

Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland op de consultatie over het ontwerp Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie

VNO-NCW en MKB-Nederland maken zich ernstige zorgen over de gevolgen van invoering van het voorstel zoals het nu luidt. Er lijkt onvoldoende onderzocht of bestaande wettelijke middelen tekortschieten in het effectief afwikkelen van massaschade. En als er al sprake blijkt van tekortkomingen, op welke terreinen bevinden die zich dan en wat zijn de oorzaken? Voordat besloten wordt tot een nieuwe, ingrijpende procedure, zou toch ten minste helder moeten zijn welke wettelijke middelen tekortschieten. Het is goed mogelijk dat bestaande middelen onvoldoende bekend zijn of dat van deze middelen onvoldoende gebruik wordt gemaakt om specifieke redenen. Door dit beter te onderzoeken en te adresseren, kan de regering waarschijnlijk uitvoering geven aan de motie Dijkema - althans de onderliggende zorg van de Tweede Kamer adresseren - zonder een nieuwe procedure te hoeven invoeren.

Bij invoering van het voorstel zoals het nu luidt, wordt het nationale en internationale bedrijfsleven aan een zeer onevenwichtige procedure onderworpen die gemakkelijk misbruikt kan worden door onder andere campagnevoerende instellingen die een podium zoeken, en hedgefonds die, voor hun eigen commerciële belangen, investeren in class actions, terwijl gedupeerde partijen al veel mogelijkheden hebben onder bestaande wettelijke middelen. In beide gevallen staat het belang van gedupeerden niet voorop. Met dit vergaande, allesomvattende voorstel loopt Nederland mijlenver uit de pas met andere landen in Europa en profileert het zich als claimland bij uitstek, terwijl zelfs zonder het voorstel Nederland internationaal al voorop loopt bij het effectief afwikkelen van massaschades. VNO-NCW en MKB-Nederland vrezen dat met het huidige voorstel een Amerikaanse claimcultuur gecreëerd wordt, wat een negatief effect zal hebben op het investeringsklimaat. Het rechtssysteem van een land is immers een van de factoren waar multinationals hun keuze voor een hoofdvestiging op baseren. Een land met een rechtssysteem waar partijen namens consumenten massaclaims kunnen instellen zonder voldoende waarborgen voor verweerders zullen multinationals liever mijden.

Aanbeveling Europese Commissie d.d. 11 juni 2013

Opvallend is ook dat weinig rekening is gehouden met de door de Europese Commissie gepubliceerde Aanbeveling 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 (Pb. EU 2013, L 201, p. 60-65). In deze fase is deze Aanbeveling weliswaar niet-bindend, maar de Aanbeveling is daarmee niet zonder waarde. Lidstaten moeten uiterlijk op 11 juni 2015 de in de aanbeveling vervatte beginselen geïmplementeerd hebben in hun nationale systeem voor collectief verhaal, wat beoordeeld wordt door de Commissie voor 11 juni 2017. Het niet overnemen van de beginselen kan tot gevolg hebben dat Nederland uit de pas gaat lopen binnen de Europese Unie. Indien bijvoorbeeld in Nederland minder waarborgen voor verweerders worden ingevoerd dan voorzien in de Aanbeveling kan er een aanzuigende werking ontstaan van de Nederlandse jurisdictie voor massaclaims. Ten slotte bevat de Aanbeveling nuttige aanbevelingen voor waarborgen die om niet altijd duidelijke redenen niet zijn overgenomen in het huidige voorstel (zie bijlage).

A. Het wetsvoorstel heeft geen toegevoegde waarde

Het Voorstel tracht iets te repareren dat niet gebroken is. De huidige wettelijke middelen om massaschade af te wikkelen zijn afdoende en werken in de praktijk goed. Het is al mogelijk om massaschade af te wikkelen door (i) een schikking algemeen verbindend te laten verklaren op grond van de WCAM, (ii) een artikel 3:305a BW-procedure te volgen waarbij een verklaring voor recht over aansprakelijkheid verkregen kan worden, (iii) cessie van vorderingen aan één partij die vervolgens een procedure als eiser kan voeren en (iv) door een procedure met meerdere eisers te voeren die onderling georganiseerd zijn en vertegenwoordigd worden door één advocaat. Met bestaande middelen kunnen in nagenoeg alle massaschade zaken goede resultaten worden bereikt. Er zijn voldoende prikkels voor verweerders om te schikken in een massaschadezaak, daar is deze extra juridische procedure niet voor nodig. Niet voor niets verwijst de memorie van toelichting naar onderzoek van de Europese Commissie (2008) waaruit bleek dat Nederland ver boven de andere lidstaten uitstak gelet op het totale bedrag aan daadwerkelijk uitgekeerde vergoedingen.

De voornaamste reden voor dit wetsvoorstel lijkt het bezwaar van consumentenorganisaties dat in de praktijk het voortraject veel tijd kan kosten als partijen essentiële rechtsvragen of feitelijke vragen rond een massaclaim verschillend beantwoorden. Dit bezwaar wordt echter niet met voorbeelden of cijfers onderbouwd. Het is niet duidelijk hoeveel massaschadezaken in het geheel in Nederland voorkomen en daarnaast is onduidelijk welk percentage daarvan in het huidige systeem niet goed afgewikkeld kan worden en wat daarvan de voornaamste reden is. Het blijft daarom onduidelijk in welke mate huidige wettelijke middelen tekortschieten om bepaalde soorten van massaschade effectief te kunnen afwikkelen.

VNO-NCW pleit er daarom eerst voor onderzoek te doen naar eventuele tekortkomingen in de bestaande wetgeving en mogelijke oorzaken hiervan. Te meer omdat dit een zeer impactvolle wetswijziging betreft voor zowel het bedrijfsleven als het Nederlands vestigingsklimaat. Wegen de kosten wel op tegen de baten en is het überhaupt duidelijk wat die baten zijn?

B. Bescherming tegen aanzuigende werking en claimcultuur faalt

Hoewel de regering met dit voorstel een claimcultuur beoogt te voorkomen, zal de aantrekkingskracht van Nederland voor claimvehikels uit bijvoorbeeld Australië en de Verenigde Staten sterk toenemen. Daarnaast loopt Nederland met dit onderwerp mijlenver uit de pas met andere landen in Europa. Beide aspecten hebben een aantal oorzaken:

1. De *ontvankelijkheidseisen* zijn te ruim geformuleerd, waardoor de rol van de rechter te zwaar wordt (het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 BW):
 - a. onduidelijk is hoe moet worden beoordeeld (zoals in sub a van lid 5 gesteld) dat de rechtspersoon die de rechtsovername instelt, beschikt over *voldoende deskundigheid* en kan worden geacht de belangen waarvoor hij opkomt op *zorgvuldige wijze* te behartigen;
 - b. onduidelijk is hoe moet worden beoordeeld (zoals in sub b van lid 5 gesteld) dat rechtsvragen en feitelijke vragen in *voldoende mate* gemeenschappelijk;
 - c. onduidelijk is hoe moet worden beoordeeld (zoals in sub c van lid 5 gesteld) dat de e groep gedupeerden van *voldoende omvang* is;

d. onduidelijk hoe concreet een *schadeveroorzakende gebeurtenis* moet zijn.

De memorie van toelichting geeft enigszins aan wat de regering bedoelt met deze open normen, maar blijft vaag en vertrouwt te veel op de actieve- en doortastende rol van de rechter. De ervaring met de huidige 3:305a BW procedure is dat rechters bij twijfel een partij ontvankelijk verklaren. De ontvankelijkheidstoets zal in de praktijk in de huidige vorm vermoedelijk weinig voorstellen.

2. Kleine organisaties met verkeerde bedoelingen en zonder achterban kunnen de procedure eenvoudig misbruiken, omdat gedupeerden zich pas aan het eind van de rechtszaak hoeven 'aan te melden' (*opt-in achteraf*) en er geen minimale eisen aan de representativiteit van belangenorganisaties worden gesteld. In de memorie van toelichting wordt wel aangegeven dat dit soort vragen onderdeel kunnen zijn van de toets van zorgvuldige belangenbehartiging, maar dat zijn twee geheel verschillende zaken. Zorgvuldige belangenbehartiging zegt iets over de aard en kwaliteit van de belangenbehartiging, maar zegt niets over de omvang van de achterban en ook niet of deze achterban gebonden is en wil zijn aan de uitkomst van de procedure. Bij aanvang van de procedure hoeft er dus geen formele relatie tussen verzoekers en gedupeerden te bestaan, waardoor de verweerder niet weet wie hij tegenover zich heeft en wie aan de uitkomst van de procedure gebonden zullen zijn. Het is heel goed mogelijk dat na een lange procedure tegen een belangenorganisatie aan het eind van de procedure blijkt dat niemand van de gedupeerden zich wil binden aan de verwachte uitkomst, waarna de rechter de procedure alsnog zal beëindigen en waarna gedupeerden opnieuw kunnen procederen over hetzelfde feit (zelf of via een andere belangenorganisatie).
3. Het voorgestelde artikel 3:305a lid 6 BW (*Scope rule*) tracht de aanzuigende werking van Nederland als claimjurisdictie tegen te gaan door het stellen van extra voorwaarden. Deze scope rule roept echter in de vorm zoals deze thans is geformuleerd slechts vragen op, terwijl in het geheel niet duidelijk is of deze scope rule in de praktijk de aanzuigende werking daadwerkelijk zal beperken, terwijl tegelijkertijd onvoldoende onderzocht is of en welke gevolgen sub a van de scope rule zoals deze thans is geformuleerd zal hebben voor het vestigingsklimaat.
4. *Third Party Litigation Funding* wordt toegestaan omwille van de toegang tot het recht, maar is niet met waarborgen omkleed om te voorkomen dat hier hedgefonds actief worden die gaan investeren in class actions, waarbij de belangen van gedupeerden niet voorop staan. In combinatie met opt-in achteraf wordt het gedupeerden wel er gemakkelijk gemaakt om achterover te leunen (de procedure wordt door een ander gefinancierd en pas als de schikking zo goed als rond is, kunnen ze beslissen of ze mee willen doen).
5. Er is geen *hogere beroep* voor verweerder mogelijk tegen de collectieve schaderegeling die de rechter kan opleggen. Hoewel beroep kan worden ingesteld tegen deelbeslissingen, is beroep niet mogelijk tegen de eindbeslissing van de rechter waarin de schaderegeling wordt opgelegd.
6. De *samenloop* van procedures is niet goed geregeld, waardoor een bedrijf met meerdere collectieve acties t.a.v. dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis geconfronteerd kan worden. Gelijktijdige procedures kunnen gevoegd worden (dit hoeft niet), maar achtereenvolgende procedures kunnen plaatsvinden zonder dat er sprake is van finaliteit voor de verweerder.
7. *Standaardkostenveroordeling* houdt onvoldoende rekening met de gevolgen van lichtzinnige claims.

8. Ten onrechte wordt in de concept-memorie van toelichting gesteld dat een *vrijwaringsincident* belemmerend zou werken. Een vrijwaring is vaak juist noodzakelijk om tot een afwikkeling te kunnen komen. De aangesproken partij dient de mogelijkheid te hebben de overige schadeveroorzakers te betrekken in de procedure, anders zal een schikking doorgaans niet mogelijk zijn.
9. Het wetsvoorstel is vanaf *inwerkingtreding* van toepassing op gedragingen / gebeurtenissen in het verleden (terugwerkende kracht).
10. Aangezien het wetsvoorstel geen *overgangsrecht* kent, is onduidelijk hoe met lopende acties moet worden omgegaan. Deze acties zijn niet ingericht op het vorderen van schadevergoedingen en lopen bovendien bij verschillende rechtbanken.

Het gevolg van deze ‘verruiming’ is dat in Nederland de drempel om een class action te voeren, bijzonder laag wordt en dat deze class action minder waarborgen bevat dan vergelijkbare procedures in andere landen zoals de Verenigde Staten. Het is van groot belang dat de ontvankelijkheidseisen worden aangescherpt en dat de rechter van handvatten wordt voorzien. Verder dient de beoogde scope van het voorstel nog goed door de regering te worden doordacht, zoals hierna zal worden toegelicht.

C. Voorstellen

- Rechters zouden een poortwachtersrol moeten vervullen tegen o.m. lichtzinnige claims en uitsluitend claims toe mogen staan die geschikt zijn voor daadwerkelijk collectieve geschillenbeslechting. De eiser dient te bewijzen dat voldaan is aan de duidelijk omschreven criteria voor ontvankelijkheid in een *preliminaire hoorzitting en -fase*. Het opnemen van een aparte, preliminaire fase om de ontvankelijkheid van de collectieve actie te bepalen op grond van aangescherpte criteria en de groep van eisers te identificeren, is een betere manier om geschillen sneller te beslechten en waarborgt de bescherming van de rechten van de partijen. Het is een waarborg die in veel andere landen is opgenomen en door de Europese Commissie wordt aanbevolen.
- De wetgever zou in de wettekst moeten verduidelijken dat de toegangstoets tot de massaschadeprocedure een zware toets is en dat het uitgangspunt is: geen toegang, tenzij alle andere opties zijn getest. Ook moet duidelijker worden hoe dit getoetst wordt.
- De rechter heeft handvatten nodig om *deskundigheid van de rechtspersoon* die de rechtsvordering instelt en *de minimale omvang van de (geregistreeerde) groep gedupeerden* te bepalen, alsmede de *homogeniteit van de rechtsvragen*. Slechts indien individuele aspecten (gedrag/medische geschiedenis) slechts marginaal of niet van belang zijn is een zaak geschikt voor een collectieve actie.
- Alleen concrete *schadeveroorzakende gebeurtenissen* waarbij een aantoonbare en concrete norm is overschreden, en die direct schade bij een identificeerbare groep heeft veroorzaakt, komen in aanmerking voor de procedure.
- Om ervoor te zorgen dat verweerder weet wie hij tegenover zich heeft, om te voorkomen dat kleine organisaties zonder achterban eenvoudig een massaclaim kunnen instellen, en om ervoor te zorgen dat bij een gunstige uitkomst voor verweerder de gedupeerden aan de uitspraak zijn gebonden en dus niet opnieuw kunnen procederen, stelt VNO-NCW voor de *opt-in achteraf* te

veranderen in een *opt-in vooraf*. Zonder opt-in vooraf hebben schikkings- of mediationgesprekken geen enkele zin, immers het is niet duidelijk met wie gesproken wordt. Om tot een schikking te komen is ten minste informatie nodig over de omvang van de groep en specifieke kenmerken van de groep. Aan het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 BW zou bovendien als voorwaarde voor rechtsvordering moeten worden toegevoegd dat dat er geen door de rechter bekrachtigde overeenkomst of in een kracht van gewijsde bestaande uitspraak bestaat over dezelfde gebeurtenis of reeks van gebeurtenissen.

- *Scope rule*. De scope rule roept verschillende vragen op. De wenselijkheid, haalbaarheid en uitvoerbaarheid van een dergelijke scope rule moet eerst grondig worden onderzocht, zoals hierna zal worden toegelicht.
- *Third Party Litigation Funding (TPLF)* is een gevaarlijk verschijnsel dat belangenverstremming in de hand werkt en Nederland aantrekkelijk maakt voor internationale claimvehikels. We bevelen aan deze wijze van financiering vooralsnog niet toe te staan.
- Als TPLF toch wordt toegestaan, is het enerzijds belangrijk de aanbevelingen van de Europese Commissie over te nemen en anderzijds noodzakelijk om rechters meer concrete handvatten te geven om de financieringsovereenkomst te toetsen (in het bijzonder op belangenverstremming).
- Verbod *no-cure-no-pay*: het *no-cure-no-pay* verbod geldt in de huidige situatie alleen voor advocaten en niet voor stichtingen en verenigingen die optreden namens gedupeerden. Om een “loterij zonder nieten” te voorkomen, dient het no-cure-no-pay verbod ook van toepassing te zijn voor verzoekers in het kader van massaclaims.
- *Hoger beroep*. Tegen een beschikking van de rechter waarin een collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld dienen hogere voorzieningen open te staan.
- *Samenloop*. Het wetsvoorstel moet zodanig worden gewijzigd dat slechts eenmaal een dergelijke procedure tegen een bedrijf kan worden gevoerd met betrekking tot een bepaalde gebeurtenis. Dat betekent dat de eerste belangenorganisatie die een verzoekschrift indient en ook ontvankelijk wordt verklaard, dit eenmalige recht activeert.
- *Lichtzinnige claims*. Als een claim niet serieus is, zou de rechter de vrijheid moeten hebben om een proceskostenveroordeling vast te stellen tot maximaal de werkelijk gemaakte kosten. Daarnaast zou een regeling moeten worden opgenomen voor een tegemoetkoming in de door de verweerder ten gevolge van lichtzinnige claims geleden schade, zoals reputatieschade
- *Inwerkingtreding*. De wet mag niet van toepassing zijn op gedrag of claims van voor de datum van inwerkingtreding.
- *Overgangsrecht* is noodzakelijk om te voorkomen dat de regeling van toepassing wordt op lopende collectieve acties bij verschillende rechtbanken.
- Hoewel de motie Dijkema zich richt op consumenten en hiertoe verwijst naar consumenten- en mededingingsrecht, beperkt het wetsvoorstel de voorgestelde procedure niet tot bepaalde vorderingsgerechtigden en rechtsgebieden. Binnen de ledenkring van VNO-NCW wordt verschillend gedacht over de reikwijdte van het wetsvoorstel. De leden van VNO-NCW en MKB Nederland zijn -behoudens het Verbond van Verzekeraars- voorstander van een beperking van vorderingsgerechtigden tot consumenten en tot de rechtsgebieden mededingingsrecht en consumentenrecht. Het Verbond van Verzekeraars is voorstander van de in het wetsvoorstel gekozen reikwijdte.

In de bijlage worden bovenstaande knelpunten en aanbevelingen nader toegelicht.

Bijlage

1. Vage ontvankelijkheidseisen / zware rol rechter

De ontvankelijkheidseisen die aan verzoekende partijen worden gesteld, zijn vaag en niet streng genoeg waardoor het mogelijk wordt om de procedure te misbruiken door partijen wiens belangen niet gelijk zijn die van de gedupeerden. Een ander nadeel is dat de ruim geformuleerde ontvankelijkheidseisen te veel ruimte aan afweging door de rechter laten.

Het niet-ontvankelijk verklaren wordt binnen de rechtspraak als een zeer zwaar middel beschouwd. In het strafrecht wordt het OM slechts in zeer uitzonderlijke gevallen niet ontvankelijk verklaard. In het civiel recht komt het ook slechts bij uitzondering voor. De meeste gebreken zijn te repareren en alleen als een eiser het heel bont maakt of in het geheel geen belang bij de zaak heeft, zal een rechter tot niet-ontvankelijk verklaren overgaan. Eisen omtrent deskundigheid, zorgvuldige belangenbehartiging, omvang groep gedupeerden en gemeenschappelijke vragen zijn allen vaag en de invulling daarvan wordt dus overgelaten aan de rechter. Dit is een zeer zware taak voor de rechter. Temeer daar een rechter – nu niet-ontvankelijkheid als een zeer zwaar middel wordt beschouwd – niet snel geneigd zal zijn niet-ontvankelijkheid uit te spreken. Dit pleit dan ook voor een meer in detail uitgewerkte invulling van deze eisen. De thans voorgestelde ontvankelijkheidseisen bieden de rechter te weinig houvast om te beoordelen of een bepaalde vordering zich leent voor een collectieve procedure.

Uit tot nu toe gevoerde procedures op grond van artikel 3:305a BW blijkt ook dat de ontvankelijkheidsvereisten in de praktijk nauwelijks concrete betekenis hebben. Het niet ontvankelijk verklaren komt nauwelijks voor en indien het voorkomt, is dat vrijwel uitsluitend op formele gronden en niet op materiële gronden, zoals de extra materiële eisen die de regering nu voorstelt. Iedere organisatie die de zeer marginale toets doorstaat, mag procederen. Toevoeging van de extra ontvankelijkheidsvereisten, zoals die in het voorstel staan, zullen deze test onvoldoende versterken. De rol van de rechter wordt nog zwaarder dan deze al is, terwijl op basis van ervaringen tot nu toe is gebleken dat de rechter geen gebruik maakt van de mogelijkheid om een eiser niet-ontvankelijk te verklaren.

Uit de memorie van toelichting blijkt bovendien dat het de bedoeling van de wetgever is dat deze procedure een ultimatum remedium is. Slechts als al het andere faalt en het op geen andere wijze mogelijk is om effectief en efficiënt recht te halen, kunnen gedupeerden zich tot deze procedure wenden. Dit blijkt echter uit de toelichting en niet uit de wettekst zelf. Bovendien werkt de term niet-ontvankelijk verklaren om bovengenoemde reden verwarrend.

Voorstel:

De wetgever zou in de wettekst moeten verduidelijken dat de toegangstoets tot de massaschade-procedure een zware toets is en dat het uitgangspunt is: geen toegang, tenzij alle andere opties zijn getest en er geen enkel andere effectieve methode is om schade te verhalen en ook aan de overige eisen is voldaan. Het moet duidelijk worden dat de ontvankelijkheidstoets in deze procedure anders is dan in andere procedures en dat de nadruk op niet-ontvankelijkheid ligt.

Te ruim omschreven ontvankelijkheidseisen:

- a. De norm van het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 onder a BW ‘de rechtspersoon die de rechtsvordering instelt, beschikt over *voldoende deskundigheid* ter zake en kan worden geacht de *belangen* waarvoor hij opkomt *op zorgvuldige wijze te behartigen*’ wordt nauwelijks ingevuld door de MvT, waardoor enorme interpretatieruimte voor de rechter ontstaat.
- b. Ditzelfde geldt voor de norm van het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 onder c BW dat de groep gedupeerden van *voldoende omvang* moet zijn om het instellen van de rechtsvordering te rechtvaardigen en de norm van het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 onder b BW inhoudende dat rechtsvragen en feitelijke vragen *voldoende gemeenschappelijk* moeten zijn.
- c. Daarnaast dient de *schadeveroorzakende gebeurtenis* nauwer omschreven te worden.

a. Voldoende deskundigheid / belangen op zorgvuldige wijze behartigen

Het voorgestelde artikel 3:305a lid 5 onder a BW maakt volgens de concept MvT mogelijk dat de rechter een organisatie niet-ontvankelijk verklaart wanneer hij van oordeel is dat de financiering of de belangenbehartiging niet op de juiste wijze is geregeld. Het voorstel geeft de rechter echter weinig concrete handvatten om e.e.a. te beoordelen. Bovendien biedt deze ontvankelijkheidseis nog geen bescherming tegen een eigen belang of ondeskundigheid aan de zijde van de advocaat of financier.

‘*Voldoende deskundigheid*’ lijkt een betekenisloos vereiste. Nergens wordt omschreven wat ermee bedoeld wordt. Niet duidelijk is waarin de organisatie deskundig moet zijn: in procesrecht en materieel recht of in de feitelijke vragen waarover de aangespannen procedure gaat of in belangenbehartiging? Voor procesrecht en materieel recht zal de organisatie een advocaat in de arm moeten nemen die hierover kan adviseren. Dient de organisatie dan deskundig te zijn in de feitelijke vragen waarover het geding gaat? Oftewel: als het gaat om een milieuclaim, moeten er dan milieudeskundigen in het bestuur zitten? Of als het gaat om productaansprakelijkheid moeten er dan personen in het bestuur zitten die het product veel gebruikten? En waarom dan? Waarom zou een groep met milieudeskundigen beter voor de belangen van gedupeerden van een milieuramp kunnen opkomen dan een groep omwonenden die zich verenigd hebben en een goede milieurechtadvocaat in de arm hebben genomen? Of gaat het om deskundigheid terzake van belangenbehartiging, waarvoor reeds een ander vereiste in de wet staat? Dan zou het dubbelop zijn.

Voorstel:

- *In verband met de invloed die de wijze van financiering kan hebben op het verloop van de procedure, moet de rechter ambtshalve de financieringsovereenkomst te toetsen (zie ook punt 4: third party litigation funding).*
- *Het vereiste van deskundigheid dient te worden herschreven zodat duidelijk wordt wat voor type deskundigheid van een belangenorganisatie wordt vereist en waarom dit wordt vereist.*

b. De groep van voldoende omvang en rechtsvragen voldoende homogeen

De MvT geeft geen handvatten om te bepalen wanneer een groep gedupeerden groot genoeg is voor een collectieve actie. Zo wordt ook niet aangegeven wanneer een groep te klein is. Aangezien bovendien gekozen is voor een opt-in systeem achteraf, is op voorhand niet duidelijk of de verzoeker tijdens beoordeling van ontvankelijkheid überhaupt gedupeerden vertegenwoordigt.

Wanneer is een groep voldoende homogeen? Het wetsvoorstel bepaalt al dat er binnen de groep verschillende categorieën gedupeerden kunnen zijn voor wie verschillende afwikkelafspraken kunnen worden overeengekomen of bepaald. Hoeveel feitelijke vragen en rechtsvragen moeten dan wel gemeenschappelijk zijn? Wanneer is er sprake van een homogene groep met beperkte verschillen tussen de subgroepen en wanneer is er sprake van verschillende groepen?

Een collectieve rechtszaak is slechts voordelig wanneer het een efficiënte manier is om een groot aantal claims af te handelen. De efficiëntie wordt bereikt wanneer rechtsvragen en feitelijke vragen kunnen worden behandeld in een enkel onderzoek. Dit is alleen mogelijk als de zaken echt homogeen zijn en individuele aspecten zoals gedrag (eigen schuld) en medische geschiedenis van de eiser niet ter zake doen. Het heeft tientallen jaren van jurisprudentie gekost voordat Amerikaanse rechtbanken tot de conclusie kwamen dat Individuele kwesties, zoals lichamelijk letsel en fraude, de efficiëntie van collectieve schadeafwikkeling ondermijnen.

Voorstel:

De wetgever zou meer handvatten aan de rechter moeten geven om te benadrukken hoe groot en hoe homogeen de groep gedupeerden moet zijn om toegelaten te worden. Ook hier dient duidelijk te worden dat de nadruk ligt op niet-ontvankelijk, tenzij de groep zó groot is dat andere wettelijke routes niet van gedupeerden gevergd kunnen worden.

Als de criteria voor reikwijdte en ontvankelijk niet zorgvuldiger worden geduid en ingeperkt, zou dat kunnen leiden tot één massaclaim en honderden individuele claims. Daarom dienen individuele aspecten van gedupeerden slechts van marginale of helemaal geen betekenis te zijn in de gemeenschappelijke claim. Dit zou of moeten worden toegevoegd aan de ontvankelijkheidseisen en/of worden verduidelijkt in de memorie van toelichting.

c. Schadeveroorzakende gebeurtenis onvoldoende concreet omschreven

Het ontwerp voorstel omschrijft niet duidelijk hoe concreet de schadeveroorzakende gebeurtenis moet zijn om in aanmerking te komen voor afwikkeling volgens de voorgestelde procedure. Met name campagnevoerende organisaties zouden de procedure kunnen misbruiken om schade te claimen of aandacht te vragen voor vage, ruim omschreven schadeveroorzakende gebeurtenissen. Denk bijvoorbeeld aan een claim dat fastfoodrestaurants obesitas veroorzaken of een claim tegen een industrieel bedrijf wegens milieuvervuiling, zonder dat een specifieke normoverschrijding met concrete schade wordt aangehaald.

Voorstel:

Aan de hierboven voorgestelde preliminaire hoorzitting over ontvankelijkheid zou een extra (marginale) toets moeten worden toegevoegd die de concreetheid van de overtreding en schade beoordeelt. Daarbij moet het uitgangspunt zijn dat alleen concrete schadeveroorzakende gebeurtenissen waarbij een aantoonbare en concrete norm is overschreden, en die direct schade bij een identificeerbare groep heeft veroorzaakt, in aanmerking voor behandeling komen.

Conclusie ontvankelijkheid:

Rechters zouden een poortwachtersrol moeten vervullen tegen o.m. lichtzinnige claims en de eiser dient te bewijzen dat voldaan is aan de duidelijk omschreven criteria voor ontvankelijkheid in een preliminaire hoorzitting. Het opnemen van een aparte, preliminaire fase om de ontvankelijkheid

van de collectieve actie te bepalen op grond van aangescherpte criteria en de groep van eisers te identificeren is een betere manier om geschillen sneller te beslechten en waarborgt de bescherming van de rechten van de partijen. Het is een waarborg die in veel andere landen is opgenomen en door de Europese Commissie wordt aanbevolen.

2. Opt-in achteraf & zeer beperkte representativiteitseis

Het ministerie heeft in het ontwerp gekozen voor een opt-in systeem achteraf. Dit betekent dat (i) een belangenvereniging of -stichting een procedure kan starten zonder dat blijkt dat zij de steun heeft van een representatief deel van de gedupeerden die zij zegt te vertegenwoordigen en (ii) dat gedupeerden aan een eventuele uitspraak van de rechter niet gebonden zijn, tenzij zij achteraf verklaren gebonden te willen zijn (opt-in) of tenzij een andere rechter in een daaropvolgende procedure de door de eerdere rechter vastgestelde massaschade-overeenkomst algemeen verbindend verklaart, waarna gedupeerden kunnen verklaren niet gebonden te willen zijn (opt-out). Dit betekent dat iedere stichting of vereniging die door de eerste ontvankelijkheidstoets heen komt (welke toets dus niet inhoudt dat wordt vastgesteld dat die stichting of vereniging de steun van een representatief deel – of ook maar enig deel – van de gedupeerden heeft) de procedure kan starten en bijna helemaal tot het einde kan voeren zonder bewijs van enige steun van gedupeerden. De procedure voorziet er weliswaar in dat de rechter in een later stadium kan testen hoeveel gedupeerden bereid zijn gebonden te worden door een eventuele uitspraak, door vlak voor de uitspraak een opt-in procedure te gelasten, maar dit is pas op het punt nadat partijen door alle stadia van de procedure heen zijn en partijen over en weer in vier stadia getracht hebben tot overeenstemming over een vaststellingsovereenkomst te komen.

Door te kiezen voor een opt-in procedure aan het eind van de rechtszaak en door bovendien geen eisen omtrent de representativiteit van de belangenorganisaties in te voeren, creëert de regering een spel zonder nieten. Iedere belangenorganisatie die aan de statutaire eisen voldoet en aannemelijk kan maken dat zij zorgvuldig handelt en een vorm van expertise heeft, kan een procedure starten. Gedupeerden kunnen achterover leunen en wachten tot de procedure bijna of geheel is afgerond voordat zij zich al dan niet hoeven te melden en zich te verbinden. Een verweerder heeft die luxe niet en is altijd gebonden aan de uitkomst van de procedure. Dit dwingt verweerders om te procederen tegen partijen die mogelijk niet representatief zijn, terwijl met de collectieve actie niet per se een einde aan de rechtszaken komt (niet-gebonden gedupeerden kunnen immers alsnog zelf procederen).

Bovendien wordt de mogelijkheid van afwijzing van aansprakelijkheid over het hoofd gezien. Indien geen van de gedupeerden zich vooraf hoeft binden, zullen zij dus ook niet gebonden zijn aan een uitspraak die aansprakelijkheid afwijst. Het staat hen dan vrij om individueel of via een andere belangenorganisatie opnieuw te procederen. Terwijl de verweerder bij een toewijzende beschikking wel gebonden is.

Het feit dat er geen directe relatie hoeft te bestaan tussen verzoeker en gedupeerden, maakt het voor verweerders onaantrekkelijk een schikking te treffen. Zij weten immers niet met wie zij te maken hebben en kunnen dus vooraf niet inschatten hoeveel de schikking hen gaat kosten. Hier speelt in belangrijke mate mee dat voor partijen die zelf geen gedupeerden zijn, maar die mogelijk wel andere belangen hebben (financiële belangen of campagne voeren), de drempel zeer laag is om een dergelijke procedure te starten.

Voorstel:

Voordat een partij door een rechter kan worden gedwongen tot schikkingsonderhandelingen zou eerst getoetst moeten worden door welke gedupeerden de verzoekende partij gesteund wordt (preliminaire hoorzitting). Er zou een direct, aantoonbaar verband tussen gedupeerden en de procederende organisatie moeten bestaan door ofwel een lidmaatschapsovereenkomst in het geval van een vereniging ofwel door een andere schriftelijke overeenkomst in het geval van een stichting, waaruit zou moeten volgen dat de betreffende gedupeerde de procedure van de stichting of vereniging steunt en zich daaraan gebonden acht. Vervolgens dient de rechter bij de ontvankelijkheidstoets te beoordelen of voldoende gedupeerden bij de stichting of vereniging zijn aangesloten om van een representatieve organisatie te kunnen spreken. Het is niet evenwichtig om van een verwerende partij te verlangen dat zij zich verweert in een juridische procedure en dat zij wordt gedwongen tot schikkingsonderhandelingen met een partij waarvan de omvang van de achterban niet bekend is en waarvan de achterban vervolgens na afloop mag kiezen of de uitspraak van de rechter hen wel bevalt.

Wij stellen voor opt-in achteraf te veranderen in een opt-in vooraf.

3. Scope Nederland (het voorgestelde artikel 3:305a lid 6 BW)

De regering stelt dat de aanzuigende werking van Nederland als litigationland in het wetsvoorstel wordt beperkt, omdat voor schadevergoeding vereist is dat ofwel de verweerder woonplaats heeft in Nederland, ofwel het merendeel van de gedupeerden in Nederland woont, ofwel de gebeurtenis die aanleiding geeft tot de claim in Nederland heeft plaatsgevonden. Het is echter de vraag of dit doel wordt bereikt met de invoering van deze zogenaamde scope rule. Tegelijkertijd is aannemelijk dat een vestigingsplaats in Nederland als basis voor een schadevergoeding in geld schadelijk voor de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven en slecht voor het investeringsklimaat is (des te meer als vrijwaringsvorderingen worden uitgesloten). Een en ander moet nader worden onderzocht.

Verder is het de vraag wat het karakter is van de scope rule. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de in het voorstel geformuleerde scope rule losstaat van de internationale bevoegdheidsregels die voor Nederland gelden op grond van verdragen en verordeningen. De vraag rijst wat dan wel het karakter van de scope rule is indien deze geen betrekking heeft op rechtsmacht.

Bovendien rijst de vraag of de scope rule moet worden aangemerkt als regel van formeel of van materieel recht. Deze vraag is van belang omdat in de memorie van toelichting wordt gesteld: "Als deze [de internationale bevoegdheidsregels] geen bevoegde rechter in Nederland aanwijzen, kan de collectieve schadevergoedingsactie niet worden ingesteld." Het is echter de vraag of dit wel zo simpel is, aangezien ook kan worden betoogd dat nu de regeling is opgenomen in het BW (dus het materiële recht) de regeling dus ook van toepassing is in gevallen waarin een buitenlandse rechter bevoegd is, maar het Nederlands recht van toepassing is. Onder het huidige recht zijn IPR-geleerden het er nog niet over eens of het huidige artikel 3:305a BW moet worden aangemerkt als materieel recht of als formeel (proces)recht. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Expliciet zou in ieder geval moeten worden bepaald dat zaken waarbij het toepasselijke materiële recht buitenlands is, niet in aanmerking komen voor de voorgestelde procedure. Alleen zaken die naar Nederlands materieel

recht moeten worden beoordeeld, zouden in aanmerking moeten komen voor de voorgestelde procedure.

Verder moet goed worden onderzocht en goed worden doordacht - indien toch besloten zou worden tot invoering van een scope rule - of met een scope rule het beoogde doel bereikt wordt en wat de gevolgen zullen zijn voor het vestigingsklimaat.

Ten aanzien van de formulering van het huidige tekstvoorstel merkt VNO-NCW volledigheidshalve nog op dat de tekst aanleiding geeft tot discussie en daarmee tot rechtsonzekerheid. Wat moet bijvoorbeeld worden verstaan onder “het merendeel”? Is dat 50,1%? En merendeel waarvan dan als de groep vooraf niet bekend is? En wat moet worden verstaan onder: “de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft”?

Voorstel

VNO-NCW geeft de wetgever dringend in overweging om eerst grondig nader onderzoek te doen naar de hiervoor geformuleerde vragen.

4. Third Party Litigation Funding

De regering heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om financiering door derden, Third Party Litigation Funding of TPLF, toe te staan. Dit laat de mogelijkheid open dat een derde partij zonder direct belang bij de uitkomst van de zaak en die zelf geen schade heeft geleden door de gebeurtenis die in de procedure centraal staat, de kosten van de rechtszaak voorfinanciert. De gedachte hierachter is dat partijen die wel willen procederen, maar dit niet kunnen betalen, op deze manier toch toegang tot de rechter krijgen.

Het is de vraag in hoeverre er bij massaschade, waarbij er per definitie veel potentiële eisers zijn, daadwerkelijk problemen bestaan om de rechtszaak te financieren. Immers, met vele eisers zijn er ook vele schouders die de kosten kunnen dragen. Ervan uitgaande dat de beoogde totale ‘opbrengst’ van de rechtszaak hoger is dan de kosten daarvan (anders is er ook geen reden tot procederen) wordt financiering slechts een probleem indien (i) veel gedupeerden geen kosten willen maken, omdat zij de kans op toewijzing van voldoende schadevergoeding om de kosten terug te verdienen te gering achten of (ii) de meeste gedupeerden de kosten niet kunnen voorfinancieren en de verwachte kosten van de procedure zo hoog zijn dat de overige gedupeerden niet voldoende extra kunnen voorfinancieren om zo alle kosten te betalen.

TPLF zou een oplossing kunnen zijn om situatie (ii) te adresseren, maar zou niet moeten mogen dienen om situatie (i) te adresseren. In situatie (i) is sprake van een procespartij die overweegt te procederen, maar de kans op succes te laag inschat in verhouding tot de benodigde kosten. Normaal gesproken zou een dergelijke partij afzien van procederen, maar door het mogelijk maken van TPLF of door het niet verbieden daarvan, worden dergelijke rechtszaken toch mogelijk gemaakt als een andere financier met mogelijke andere belangen wordt gevonden. Denk hierbij wederom aan campagnevoerende instanties en financiële partijen met *high risk, high yield* beleggingsstrategieën. Bovendien versterkt dit het kenmerk dat deze procedure een loterij zonder nieten is voor de gedupeerden. Niet alleen hoeven de gedupeerden zich vooraf niet te binden aan de uitkomst en kunnen zij achteraf kiezen wat hun het beste uitkomt, als het aan de regering ligt hoeven de gedupeerden ook niet te betalen.

TPLF is een verschijnsel dat in andere jurisdicties al heeft aangetoond tot onwenselijke situaties te kunnen leiden. De regering erkent dit, maar lijkt ook naïef op dit punt. De regering stelt dat eerst maar eens gezien moet worden of het zo'n vaart zal lopen en zij staat TPLF toe zonder verdere waarborgen. Er worden geen richtlijnen gegeven waar de rechter zorgvuldige belangenbehartiging aan kan toetsen. De enige maatregel waar de regering op wijst is dat de *no cure no pay* pilot voor Nederlandse advocaten niet van toepassing op de massaschadeprocedure. Hiermee wordt slechts één categorie van financiers (de Nederlandse advocatuur) uitgesloten, maar voor buitenlandse partijen en andere type financiers blijft de deur wagenwijd open zonder enige waarborg.

Als TPLF dan toch wordt ingevoerd, dan alleen met waarborgen die de belangen van financiers zoveel mogelijk parallel trekken aan die van gedupeerden.

Voorstel:

Bij een dergelijk gevaarlijk verschijnsel als TPLF zou de regering er beter voor kunnen kiezen om TPLF niet toe te staan, totdat blijkt dat er in de praktijk behoefte aan is. Als dat het geval blijkt, zouden de aanbevelingen van de Europese Commissie zo veel mogelijk gevolgd moeten worden¹ en zou de rechter concrete handvatten moeten krijgen om te toetsen of er al dan niet sprake is van belangverstremgeling, onder meer via controle van de financieringsovereenkomst voorafgaand aan de beslissing over ontvankelijkheid. Meer specifiek vereist zou moeten zijn:

- 1. de verzoekende partij eerst aantoont dat zij alle mogelijkheden voor financiering uit eigen middelen van gedupeerden heeft onderzocht, en dat dergelijke financiering niet door onwil, maar door beperkte middelen niet mogelijk blijkt;*
- 2. dat de financierende partij in ieder geval, dus ook bij verlies, voor het grootste deel door de gedupeerden moet worden terugbetaald, dus geen no cure, no pay, (ook niet voor belangenorganisaties) maar in alle gevallen terugbetaling, zij het op termijn;*
- 3. dat het rendement van de financierende partij beperkt is tot 25% van de gemaakte kosten (niet van de toegewezen schadevergoeding);*
- 4. de financierende partij heeft geen contractuele en/of feitelijke beslisbevoegdheid of invloed op enige fase van het proces en/of de schikkingsonderhandelingen en dient dit te verklaren. De afspraken tussen de financierende partij en verzoeker dienen op schrift te staan en een afschrift dient als productie bij het verzoekschrift te worden ingediend;*
- 5. ten slotte kan nuttig zijn om verzoekers te vragen een borg te betalen voor de vergoeding van proceskosten van de verweerder, om de kans op lichtzinnige claims te verminderen.*

Aanbevelingen Europese Commissie inzake financiering:

In randnummer 14 van de Aanbeveling van de Europese Commissie is bepaald dat de eisende partij moet worden verplicht bij aanvang de procedure voor de rechtbank de oorsprong aan te geven van de financiële middelen die zij zal gebruiken ter ondersteuning van de rechtsvordering. In randnummer 15 wordt daaraan toegevoegd daaraan toe dat de rechter de behandeling van de zaak moet kunnen schorsen wanneer er, in geval van TPLF,

¹ 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)

- a) een belangenconflict bestaat tussen de derde partij en de eisende partij en haar leden;
- b) de derde partij over onvoldoende middelen beschikt om te voldoen aan haar financiële verplichtingen tegenover de eisende partij die de collectieve vordering instelt;
- c) de eisende partij over onvoldoende middelen beschikt om eventuele kosten van de tegenpartij te dragen, wan- neer de collectieve vordering wordt afgewezen.

In randnummer 16 is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat wanneer een collectieve vordering door een private derde partij wordt gefinancierd, het die private derde partij verboden is:

- a) invloed uit te oefenen op de procedurele beslissingen van de eisende partij, met inbegrip van schikkingen;
- b) een collectieve vordering te financieren tegen een ver-weerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder waarvan de financier afhankelijk is;
- c) buitensporige rente aan te rekenen op de ter beschikking gestelde financiële middelen.

Ten slotte is in randnummer 32 bepaald voor gevallen van private financiering door derden van collectief verhaal, dat het verboden is de aan de financier betaalde vergoeding of door hem in rekening gebrachte rente te baseren op het bedrag van de bereikte schikking of de toegekende schadevergoeding, tenzij die financieringsregeling door een overheidsinstantie wordt geregeld in het belang van de partijen.

5. Hoger beroep wordt verweerder ontnomen.

De voorgestelde procedure kent enkele momenten waarop partijen beroep en cassatie kunnen instellen tegen de beschikking van de rechter in eerste aanleg (omtrent de ontvankelijkheid van de verzoeker, de aansprakelijkheid van de verweerder of een deeluitspraak omtrent een van de geschillen tussen partijen). Er staat echter geen hoger beroep open tegen de vaststelling door de rechter van een regeling voor collectieve afwikkeling. Juist het kenmerkende element van deze wetwijziging (de door de rechter vastgestelde regeling) wordt uitgesloten van hoger beroep en cassatie. In de huidige wettelijke regeling is het reeds mogelijk voor een belangenorganisatie om een verklaring voor recht te krijgen. Daarbij staan hogere voorzieningen open. Als een individuele partij vervolgens schade wil claimen, kan deze partij een procedure tegen de schadeveroorzakende partij beginnen om de schade vastgesteld te krijgen en daartegen staan ook hogere voorzieningen open. Na invoering van het wetsvoorstel zou de schade nu ook in de collectieve actie vastgesteld kunnen worden voor categorieën gedupeerden, maar nu staat ineens geen hoger beroep meer open tegen vaststelling van de schade zelf. Aangenomen mag worden dat de schadeafwikkeling zeer contentieus is, omdat partijen na vier ronden niet tot een vaststellingsovereenkomst zijn gekomen en de rechter eraan te pas moet komen om het voor partijen te beslissen. Toch meent de regering dat voor een dergelijke beslissing waarvan de gevolgen voor de verweerder vele malen groter zijn dan in individuele schadestaatprocedures, geen hoger beroep nodig is. Wederom is dit een element van het wetsvoorstel dat nadelig uitpakt voor de verweerder. De gedupeerden zijn namelijk niet gebonden aan de uitspraak van de rechter (tenzij de rechter een opt-in procedure gelast, wat de rechter niet verplicht is, en dan alleen met betrekking tot de gedupeerden die zich gemeld hebben), maar de verweerder wel. De enige argumenten die de regering noemt om geen hogere voorziening open te stellen, is dat er reeds een aantal hoger beroepsmogelijkheden in de procedure bestaan en dat de regeling voor schadeafwikkeling zich niet goed voor hoger beroep leent. Deze argumenten snijden geen hout, omdat de reeds bestaande hogere voorzieningen niet zien op de vaststelling van de schaderegeling zelf en omdat in het huidige wettelijke systeem wel hoger beroep mogelijk is van

procedures waarin schade wordt vastgesteld. Omdat in hoger beroep ook feitelijke vragen worden behandeld en niet alleen rechtsvragen is er geen goede reden waarom de hogere rechter de regeling niet opnieuw zou kunnen toetsen. Gezien de grote belangen voor verweerder, de eenzijdige gebondenheid van verweerder en de beperkte waarborgen ter bescherming van verweerdere belangen is een hogere voorziening nog meer noodzakelijk.

De vergelijking in de memorie van toelichting met de afwezigheid van een hoger beroepsmogelijkheid onder de WCAM en de procedure voor ontbinding bij de kantonrechter gaat niet op. In het kader van de WCAM is er sprake van een schikking, een essentieel verschil met de situatie waar een schadevergoedingsverplichting wordt opgelegd door de rechter. Op het ontbreken van de hoger beroepsmogelijkheid in het kader van de ontbinding van een arbeidsovereenkomst door een kantonrechter was veel kritiek, en dit wordt gewijzigd met de Wet Werk en Zekerheid. Alleen een mogelijkheid van cassatie is niet voldoende, hoger beroep dient ook mogelijk te zijn voor feitelijke vragen zoals de schadevaststelling. Om onnodige belasting van de rechter en partijen te voorkomen is van belang dat er altijd tussentijds hoger beroep open staat tegen oordelen over ontvankelijkheid.

Voorstel:

Tegen een beschikking van de rechter waarin een collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld dienen hogere voorzieningen open te staan.

6. Samenloop is niet goed geregeld

Het voorstel biedt mogelijkheden voor de rechter om zaken ambtshalve of op verzoek te voegen. Tevens biedt het mogelijkheden voor andere belangenorganisaties die ontvankelijk zijn om te verzoeken als mede-verzoeker te worden toegelaten tot de procedure. De verweerder heeft er belang bij dat claims van verschillende organisaties die dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis aan de orde stellen zoveel mogelijk gezamenlijk worden behandeld. Zoals gezegd, is een massaschadeprocedure ingrijpend voor een bedrijf dat in die procedure verweerder is. Voorkomen moet worden dat er meerdere procedures tegelijk of achter elkaar worden gevoerd en dat een bedrijf in ieder van die procedures het hele proces van verweer, bewijsvoering, onderhandelen en schikken moet doorlopen. Het ontwerp wetsvoorstel is op dit punt te terughoudend. De rechter is niet gehouden gelijklopende zaken te voegen en zelfs als de rechter beveelt gelijklopende zaken te voegen, dan blijven de zaken aparte zaken. Gezien de ingrijpende gevolgen van deze procedure voor de verweerder en gezien de mogelijkheden deze procedure voor verkeerde doeleinden te gebruiken, mag van verzoekende partijen verwacht worden dat zij zich verenigen en gezamenlijk een procedure voeren tegen een bedrijf inzake een bepaalde schadeveroorzakende gebeurtenis. Ook als belangenorganisaties voor verschillende deelgroepen binnen de groep gedupeerden opkomen, dan nog zou gezamenlijke behandeling in één procedure voor de hand liggen. Voorkomen moet worden dat verzoekende partijen onwillig of onkundig zijn zich te verenigen door verschil van inzicht, andere belangen of door ondeskundigheid en dat een verweerder hiervan de dupe wordt.

Voorstel:

Het Voorstel dient zodanig gewijzigd te worden dat voeging van gelijktijdige zaken verplicht is en dat verweerder zich slechts eenmaal hoeft te verweren in die zaken. De rechter hoeft dan ook slechts eenmaal uitspraak te doen over aansprakelijkheid, waarbij de rechter onderscheid kan maken in de

verschillende gradaties van aansprakelijkheid van verweerder jegens de verschillende groepen gedupeerden. In de daarop volgende schikkingsonderhandelingen of de vaststelling van een regeling door de rechter kan dit onderscheid ook gemaakt worden.

Het voorstel voorziet niet in verzoeken die niet gelijktijdig, maar achtereenvolgend worden ingediend. Partijen met verkeerde bedoelingen kunnen met betrekking tot één gebeurtenis dezelfde verweerder achter elkaar blijven oproepen. Als er een beschikking is gegeven tussen een verweerder en een belangenorganisatie dan staat er niets aan in de weg dat een andere belangenorganisatie de uitkomst van de eerste procedure negeert en daarna een nieuwe procedure start. Bij meerdere belangenorganisaties kan dit net zo lang doorgaan totdat het gewenste resultaat wordt bereikt.

Voorstel:

Het wetsvoorstel moet zodanig worden gewijzigd dat slechts eenmaal een dergelijke procedure tegen een bedrijf kan worden gevoerd met betrekking tot een bepaalde gebeurtenis. Dat betekent dat de eerste belangenorganisatie die een verzoekschrift indient dit eenmalige recht activeert. Het ligt dan voor de hand dat als de verzoeker ontvankelijk is, andere organisaties op de hoogte worden gebracht en in de gelegenheid worden gesteld zich te voegen in de gestarte procedure. Gedupeerden die zich niet goed vertegenwoordigd voelen door bestaande belangenorganisaties hebben dan de kans om zich alsnog te verenigen en zich te voegen. Daarna gaat de procedure lopen en is er geen mogelijkheid om een nieuwe massaschadeprocedure te starten. Individuele procedures blijven altijd mogelijk (mits de eisers in die procedures niet reeds gebonden zijn aan de uitkomst van de gevoerde massaschade procedure). Voor een dergelijke ingrijpende procedure mag van belangenorganisaties gevergd worden dat ze met elkaar overleggen over de timing en de inhoud van de te voeren procedure. Ook als deze organisaties niet volledig overeenstemming over de processtrategie kunnen bereiken, dan is er voldoende gelegenheid in de procedure om de verschillende zienswijze aan de orde te laten komen. Het belang van de verweerder weegt hier zwaarder dan het belang van belangenorganisaties om op eigen houtje massaclaims te kunnen starten zonder onderling overleg en afstemming.

7. Standaardkostenveroordeling houdt onvoldoende rekening met andere schade

Proceskosten

In meerdere stadia van de voorgestelde procedure kan de rechter een kostenveroordeling uitspreken. Dat is een positieve ontwikkeling voor verwerende partijen die bij niet-ontvankelijkverklaring of na een beschikking waarin de verweerder niet aansprakelijk wordt verklaard de rechter kunnen verzoeken de verzoekende partij in de kosten van het geding te veroordelen. Er wordt evenwel verwezen naar de standaardbepalingen omtrent kostenveroordeling in civiele procedures. De regering gaat er echter aan voorbij dat de procedure tot collectieve schadeafwikkeling geen standaardprocedure is. Deze procedure is uitermate geschikt voor partijen met verkeerde bedoelingen en louter het feit dat een procedure tegen een bedrijf wordt gestart kan al tot realisatie van dergelijke doelen leiden (aanbrengen reputatieschade, aandacht vragen voor een zaak). In geval van dergelijke 'lichtzinnige' claims zou de rechter de vrijheid moeten krijgen om af te wijken van het forfaitaire tarief.

Aangesloten zou kunnen worden bij het systeem van Denemarken en Litouwen. Indien de rechter tot het oordeel komt dat er echt sprake is van een vordering zonder enige grond, zou hij de vrijheid moeten hebben om – naar eigen inzicht - een proceskostenveroordeling vast te stellen tot maximaal de werkelijk gemaakte kosten. Het risico van een volledige proceskostenveroordeling zou eisers ervan kunnen weerhouden om lichtzinnige claims in te stellen. Verder zou – net zoals in Denemarken – ervoor gekozen kunnen worden om de proceskostenveroordeling in gelijke mate over de leden van de groep te verdelen. Dit is echter slechts mogelijk in een systeem waarin de deelnemers van de groep bekend en gebonden zijn voordat wordt geoordeeld over de aansprakelijkheidsvraag.

Een verzoekende partij dient verder in staat te zijn om in het geval van een afgewezen claim de proceskostenveroordeling te betalen. Een verzoeker dient bij aanvang van de procedure inzicht te geven in haar financieringsstructuur zodat de eisen getoetst kunnen worden, en zo nodig een betalingsgarantie te kunnen geven.

Door verweerder geleden schade ten gevolge van de procedure

Voor verwerende bedrijven is de schade vaak vele malen groter dan de kosten van het geding. Daarom moeten er betere regels komen over hoe de schade van verwerende bedrijven wordt vastgesteld en vergoed indien de verzoeker niet ontvankelijk wordt verklaard of indien de verweerder niet aansprakelijk wordt verklaard, met name in geval van lichtzinnige claims.

Voorstel:

Omdat de voorgestelde procedure eenvoudig kan worden misbruikt, dient de regering met een voorstel te komen voor een regeling die de rechter de mogelijkheid geeft om terzake de proceskostenveroordeling in geval van niet-serieuze claims of verkeerde doeleinden af te wijken van het forfaitaire bedrag tot maximaal de werkelijk gemaakte kosten.

Verder dient een regeling te worden getroffen voor de door de verweerder die is geconfronteerd met een niet-serieuze claim geleden schade ten gevolge van de procedure, zoals reputatieschade. Omdat dergelijke schade lastig te begroten is, zou kunnen worden gedacht aan een percentage van het geclaimde bedrag, een percentage van het procesbudget van de verzoeker of een andere formule. Een verzoeker zou dan bij het indienen van de claim ofwel zekerheid voor een dergelijk bedrag moeten stellen ofwel de bestuurders en leidinggevenden van de verzoeker dienen zich voor dat bedrag aansprakelijk te verklaren om te voorkomen dat een ad-hoc stichting een procedure op basis van een onzinnige claim instelt en daarmee haar doel verwezenlijkt zonder dat de stichting enig vermogen heeft om de schade op te verhalen.

Tot slot dient er ook een mogelijkheid te zijn voor de rechter om de verzoeker te veroordelen een afwijzende beschikking of een niet-ontvankelijkverklaring te publiceren in landelijke media en eventuele andere negatieve media-uitlatingen ten aanzien van de verweerder te rectificeren.

8. Geen terugwerkende kracht

In de memorie van toelichting wordt zonder nadere motivering gesteld dat het voorstel onmiddellijke werking kan en dient te hebben. Aangezien de invoering van dit wetsvoorstel zeer impactvol is, zijn de consequentie van de invoering van deze mogelijkheid met onmiddellijke werking niet te overzien. Om die reden hebben andere landen (bijvoorbeeld België en Italië) er wijselijk voor

gekozen dat hun regeling voor collectieve acties alleen geldt voor claims die ontstaan na de datum van inwerkingtreding van de wet.

Voorstel:

De wet mag niet van toepassing zijn op gedrag of claims van voor de datum van inwerkingtreding.

9. Geen overgangsrecht

Het niet opnemen van overgangsrecht veroorzaakt twee problemen. Enerzijds zijn lopende collectieve acties niet ingericht op het vorderen van schadevergoeding. Verweerder zou niet in een later stadium alsnog geconfronteerd mogen worden met een schadevergoedingsactie. Anderzijds vinden lopende acties plaats bij verschillende rechtbanken, terwijl het wetsvoorstel nu juist één speciale rechtbank heeft aangewezen voor schadevergoedingsacties (vanwege het speciale karakter ervan).

Voorstel:

Pas overgangsrecht toe.

10. Conflicten in achterban verzoeker

Er zijn regels nodig over hoe omgegaan dient te worden met conflicten in de situatie waarbij in de loop van de procedure de belangen binnen de groep uiteen blijken te lopen.