

HOOFDSTUK 7

COLLECTIEVE ACTIES EN PREJUDICIËLE VRAGEN IN HET FINANCIËLE RECHT: REVISIE EN INTEGRATIE

*D.F. Lunsingh Scheurleer en F.E. Vermeulen*¹

7.1 Inleiding

Sinds de geruchtmakende Coöp-procedure² heeft het collectieve actierecht van art. 3:305a BW een hoge vlucht genomen bij de juridische belangenbehartiging van groepen beleggers, verzekerden en bankcliënten die menen te zijn benadeeld door een financiële instelling, een accountant of een toezichthouder. Na Vie d'Or³ leverde het barsten van de internetbubbel in 2000 collectieve acties op rondom de beursgang van World Online⁴ en van Via Net.works.⁵ In het eerste decennium van deze eeuw werden afnemers van effectenleaseproducten geconfronteerd met verlieslatende contracten en daaruit voortvloeiende restschuldverplichtingen, hetgeen behalve talloze individuele procedures ook een aantal collectieve acties heeft opgeleverd. Vervolgens kwamen er klachten over vermeend⁶ te hoge kosten van beleggingsverzekeringen en min of meer gelijktijdig barstte de financiële crisis in volle omvang los.

De financiële crisis leidde, zij het met enige vertraging, tot collectieve procedures over een keur aan kwesties, zoals de vermeende schending van aandeelhoudersbelangen bij de redding van Fortis, vermeende prospectus-aansprakelijkheid bij de claimmissie die Fortis in 2007 heeft gedaan om de overname van haar deel van ABNAMRO te financieren, vermeend falend toezicht door DNB bij Icesave⁷ en het vermeend tekortschieten van de

1 Mr. drs. D.F. Lunsingh Scheurleer en mr. F.E. Vermeulen zijn advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Zij danken Micky van der Giessen voor zijn assistentie bij de bronvermeldingen.

2 HR 2 december 1994, *NJ* 1996, 246, m.nt. D.W.F. Verkade.

3 HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/295-297, m.nt. D. Busch.

4 HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43, m.nt. K. Frielink.

5 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/263.

6 Wij schrijven steeds "vermeend", omdat op het moment van het schrijven van deze bijdrage veel van de genoemde procedures nog onder de rechter zijn.

7 Rb Amsterdam 19 september 2012, *JOR* 2012/322 m.nt. Lieverse.

accountant van een aantal beleggingsfondsen die hun vermogen door Bernard Madoff hadden laten beleggen. SNS Bank wordt verweten dat zij *execution only* cliënten die zich door een derde lieten adviseren omtrent beleggingen in bepaalde buitenlandse beleggingsfondsen, in staat stelde in die fondsen deel te nemen en dat zij die cliënten beter had moeten informeren over bepaalde risico's van het beleggen in die fondsen.⁸ Het faillissement van DSB leverde de oprichting van vele belangenorganisaties op, maar voor zover de auteurs bekend, heeft dat nog niet tot daadwerkelijke collectieve procedures geleid. De recente nationalisatie van SNS Reaal en de daarmee gepaard gaande onteigening van aandeelhouders en houders van achtergestelde obligaties zal vermoedelijk ook aanleiding zijn tot een of meer collectieve procedures. Naast deze crisis gerelateerde kwesties, wordt nog geprocedeerd tegen diverse accountantskantoren in verband met vermeend tekortschieten bij de controle van de jaarrekeningen van Ahold en Innoconcepts. Kortom, het *ius agendi* dat art. 3:305a BW belangenstichtingen en verenigingen biedt, is in financiële zaken⁹ bepaald geen dode letter.

De collectieve actie mag zich ook verheugen in de aandacht van de wetgever. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade aanhangig in de Tweede Kamer.¹⁰ Die wet bevat niet alleen wijzigingen in de WCAM, maar ook een aanpassing van art. 3:305a BW. Daarnaast is eind 2011 een motie aangenomen waarin de regering wordt gevraagd het in art. 3:305a lid 3 BW neergelegde verbod op het collectief vorderen van schadevergoeding te voldoen in geld te schrappen, waarop in de zomer van 2012 een tentatief antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie is gekomen.¹¹ Voorts is op 1 juli 2012 de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden, die het mogelijk maakt om in collectieve actie-zaken in een vroeg stadium rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen.

8 Rb Midden-Nederland 30 januari 2013, LJN: BY9836.

9 Wij beperken ons in overeenstemming met het thema van deze bundel in beginsel tot zaken in de financiële sector; wij signaleren hier slechts dat het collectieve actierecht behalve in een enkele letselschade-zaak (HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. J. Vranken (*Westfriese Flora*)), in toenemende mate ook in kartelschade-zaken wordt gehanteerd, al is die ontwikkeling nog lang niet zo ver gevorderd als in het financiële recht.

10 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126. Deze wet is op 1 juli 2013 in werking getreden, *Staatsblad* 2013, nr. 256.

11 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 juni 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 126, nr. 6.

Kortom, de collectieve actie lijkt op het terrein van het financiële recht in brede zin een successtory, ook zonder collectief schadeverhaal. Tenminste, als men het veelvuldig gebruik van dit processuele instrument als maatstaf voor succes wil hanteren. Eén van de vragen die zich opdringt is of dat succes niet aan het doorslaan is en of er correcties nodig zijn. Kanttekeningen die de laatste jaren wel worden geplaatst betreffen onder andere vragen als: worden de belangen van de rechtzoekenden wel op een adequate manier behartigd; is er in de collectieve procedure nog wel sprake van een goede balans tussen de collectieve belangen van rechtzoekenden en de individuele belangen van de gedaagden? En hoe staat het met de belangen van belanghebbende derden indien in een collectieve actie tegen een onderneming prejudiciële vragen aan de Hoge Raad worden overwogen die niet alleen voor de rechtspositie van de benadeelde personen in die zaak en de door hen gedaagde onderneming van belang zijn, maar ook voor derden, zowel potentiële eisers als gedaagden? En wat te denken van het voornemen om het verbod op collectief schadeverhaal te schrappen? Dan zijn er ook nog de nodige onduidelijkheden ten aanzien van de toepassing van enkele algemene leerstukken op de collectieve actie, zoals verjaring, litispendentie, rol van de rechter, proceskosten en gezag van gewijsde.

In deze bijdrage bespreken wij enkele van die kanttekeningen en onduidelijkheden. Wij menen dat al die aspecten van de collectieve actie in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd en dat het tijd is voor een algehele revisie van het collectieve actierecht, waarin deze elementen op een heldere, evenwichtige en geïntegreerde wijze hun plaats krijgen. Wij doen daartoe een aanzet.

7.2 Ontvankelijkheid

7.2.1 Inleiding

De procesbevoegdheid die de wet aan een organisatie als bedoeld in art. 3:305a BW¹² toekent, is een uitzondering op het algemene uitgangspunt¹³ dat slechts de rechthebbende zelf de met zijn recht verbonden rechtsvordering kan instellen. Mede daarom stelt de wet enkele eisen aan de

12 Stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die voldoen aan de criteria van art. 3:305a BW worden in het vervolg van deze bijdrage aangeduid als “belangenorganisaties”.

13 Een uitgangspunt dat tot uitdrukking komt in art. 3:304 BW.

ontvankelijkheid van een collectieve vordering. Die eisen zijn neergelegd in art. 3:305a BW en betreffen onder meer de rechtsvorm (stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid), de voorwaarde van gelijksoortige belangen en het vereiste dat de belangenbehartiging van andere personen ingevolge de statuten geschiedt.¹⁴ Voorts moet voorafgaand overleg worden gevoerd¹⁵ en kan naar geldend recht een collectieve rechtsvordering niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.¹⁶

Een van de auteurs van deze bijdrage heeft elders reeds gepleit voor het nader toespitsen van deze ontvankelijkheidseisen in een collectieve actie.¹⁷ Daartoe bestaat temeer reden indien collectief schadeverhaal mogelijk wordt. Enerzijds is dat in het belang van de individuele rechtzoekenden: indien een belangenorganisatie de bevoegdheid heeft om voor hen schadevergoeding te vorderen in een procedure waarvan de uitkomst hen ook bindt - en dat die binding er zou moeten zijn wordt hieronder toegelicht - dan moeten zij bescherming vinden in een grondige beoordeling door de rechter of een collectieve procedure wel opportuun is en zo ja, welke rechtsvorderingen ook daadwerkelijk tot het beoogde resultaat zouden kunnen leiden. Anderzijds bestaat de vrees aan de zijde van potentiële gedaagden dat met collectief schadeverhaal de "claimcultuur" een verdere impuls zal krijgen en dat gedaagden met de kosten worden opgezadeld van het voeren van verweer tegen in beginsel niet kansrijke zaken die slechts zijn aanhangig zijn gemaakt als pressiemiddel voor het bereiken van een schikking. Een grondige ontvankelijkheidstoetsing is derhalve in het belang van zowel rechtzoekenden als van gedaagden.

In de Verenigde Staten is sinds de invoering van Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure in 1966 veel ervaring opgedaan met de in die regel neergelegde ontvankelijkheidseisen.¹⁸ Wij zien geen redenen waarom de Nederlandse wetgever niet zijn voordeel zou kunnen doen met die ervaring, noch waarom de meeste van die ontvankelijkheidseisen niet zouden passen binnen de context van de Nederlandse collectieve actie.¹⁹ Wij stellen dan ook voor een aantal van die criteria in te voeren in art. 3:305a BW.

14 Art. 3:305a lid 1 BW.

15 Art. 3:305a lid 2 BW.

16 Art. 3:305a lid 3, slot, BW.

17 D.F. Lunsingh Scheurleer (nog niet verschenen). Zie wel reeds *TCR* (2013).

18 Zie daarover onder meer Adler en Lunsingh Scheurleer (2009), p. 145 e.v. Zie voorts bijvoorbeeld Newberg en Conte (2002).

19 Een belangrijk criterium van Rule 23 dat in de Nederlandse context naar onze opvatting geen meerwaarde heeft is *typicality*. In de context van Rule 23 dient aangetoond te worden dat de vorderingen die ten behoeve van de leden van de groep worden ingesteld, typerend zijn voor de leden van de groep. Dit vereiste →

7.2.2 Voldoende omvang van de groep

Het eerste criterium is *numerosity*; het moet gaan om een zodanig omvangrijke groep dat voeging van individuele zaken niet praktisch is. Alleen dan kan sprake zijn van een class action. Het gaat in dit verband niet om een absoluut minimum, maar van enige omvang moet wel sprake zijn. Een dergelijk criterium is ook in de Nederlandse context niet nieuw, omdat art. 7:907 lid 3 sub g BW bepaalt dat de rechter het verzoek tot verbindendverklaring van een collectieve schikkingsovereenkomst onder de WCAM afwijst indien de groep van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, van onvoldoende omvang is om verbindendverklaring te rechtvaardigen. In art. 3:305a BW zou naar analogie van die bepaling kunnen worden opgenomen dat de belangenorganisatie niet ontvankelijk in haar vordering is indien de groep van personen ten behoeve van wie de rechtsvordering aanhangig wordt gemaakt, van onvoldoende omvang is om een behandeling in de vorm van een groepsactie te rechtvaardigen. Voor die situaties bestaan andere instrumenten, zoals cessie van individuele vorderingen aan een stichting - die dan dus niet in de hoedanigheid van belangenorganisatie in de zin van art. 3:305a BW optreedt, maar als cessionaris van individuele vorderingen - het met meer dan één eiser op één dagvaarding optreden, of voeging van zaken wegens verknochtheid.

7.2.3 Gemeenschappelijke vragen

Het tweede criterium is *commonality*. De toets daarbij is of er vragen van recht of feit zijn die gemeenschappelijk zijn voor de gehele groep. Daarbij is de drempel op zich niet al te hoog. Voldoende is dat er een gezamenlijke set van feitelijke of juridische vragen is die op gezamenlijke voet kunnen worden beoordeeld. Dit vereiste lijkt op het bestaande criterium “gelijksoortige belangen” zoals dat in de jurisprudentie nader is ingevuld, namelijk dat sprake is van gelijksoortige belangen indien het gevorderde

is ingegeven door de omstandigheid dat een class action wordt gebracht door een lid van de groep: *typicality* ziet op het vereiste dat schade zoals die door de *lead plaintiff* die de vordering ten behoeve van de class brengt is geleden, typisch moet zijn voor die van de andere leden van de groep. Anders gezegd: de vlag van de *lead plaintiff* moet de lading van de class wel dekken. De gedachte hierachter is onder meer dat de belangen van de afwezige leden van de groep alleen dan adequaat door de *lead plaintiff* - die toch primair zijn eigen belang zal nastreven - kunnen worden behartigd indien dat individuele belang typerend is voor de belangen van de leden van de groep. In de Nederlandse context ontbreekt deze rationale, omdat een belangenorganisatie nu juist niet een eigen belang, maar het belang van andere personen behartigt.

kan worden toegewezen zonder dat het nodig is om de individuele rechtzoekenden in de procedure te betrekken. Wel denken wij dat het meerwaarde heeft om in het “gelijksoortige belangen”-criterium ook het aparte Amerikaanse criterium *predominance* een plaats te geven: de feitelijke en/of juridische vragen die gemeenschappelijk zijn voor de leden van de groep moeten de individuele omstandigheden overschaduwen. Met name indien collectief schadeverhaal mogelijk wordt, is het voor de goede procesorde van belang dat niet alleen met betrekking tot onrechtmatigheid of toerekenbare tekortkoming, maar ook met betrekking tot aspecten als causaal verband, schade en eigen schuld sprake is van veralgemeniseerbare vragen. Indien het voor de toewijsbaarheid van een collectieve schadevergoedingsvordering nodig is dat de individuele feiten en omstandigheden van iedere persoon ten behoeve van wie de collectieve rechtsovername strekt in aanmerking worden genomen, is geen sprake van voldoende *predominance* van collectieve vragen. Een belangenorganisatie kan dat ondervangen door in het inleidende processtuk categorieën van individuele gevallen te definiëren, waarvoor per categorie een oordeel over in beginsel voor die categorie gemeenschappelijke vragen kan worden geveld.²⁰

7.2.4 Superieure wijze van geschilbeslechting

Voorts is er het criterium dat de class action superieur moet zijn aan andere procesvormen voor het op een eerlijke en efficiënte wijze beslechten van het geschil (*superiority*). Binnen de Amerikaanse context, waarin een class action leidt tot een uitspraak die in beginsel - behoudens opt-out - bindend is voor de leden van de class, kan superioriteit ontbreken indien de collectieve afdoening van het geschil niet kan leiden tot een uitspraak die kan worden tegengeworpen aan de individuele leden van de class.²¹

Voorts kan het *superiority*-criterium in verband worden gebracht met de - in Nederland ten onrechte niet zo heel sterk beleefde - notie dat voor de ontvankelijkheid van een Nederlandse collectieve actie van belang is dat door de collectieve actie een meer effectieve of efficiënte rechtsbescherming valt te bereiken.²² Biedt een collectieve actie geen enkel

20 Zie ook Tzankova (2007).

21 Daarvan kan onder meer sprake zijn indien een deel van de leden van de gestelde class buiten de Verenigde Staten is gevestigd en de Amerikaanse rechter van oordeel is dat een buitenlandse rechter het gezag van gewijsde van het door hem in de class action te wijzen vonnis niet zal erkennen.

22 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, St. Eustatius en Saba, 16 oktober 2012, p. 7-8, niet gepubliceerd.

voordeel boven het procederen op naam van de belanghebbenden zelf, dan dient de voorkeur te worden gegeven aan individuele procedures. Wij menen dat dit aspect - dat kan worden aangeduid als het subsidiaire karakter van de collectieve actie - meer aandacht verdient in de beoordeling van de ontvankelijkheid dan thans gebruikelijk is.

7.2.5 *Adequate belangenbehartiging*

Wij willen wat langer stilstaan bij het criterium *adequacy of representation*, omdat het equivalent van dit criterium - adequate belangenbehartiging - onderdeel is van Wetsvoorstel 33 126.

Waar een bijzondere procesbevoegdheid ten behoeve van derden wordt toegekend, ligt het voor de hand waarborgen te verlangen voor het op adequate wijze behartigen van de belangen van rechtzoekenden door een belangenorganisatie, met name indien die rechtzoekenden zelf de wijze waarop de belangenorganisatie dat doet, niet of nauwelijks kunnen beoordelen of beïnvloeden.²³ Opmerkelijk is dan ook dat de huidige wettelijke regeling die waarborgen niet verlangt. Bij de parlementaire beraadslagingen over de invoering in de wet van de groepsactie, is wel de vraag onder ogen gezien of het nodig is de eis te stellen dat een belangenorganisatie voldoende representatief is voor de belangen die zij stelt te behartigen, maar die vraag is toen ontkennend beantwoord. De wetgever was in 1991-1992 van oordeel dat de deelaspecten van de wettekst - rechtsvorm van stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, statutaire doelstelling, gelijksoortige belangen - voldoende waarborgen bevatten dat een organisatie die niet representatief is te vergaande bevoegdheden krijgt in het kader van de belangenbehartiging van derden.^{24,25} Of dat juist is valt te betwijfelen. Wat daarvan ook zij, representatieve belangenbehartiging impliceert nog geen adequate belangenbehartiging.

23 Deze behoefte doet zich in theorie bij een belangenorganisatie die de rechtsvorm van stichting heeft veel meer gevoelen dan bij een vereniging, die immers een algemene ledenvergadering kent waarin de leden invloed kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur, maar wij betwijfelen of dat verschil in de praktijk wel wezenlijk is. Immers, een ledenvergadering komt in beginsel slechts éénmaal per jaar bijeen en het vergt een behoorlijke mate van organisatie van de leden om ter vergadering het beleid van het bestuur met de vereiste meerderheid te kunnen bijsturen. Bovendien zullen niet alle rechtzoekenden lid zijn en wordt de stem van de niet-leden dus in elk geval niet gehoord.

24 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 19-22

25 Overigens zijn wij van opvatting dat aldus beschouwd de huidige regeling een impliciete representativiteits eis bevat, zie D.F. Lunsingh Scheurleer (2012).

Dat behoefte bestaat aan waarborgen voor adequate belangenbehartiging wordt onder meer geïllustreerd door het feit dat op 1 juli 2011 de zogenoemde Claimcode in werking is getreden.²⁶ Deze code is een vorm van zelfregulering opgesteld door de Commissie Claimcode, na uitvoerige consultatie onder een grote groep stakeholders.²⁷ Doel van de Claimcode is de algemene in Nederland aanvaarde opvattingen over de goede *governance* voor claimstichtingen vast te leggen. Daarbij is gepoogd een balans te vinden tussen het belang van belangenorganisaties in de zin van art. 3:305a BW en hun achterbannen om slagvaardig te kunnen opereren en het meer algemene belang dat is gediend met transparantie en verantwoording door en controle op deze organisaties.²⁸ Hoewel de Claimcode vooral is gericht op stichtingen,²⁹ zijn onderdelen daarvan ook van toepassing op verenigingen in de zin van art. 3:305a BW.

De Claimcode beoogt een kader te scheppen voor een goed en transparant bestuur van belangenorganisaties door het geven van principes en een uitwerking daarvan. Door toepassing van het beginsel “pas toe of leg uit” beoogt de Claimcode afwijkingen van de bepalingen daarvan mogelijk te maken, indien daarvoor gerechtvaardigde redenen bestaan. Onderdeel van de principes is dat de collectieve belangenbehartiging geschiedt zonder winstoogmerk van de organisatie of daarmee rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen³⁰ en dat de belangenbehartiging geschiedt in onafhankelijkheid en met vermindering van belangentegenstellingen.³¹

Hoewel deze principes mede beogen een adequate belangenbehartiging te bevorderen, zijn het niet de enige aspecten waarvan de adequaatheid van de belangenbehartiging afhangt. De Claimcode bevat geen uitgewerkte integrale regeling op dit punt. Concrete uitgangspunten, regels of toetsingscriteria met betrekking tot de vraag of de belangenorganisatie door de wijze waarop zij invulling geeft aan haar statutaire

26 De Claimcode is op 1 juli 2011 in werking getreden en is vanaf die datum van toepassing op belangenorganisaties in de zin van art. 3:305a BW die vanaf die datum worden opgericht. Voor organisaties die op die datum al bestonden is de Claimcode op 1 januari 2012 in werking getreden; Claimcode, p. 11.

27 Claimcode, verantwoordingsdocument, p. 9. Zie voorts: Lemstra (2012).

28 Lemstra/Okhuijsen, *FR* (2010).

29 De achtergrond daarvan is kennelijk dat de opstellers van de Claimcode menen dat, in zoverre anders dan wij in voetnoot 4 hebben opgemerkt, de rechtsvorm van de vereniging voldoende adequate waarborgen met betrekking tot de *governance* biedt.

30 Claimcode, Principe II.

31 Claimcode, Principe IV.

doelstelling, zowel in als buiten³² rechte, de belangen voldoende adequaat behartigt, worden niet gegeven. Dat de Claimcode voorschrijft dat tenminste één lid van het bestuur en één lid van de raad van toezicht een jurist is die beschikt over de specifieke ervaring en juridische expertise die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van de in de statutaire doelstelling van de stichting omschreven belangen³³ is weliswaar een aanzet daartoe, maar concreter dan dat wordt het niet. Bovendien vormen deze bepalingen niet een garantie dat in concrete gevallen de juridische expertise van deze functionarissen leidt tot een rechtsvordering waarmee de te behartigen belangen ook daadwerkelijk adequaat worden behartigd.

Bij het voorgaande past de kanttekening dat de vraag of in een specifiek geval sprake is van adequate belangenbehartiging alleen voldoende concreet kan worden getoetst indien ook een concrete zaak voorligt. Om die reden is de Claimcode, die uitgaat van algemene beginselen en principes, naar onze opvatting dan ook niet het geëigende instrument voor het stellen van concrete criteria of regels waaraan in een individuele zaak kan worden getoetst of sprake is van adequate belangenbehartiging. De wet is daarvoor een meer geschikt instrument, omdat deze de rechter de mogelijkheid kan bieden om aan de hand van een aantal algemene criteria en gezichtspunten in een concreet geval te beoordelen of de belangen van de rechtzoekenden voldoende adequaat worden behartigd.

Het valt dan ook toe te juichen dat in het - op het moment van schrijven van deze bijdrage nog aanhangige - wetsvoorstel tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade³⁴ op dit punt een aanvullende ontvankelijkheidseis stelt. Ingevolge dit wetsvoorstel wordt aan art. 3:305a lid 2 een tweede zin toegevoegd, luidende:

“Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is eveneens niet ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, onvoldoende gewaarborgd zijn.”

Hoewel wij van harte instemmen met het doel van de voorgestelde nieuwe ontvankelijkheidsbepaling, roept deze bepaling ook een aantal vragen op. Allereerst is het de vraag of de rechter ambtshalve moet

32 Gedoeld wordt op feitelijke handelingen buiten rechte, zoals onderhandelen, publiciteit, etc; art. 3:305a BW beoogt immers geen buitengerechtigde bevoegdheden aan een belangenorganisatie toe te kennen: *Kamerstukken II 1991/92*, 22 486, nr.3, p.26.

33 Claimcode, Principe III, Uitwerking 3 en Principe VI, Uitwerking 4.

34 *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126.

beoordelen of de belangen van de personen ten behoeve van wie de collectieve rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn, of dat de rechter dat moet doen naar aanleiding van een daartoe strekkend verweer van de gedaagden. De toelichting is daar wat ambigu over.³⁵

“Een vermoedelijk ook belangrijke oorzaak voor de sterke opkomst van ad-hoc opgerichte stichtingen is de ingevolge art. 3:305a BW vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter. Deze stichtingen weten zich hierdoor gesterkt indien zij zich opwerpen als belangenbehartiger van gedupeerden. Omdat de beweegredenen van deze stichtingen niet altijd primair op belangenbehartiging zijn gericht, is er reden om, afhankelijk van de omstandigheden, strengere toegangseisen te stellen. Voorgesteld wordt daarom om de rechter een handvat te bieden om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid in een collectieve actie indien hij twijfelt aan de motieven voor het instellen van deze actie. Daarom wordt in de voorgestelde nieuwe redactie van de derde zin van art. 3:305a lid 2 BW de mogelijkheid geboden om de eisende organisatie niet-ontvankelijk te verklaren indien de belangen van de personen voor wie gesteld wordt te worden opgekomen, met de collectieve actie onvoldoende gewaarborgd zijn.”

En in de artikelsgewijze toelichting wordt daarover nog nader opgemerkt:³⁶

“De vraag of met een collectieve actie de belangen van de betrokken personen al dan niet voldoende gewaarborgd zijn, laat zich alleen per concreet geval beantwoorden. Twee centrale vragen die dan in het geval van betwisting beantwoording behoeven zijn in hoeverre de betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen en in hoeverre erop vertrouwd mag worden dat de eisende organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren. [...]”

Eenzijds wordt in het algemeen deel van de toelichting dus opgemerkt dat wordt voorgesteld de rechter een handvat te bieden om kritisch over de ontvankelijkheid te oordelen indien hij twijfelt aan de motieven voor het instellen van de actie. Dit lijkt te duiden op een ambtshalve toetsing. Anderzijds wordt in de artikelsgewijze toelichting opgemerkt dat bij de beoordeling of sprake is van een voldoende gewaarborgd zijn van bedoelde belangen twee centrale vragen in geval van betwisting beantwoording behoeven. Die betwisting kan niet komen van de zijde van de individuele rechtzoekenden of van een andere belangenorganisatie. Immers, de eisende belangenorganisatie procedeert op eigen naam en niet als

35 *Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.*

36 *Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 12-13.*

procesvertegenwoordiger van die individuele belanghebbenden. Zij zijn dus geen procespartij. Dit geldt a fortiori voor andere belangenorganisaties. De - in deze lezing vereiste - betwisting kan dus alleen komen van de gedaagde. Dat vinden wij om een aantal redenen problematisch.

De eerste reden is dat het niet in het belang hoeft te zijn van een gedaagde om het niet gewaarborgd zijn van de belangen van de rechtzoekenden aan de orde te stellen. Stel dat de belangenorganisatie een rechtsvordering instelt die in het licht van de gekozen vorderingsgrondslag of de presentatie van de feiten geen of weinig kans van slagen heeft en dat de belangenorganisatie heeft nagelaten om in plaats daarvan of daarnaast een rechtsvordering in te stellen op een feitelijke of juridische grondslag die - in de ogen van de gedaagde - wel kans van slagen heeft. Het ligt dan om evidente redenen niet voor de hand dat de gedaagde een punt zal maken van het niet adequaat behartigd worden van de belangen van de rechtzoekenden.

De tweede reden waarom wij het problematisch vinden dat de gedaagde zou moeten betwisten dat aan de nieuwe ontvankelijkheidseis is voldaan, is dat het toch weinig geloofwaardig is indien een gedaagde zich zou opwerpen als de behartiger van de door haar processuele tegenstander veronachtzaamde belangen van personen die in materiële zin haar wederpartijen zijn. De rechter zal een daartoe strekkend verweer van de gedaagde veelal met de nodige argwaan tegemoet treden, omdat de gedaagde toch al snel de verdenking op zich zal laden dat deze zich uit eigen belang om de belangen van de rechtzoekenden bekommert, de spreekwoordelijke vos die de passie preekt.

Om deze redenen achten wij een betwisting door de gedaagden niet de aangewezen weg voor de rechter om te komen tot een toetsing aan de nieuwe ontvankelijkheidseis. Indien de rechter niet ambtshalve zou mogen toetsen, dan zou de procedure moeten voorzien in de mogelijkheid voor individuele belanghebbenden of andere belangenorganisaties om zich in een preliminaire fase over deze kwestie uit te laten. Over de wijze waarop dat naar onze opvatting het beste zou kunnen worden vormgegeven komen wij aan het einde van deze bijdrage te spreken.

Indien de rechter wél ambtshalve zou mogen toetsen, dan is het de vraag hoe en aan de hand van welke criteria hij dat moet doen. De aspecten die in de hiervoor geciteerde artikelsgewijze toelichting worden gegeven, zijn naar onze opvatting niet steeds voldoende scherp omlijnd en leveren bovendien niet een drempel op die daadwerkelijk van enige betekenis is. Immers, een belangenorganisatie die in beginsel over voldoende kennis of ervaring geacht mag worden te beschikken en die gesprekspartner is van de overheid, kan niettemin een wegens een onjuist gekozen juridische of

feitelijke grondslag kansloze rechtsvordering instellen, terwijl zij een wel kansrijke feitelijke of juridische grondslag onbenut laat.

Om die reden zouden wij ervoor willen pleiten dat de wet of de toelichting daarop een aantal concrete gezichtspunten noemt waaraan de rechter ambtshalve kan toetsen. Dit biedt belangenorganisaties ook een houvast, omdat zij dan in het inleidend gedingstuk voldoende concreet uiteen kunnen zetten dat en waarom zij aan de nieuwe ontvankelijkheids-eis voldoen. Dat biedt bovendien het voordeel dat de rechter die ambtshalve moet toetsen uit een oogpunt van hoor en wederhoor niet steeds gedwongen zal zijn om alvorens te beslissen eerst aan de belangenorganisatie gelegenheid te bieden zich uit te laten over de eventuele aarzelingen die bij de rechter omtrent de adequate behartiging van belangen mochten bestaan.

De concrete gezichtspunten aan de hand waarvan de beoordeling dient plaats te vinden, zijn wat ons betreft de volgende:

- wordt de Claimcode nageleefd? Zo nee, dan moeten de door de belangenorganisatie aangedragen redenen waarom zij aan één of meer van de principes of uitwerkingen van de Claimcode niet hoeft te voldoen, worden getoetst;
- de ervaring en deskundigheid van de bestuurders van de belangenorganisatie gezamenlijk wordt concreet getoetst in het licht van de ingestelde vordering en de feitelijke en juridische grondslagen daarvan;
- eventuele tegenstrijdige belangen, zo al niet op grond van de Claimcode geopenbaard, moeten worden geopenbaard;
- uit het track record van de advocaat of het kantoor dat de belangenorganisatie bijstaat moet blijken van een voldoende ervaring met collectieve acties, het materiële rechtsgebied dat in de actie aan de orde is en met de logistieke aspecten van een collectieve actie;
- de belangenorganisatie moet aantonen - eventueel ex parte, om verlies van *leverage* in onderhandelingen te vermijden - over voldoende financiële middelen te beschikken om (i) de procedure op adequate wijze te voeren, inclusief hoger beroep, cassatie en eventuele verwijzingsprocedure; en (ii) een eventuele proceskostenveroordeling te voldoen;
- indien collectief schadeverhaal wettelijk mogelijk is en schadevergoeding wordt gevorderd, moet de belangenorganisatie aantonen over een toereikende administratieve organisatie met vermogensscheiding te beschikken om een toegewezen schadevergoeding te verdelen over de rechtzoekenden en om te voorkomen dat bij beslag ten laste van of faillissement van de belangenorganisatie de toegewezen schadevergoeding niet aan de rechtzoekenden toekomt; aan dit vereiste kan ook

worden voldaan door het overleggen van een overeenkomst met een daarin gespecialiseerde onderneming, zoals een claims administrator.

7.2.6 *Motion to dismiss*

Voorts menen wij dat de Amerikaanse processuele figuur *motion to dismiss* onderdeel van de collectieve actieve actie zou moeten zijn. Immers, indien de rechtsvordering zoals deze is ingesteld niet tot toewijzing kan leiden, is het noch in het belang van de personen ten behoeve van wie de belangenorganisatie de procedure voert, noch in het belang van gedaagden dat een kostbare en vaak complexe procedure wordt gevoerd die uiteindelijk tot niets kan leiden. In de Nederlandse context kan dit worden vormgegeven als een additionele ontvankelijkheidseis, die uiteraard ook door de gedaagde kan worden ingeroepen. Immers, anders dan bij de ontvankelijkheidseis van adequate belangenbehartiging, zal een gedaagde geen beletselen voelen om een verweer van deze strekking te voeren.

De toetsing door de rechter zal, mede gelet op het in art. 24 Rv verankerde lijdelijkheidsbeginsel, hoofdzakelijk beperkt moeten zijn tot een in essentie negatieve toetsing: als de rechtsvordering zoals deze is ingesteld niet tot toewijzing kan leiden, dient niet-ontvankelijkverklaring te volgen. Het is echter voorstelbaar dat het door de rechter te verrichten onderzoek kan leiden tot enige aanpassing van petita binnen de grenzen van de gekozen vorderingen en vorderingsgrondslagen.

7.2.7 *Ontvankelijkheid preliminair toetsen*

Ten slotte een opmerking over het moment in de procedure waarop de rechter de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie in een collectieve actie moet beoordelen. Wetsvoorstel 33 126 biedt daarvoor geen bijzondere regels, zodat de toetsing in beginsel zal geschieden nadat de zaak volledig is afgeconcludeerd, ook op de inhoud. Dat leidt tot een situatie waarin een gedaagde het risico loopt hoge kosten te moeten maken voor het voeren van verweer ten principale tegen een partij waarvan achteraf blijkt dat deze niet door de toegangspoort komt. Mede in het licht van de overige voorstellen die wij in deze bijdrage doen, achten wij het opportuun om in collectieve acties de ontvankelijkheidsvraag preliminair, dus voorafgaand aan de beoordeling van het geschil ten gronde en in zoverre dus in afwijking van het beginsel van concentratie van verweer, aan de orde te stellen en te beantwoorden.

7.3 Prejudiciële vragen en derdenbelangen

7.3.1 Inleiding

Op 1 juli 2012 is de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden. De vooralsnog tot de civiele kamer beperkte prejudiciële procedure is geregeld in de art. 392, 393 en 394 van een nieuw Tiende titel A van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Art. 392 lid 1 Rv bepaalt dat de rechter in de procedure op verzoek van een partij of ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag kan stellen ter beantwoording bij wijze van een prejudiciële beslissing, indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor

- a. een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of
- b. de berechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

De prejudiciële procedure is in het leven geroepen voor massaconflictbeslechting. Het in 2008 verschenen rapport³⁷ van de Commissie Hammerstein identificeerde als probleem dat bepaalde rechtsvragen de Hoge Raad niet of niet tijdig bereiken. De Commissie had daarmee vooral het oog op de effectenleasezaken, die vanaf 2002 gaandeweg leidden tot een zeer groot aantal divergerende of door lagere rechters onderling afgestemde uitspraken. De voor de berechting van die zaken relevante rechtsvragen bereikten de Hoge Raad pas vanaf 2008³⁸ in een reeks van opeenvolgende cassatieberoepen. Het was deze ervaring waardoor de Hoge Raad vermoedelijk over stag ging om terug te komen op zijn negatieve adviezen over eerdere voorstellen voor een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad.³⁹ In het kader van een evaluatie van de WCAM in 2008 schreef de Minister van Justitie,⁴⁰ met verwijzing naar het rapport van de Commissie Hammerstein, dat juist bij massavorderingen nadrukkelijk

37 Zie www.rechtspraak.nl, te vinden onder 'Hoge Raad' bij 'publicaties'.

38 HR 28 maart 2008, *JOR* 2008/231 (*Dexia/Van Tuijl*), gevolgd door de centrale uitspraken HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/200 (*Stichting GeSp/Aegon*) en HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

39 Vermeulen, *JPr* (2012).

40 Brief van de Minister van Justitie van 23 oktober 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 762, nr. 1, p. 2.

behoefte lijkt te bestaan aan een spoedig antwoord op een belangrijke rechtsvraag, want “de bereidheid van partijen (in een vroeger stadium) te onderhandelen en te komen tot een schikking wordt daarmee vergroot.” Het voorontwerp voor de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad uit 2009 ging dienovereenkomstig uit van een “pilot” voor uitsluitend “massavorderingen”, de vorderingen van categorie a in het huidige art. 392 lid 1 Rv. Deze vorderingen omvatten collectieve acties op de voet van art. 3:305a en 3:305b Rv, maar ook individuele zaken over een massavordering.⁴¹ Vanuit de cassatiebalie⁴² en ook vanuit de Hoge Raad is vervolgens in het consultatieproces benadrukt dat met een beperking als pilot tot massavorderingen waarschijnlijk onvoldoende ervaring zou worden opgedaan. Om die reden is in het wetsvoorstel de b-categorie toegevoegd: de rechtsvragen die zich, kort gezegd, frequent voordoen in geschillen die niet berusten op gelijke of gelijksoortige oorzaken. Bij het schrijven van deze bijdrage zijn prejudiciële vragen gesteld in een drietal zaken, steeds van deze b-categorie.⁴³

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel noemt een zevental voordelen van een prejudiciële procedure in zaken van massaschade en andere massavorderingen: het vergroot de schikkingsbereidheid van schadeveroorzakers, de kwaliteit en acceptatie van een schikking wordt erdoor bevorderd, het opt out risico wordt verkleind, individuele procedures en rechtsmiddelen daarin kunnen overbodig worden, het risico van tegenstrijdige uitspraken wordt beperkt en de Hoge Raad wordt gefaciliteerd in de uitoefening van zijn rechtsvormende taak.⁴⁴ Er zijn echter ook nadelen en er zijn beperkingen, die eigen zijn aan het instituut van de prejudiciële procedure. Daarover is al het nodige geschreven.⁴⁵ Wij beperken ons in dit stuk tot de belangen en processuele positie van derden, vanuit het perspectief van optimalisering van de voorwaarden voor conflictbeslechting. Op de effectiviteit van het instrument van de prejudiciële procedure ten opzichte van de (reguliere) cassatieprocedure

41 *Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 12.*

42 De Vereniging van Civiele Cassatie Advocaten (VCCA).

43 HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 123 m.nt. Snijders, de prejudiciële procedure na verwijzing door de Voorzieningenrechter in de Rechtbank Amsterdam bij beschikking van 4 december 2012, LJN: BY 6220 en de prejudiciële procedure na verwijzing bij vonnis van de Rechtbank 's Hertogenbosch van 20 februari 2013, LJN: BZ 2201.

44 *Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 3-4.*

45 Zie hierover Vermeulen, Teuben, *TCR* (2012), Stolp en De Groot, *MvV* (2012) De Jong, *Ondernemingsrecht* (2011), Giesen (2010), Lindijer, *VR* (2009), Frenk en Wolfram-van Doorn, *RM Themis* (2009).

en de risico's van te vergaande of te weinig bruikbare prejudiciële antwoorden gaan wij hier niet in.

7.3.2 Financiële impact van prejudiciële antwoorden

Anno 2013 wordt de rechterlijke macht steeds vaker geconfronteerd met steeds grotere geschillen. Een belangrijk deel daarvan zijn collectieve geschillen. De rechterlijke macht moet daarop een antwoord bieden en kan niet achter blijven bij ontwikkelingen in de samenleving. Die samenleving eist snelle en kwalitatief goede conflictoplossingsmechanismen die finaliteit brengen. De afgelopen jaren zijn daarvoor institutionele voorwaarden gecreëerd, waaronder de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Daarmee is de invloed van de rechterlijke macht sterk gegroeid. Een uitspraak van de Hoge Raad in een prejudiciële procedure kan een zéér grote impact hebben voor individuele gedaagden en zelfs voor hele sectoren. Wat aan consumenten, beleggers en andere benadeelden op basis van het verleden wordt gegeven wordt andere consumenten, beleggers en werknemers indirect in het heden onthouden. Er zijn altijd stakeholders achter een gedaagde onderneming of financiële instelling die worden getroffen. De financiële crisis heeft meer dan ooit laten zien hoezeer groepsbelangen zijn verweven. Voor de welvaartsverdelende effecten van collectieve geschilbeslechting bestaat weinig aandacht. In de literatuur wordt het collectieve actierecht hoofdzakelijk benaderd vanuit het belang van consumenten, beleggers en mogelijke benadeelden om in rechte te krijgen wat hun toekomt.

De rechterlijke macht heeft de vereffende rechtvaardigheid tot constitutionele taak. Het rechterlijk perspectief is dat van een vereffening tussen een collectief van personen en een gedaagde abstractie. De focus gaat - vanzelfsprekend, het gaat over geschilbeslechting - uit naar het nadeel, de verwijten en de sanctie die op verkeerd marktgedrag moet worden gesteld. De gevolgen voor gedaagden en derden en, ruimer, voor de economische structuur of de stabiliteit van het financiële stelsel, spelen tot dusverre geen rol in collectieve acties. Toch denken wij dat het niet de taak van de rechter te buiten gaat om zich daarover te informeren en daarvan rekenschap af te leggen in zijn uitspraak. Indien aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan zal de rechter, behoudens een eventuele matiging op de voet van art. 6:109 BW, een vordering tot schadevergoeding vanzelfsprekend niet (gedeeltelijk) kunnen afwijzen vanwege de ernstige gevolgen daarvan voor de gedaagde of de stabiliteit van het financiële stelsel. Daar zullen dan andere mechanismen voor moeten worden gevonden, zoals een noodwet of een interventie op grond

van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen. De ruimte die de rechter in aansprakelijkheidszaken echter veelal heeft, is dat hij gedragsnormen voor het verleden vaststelt binnen het raamwerk van de zorgplicht van financiële instellingen. Het in dat verband te wegen rechtzekerheidsbelang - waaronder de belangen van derden, voor wie een toewijzende uitspraak een nadelige financiële impact heeft - zal zwaarder wegen naarmate de financiële impact van een uitspraak groter is. Die weging zal volgens ons ook plaats kunnen en moeten vinden in een prejudiciële procedure.

Zulks vereist dan wel dat de gevolgen voor derden en, in voorkomende gevallen, voor een sector effectief worden gepresenteerd aan de rechter. Meestal blijft een dergelijk betoog steken in larmoyante grote woorden, abstracte vergezichten en hooguit enkele cijfers, zonder dat betoog wordt gepersonaliseerd in concrete gevolgen voor concrete groepen mensen. In collectieve acties zal ook niet altijd bekend zijn wat de financiële gevolgen van een uitspraak (of een schikking op basis daarvan) zullen blijken te zijn. Daarbij kan een rol spelen dat tot dusverre uitsluitend een verklaring voor recht kan worden gevorderd. In individuele zaken over massavorderingen is een betoog over de geaggregeerde gevolgen van toewijzing van individuele claims uiteraard al helemaal een ingewikkelde affaire. De meeste rechters zullen aan een dergelijk betoog, zelfs indien dit deugdelijk wordt onderbouwd en gepresenteerd, geen boodschap hebben in een concrete zaak. Het zal vermoedelijk wel zo werken dat als de eerste honderden zaken zich aandienen er geen *sense of urgency* kan worden overgebracht en dat na een al veel groter aantal zaken de 'late' justitiabele zeer bezwaarlijk een andere uitkomst kan worden gepresenteerd op grond van inmiddels uitgekristalliseerde financiële gevolgen. Nu is het zo dat massavorderingen meestal wel gebundeld aan de rechter worden gepresenteerd. Het is zaak voor gedaagden om op een effectieve manier aandacht te vragen voor de economische effecten van toewijzing van collectieve vorderingen.

Een effectieve presentatie van belangen van gedaagden en van derden begint met een objectieve, deugdelijke kwantificering daarvan binnen de grenzen van het mogelijke. Als een sector een collectief probleem heeft, zullen bedrijven of gremia in die sector informatie dienen te ontsluiten en prepareren voor gebruik in een procedure, als een of meer bedrijven in de sector wordt aangesproken. Het delen van dergelijke vaak gevoelige informatie zal niet steeds mogelijk zijn en dan zal naar alternatieve wegen gezocht moeten worden om geaggregeerde informatie te verzamelen en in kaart te brengen. Met het oog op een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad zal dit vooral tijdig moeten gebeuren, in de feitelijke

instantie waarin de rechter op verzoek van (een der) partijen of ambts-halve overweegt een prejudiciële vraag te stellen. De rechter in een collectieve actie zal zelf de betrokken belangen adequaat dienen te inventariseren. Hij kan dat doen via partijen maar dat waarborgt in die gevallen waarin belangen van andere ondernemingen of zelfs een sectoraal belang in het geding zijn niet dat die belangen deugdelijk worden geïnventariseerd. Het ligt in de rede dat de rechter in dat geval ten behoeve van die noodzakelijke inventarisatie derden-belanghebbenden tijdig laat participeren in de procedure. Het feitelijke debat over de betrokken belangen dient in feitelijke instantie te worden ontwikkeld, zeker als dit debat complex is. De Hoge Raad kan weliswaar op de voet van zijn discretionaire bevoegdheid op de voet van art. 393 Rv derden in staat stellen om schriftelijke opmerkingen in te dienen, maar de termijn daarvoor (in beginsel 6 weken) is te kort en het stadium te laat. De Hoge Raad is geen feitenrechter. Hij kan zijn beslissing over een rechtsvraag in een prejudiciële procedure niet verantwoorden tegenover feitelijke stellingen, waarover geen behoorlijk feitelijke debat en waarnaar geen adequaat rechterlijk onderzoek heeft kunnen plaatsvinden. Dat de Hoge Raad niet is gebonden aan de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten, betekent niet dat hij in prejudiciële procedures het comfort zal blijken te hebben om nog niet door die verwijzende rechter vastgestelde feiten zelf vast te stellen. Het is ook niet zeker of de Hoge Raad steeds des verzocht de 'inspraak' van derden mogelijk zal willen maken.⁴⁶ Zoals de Memorie van Toelichting⁴⁷ opmerkt, verlangt het motiveringsbeginsel niet dat de Hoge Raad zich behoeft uit te laten over de door anderen dan partijen gemaakte opmerkingen.

Optimalisering van het gebruik van de prejudiciële procedure bij massavorderingen vergt een tijdige en complete belangeninventarisatie. Gebeurt dit niet, dan wordt geen recht gedaan aan de belangen van de gedaagde en van derden, wier belangen rechtstreeks worden geraakt door een prejudiciële procedure. Het zal in die gevallen de schikkingsbereidheid vermoedelijk ook niet vergroten als een prejudiciële beslissing wordt gegeven zonder dat de rechter daadwerkelijk rekenschap geeft van gemotiveerde en gedocumenteerde stellingen over rechtszekerheidsbelangen c.q. de financiële impact van een prejudicieel antwoord dat leidt tot

46 In de eerste twee prejudiciële procedures deed de Hoge Raad dat wel. In de zaak die leidde tot HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 123 sprak de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders in. In de prejudiciële procedure over bewijsbeslag buiten IE-zaken dienden de KBG en de Nederlandse Vereniging van Banken schriftelijke opmerkingen in.

47 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 17.

een omvangrijke aansprakelijkheid van de betrokken ondernemingen. In dit verband verdient bijval het (impliciete) standpunt in de Memorie van Toelichting dat er wél een motiveringsplicht op de Hoge Raad rust tegenover de stellingen van partijen in de prejudiciële procedure, behoudens zijn bevoegdheid om één of meer vragen (zonder motivering daarvoor) niet te beantwoorden (art. 393 lid 8 Rv). Het ligt in de rede dat de Hoge Raad meer dan thans veelal nog het geval is in de cassatieprocedure zich bewust is van de noodzaak om zijn beslissing volledig te verantwoorden tegenover partijen en derden en geen wezenlijke argumenten onbesproken laat.

7.3.3 Derdenparticipatie in de verwijzende instantie

De participatie van derden in feitelijke instantie is niet voorzien in de prejudiciële procedure. Er is geen aandacht aan besteed in de parlementaire geschiedenis en evenmin in de commentaren op het wetsontwerp. Dat is eigenlijk merkwaardig. De prejudiciële procedure is opgezet vanuit een meer “rechtsvraag-georiënteerde” benadering dan een zaaksgebonden benadering. De rechter kan een prejudiciële vraag stellen, ook als beide partijen dat niet wensen. De rechtvaardiging daarvoor ligt in de premisse dat er, in elk geval bij vragen van de b-categorie, altijd vorderingen van of tegen derden zijn betrokken. Gaat het om een massavordering (categorie a) dan is dat eveneens het geval als het gaat om een individuele zaak en bij een collectieve actie is dat het geval als verschillende belangenorganisaties dezelfde belangen behartigen en als er acties tegen verschillende gedaagden lopen, wier belangen door een prejudicieel antwoord van de Hoge Raad worden geraakt. De prominente rol die is toebedacht aan partijen⁴⁸ is in zoverre reeds beperkt dat zij in de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad derdenparticipatie moeten accepteren. Deze bijzondere vorm van derdenparticipatie vindt een wettelijke grondslag in art. 393 lid 2 Rv.

De vraag is of deze beperking tot de fase van de prejudiciële procedure de voorwaarden voor massaconflictbeslechting optimaliseert. Wij menen dat dit niet het geval is. Bij de herziening van het collectieve actierecht verdient het volgens ons aanbeveling een expliciete wettelijke voorziening te creëren voor derdenparticipatie in de verwijzende instantie. Het belang van derden gaat uiteraard verder dan de hierboven besproken tijdige en complete belangeninventarisatie.⁴⁹ Zij dienen inspraak te kunnen hebben op de vaak zo wezenlijke zaakselectie, die

⁴⁸ *Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 16.*

⁴⁹ Zie daarover Vermeulen, *JBP* (2012)

sturend kan zijn voor het antwoord op een vraag. Andere opportuniteitsafwegingen zijn of de zaak, gelet op de feitelijke complexiteit ervan en de mate waarin feiten vaststaan, zich wel leent voor een prejudiciële verwijzing of dat beter een reguliere cassatieprocedure kan worden doorlopen. In voorkomende gevallen zal een vraag zijn of het normatieve discours zich al voldoende heeft ontwikkeld om de Hoge Raad in één keer de piketpalen te laten slaan voor de afwikkeling van massavorderingen. Derden, wier belangen rechtstreeks zijn betrokken en die niet reeds worden behartigd door een der partijen, zouden zich ook moeten kunnen uitlaten over de inhoud van de aan de Hoge Raad te stellen vragen. Dit komt de kwaliteit en volledigheid van de vragen ten goede. De ervaring in de eerste twee prejudiciële procedures laat zien dat er vragen worden gesteld die er niet toe doen en dat niet alle vragen worden gesteld die er wél toe doen.⁵⁰

Hieronder wordt een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling van derdenparticipatie in het collectieve actierecht, mede met het oog op een prejudiciële verwijzing naar de Hoge Raad. Zo'n regeling laat onverlet dat in individuele zaken over massavorderingen en in zaken van de b-categorie van art. 392 lid 1 Rv uiteraard ook behoefte kan bestaan aan de mogelijkheid van tijdsge derdenparticipatie. Toelating van derden vergt uiteraard een evenwichtige belangenafweging, omdat partijen er niet steeds op zullen zitten te wachten derden in "hun" zaak te laten participeren. Derdenparticipatie zal voor partijen immers kunnen leiden tot regieverlies, verhoogde kosten en vertraging van de procedure. Een vraag is of, naar huidig recht, derdenparticipatie als partij onder omstandigheden kan worden gerealiseerd door voeging (art. 217 Rv) of gedwongen tussenkomst op de voet van art. 118 Rv. De maatstaf voor een voldoende belang om door voeging partij te worden in een procedure is thans niet uitgekristalliseerd. Duidelijk is wel dat de Hoge Raad niet langer hanteert de in HR 3 mei 1957, *NJ* 1959, 62 geformuleerde restrictieve maatstaf dat de voeging strekt ter voorkoming van 'benadeling van de rechten of de rechtspositie van de verzoeker welke een beslissing ten nadele van de te ondersteunen partij dreigt ten gevolge te zullen hebben'. Volgens Snijders⁵¹ dient vooralsnog tot uitgangspunt genomen te worden dat voldoende is dat de derde belang heeft bij de

50 In de zaak die leidde tot HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 123 werd een vraag gesteld die de Hoge Raad al had beantwoord terwijl niet (kenbaar) werd ingezet op een "omgaan" van de Hoge Raad wegens gewijzigde ontwikkelingen. In de prejudiciële procedure over bewijsbeslag buiten IE-zaken stelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam een aantal voor het bewijsbeslag relevante vragen niet en wel vragen waarvan het nu geredelijk betwijfeld mag worden.

51 Snijders (Rechtsvordering), art. 217, aant. 2.

uitkomst van de procedure - het dictum van de daarin te wijzen uitspraak of eventueel het gezag van gewijsde daarvan - omdat deze rechtens of feitelijk gevolgen voor hem kan hebben. Snijders meent dat niet ieder feitelijk gevolg echter steeds zonder meer voldoende is te achten. Hij wijst op gevallen dat de derde enkel bevreesd is voor de precedentwerking van een uitspraak in een procedure waar hij overigens in het geheel geen belang bij heeft of dat de derde slechts een zeer afgeleid belang heeft bij de uitkomst van de procedure. Als aanvullende eis suggereert hij dat de derde zich voor zijn vordering tot voeging beroept op een belang waarvoor hij in rechte op kan komen. Van Schaick⁵² staat een restrictiever criterium voor ogen, namelijk dat de interveniënt er naar streeft dat beslissingen ook jegens hem gezag van gewijsde hebben.

In onze visie verdient de opvatting van Snijders navolging, met dien verstande dat de Hoge Raad zou moeten toelaten dat een derde, wier belang rechtstreeks is betrokken bij een collectieve actie of individuele zaak over een massavordering zich onder omstandigheden kan voegen, ook al streeft hij geen uitbreiding van het gezag van gewijsde van een uitspraak na. Gaat het om een belangenorganisatie in de zin van art. 3:305a BW, dan valt bezwaarlijk in te zien waarom voeging, mede met het oog op een prejudiciële procedure, niet zou kunnen worden toegestaan. Hetzelfde zou, in onze opvatting, moeten gelden voor gedaagden in andere procedures, die een geschil hebben waarin dezelfde rechtsvragen beslissend zullen zijn. Gezegd kan worden dat het dan om méér gaat dan louter de vrees (of wens) van precedentwerking van een uitspraak in een zaak waar hij overigens geen enkel belang bij heeft. In een zaak van de b-categorie van art. 392 lid 1 Rv (geen massavordering) lijkt dit echter een (nog) moeizamere weg, omdat het belang dan nauwelijks méér inhoudt dan het voorkomen of begunstigen van de precedentwerking van een uitspraak. Bovendien - en dat geldt gelijkelijk voor massavorderingen - zal een derde niet steeds een belang hebben om een partij in al zijn vorderingen, vorderingsgrondslagen of verweren daartegen te kunnen ondersteunen. Gaat het om het voorneemen om een ook voor derden relevante prejudiciële vraag te stellen, dan zou het aanmerkelijk effectiever en minder belastend voor partijen zijn om derdenparticipatie uitsluitend voor dat doel toe te laten. De wet voorziet thans niet in een voorziening daarvoor. Derden zijn afhankelijk van de bewilling van partijen of zij als *amicus curiae* schriftelijk, door het sturen van een brief aan de rechter (via partijen) of eventueel in een comparitie van

52 Asser Procesrecht/Van Schaick (2011), nr. 46.

partijen (art. 88 Rv) kunnen worden gehoord, terwijl onzeker is of een oproeping ex art. 118 Rv wel mogelijk is.⁵³

Wij zijn van opvatting dat de wetgever er verstandig aan zou doen om een voorziening te introduceren analoog aan de thans reeds bestaande voorziening voor de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Daarin zal de rechter niet gebonden kunnen zijn aan de opvatting van partijen, maar zich uiteraard wel terdege rekenschap moeten geven van hun (eventuele) bezwaren tegen participatie van derden. De rechter zal beperkingen moeten kunnen stellen aan het aantal partijen dat wordt gehoord in het kader van het voornemen om één of meer prejudiciële vragen te stellen, maar het ligt onzes inziens weinig voor de hand dat derde-belangenorganisaties of mogelijk aansprakelijke partijen anders dan de gedaagde in de voorliggende zaak wier belang rechtstreeks in het geding zijn, de mogelijkheid wordt onthouden hun visie te geven. Een noodzakelijk complement van deze voorziening is dat de feitenrechter die overweegt een vraag te stellen daarvan tijdig een aankondiging doet plaatsen op rechtspraak.nl en/of in andere daartoe in aanmerking komende media en in voorkomende gevallen bekende belanghebbenden rechtstreeks benadert. Indien, zoals het regeerakkoord 2012 meldt,⁵⁴ het onderscheid tussen verzoekschriftprocedures en dagvaardingsprocedures kan komen te vervallen, zal het ruime belanghebbenden begrip (thans art. 279 Rv) mogelijk de nodige flexibiliteit kunnen geven, voor zover de participatie van belanghebbenden in rekestprocedures uiteraard in enige vorm zou worden gehandhaafd voor wat nu rolprocedures zijn.

Los van de mogelijkheid van derdenparticipatie valt niet alleen overleg met partijen, maar ook met andere gerechten die gelijke of vergelijkbare zaken aanhangig hebben, aan te bevelen. Dit overleg zou dan wel transparant moeten zijn voor partijen: zij mogen niet worden geconfronteerd met onderling afgestemde prejudiciële vragen in verschillende zaken, zonder dat zij zich daarover hebben kunnen uitlaten. Voorstelbaar is dat de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad een informele, vooral informatieve functie vervult bij dit inter-rechterlijk overleg. Dat zou tevens verzekeren dat de Procureur-Generaal beschikt over de informatie,

53 Sinds HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 564 en HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 437 is duidelijk dat dit artikel niet is beperkt tot gevallen waarin het materiële recht of het procesrecht de oproeping van een derde voorschrijft. Zie voor een pleidooi voor een ruime toepassing van art. 118 Rv in ander verband: Boele (2012).

54 En blijkens o.m. het Jaarplan rechtspraak 2013, p. 13 e.v., van de Raad voor de Rechtspraak op de agenda is gezet. In het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak (KEI) wordt thans de beoogde uniformering van civiele procedures tot één rekestprocedure nader uitgewerkt.

die nuttig is bij zijn afweging om geen cassatieberoep in het belang der wet in te stellen, zo lang er zaken lopen waarin mogelijk prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

7.4 Collectief schadeverhaal

7.4.1 Inleiding

Bij kamerbrief van 26 juni 2012⁵⁵ heeft de – op dat moment demissionaire – Minister van Veiligheid en Justitie gereageerd op de motie Dijkma⁵⁶, waarin de regering werd verzocht om een stappenplan om te komen tot de toekenning van het recht voor “representatieve organisaties” om schade collectief te verhalen. Aldus strekt de motie in essentie tot het schrappen van een deel van het derde lid van art. 3:305a BW dat het vorderen van schadevergoeding in geld uitsluit.

De minister wijst er terecht op dat voor het toekennen van schadevergoeding in geld vragen moeten worden beantwoord die per benadeelde verschillen of kunnen verschillen. De minister wijst daarbij op aspecten als de omvang van de schade die per benadeelde verschilt, vragen van causaliteit en eigen schuld. De minister vervolgt:

“Een collectieve schadevordering in geld zou betekenen dat de collectieve actie zó ingericht zou dienen te worden dat na beantwoording van de gemeenschappelijke vragen alle individuele gedupeerden in de procedure betrokken moeten worden teneinde de op hen betrekking hebbende individuele vragen te beantwoorden. Wat dan begonnen is als een eenvoudige collectieve actie, mondt uit in een bundeling van veel individuele daarop aansluitende procedures. De Amerikaanse praktijk van class actions laat zien dat een dergelijke procedure daardoor onbehandelbaar dreigt te worden. Om deze reden heeft de wetgever er indertijd van af gezien het mogelijk te maken om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen. Het enkel schrappen van art. 3:305a lid 3 zou ertoe leiden dat in een collectieve actie-procedure waarin schadevergoeding in geld wordt gevorderd, de vordering wordt afgewezen omdat de belangen zich niet voor bundeling lenen. Om tot een collectieve schadevergoedingsactie te komen, is het schrappen van het derde lid van art. 3:305a BW dus niet voldoende, maar dient te worden voorzien in een alternatief.”

Bovenstaande observatie van de minister lijkt ons terecht. Zoals de minister memoreert was het ook niet voor niets dat bij de invoering van

55 *Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 6, p. 2 e.v.*

56 *Kamerstukken II 2011/12 33 000-XIII, nr. 14.*

art. 3:305a BW de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding te voldoen in geld werd uitgesloten om de door de minister genoemde redenen.

7.4.2 *Collectief schadeverhaal wenselijk?*

Maar ook los van de processuele complicaties die zijn verbonden aan collectief schadeverhaal, kan men zich afvragen of het wenselijk is om collectief schadeverhaal mogelijk te maken. De minister gaat op die vraag niet in, waarschijnlijk omdat hij op dat moment demissionair was en zich geen controversieel standpunt in deze materie kon aanmeten. Het moet dan ook nog worden gezien wat het standpunt van de huidige regering ten aanzien van de motie Dijkema daadwerkelijk is.

De rechtspolitieke argumenten voor collectief schadeverhaal draaien met name om de vraag of het huidige systeem in voldoende mate mogelijkheden biedt voor belangenbehartigers om daadwerkelijk hun doelstelling waar te maken. Van de zijde van bijvoorbeeld de Consumentenbond en de VEB⁵⁷ is in dit verband betoogd dat zij een instrument tot collectief schadeverhaal missen, omdat zij in de huidige situatie onvoldoende in staat zouden zijn om een gedaagde tot de onderhandelingstafel te dwingen. Van de zijde van de ondernemingen wordt daar tegenover gesteld dat het mogelijk maken van collectief schadeverhaal juist een versterking van de claimcultuur zal uitlokken en de concurrentiepositie van Nederland zal doen verslechteren.⁵⁸ De premisse dat een onderneming sneller geneigd zal zijn te schikken indien collectief schadeverhaal mogelijk is, kan niet eenvoudig op juistheid worden getoetst, maar als die premisse juist is, dan is er ook reden om nadere waarborgen in te bouwen tegen misbruik van de collectieve actie, bijvoorbeeld in gevallen waarin sprake is van evident ongerechtvaardigde claims.

Wij mengen ons in deze bijdrage niet in dat rechtspolitieke debat, maar stellen wel vast dat ook in de huidige situatie, dus zonder collectief schadeverhaal, het in de praktijk voor belangenorganisaties goed mogelijk blijkt te zijn om effectief te opereren. Weliswaar moeten zij daar soms lang voor procederen, zoals in de *WorldOnline*-zaak, maar dat zal in de situatie waarin collectief schadeverhaal mogelijk is in beginsel niet anders zijn. Bovendien zijn er ook voorbeelden te noemen waarin ondernemingen juist relatief snel actief hebben aangestuurd op een schikking, zoals in de *Vedior*-zaak het geval was. Ook de akkoorden die diverse verzekeraars

57 Kenbaar uit *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 4, p. 3.

58 Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 6.

in 2008 en 2009 met enkele belangenorganisaties van polishouders met een beleggingsverzekering hebben gesloten zijn tot stand gekomen zonder een voorafgaande procedure. Kortom, wij zijn nog niet overtuigd van de noodzaak van collectief schadeverhaal.

7.4.3 Vormgeving van collectief schadeverhaal volgens de minister

Uitgaande van de assumptie dat de wetgever collectief schadeverhaal mogelijk zal maken, rijst de vraag: hoe kan dat het beste gebeuren? In zijn kamerbrief stelt de minister - zeer kort gezegd - voor de procedure in twee fasen op te splitsen waarbij in de eerste fase de gemeenschappelijke vragen aan de orde komen en in de tweede fase de individueel te beantwoorden vragen. Daarbij wordt vrij veel nadruk gelegd op de mogelijkheid om op verschillende momenten in de twee fasen een mediator een rol te doen spelen om het geschil tot een einde te brengen op een manier die door alle partijen wordt gedragen.

In de eerste fase kunnen de partijen hun debat beperken tot de vraag of de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld. In dat verband wordt ook de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie beoordeeld. Komt de rechter tot het oordeel dat de belangenorganisatie niet ontvankelijk is of dat geen sprake is van onrechtmatig handelen, dan komt de procedure daarmee ten einde en hebben partijen zich de kosten van een debat over de schade, causaliteit en eigen schuld bespaard. Beslist de rechter dat de aangesproken partij wél onrechtmatig heeft gehandeld, dan start de tweede fase van de procedure waarin de omvang van de schade en de schadevergoedingsverplichting aan de orde komt. Indien de zaak niet wordt geschikt dan zou eerst in een soort comparitie met de rechter moeten worden besproken welke stappen nodig zijn om tot vaststelling en collectieve afwikkeling van de schade te komen, waarbij per stap verschillende vragen aan de orde kunnen komen over bijvoorbeeld causaliteit, schade en eigen schuld.

De schets van de minister is er mede op gericht om partijen in de tweede fase van de procedure een schikking te doen bereiken. Daartoe wordt aan de rechter een actieve rol toebedeeld. Als partijen niet een schikking kunnen bereiken, dan kan de procedure worden voortgezet, al dan niet door middel van een deelgeschilprocedure op verschillende deelonderwerpen. Als partijen evenwel verdeeld blijven op hoofdpunten, dan stuurt de rechter aan op een collectieve schaderegeling voor categorieën benadeelden, derhalve geabstraheerd van de daadwerkelijk door elk individuele benadeelde geleden schade. Indien de rechter vervolgens een collectieve schadevergoedingsregeling vaststelt, is deze bindend voor de

partijen in een collectieve verhaalsprocedure, de belangenorganisatie en de gedaagde.

Individuele rechtzoekenden worden gebonden doordat zij aangeven dat zij gerechtigd zijn onder de beslissing inzake de collectieve schadevergoeding. Een opt-in systeem derhalve.

7.4.4 *Positieve aspecten van de schets van de minister*

Wat ons in de schets van de minister aanspreekt, is dat niet wordt gestreefd naar individueel schadeverhaal, maar dat principieel wordt gekozen voor een collectieve benadering, eventueel met een onderverdeling in categorieën.⁵⁹ Denkbaar was immers geweest om in de tweede fase de individuele belanghebbenden te laten toetreden door middel van het indienen van een eenvoudig formulier waarin zij hun schade stellen en onderbouwen. Belangrijk bezwaar van een dergelijk systeem is dat de procedure al snel onwerkbaar wordt als het gaat om grotere aantallen individuele toetreders tot het proces. Bovendien zou een dergelijk systeem ook in de executiefase tot een administratieve chaos en hoge kosten leiden, zowel aan de zijde van de individuele rechtzoekenden als aan de zijde van de gedaagde. Om die redenen is een systeem van collectief schadeverhaal dat abstraheert van de individuele omstandigheden en waarin recht wordt gedaan op basis van veralgemeniseerde aspecten van causaal verband, schade en eigen schuld, onontkoombaar.

Wij verwelkomen voorts het voorstel om de procedure in twee inhoudelijke fases op te knippen: een fase waarin het debat gaat om de vraag of - in de context van schadevergoedingsacties - wel sprake is van onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten en een vervolgfase over causaal verband, schade en eigen schuld. Juist vanwege de complicaties die verbonden zijn aan het collectief beoordelen van deze laatstgenoemde elementen is het weinig zinvol om partijen te dwingen daarover een volwaardig - en dus kostbaar - debat te voeren terwijl onzeker is of de rechter daar wel aan toekomt. Wij menen dat het verkieslijk ware daarvoor een regeling te ontwerpen analoog aan de schadestaatprocedure van art. 612 e.v. Rv. Er zullen immers nog steeds collectieve acties zijn die niet strekken tot collectief schadeverhaal, maar bijvoorbeeld een verbodsactie of vernietigingsactie inhouden.

Wel menen wij dat het noodzakelijk is dat de belangenorganisatie in het inleidende processtuk op hoofdlijnen stellingen aanvoert over veralgemeniseerbare aspecten van causaal verband en schade. Mocht dat niet

59 Deze benadering is bepleit door Tzankova (2007).

mogelijk zijn voor de gehele groep van personen ten behoeve van wie de procedure wordt gevoerd, dan dient de belangenorganisatie subcategorieën te definiëren waarbij per subcategorie die veralgemeniseerbare aspecten worden gesteld. Deze stelplicht dient in deze fase vooral het preliminaire debat omtrent de ontvankelijkheid en - eventueel - voeging en stelt zowel de rechter als de verwerende partij in staat zich een beeld te vormen van het belang dat met de zaak is gemoeid. Is het niet mogelijk om met betrekking tot aspecten als causaal verband en schade te komen tot enige vorm van veralgemening, dan leent de zaak zich niet voor collectief schadeverhaal en dient de belangenorganisatie niet-ontvankelijk te worden verklaard. Het spreekt voor zich dat indien de schadestaat wordt bereikt, de belangenorganisatie haar stellingen dienaangaande nader zal moeten uitwerken en onderbouwen.

7.4.5 *Bindende kracht; opt in/opt-out*

Wij hebben aarzelingen over de door de minister voorgestelde structuur met een opt-in regeling nadat is vastgesteld dat sprake is van onrechtmatigheid of toerekenbare tekortkoming. Collectief schadeverhaal met een opt-in achteraf doet geen recht aan een eerlijk proces voor de verwerende partij. Het instrument van de collectieve actie wordt veelal beschouwd vanuit een oogpunt van toegang tot het recht voor de grote groep rechtzoekenden en veel minder vanuit het belang van de gedaagden. Wij menen dat dat belang in het gedrang komt in een situatie waarin individuele rechtzoekenden kunnen afwachten of een collectief resultaat wordt bereikt, alvorens te beslissen of zij van daarvan willen profiteren of dat zij een eigen actie willen nastreven. Dat leidt tot een loterij zonder nieten. Dit probleem bestaat thans ook, maar wordt bij collectief schadeverhaal nog pregnanter. Wij menen dan ook dat om een *level playing field* te bereiken een uitspraak in een collectieve actie bindend dient te zijn, niet alleen tussen de belangenorganisatie die de procedure heeft gevoerd en de gedaagde maar ook tussen de individuele rechtzoekenden en de gedaagde. Immers, waarom zou de gedaagde ingeval de vorderingen worden afgewezen niet evenzeer van het collectieve karakter van de procedure mogen profiteren, als de belangenorganisatie en in haar kielzog de personen voor wie zij opkomt kunnen profiteren van het collectieve karakter van een toewijzing?

Zoals door een van de auteurs van deze bijdrage⁶⁰ elders is betoogd, zal het toekennen van gezag van gewijsde aan een beslissing

60 D.F. Lunsingh Scheurleer (nog niet verschenen).

in een collectieve actie meebrengen dat individuele rechtzoekenden het recht hebben afzijdig te blijven van een collectieve actie. Dit volgt uit de diverse grondrechten die door het EVRM worden beschermd, zoals toegang tot de rechter en het recht op eigendom.

Het recht om afzijdig te blijven kan op twee manieren worden vormgegeven: door *opt-in* of door *opt-out*. Bij *opt-in* blijft iedere individuele rechtzoekende afzijdig die niet expliciet heeft verklaard gebonden te willen zijn, bij *opt-out* wordt iedere individuele rechtzoekende gebonden die niet expliciet heeft verklaard niet gebonden te willen zijn. Ook is denkbaar om beide modellen naast elkaar te laten bestaan. De keuze voor het ene of het andere model of voor een hybride systeem is vooral rechtspolitiek van aard; de bespreking van die discussie gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Omwille van de *level playing field*-gedachte zoals wij die hiervoor hebben omschreven, menen wij dat de uitoefening van het recht afzijdig te blijven - of dat nu geschiedt door *opt-in* of door *opt-out* - niet pas mag plaatsvinden als duidelijk is geworden of de belangenorganisatie winst heeft behaald. Dat recht dient in een vroeg stadium te worden uitgeoefend, bijvoorbeeld nadat de rechter in de preliminaire fase heeft beslist over onder meer de ontvankelijkheid. Dan is immers duidelijk welke belangenorganisatie op welke grondslagen de collectieve actie bij uitsluiting zal voeren. Zie nader § 7.4.6.

Voor de *opt-in* of *opt-out* mogelijkheid zou een oproepingsprocedure zoals die thans ook in de WCAM is voorgeschreven, kunnen worden gevolgd. In een *opt-in* model zullen individuele rechtzoekenden die binnen de in de oproeping vermelde termijn door middel van een schriftelijke verklaring aan de griffie te kennen hebben gegeven dat zij willen meedoen, gebonden zijn aan de uitkomst van die procedure, ook indien deze leidt tot een afwijzing van de vordering. In een *opt-out* model zijn alle individuele rechtzoekenden die niet tijdig aan de griffie te kennen hebben gegeven dat zij niet gebonden willen zijn aan de uitkomst van de collectieve actie gebonden.

Individuele rechtzoekenden die afzijdig blijven, kunnen vervolgens alleen nog individueel optreden. Voor hen staat de collectieve actie niet meer open. Zij kunnen geen enkel recht aan de collectieve actie ontfangen. Wij achten dit niet in strijd met art. 6 EVRM omdat die bepaling geen collectieve toegang tot het recht waarborgt en deze personen er bovendien zelf voor hebben gekozen om zich te onttrekken aan de collectieve rechtspleging die aanvankelijk wél voor hen openstond.

7.4.6 *Overige kritische kanttekeningen*

Een ander bezwaar van het voorstel van de minister is dat het sterk leunt op een zeer actieve rol van de rechter en de bereidheid van alle partijen om te goeder trouw te onderhandelen of een mediation traject te doorlopen. Wij vragen ons af of dat in de praktijk zal werken. Zowel de belangenorganisatie als de gedaagde kunnen belang hebben bij een principiële uitspraak over vragen van causaliteit, eigen schuld en schade.

Bovendien lijkt de door de minister voorgestelde procedure, zeker in het kader van een dagvaardingsprocedure, onwerkbaar ingewikkeld indien er ook andere collectieve procedures aanhangig zijn tegen dezelfde gedaagde. Het zal immers buitengewoon complex zijn om de belangenorganisatie in die andere procedures ertoe te bewegen mee te werken aan de collectieve schaderegeling die hetzij onder leiding van een mediator, hetzij door de rechter in een collectieve procedure wordt nagestreefd.

Vandaar dat wij menen dat het belang van een tijdige voeging van parallelle collectieve procedures niet mag worden onderschat, met name in een situatie dat collectief schadeverhaal mogelijk is. Immers, de rechtzoekenden hebben belang bij een uniforme afdoening van een collectieve zaak en gedaagden hebben een gerechtvaardigd belang bij het voorkomen van dubbel werk, dubbele kosten en tegenstrijdige vonnissen of tegenstrijdige schadeverhaalsregelingen. Wij menen dan ook dat voeging van parallelle of potentiële collectieve acties tot één procedure essentieel is voor een effectief en afgewogen systeem van collectief schadeverhaal. Wetsvoorstel 33 126 voorziet nu in de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve kan voegen, zulks in aanvulling op het bestaande regime van art. 222 Rv waarin procedures op vordering van één der partijen kunnen worden gevoegd. Ambtshalve voeging - waarbij de rechter discretionaire bevoegdheid heeft al dan niet te voegen - van zaken gaat naar onze mening in dat verband onvoldoende ver.

In beginsel zal de rechter wat ons betreft zaken moeten voegen en wel in een vroeg stadium. Blijkt in het kader van de toetsing van de ontvankelijkheid dat een andere belangenorganisatie - ongeacht of deze al een collectieve actie aanhangig heeft gemaakt of niet - beter geëquipeerd te zijn tot het voeren van de actie, dan dient de rechter de bevoegdheid te hebben die andere belangenorganisatie aan te wijzen als de belangenorganisatie die de procedure zal voeren, eventueel met "overneming" van rechtsvorderingen en grondslagen die de eerste belangenorganisatie had aangedragen, mits deze zich voor afdoening in een collectieve actie lenen. Het preliminaire stadium dat in onze opvatting vooraf dient te gaan aan de twee inhoudelijke fases en dat ook nodig is voor het kunnen beoordelen

van de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie kan daarvoor worden benut.

Wij menen dat een preliminaire fase waarin derden partij worden in het geding minder makkelijk inpasbaar is in een dagvaardingsprocedure dan in een verzoekschriftprocedure. Mede (maar niet uitsluitend) daarom stellen wij voor om de collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW vorm te geven als een verzoekschriftprocedure.

De minister gaat in zijn schets niet diep in op de executiefase. Hij volstaat met de opmerking dat indien de rechter een collectieve schade-regeling vaststelt, hij de aansprakelijke partij gelast de regeling getrouw uit te voeren en dat de rechter een vertegenwoordiger kan aanwijzen die in naam en voor rekening van de aansprakelijke partij de regeling uitvoert. Daarbij verwijst de minister naar de art. 3:299-300 BW, de regeling van reële executie. Het is de vraag of een dergelijke benadering in alle gevallen werkbaar is. Geen probleem lijkt deze benadering op te leveren in situaties waarin de individuele rechthebbenden een directe contractuele band hebben met de partij die is veroordeeld tot collectieve schadevergoeding. Bij collectieve acties in het financiële recht zal daarvan regelmatig sprake kunnen zijn, omdat het in veel gevallen gaat om claims van cliënten tegen hun financiële dienstverlener. In die gevallen is reële executie door creditering van de geld- of effectenrekeningen van de betreffende cliënten of het bijstorten van een bedrag in de polis een praktische benadering. Is evenwel sprake van voormalige cliënten of houders van girale effecten van wie de identiteit onbekend is, dan wordt het al snel ingewikkeld. Wij menen dan ook dat dit aspect nadere aandacht behoeft.

Denkbaar is dat in het nadere debat over dit aspect stemmen opgaan voor een systeem waarin de uitspraak in een collectieve schade-verhaalsactie een executoriale titel is, die door de belangenorganisatie ten uitvoer kan worden gelegd. Aan een dergelijk systeem kleven wel de nodige bezwaren, niet alleen omdat dat een grote administratieve last op de schouders van de belangenorganisatie legt, maar ook omdat zonder nadere maatregelen de belangen van de individuele rechtzoekenden in dat geval onvoldoende zijn gewaarborgd. Immers, zij zijn dan niet beschermd tegen de insolventie van de belangenorganisatie op een moment dat de schadevergoeding door deze wel is ontvangen maar nog niet is uitbetaald. Betaling door de gedaagde van schadevergoeding aan de belangenorganisatie zou in onze opvatting dan ook alleen op zijn plaats zijn indien de belangenorganisatie aantoonbaar een toereikende administratieve organisatie te hebben om de schadevergoeding ook op effectieve wijze uit te betalen aan de individuele belanghebbenden en voorts beschikt over een adequaat systeem van vermogensscheiding. In plaats daarvan kan de

belangenorganisatie ook een professionele claimadministrator in de armen nemen. Het contract moet dan wel ter goedkeuring aan de rechter worden overgelegd. Is dat niet mogelijk, dan dient wederom niet-ontvankelijkheid te volgen.

7.5 Verjaring en stuiting

Een belangenorganisatie in de zin van art. 3:305a BW kan een daad van rechtsvervolgung van de zijde van de gerechtigde doen als bedoeld in art. 3:316 lid 1 BW.⁶¹ Het instellen van een collectieve actie heeft derhalve stuitende werking, niet alleen ten aanzien van de collectieve rechtsvordering van de belangenorganisatie zelf, maar ook ten aanzien van de individuele rechtsvorderingen tot schadevergoeding van haar integrale statutaire achterban, dat wil zeggen al diegenen voor wie de belangenorganisatie bevoegdelijk opkomt in de procedure. Het stuitende effect van een collectieve actie is voor gedaagden uiteraard van wezenlijk belang omdat daarmee een aansprakelijkheidsdreiging blijft bestaan jegens een collectief, die anders door verjaring van vorderingen gaandeweg zou zijn geslonken. Vaak zal die dreiging zich niet verwerklijken, omdat uiteindelijk slechts een deel van de achterban blijkt een claim te vervolgen. Voor belangenorganisaties heeft de stuitende werking door het instellen van een eis een faciliterende werking. Zij hoeven dan niet namens individuele leden van hun achterban een lopende verjaring van hun rechtsvorderingen te stuiten. Het nadeel ervan is dat free riders het resultaat van een procedure kunnen afwachten zonder die mede te bekostigen, om vervolgens individueel te procederen of te schikken.⁶²

Een evenwichtige regeling van de collectieve actie dient ook de verjaring te regelen. Een vraag is of de stuitende werking van een ingestelde collectieve rechtsvordering voor individuele vorderingen heroverweging behoeft. Op zich pleit voor deze stuitende werking dat een belangenorganisatie door het entameren van een procedure demonstreert dat het collectief schadeverhaal haar en haar financierende achterban serieus is. Men kan zich echter afvragen of het met de inmiddels verder ontwikkelde communicatietechnologie - denk aan internet en sociale media - thans nog wel gerechtvaardigd is dat de gedaagde geen enkel inzicht heeft in de mogelijke omvang van een eventuele aansprakelijkheid - hij weet niet welk deel van de achterban daadwerkelijk een vordering heeft

61 *Kamerstukken II 1991/92*, 224 86, nr. 5, p. 3-4; zie ook G. Snijders (2010), p. 138-139.

62 Tzankova/van Doorn (2009), p. 95-124.

of te gelde zal maken - en voor de gehele statutaire achterban rekening moet houden met de mogelijkheid van claims. Het kost immers weinig moeite meer om al dan niet via een website de achterban te identificeren en voor die geïdentificeerde groep krachtens volmacht of lastgeving de verjaring van hun vorderingen te stuiten. Mede met het oog op het al dan niet treffen van juiste voorzieningen in de jaarrekening en eliminering van het *free rider* probleem, verdient het onzes inziens overweging om een daadwerkelijk commitment van individuele claimanten te vergen in de vorm van adhesie aan de collectieve actie zonder dat zij partij worden in de procedure, met alle bezwarende gevolgen van dien. Als collectief schadeverhaal mogelijk wordt, valt aan te nemen dat de belangenorganisatie de iure vorderingen van individuele claimanten instelt, voor zover die zich niet afzijdig houden van de collectieve actie (door geïnformeerde *opt-out* of een nalaten van *opt-in*). Het instellen van de collectieve actie stuit voor die, aan de gedaagde kenbaar te maken, groep een lopende verjaring van individuele rechtsvorderingen.

In de verzoekschriftprocedure zoals ons die de lege ferenda voor ogen staat zou, als de stuitende werking van een collectieve actie wordt behouden, vanwege deze belangen tenminste moeten worden bepaald dat het afzijdig blijven van de procedure na deugdelijke kennisgeving door de belangenorganisatie, ertoe leidt dat de collectieve actie voor deze groep geen stuitende werking heeft. Immers, na hun keuze om afzijdig te blijven van de collectieve actie, kan deze niet geacht worden van "hun zijde" te zijn ingesteld, zoals art. 3:316 lid 1 BW vergt. Zij zullen dus zelf de verjaringstermijn van hun individuele vordering moeten bewaken.

Zo'n van de belangenorganisatie te vergen kennisgeving ligt overigens ook in de rede voor het geval dat de collectieve actie tot een afwijzing leidt of wordt ingetrokken. Art. 3:316 lid 2 BW bepaalt dat een periode van zes maanden gaat lopen waarbinnen een nieuwe eis moet worden ingesteld of een schikking moet worden bereikt, bij gebreke waarvan een ingestelde eis geen stuitende werking heeft. Er is geen ons bekende rechtspraak die dit artikellid toepast op collectieve acties, maar het ligt wel in de rede dat deze bepaling ook daarop van toepassing is. Wordt de collectieve vordering toegewezen, dan ligt het voor de hand te aanvaarden dat voor individuele claimanten een gelijke als de voor hen geldende oorspronkelijke verjaringstermijn gaat lopen. De termijn van twintig jaar voor rechterlijke uitspraken geldt,⁶³ naar wij aannemen, uitsluitend voor de belangenorganisatie als partij in de procedure, nu een uitspraak daarin derden niet bindt en voor hen geen gezag van gewijsde heeft.

63 Art. 3:324 BW.

Indien de stuitende werking van een collectieve actie in een nieuwe regeling daarvan zou worden behouden met de voorgaande kanttekeningen, dan dient, zoals volgens ons ook naar huidig recht geldt, niet te worden aanvaard dat een belangenorganisatie uit hoofde van haar collectieve actierecht een verjaring van individuele rechtsovereenkomsten kan stuiten door het doen van een mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW, die niet hoeft te worden gevolgd door een daad van rechtsvervolging (dat is anders in art. 3:317 lid 2 BW). Een dergelijke mededeling zonder een vorm van adhesiebetuiging van individuele claimanten aan de collectieve belangenbehartiging in of buiten rechte is te vrijblijvend en demonstreert geen enkel commitment van individuele claimanten waaruit een potentiële gedaagde moet afleiden dat hij daadwerkelijk rekening dient te houden met claims. Dit bezwaar van de al te grote vrijblijvendheid die art. 3:317 lid 1 BW biedt is volgens ons minder groot als individuele claimanten de stap moeten zetten om hun adhesie te betuigen of, bij gebreke daarvan, zelf individuele stuitingsbrieven moeten sturen.

Er zijn verschillende argumenten waarom volgens ons een belangenorganisatie reeds naar huidig recht niet de verjaring van rechtsovereenkomsten van haar statutaire achterban kan stuiten door een mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW.⁶⁴ Een belangrijk argument is dat de woorden “van de zijde van de gerechtigde” in dat artikel niet voorkomen wat impliceert dat de kring van personen die een stuitingshandeling kunnen verrichten door middel van een schriftelijke aanmaning als bedoeld in 3:317 lid 1 BW kleiner is dan die van personen die een stuitingshandeling kunnen verrichten door het instellen van een daad van rechtsvervolging als bedoeld in art. 3:316 lid 1 BW en wel in die zin dat slechts de schuldeiser dat zelf kan doen. Een ander argument is dat art. 3:317 lid 1 BW is beperkt tot rechtsovereenkomsten tot nakoming en naar huidig recht een belangenorganisatie geen collectieve rechtsovereenkomst tot nakoming van een schadevergoedingsverbintenis kan instellen.⁶⁵

Hier staat onder meer tegenover dat art. 3:317 lid 1 BW niets meldt over wie tot het doen van een aanmaning of mededeling bevoegd is. Volgens ons dient daaraan, mede gelet op de gelaagde structuur van het

64 Vgl. A-G Wesseling-Van Gent in haar conclusie vóór HR 3 december 2010, NJ 2010, 652 (*Far Trading/Edco*).

65 In *Kamerstukken II* 1991-92, 22 486, nr. 3, p. 26 wordt in algemene zin opgemerkt dat een belangenorganisatie bevoegd is een schuldenaar in gebreke te stellen. Wij begrijpen die passage in het licht van het verbod van art. 3:305a lid 3, laatste volzin, BW als beperkt tot rechtsovereenkomsten tot nakoming van andere verbintenissen, dan verbintenissen tot voldoening van schadevergoeding in geld.

BW en de latere invoering van art. 3:317 lid 1 BW,⁶⁶ geen relevante betekenis toe te komen.

Onder het huidige recht is deze vraag thans nog niet door de Hoge Raad beslist, maar de verwachting is dat deze vraag hem in een op het moment van schrijven van deze bijdrage lopende procedure zal worden voorgelegd.

7.6 Contouren van een nieuwe collectieve actie

In het voorgaande hebben wij veel uiteenlopende aspecten van een nieuwe benadering van het collectieve actierecht besproken. Hierna doen wij een poging tot synthese en integratie. Wij stellen ons voor dat het collectieve actierecht naar voorbeeld van de WCAM zowel in het Burgerlijk Wetboek als in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een eigen plaats krijgt. In het BW kan dan, zoals ook nu het geval is, de procesbevoegdheid worden geregeld, met inbegrip van de door ons voorgestelde ontvankelijkheidseisen. Ook zou daarin een bijzondere regeling voor de stuiting van de verjaring van individuele rechtsvorderingen kunnen worden getroffen, alsmede een regeling voor de *opt-in* of de *opt-out*. Omdat wij denken dat het wenselijke procesrecht in een collectieve actie te sterk afwijkt van het gewone procesrecht, verdient het aanbeveling om in een aparte titel van boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de procedure te regelen. Daarbij kan gedacht worden aan het benutten van de thans vervallen achtste titel 8 (art. 862 - 984 Rv). Als gezegd, menen wij dat de procedure een verzoekschriftprocedure zou moeten zijn.⁶⁷ Zoals wij in het voorgaande op diverse plaatsen hebben gesignaleerd, menen wij dat een aantal van de door ons genoemde mogelijke knelpunten eenvoudiger valt op te lossen in de context van een verzoekschriftprocedure dan in die van een dagvaardingsprocedure.

66 De woorden 'van de zijde van de gerechtigde' in art. 3:316 lid 1 zijn bij de Memorie van Antwoord ingevoegd (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 934),⁵ terwijl in art. 3:317 lid 1 de mogelijkheid van stuiting door 'een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt' pas is ingevoegd bij de invoeringswet (Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1418).

67 Dit sluit ook aan bij het voornemen van de regering, zoals neergelegd in het regeerakkoord van het kabinet Rutte II om het onderscheid tussen dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure ten faveure van laatstgenoemde procesvorm te laten vervallen. Zoals gezegd, wordt in het kader van het programma Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak (KEI) thans de beoogde uniformering van civiele procedures tot één rekestprocedure nader uitgewerkt.

Als hiervoor geschetst, vangt de procedure na ontvangst van het inleidende verzoekschrift aan met een preliminaire fase. Die preliminaire fase omvat een pre-processuele comparitie, schriftelijk verweer van de gerekwesteerde en van eventuele andere belangenorganisaties en een mondelinge behandeling. Vervolgens worden door de rechter beoordeeld: de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie, eventueel verweer van de verweerder dat het verzochte niet kan worden toegewezen (*motion to dismiss*) en voeging met eventuele andere collectieve acties. Daarbij kan dan tevens een andere belangenorganisatie dan de belangenorganisatie die het inleidend verzoekschrift heeft ingediend worden aangewezen als leidende belangenorganisatie. Dat leidt dan tot een beschikking die in het geval van niet-ontvankelijkverklaring een eindbeschikking is. Wordt de belangenorganisatie of een andere belangenorganisatie in diens plaats ontvankelijk verklaard, dan wordt daarvan aankondiging gedaan in een of meer door de rechter aangewezen nieuwsbladen met nationale verspreiding en door middel van gewone brief aan bij de belangenorganisatie bekende personen ten behoeve van wie de collectieve actie aanhangig is gemaakt. Daarbij wordt medegedeeld dat de procedure aanhangig is, wat daarin wordt gevorderd en wordt de opt-in of opt-out mogelijkheid aangezegd, uiteraard met een beschrijving van de rechtsgevolgen van het afzijdig blijven. Voor de reactietermijn zouden wij willen aanknopen bij de regeling van de WCAM: een door de rechter te bepalen termijn van tenminste drie maanden.

Vervolgens wordt de procedure voortgezet, waarbij de belangenorganisatie zo nodig het inleidend verzoekschrift kan aanpassen conform de uitkomst van de preliminaire fase en krijgt de verwerende partij een aanhouding voor een verweerschrift. Daarna volgt een mondelinge behandeling en kan een tussenbeschikking volgen waarin een voornemen tot het stellen van een prejudiciële vraag wordt kenbaar gemaakt, een getuigenverhoor of deskundigenbericht wordt gelast of een eindbeschikking wordt gegeven.

De uitspraak na de inhoudelijke fase is een einduitspraak waarvan hoger beroep openstaat. Vervolgens vangt de tweede inhoudelijke fase aan met een verzoekschrift van de zijde van de belangenorganisatie waarin de stellingen omtrent veralgemeniseerbare aspecten van causaal verband, schade en eigen schuld en eventuele categorieën nader worden onderbouwd. Deze tweede fase zou volgens ons het beste kunnen worden geregeld als een schadestaatprocedure, die door beide partijen kan worden gestart. Wordt de zaak hangende deze tweede fase niet geschikt, al dan niet met toepassing van de WCAM, dan stelt de rechter een schade-regeling vast. Is sprake van een *opt-out* model, dan dient de einduitspraak

te worden gepubliceerd in een of meer door de rechter aan te wijzen dagbladen met landelijke verspreiding en door middel van een brief aan de bekende rechthebbenden. Bij een *opt-in* model is aankondiging in nieuwsbladen niet nodig, want dan zijn de belanghebbenden bekend. Indien het verzochte is afgewezen, dan zijn de rechtzoekenden die zich niet afzijdig hebben gehouden gebonden en kunnen zij dus niet opnieuw op dezelfde grondslagen een individuele rechtsvordering instellen.

Voor het kennismaken van een collectieve rechtsvordering in eerste aanleg is de meervoudige kamer van de Rechtbank Amsterdam bij uitsluiting van andere rechtbanken bevoegd, ook in zaken die in het individuele geval tot de absolute bevoegdheid van de kantonrechter zouden behoren. Wij kiezen hiervoor in verband met het voor voeging van zaken benodigde overzicht over eventuele parallelle collectieve zaken, de benodigde specialisatie, alsook wegens de ervaring met het afhandelen van massageschillen van deze rechtbank en het feit dat de appelrechter tevens WCAM-rechter is.

Hieronder doen wij een voorzet voor een nieuwe tekst van art. 3:305a BW, mede om het debat hierover scherp te stellen; een uitgewerkte voorzet voor een tekst van Titel 11 van Boek 3 Rv. zou de toegestane lengte van deze bijdrage overschrijden en laten wij daarom achterwege.

Art. 3:305a BW

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan bij verzoekschrift een collectieve rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de belangen van andere personen.
2. De rechter verklaart een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 ambtshalve niet-ontvankelijk indien:
 - a. de belangen van andere personen die de collectieve rechtsvordering beoogt te beschermen niet gelijksoortig zijn;
 - b. de belangen van andere personen die de collectieve rechtsvordering beoogt te beschermen niet ingevolge de statuten van de rechtspersoon worden behartigd;
 - c. de groep van personen ten behoeve van wie de collectieve rechtsvordering is ingesteld van onvoldoende omvang is om een collectieve rechtsvordering te rechtvaardigen;
 - d. een effectieve beslechting van het geschil ook kan geschieden door middel van een andere rechtsgang dan een collectieve rechtsvordering;

- e. een adequate behartiging van de belangen van de personen ten behoeve van wie de collectieve rechtsvordering is ingesteld onvoldoende is gewaarborgd;
 - f. de rechtspersoon in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het verzochte door het voeren van overleg met de gerkwestreerde te bereiken, waarbij een termijn van twee weken na de ontvangst door de gerkwestreerde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het verzochte, daartoe in elk geval voldoende is.
3. [tekst huidig lid 3]
4. [tekst huidig lid 4]
5. [indien gekozen wordt voor een *opt-out* model:] Een rechterlijke uitspraak over een collectieve rechtsvordering waarbij het verzochte geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen of afgewezen heeft geen bindende kracht ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de collectieve rechtsvordering strekt, die binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na de in artikel [...] van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde aankondiging van de collectieve rechtsvordering door een schriftelijke mededeling aan de griffie heeft laten weten aan de rechterlijke uitspraak daarover niet gebonden te willen zijn, tenzij de aard van de rechtsvordering meebrengt dat de werking van een toewijzende of afwijzende uitspraak niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.
[of, indien gekozen wordt voor een *opt-in* model:] Een rechterlijke uitspraak over een collectieve rechtsvordering waarbij het verzochte geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen of afgewezen heeft bindende kracht ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de collectieve rechtsvordering strekt, die binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na de in artikel [...] van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde aankondiging van de collectieve rechtsvordering door een schriftelijke mededeling aan de griffie heeft laten weten aan een de rechterlijke uitspraak daarover gebonden te willen zijn, tenzij de aard van de rechtsvordering meebrengt dat een toewijzende of afwijzende uitspraak niet slechts ten opzichte van deze persoon kan werken.
6. Het verzoek, bedoeld in lid 1, stuit met ingang van de dag na de laatste dag van de termijn als bedoeld in lid 5 de verjaring van een individuele rechtsvordering van een persoon tot bescherming van wiens belang de collectieve rechtsvordering strekt en die op de voet

van lid 5 gebonden zal zijn aan de rechterlijke uitspraak over de collectieve rechtsovername.

7.7 Conclusie

In deze bijdrage hebben wij een aanzet willen doen voor een algehele revisie van het collectieve actierecht waarin verschillende elementen daarvan op een heldere, evenwichtige en geïntegreerde wijze hun plaats krijgen. De integratie van belangen van derden, met name met het oog op een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad, speelt daarin een relevante rol, naast andere voor de effectiviteit van de collectieve actie wezenlijke punten, die in de noodzakelijke revisie van het collectieve actierecht een adequate regeling behoeven. Daarbij blijft de noodzaak van de collectieve actie als instrument voor massaconflictbeslechting een onomstreden uitgangspunt. De kwaliteit en evenwichtigheid van de rechtspleging in collectieve procedures kan echter nog steeds substantieel groeien. Het is nu na bijna twintig jaar ervaring met art. 3:305a BW zaak om in één keer een flinke stap voorwaarts te zetten in de collectieve rechtspleging buiten de WCAM.

Literatuur

Adler en Lunsingh Scheurleer (2009)

D.J.T. Adler en D.F. Lunsingh Scheurleer, *Class action litigation in the U.S.*, in: *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 145-168

Asser Procesrecht/Van Schaick (2011)

A.C. van Schaick, *Eerste aanleg*, Asser-serie Procesrecht deel 2, Deventer: Kluwer 2011, nr. 46

Boele (2012)

S.A. Boele, 'Schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn en de civiele rechter', in: *Uit de praktijk, Liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 52 e.v.

Frenk & Wolffram-van Doorn, *RMTh* (2009)

N. Frenk & A.M. Wolffram-van Doorn, Het voorontwerp prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *RMTh* (2009), p. 154-163

Giesen (2010)

I. Giesen, Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neveneffecten op de positie van de Hoge Raad, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2010), p. 51-70

De Jong, *Ondernemingsrecht* (2011)

B.J. de Jong, Het wetsvoorstel prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *Ondernemingsrecht* (2011), p. 323-330

Lemstra en Okhuijsen, *FR* (2010)

J.H. Lemstra en R.W. Okhuisen, Consultatiedocument Zelfregulering claimstichtingen, *FR* (2010), nr. 6, p. 158-163

Lemstra (2012)

J.H. Lemstra, De claimstichting, in: *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 107-122

Lindijer, *VR* (2009)

V.C.A. Lindijer, Het voorontwerp Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *VR* (2009), p. 297-302

Lunsingh Scheurleer (2012)

D.F. Lunsingh Scheurleer, Groepsacties en rechtspersoonlijkheid: waarborg of lege huls?, in: *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 99-106

Lunsingh Scheurleer, *TRC* (nog niet verschenen) (2013)

D.F. Lunsingh Scheurleer, Voordracht voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 12 juni 2012. Zie wel reeds J.H. van Dam-Lely en A.N.L. de Hoogh, Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder: Verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 2012, *TCR* (2013), p. 19-21

Newberg en Conte (2002)

H.B. Newberg en A. Conte, *Newberg on Class Actions*, Thomson West 2002, p. 209-552 Stolp en De Groot (2012)

Snijders (2010)

G. Snijders, Voeging en tussenkomst bij: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Artikel 217 [Belang als grondslag voor voeging of

tussenkomst] in: *Groene Serie Privaatrecht - Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer, Deventer 2010

M.M. Stolp en J.F. de Groot, *MvV* (2012)

M.M. Stolp en J.F. de Groot, Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv), *MvV* (2012), p. 165-170

Teuben, *TCR* (2012)

K. Teuben, *Kroniek, TCR* (2012), p. 104-106

Tzankova (2007)

I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij Europese massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 182-186

Tzankova en Van Doorn (2009)

I.N. Tzankova en C.J.M. van Doorn, Effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade: terug naar de kern van het collectieve actie-recht, in: *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 95-124

Vermeulen, *JBPr* (2012)

F.E. Vermeulen, De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, een wenkend perspectief, *JBPr* (2012), p. 156-167