in de huidige wetgeving nog steeds onvoldoende erkend en ook het wetsontwerp gaat hieraan voorbij. SAM pleit voor nadere vastlegging van deze representativiteitsvereisten, om te stimuleren dat juist kwalitatief hoogwaardige partijen (zoals onder omstandigheden ook pensioenfondsen) als belangenbehartiger kunnen optreden.

SAM wijst daarbij bovendien op de wenselijkheid van de invoering van een *lead plaintiff* systeem – mogelijk in combinatie met een systeem waarin belangenorganisaties zich binnen een bepaalde termijn als belanghebbenden aan de zijde van de lead plaintiff kunnen stellen- ter bevordering van de totstandkoming van collectieve schikkingen. In de praktijk blijkt regelmatig dat bereikte schikkingen telkens opnieuw ter discussie worden gesteld door nieuwe belangenbehartigers. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, zowel bij benadeelden die zich geconfronteerd zien met mogelijk tegenstrijdige uitspraken, maar ook bij aangesproken partijen die door het ontbreken van een finale oplossing nog terughoudender kunnen worden in het treffen van een collectieve schikking.

Het Amerikaanse rechtssysteem lost deze kwestie op door de mogelijkheid te bieden om collectieve acties te consolideren en een *lead plaintiff* aan te wijzen. Het invoeren van een vergelijkbare oplossing in het Nederlandse rechtssysteem is aan te bevelen, waarbij ook lopende procedures worden geconsolideerd.

3. Opt out

In het verlengde daarvan valt SAM op dat het wetsontwerp geen duidelijke keuze maakt voor een opt in of opt out systeem. Met het oog op het streven naar het bereiken van een finale oplossing, is het aan te bevelen om een opt out systeem te hanteren voorafgaande aan het bereiken van de schikking. Op deze manier is voor alle partijen bij voorbaat duidelijk welke benadeelden binnen de reikwijdte van een eventuele schikking of uitspraak vallen en welk financieel risico daarbuiten resteert (waarmee rekening zal moeten worden gehouden bij de financiering).

4. Funding

Het komt in de praktijk steeds vaker voor dat belangenbehartigers een eigen financieel belang hebben bij het bereiken van een bepaalde schikking, bijvoorbeeld doordat de benadeelden zich bij voorbaat committeren om hen te laten delen in de financiële opbrengst. Deze vergoedingssystematiek kan in de weg staan aan het bereiken van een schikking, zeker voor zover deze niet voorziet in contante betaling. SAM pleit voor hogere, wettelijk vastgelegde eisen aan de governance van een belangenbehartiger (zie ook hiervoor) en vraagt in dit verband aandacht voor een verdere verankering van de Claimcode.

Ondanks deze zorgen over het bestaan van oneigenlijke financiële motieven van belangenbehartigers, erkent SAM dat financiële prikkels ook noodzakelijk kunnen zijn om massaschadezaken te financieren. Om een goede balans te vinden tussen deze twee belangen, zou SAM pleiten voor mogelijkheden om, nadat het resultaat voor de groep is vastgesteld, de rechter ook een oordeel te laten vellen over de redelijkheid van de afspraken die belangenbehartigers maken met enerzijds hun achterban en anderzijds een *litigation funder*. Onder omstandigheden zou de rechter de mogelijkheid moeten krijgen om deze afspraken goed te keuren en/of te wijzigen.

5. Eerlijk proces

Ten slotte valt op dat de rechter in dit wetsvoorstel aan partijen een schikking kan opleggen zonder dat alle relevante geschilpunten worden beoordeeld, wat temeer klemmt nu de door de rechter opgelegde schikking niet ter toetsing aan een - hogere - rechter kan worden voorgelegd. E.e.a. wordt nog "willekeuriger" doordat de rechter uit de houding van de aangesproken partij gedurende de verplichte onderhandelingen de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht - wat dus het ontnemen van processuele bevoegdheden zou kunnen inhouden, of het voorshands geleverd achten van bewijs omtrent een relevant feit, terwijl vooraf onduidelijk is aan de hand van welke maatstaf de inspanningen van partijen zullen worden beoordeeld. Een dergelijk systeem biedt zoveel ruimte voor discretionaire beslissingen (of: willekeur) van de rechter zonder dat daartegen een hogere voorziening open staat dat van een eerlijk proces geen sprake meer is. SAM betwijfelt of dit verenigbaar is met artikel 6 EVRM. Daarbij moet overigens ook worden bedacht dat artikel 6 EVRM ook toegang tot financiering behelst, een onderwerp wat in dit wetsontwerp ten onrechte onderbelicht is gebleven.