

Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland

W.H. van Boom*
F. Weber*

Verschenen in WPNR 2017 afl. 7145, p. 291-299 (originele paginering [tussen haken] in de tekst geplaatst)

[291]

1. Inleiding

In november 2016 werd het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie (34 608) ingediend bij de Tweede Kamer. Dat wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid van een zogenoemde collectieve schadevergoedingsactie, waarmee aansprakelijke partijen kunnen worden gedwongen om een op collectief niveau vastgestelde schadevergoeding te betalen. Daarmee gaat het wetsvoorstel een flinke stap verder dan mogelijk is onder de werking van de huidige collectieve actie van art. 3:305a BW en de procedure tot algemeenverbindendverklaring van de vrijwillige collectieve schikking onder de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM).

Een maand later, in december 2016, werd in Duitsland door de Bondsminister van Justitie een voorontwerp over de ‘Musterfeststellungsklage’ openbaar gemaakt. Dat voorontwerp, waarvan het overigens niet zeker is dat het werkelijk zal uitgroeien tot een wetsontwerp, probeert een collectieve procedure tot verklaring van recht te combineren met een WCAM-achtige procedure tot algemeenverbindendverklaring van een in de procedure bereikte schikking. Het voorontwerp bouwt daarmee voort op de weinig efficiënt gebleken *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. De vraag is dus gerechtigd of het voorontwerp wél het ‘Ei van Columbus’ zal blijken te zijn wat betreft efficiënt en effectief afwikkelen van massaschadeclaims.

Het voorontwerp en het wetsvoorstel laten goed zien in welke ontwikkelingsstadia het Duitse en Nederlandse recht inzake collectief procederen in civiele zaken zich bevinden. In deze bijdrage wordt onderzocht wat het voorontwerp en het wetsvoorstel toevoegen aan de bestaande mogelijkheden voor collectieve civiele procedures in de beide landen, welke voor- en nadelen zij met zich brengen en hoe zij zich tot elkaar verhouden. Daar is alle aanleiding toe omdat Nederland sinds de invoering van de WCAM min of meer als ‘gidsland’ wordt gezien in Europa wat betreft de effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade, terwijl Duitsland tot op heden weinig bereid leek om werkelijk stappen in dezelfde richting te zetten. Het sjoemelsoftware-schandaal zet de zaken onder druk en doet bijvoorbeeld de vraag rijzen of Europese landen bij massale vorderingen van o.a. consumenten een procedure kunnen bieden die voor alle betrokken belangen een afgewogen uitkomst oplevert. De Europese Commissie deed in 2013 een aanbeveling aan de lidstaten om een dergelijke afgewogen procedure te ontwikkelen, liefst op basis van een *opt-in* systeem.¹ Ook in dat

* Willem van Boom is hoogleraar civiel recht te Leiden.

* Franziska Weber is Juniorprofessorin für Zivilrecht, Universität Hamburg. De auteurs bedanken Bart Krans voor commentaar op het concept van deze bijdrage. De bijdrage werd afgesloten op 6 maart 2017.

¹ Aanbeveling van de Commissie over gemeenschappelijke beginselen aangaande mechanismen in de lidstaten voor collectief vorderingen tot staking en compensatie betreffende de schending van het recht van de

licht is het interessant om de genoemde ontwikkelingen in Duitsland (zie hierna § 2) en Nederland (§ 3) nader te analyseren, en te kijken hoe ze zich tot elkaar verhouden (§ 4). Onze conclusie (§ 5) is kritisch: we betwijfelen of de richting die het Duitse voorontwerp kiest, veel zoden aan de dijk gaat zetten, en wat betreft wetsvoorstel 34 608 vrezen we dat het niet alleen het badwater maar ook het kind weggooit.

2. Ontwikkelingen in Duitsland

2.1. Het Duitse recht tot nu toe

Tot op heden is het Duitse recht de collectivering van civiele acties niet goedgezind. Collectieve civiele acties in consumentenzaken zijn beperkt tot gebods- en verbodsacties en vorderingen tot verklaring voor recht. Dergelijke acties mogen worden ingesteld door erkende consumentenorganisaties.² De vereiste erkenning is een aanzienlijke barrière: nieuwkomers zal men niet snel aantreffen onder de erkende organisaties. Bovendien mogen collectieve schadevergoedingsacties niet worden ingesteld door claimorganisaties en stuit het procederen met volmacht op obstakels in het Duitse procesrecht.³ Eisende individuele partijen kunnen wel gezamenlijk ten strijde trekken en rechters kunnen individuele zaken voegen, maar de praktijk wijst uit dat dergelijke instrumenten weinig worden gebruikt en zelden **[292]** tot efficiënte procesvoering in consumentenaangelegenheden leiden.⁴ Het overdragen van vorderingen ten titel van incasso kan in strijd komen met het wettelijk monopolie op juridische dienstverlening.⁵ De pogingen die in Duitsland tot op heden zijn ondernomen om op andere wijze een effectieve bundeling van vorderingen mogelijk te maken, zijn op weinig uitgelopen.⁶ Een voorzichtige eerste stap in de richting van collectivering van schadevergoedingsacties werd wel gezet met de invoering van de *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*.⁷ Deze wet uit 2005, die werd gewijzigd in 2012,⁸ ziet op 'voorbeeldprocedures'. Heel kort gezegd introduceerde deze wet de mogelijkheid om in het geval van ten minste tien vergelijkbare schadevergoedingsvorderingen tegenover dezelfde verweerder, een van de eisende partijen toe te staan om 'zijn' procedure tot een *Musterverfahren* (voorbeeldprocedure) uit te roepen voor alle

Europese Unie, COM (2013) 3539. Over de Aanbeveling zie bijv. I. Tillema, 'De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?', *NTBR* 2014, p. 194 e.v.

² Zie § 3 UKlaG (Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen) en § 8 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).

³ Over die obstakels I. Tillema, 'Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: in strijd met de openbare orde en goede zeden?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p. 333 e.v.

⁴ K-A. Faulmüller en Th. Wiewel, 'Die Sammelklage im Kapitalanlageprozess', *VuR* 2014, p. 456; A. Stadler, 'Ist die Streitgenossenschaft ein taugliches Bündelungsmodell für Massenschäden?', *VuR* 2014, p. 445; A. Halfmeier, *Popularklagen Im Privatrecht : zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, p. 90-91; B. Rodger (red.), *Competition Law. Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Wolters Kluwer Law & Business 2014, p. 70 en p. 171-172.

⁵ Zie Tillema, t.a.p. (nt. 3); vgl. J. Bernhard, *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität*, Mohr Siebeck 2010, p. 152.

⁶ Vgl. A. Meller-Hannich en A. Höland, *Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung* (Gutachten im Auftrag des BMVEL 2010), p. 115; H.-W. Micklitz, *National Report Germany - Study on alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings* (A Study for the European Commission 2007), p. 5.

⁷ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz; KapMuG), BGBl. 2005, I, p. 2437, gewijzigd in 2012, BGBl. I p. 2182.

⁸ De wijziging van 2012 betrof o.m. het aantal van tien procederende partijen, de introductie van het openbaar register en de introductie van de mogelijkheid tot verbindendverklaring van een bereikte schikking.

procedures.⁹ Als de rechter dat verzoek toewijst, wordt een register geopend en kunnen benadeelden een 'opt-in' verklaring afleggen waardoor ze deelnemende belanghebbende worden.¹⁰ Het idee is dat het *Musterverfahren* de 'gemeenschappelijke rechtsvragen' efficiënt kan beantwoorden, waarna vervolgens elk van de individuele vorderingen in individuele vervolgpcedures worden afgewikkeld. In de voorbeeldprocedure kan dus bijvoorbeeld wel de vraag aan de orde komen of een onderneming onrechtmatig handelde tegenover aandeelhouders door misleidende winstmededelingen te doen, maar niet of de eisers daardoor schade hebben opgelopen. De wet is beperkt tot beleggingen en biedt geen 'totaalpakket' voor collectieve schadeafwikkeling. Een duidelijke vernieuwing die de KapMuG wél bracht, was het idee van *opt-in* en *opt-out*.¹¹ Dat de KapMuG nog maar weinig efficiënt is, toont de *Deutsche Telekom*-zaak. Dat was de zaak die juist de aanleiding vormde voor de invoering van de wet in 2005. In die zaak is pas onlangs vastgesteld dat het prospectus misleidend was.¹² Een eindoordeel over schadevergoeding is nog niet in zicht.

De stroperigheid van de KapMuG-procedure roept natuurlijk vragen op in het licht van het sjoemelsoftware-schandaal. Zelfs in Duitsland vraagt men zich daarom inmiddels toch wel af of het systeem van beoordeling van schadeclaims niet aan vervanging toe is.¹³ Dat is geen eenvoudige stap. Waar in ons land de introductie van art. 3:305a BW in 1994 en die van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) in 2005 betrekkelijk eenvoudig verliep, moet men zich realiseren dat de Duitse rechtscultuur een andere is. Er wordt in Duitsland meer waarde gehecht aan de individuele toegang tot het recht: benadeelden zijn eerst en vooral *individuen*. Duitse juristen zien dit recht op individuele toegang als een leidend beginsel waarop maar moeilijk uitzonderingen worden aanvaard. Bovendien is de Duitse traditie van collectieve acties veel meer gegroeid vanuit traditionele, 'degelijke' (consumenten)organisaties en vakverenigingen.¹⁴ Het idee dat iedereen een stichting of vereniging kan oprichten om een collectieve actie in te stellen, past niet goed bij de corporatistische traditie van *Verbänden* en *Kammern*.¹⁵

[293]

2.2. Het Ontwerp Musterfeststellungsklage

Tegen deze achtergrond is de publicatie (december 2016) van een zogenoemd *Referentenentwurf zu Musterfeststellungsklagen*, een voorontwerp voor de invoering van een 'voorbeeldprocedure voor verklaring voor recht', een belangrijke stap. Het voorontwerp kan als volgt worden samengevat. Consumentenorganisaties die zijn toegelaten als 'bevoegde instanties' alsmede zogeheten *Industrie- en Handelskammern* (organisaties die het midden houden tussen brancheorganisaties en

⁹ We beschrijven hier de KapMuG zoals die luidt na de lichte herziening van 2012 (zie vorige noot).

¹⁰ Vóór 2012 betekende deze *opt-in* een definitieve keuze: de uitkomst van de voorbeeldprocedure bond de ingeschreven partijen. Kort over de KapMuG 'oude stijl' M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 185 e.v.

¹¹ Zie § 10 leden 2 tot en met 4 KapMuG (*opt-in*) en § 19 KapMuG (*opt-out*).

¹² BGH 21 oktober 2014, XI ZB 12/12 en OLG Frankfurt 30 november 2016, 23 Kap 1/06.

¹³ Ronduit kritisch over de Duitse benadering is bijv. A. Halfmeier, 'Vorglügen zur Musterfeststellungsklage', *Verbraucher und Recht* 2015, p. 441.

¹⁴ Over de ontwikkelingsgeschiedenis bijv. A. Halfmeier, *50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf (Gutachten im Auftrag des BMJV)*, Berlin: Verbraucherzentrale Bundesverband 2015, p. 10 e.v.

¹⁵ Ten slotte is er vermoedelijk ook nog de tariefregulering van Duitse advocaten die advocaten prikkelt tot het instellen van individuele claims en de griffiegelden die het onaantrekkelijk maken om claims te stapelen. Zie Tillema, t.a.p. (nt. 3).

bedrijfschappen) krijgen het recht om de voorbeeldprocedure te starten.¹⁶ Deze procedure heeft als ‘vaststellingsdoel’ ofwel de beantwoording van een centrale rechtsvraag ofwel het bestaan of juist de afwezigheid van bepaalde omstandigheden die een vordering kunnen ondersteunen of juist uitsluiten.¹⁷ Daarbij kan men denken aan de vraag of een bepaalde handelspraktijk misleidend is geweest of niet. De procedure gaat alleen over het gemeenschappelijke vaststellingsdoel en niet over kwesties die specifiek voor één eisende partij zijn of die persoonlijke verweren betreffen.¹⁸ Een ontvankelijkheidseis is daarbij dat er tenminste tien consumenten of MKB-ers zijn die belang hebben bij dit vaststellingsdoel.¹⁹ De volgende stap is de openbaarmaking door inschrijving van de procedure in het ‘Klageregister’.²⁰ Belanghebbenden kunnen zich melden tot het moment waarop de inhoudelijke behandeling eindigt (waarna een vonnis volgt) danwel tot het moment waarop de gerechtelijk tot stand gekomen schikking bekend wordt gemaakt.²¹ Het uiterste *opt-in* moment ligt dus betrekkelijk laat in de procedure.

Een benadeelde die zich door middel van *opt-in* heeft aangesloten (en niet tijdig alsnog is uitgestapt), is gebonden aan het vonnis dat een inhoudelijk oordeel behelst (dus ook het oordeel dat géén onrechtmatige daad is gepleegd). Alleen als de procedure eindigt met de goedkeuring van de bereikte schikking, is er alsnog een laatste *opt-out* mogelijkheid.

De voorbeeldprocedure heeft voor de aangesproken partij het voordeel dat eventuele andere voorbeeldprocedures over dezelfde vaststellingsdoelen niet worden voortgezet en dat individuele procedures worden geschorst.²² Een individuele vordering die reeds aanhangig was gemaakt toen de voorbeeldprocedure werd bekendgemaakt in het ‘Klageregister’, kan profiteren van het eventueel gunstige gewijsde in de voorbeeldprocedure.²³

De uitkomst van de procedure is een inhoudelijke beslissing of een gerechtelijk tot stand gekomen schikking. Beide uitkomsten hebben kracht van gewijsde voor en tegen alle partijen die deel uitmaken van de procedure. De gerechtelijk tot stand gekomen schikking is een opmerkelijke toevoeging aan de wet: de voorbeeldprocedure kan worden aangevangen met een vaststellingsdoel zoals de onrechtmatigheidsvraag, en eindigen met een vrijwillige schikking waarbij de eisende partijen schadevergoeding toegekend wordt. Hier heeft men met een schuin oog naar de Nederlandse WCAM gekeken.²⁴ De schikking behoeft dus ook de goedkeuring van de rechter.²⁵ Komt het tot een schikking, dan moeten partijen informatie overleggen over de schikking en hebben de eisende partijen vervolgens een maand de tijd om gebruik te maken van hun *opt-out* recht.²⁶ Als meer dan 30 procent van de procederende benadeelden zich aldus terugtrekken, dan krijgt de schikking geen rechtskracht.²⁷

¹⁶ § 607 ZPO (ontwerp).

¹⁷ § 606 ZPO (ontwerp).

¹⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage (Referentenentwurf), p. 15.

¹⁹ Referentenentwurf, p. 20.

²⁰ § 808 ZPO (ontwerp).

²¹ § 609 ZPO (ontwerp); volgens het Referentenentwurf, p. 14, heeft de *opt-in* tot gevolg dat de verjaring in de desbetreffende individuele vordering onderbroken wordt.

²² Zie resp. § 611 Abs. 1 ZPO (ontwerp) en 614 Abs. 2 ZPO (ontwerp).

²³ Overigens geldt omgekeerd dat een individuele rechtsvordering ingesteld na registratie van de voorbeeldprocedure wordt beschouwd als een *opt-out* handeling.

²⁴ Dat volgt althans uit de totstandkoming van de KapMuG 2012. Zie BT-Drucksache 17/8799, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetzes, 2012, p. 17.

²⁵ § 612 lid 3 ZPO (ontwerp). Hetzelfde geldt onder de KapMuG 2012: § 16-17 KapMuG.

²⁶ § 612 lid 2 ZPO (ontwerp) regelt de informatieverplichtingen en § 612 lid 5 ZPO (ontwerp) regelt de *opt-out* mogelijkheid.

²⁷ § 615 ZPO (ontwerp).

3. Nederland

3.1. De huidige stand van zaken

De huidige juridische situatie in ons land is genoegzaam bekend.²⁸ We staan er daarom slechts kort bij stil. De mogelijkheden voor collectieve acties zijn ruim. Ons recht kent nauwelijks beperkingen voor het overdragen van individuele vorderingen en kent evenmin bijzondere drempels die in de weg staan aan het bijeenvoegen van claims met procesvolmacht of incassovolmacht. Bovendien biedt art. 3:305a BW veel ruimte om een stichting of vereniging op te richten die in rechte een verklaring voor recht, gebod of verbod vordert tegen een verweerder. Schadevergoeding kan niet worden gevorderd door anderen dan benadeelden zelf tenzij zij meewerken aan cessie of volmacht.²⁹

[294] Met de inwerkingtreding van de WCAM in 2005 werd een opvallend succesvol instrument van collectieve afwikkeling van massaschade geïntroduceerd, waarvan het fundament een vrijwillige schikking is tussen de (beweerdelijke) aansprakelijke partij(en) enerzijds en een stichting of vereniging anderzijds. Deze treedt dan op als belangenbehartiger van de benadeelde individuen, zonder dat daarvoor vertegenwoordigingsbevoegdheid hoeft te bestaan. Die benadeelde individuen kunnen namelijk gebruik maken van een *opt-out* mogelijkheid, die openstaat nadat het Hof Amsterdam de schikking algemeen verbindend heeft verklaard. De eisen die aan de stichting of vereniging worden gesteld, zijn niet rechtstreeks gekoppeld aan art. 3:305a BW. Bij de WCAM wordt alleen vereist dat deze belangenbehartigers ingevolge hun statuten de belangen van de benadeelden behartigen en dat zij voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van de benadeelden.³⁰ De complicatie die in de praktijk is ontstaan, betreft het commercieel gebruik van claimstichtingen door juridische ondernemers en bepaalde advocatenkantoren om aangesproken ondernemers tot schikking te 'dwingen'. Dat heeft bij bepaalde 'claimcowboys' geleid tot onfrisse praktijken, verstrengeling van belangen en een veelheid van organisaties die ongecoördineerd strijden om een plek aan de onderhandelingstafel.³¹

De Claimcode, een zelfreguleringsinstrument dat is bedoeld om een aantal basiseisen te stellen aan claimorganisaties zodat er interne 'checks and balances' zijn, waarmee commerciële motieven op afstand worden gehouden en de belanghebbenden een stem beoogt te geven in het beleid van de organisatie, zou dit hebben kunnen ondervangen.³² In de praktijk houden commercieel gedreven organisaties zich niet (allemaal) spontaan aan deze Claimcode³³ en rechters lijken terughoudend om een stichting of vereniging de deur te wijzen als zij zich niet aan de Code hebben geconformeerd.³⁴

²⁸ De literatuur over collectieve actie en massaschadeafwikkeling is overweldigend. We verwijzen voor vindplaatsen naar GS Vermogensrecht art. 3:305a (Van Doorn) en recentelijk M.G. Faure, L.T. Visscher en I.N. Tzankova, *Collectieve acties (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2015)*, Zutphen: Paris 2015, p. 1 e.v.

²⁹ Zie art. 3:305a lid 3 laatste zin, BW.

³⁰ Zie art. 7:907 lid 1 BW en art. 7:907 lid 3 aanhef en onder f, BW.

³¹ Een beschrijving van deze risico's vindt men bijv. bij Loos en Van Boom, a.w., p. 167 e.v. Nadere bewijsvoering is te vinden bij o.m. E. Bauw en T. Van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk* 2016, p. 26 e.v. We laten hier in het midden of het probleem van deze 'wildgroei' werkelijk ernstig genoeg is om de nu voorgestelde wettelijke maatregelen in te voeren en ook of die maatregelen effectief zullen zijn om claimcowboys de wind uit de zeilen te nemen.

³² Commissie Claimcode, *Gedrags- en governancecode voor claimstichtingen en -verenigingen 2011*.

³³ Bauw en Van der Linden, t.a.p.

³⁴ I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *Ars Aequi* 2016, p. 337 e.v.

Die terughoudendheid is overigens begrijpelijk want de wet stelt niet zulke strenge eisen en niet-ontvankelijkheid staat gelijk aan weigering van de toegang tot het rechterlijk gehoor. Al in 2013, ter gelegenheid van de wijziging van de WCAM naar aanleiding van de evaluatie van die wet, werd een eerste stap gezet die was bedoeld om commerciële claimorganisaties de wind uit de zeilen te nemen. In dat jaar werd namelijk aan art. 3:305a lid 2 BW de zin toegevoegd: “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.” Deze zin werd toegevoegd om bijv. een drempel op te werpen tegen ad hoc opgerichte rechtspersonen die worden gebruikt door claimorganisaties zonder dat die organisaties een goed ‘track record’ hebben.

3.2. Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie (34 608)

3.2.1. Algemeen

Sinds de invoering van de WCAM in 2005 zijn de stemmen steeds luider geworden om schadeveroorzakers te kunnen *dwingen* tot collectieve schadeafwikkeling.³⁵

De Motie Dijkstra uit 2011,³⁶ waarin de regering werd verzocht “om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen”, werd opmerkelijk goed onthaald. Tegelijk werd ook een krachtige lobby gevoerd vanuit de meer gevestigde belangenbehartigers om de claimcowboys te weren uit het collectieve actierecht. Een en ander heeft geleid tot een Voorontwerp 2014 van het Ministerie van V&J, gevolgd door een document ‘Aanbevelingen van de Juristengroep’ opgesteld door een groep belanghebbende juristen. Deze Juristengroep had veel kritiek op het Voorontwerp en gaf daarom aanbevelingen voor een alternatief. Volgens de regering konden de aanbevelingen van deze Juristengroep op brede steun rekenen³⁷ en (dus) worden zij goeddeels overgenomen door het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie (34 608).³⁸

De volgende punten staan centraal in het wetsvoorstel: (1) het verbeteren van de kwaliteit van claimorganisaties, hun ‘governance’, de transparantie van [295] werkzaamheden en de wijze waarop zij verantwoordelijkheid afleggen van hun werkzaamheden, (2) het introduceren van een ‘class action’-achtige procedure voor zo nodig gedwongen collectieve schadeafwikkeling en (3) het optrekken van de landsgrenzen om er voor te zorgen dat collectieve vorderingen een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben. We concentreren ons hierna vooral op de genoemde punten 1 en 2.

In het kort komt de voorgestelde regeling op het volgende neer. Het wetsvoorstel herschrijft art. 3:305a BW volledig. In het nieuwe artikel 3:305a BW staan vooral aangescherpte ontvankelijkheidseisen. De materieelrechtelijke en procesrechtelijke aspecten wordt nader uitgewerkt in art. 1018b – 1018m Rv. De artikelen 3:305b en 3:305d BW blijven vrijwel ongemoeid. In art. 3:305c BW daarentegen worden de ontvankelijkheidseisen voor buitenlandse consumentenorganisaties óók opgetrokken.³⁹

³⁵ Het fundament werd gelegd door I.N. Tzankova, *Strooischade - Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005, p. 1 e.v.; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade (thesis Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1 e.v.

³⁶ Kamerstuk 2011/12, 33 000 XIII, nr. 14.

³⁷ MvT, p. 5. Die brede steun zal vermoedelijk niet de claimcowboys betreffen.

³⁸ Kamerstukken 2016/17, 34 608, nr. 2 (Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken). We duiden Kamerstukken 2016/17, 34 608, nr. 3 voortaan aan als “MvT”.

³⁹ MvT, p. 30.

3.2.2. Ontvankelijkheid van 305a-organisatie

Het nieuwe art. 3:305a BW is van toepassing op alle 'collectieve vorderingen', dat zijn rechtsvorderingen die strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Dat begrip collectieve vordering is onder te verdelen in vorderingen tot verklaring voor recht, vorderingen tot het doen of nalaten (gebod of verbod, waaronder ook rectificatie⁴⁰) en vorderingen tot het betalen van schadevergoeding ('collectieve schadeafwikkeling').

De exclusief bevoegde rechter voor collectieve vorderingen als bedoeld in art. 3:305a BW is de rechtbank Amsterdam;⁴¹ de vorderingsprocedurevoorschriften zijn van toepassing.⁴² Een stichting of formele vereniging kan de collectieve vordering instellen mits zij de belangen van andere personen ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd (lid 1).⁴³

De eis van voldoende waarborg is uitgewerkt in lid 2 en omvat de volgende aspecten:⁴⁴

- de organisatie moet voldoende representatief zijn gelet op de achterban⁴⁵ en de omvang van de vertegenwoordigde individuele vorderingen, en moet beschikken over:
- een toezichthoudend orgaan
- passende en doeltreffende interne besluitvormingsmechanismen die de achterban een stem geven
- voldoende middelen om de kosten van de procedure te dragen
- een goed toegankelijke internetpagina met informatie over statuten, bestuursstructuur, bestuurs- en toezichtsverslagen, bezoldiging van bestuur en toezichthouders, nieuwsberichten over voortgang, inzicht in de berekening van de bijdragen die eventueel worden gevraagd van aangeslotenen en inzicht in hoe men zich kan aansluiten en kan opstappen
- voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het voeren van collectieve vorderingen.

Daarnaast gelden als ontvankelijkheidsvereisten (lid 3 en lid 5):

- dat de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd⁴⁶
- dat de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft⁴⁷

⁴⁰ Art. 3:305a lid 4 BW (wetsvoorstel).

⁴¹ Art. 1018b lid 3 BW (wetsvoorstel). Overigens wordt met deze exclusieve jurisdictie wel de vraag relevanter dan voorheen of een vordering als bedoeld in art. 3:305d BW (waarvoor het Hof Den Haag bevoegd is) kan worden 'verkleed' als een vordering als bedoeld in art. 3:305a BW (voorstel), en andersom.

⁴² Art. 1018b lid 2 Rv (wetsvoorstel).

⁴³ Art. 3:305a lid 1 BW (voorstel).

⁴⁴ Art. 3:305a lid 2 BW (voorstel).

⁴⁵ Het begrip 'achterban' is niet gedefinieerd, maar bedoeld zal zijn het kwantitatief aandeel van de groep getroffen gedupeerden (vgl. MvT, p. 19) waar de betreffende stichting of vereniging voor opkomt; het bewijs hiervan kan zijn gelegen in een lijst van leden bij verenigingen en adhesie-betuygers of aangesloten personen bij stichtingen.

⁴⁶ Art. 3:305a lid 3 aanhef en onder a, BW (voorstel). Hoe dat vereiste moet worden begrepen is overigens niet helemaal helder. Hoe toetst men of natuurlijke personen middellijk of onmiddellijk winst nastreven? En of bestuurders winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd is misschien niet zo belangrijk, maar wel of de collectieve vordering onderdeel uitmaakt van dat winstoogmerk. MvT p. 21 geeft aan dat de bedoeling is te voorkomen dat bestuurders over de baten van de rechtspersoon beschikken als ware het hun eigen gelden. Waterdicht is dit allerminst, zeker als die baten helemaal niet het vermogen van de 305a-rechtspersoon passeren.

- dat voldoende is getracht om door middel van overleg tot een vergelijk te komen⁴⁸
- dat een bestuursverslag en jaarrekening opgemaakt en op de website zijn gepubliceerd⁴⁹

Voldoet de stichting of vereniging niet aan deze eisen, dan volgt niet-ontvankelijkheid.⁵⁰ Een uitzondering is toegelaten in lid 6. Daar is namelijk bepaald dat de rechter de vorderende partij toch ontvankelijk *kan* verklaren als niet is voldaan aan een of meer van de criteria ter uitwerking van eis van voldoende waarborg uit lid 2 en de nadere ontvankelijkheidscriteria van lid 3 en lid 5. De rechter kan ontheffing verlenen indien de collectieve vordering (1) is ingesteld met een ideëel doel én een zeer beperkt financieel belang betreft *of* (2) wanneer de aard van de vordering van de stichting of vereniging danwel van de personen tot bescherming van wier belangen **[296]** de vordering strekt, daartoe aanleiding geeft. De eerste uitzondering is helder: ideële collectieve vorderingen met een klein financieel belang. Die uitzondering lijkt ons met name relevantie hebben als ze ruimhartig toegepast zal worden in het voordeel van *ad hoc* actiegroepen die opkomen voor milieu en samenleving. De tweede uitzondering is volslagen duister.⁵¹ In elk geval is het niet de bedoeling dat claimcowboys alsnog toegelaten worden: de regering geeft aan dat er geen reden is om zomaar een uitzondering te maken op de strenge ontvankelijkheidseisen wanneer een verklaring voor recht wordt gevraagd als opmaat naar een collectieve schadevergoedingsactie.⁵² Of het goed mogelijk (en wenselijk) is om in dit stadium de schapen van de bokken te scheiden, betwijfelen wij eerlijk gezegd. Onduidelijk is dus hoe het de welwillende Stichting Bejaardenbelangen vergaat als zij van een zorgverzekeraar vordert dat deze haar klanten te veel betaalde zorgpremie (rechtstreeks) restitueert.

3.2.3. Vervolgstappen

Nog voordat de rechter de ontvankelijkheid zoals hiervoor beschreven toetst, is er al tijd verstreken.⁵³ De procesinleiding moet allereerst onder meer de gebeurtenis(sen) omschrijven waar de vordering op ziet, de groep personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt en de mate waarin de te beantwoorden feitelijke vragen en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn (de 'gemeenschappelijkheidseis').⁵⁴ De eiser is verplicht de procesinleiding te laten aantekenen in een openbaar centraal register voor collectieve vorderingen.⁵⁵ Dan volgt in beginsel een periode van drie maanden; meldt zich binnen die periode een andere vereniging of stichting die zich ook opwerpt als belangenbehartiger, dan moet op dat incident eerst worden beslist. Zo niet, dan volgt de toetsing van de ontvankelijkheidseisen zoals hiervoor beschreven.⁵⁶ Ook toetst de rechter onder meer of 'niet

⁴⁷ Art. 3:305a lid 3 aanhef en onder b (i)-(iii), BW (voorstel).

⁴⁸ Art. 3:305a lid 3 aanhef en onder c, BW (voorstel).

⁴⁹ Art. 3:305a lid 5 BW (voorstel).

⁵⁰ Uit art. 3:305a lid 6 BW (voorstel) volgt de vereisten in de leden 2, 3 en 5 ontvankelijkheidsvereisten zijn. Voor het vereiste van statutaire doelomschrijving (lid 1) zal dit ook gelden hoewel het niet expliciet in de tekst staat (zo ook immers art. 1018c lid 1 aanhef en onder d, Rv (voorstel)).

⁵¹ "Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een organisatie in de praktijk in aanmerking komt voor de uitzondering in lid 6", aldus monter MvT, p. 29.

⁵² MvT, p. 29.

⁵³ De voorgestelde wettekst is overigens niet helemaal duidelijk op welk moment de toetsing van ontvankelijkheid van de eiser aan art. 3:305a BW plaatsvindt. Het lijkt er gezien art. 1018c lid 5 jo lid 4 Rv (ontwerp) op dat die toetsing pas plaatsvindt nadat de 3-maands termijn van art. 1018c lid 3 is verstreken. Dat is een logisch tijdstip denken wij omdat op dat moment ook de 'beauty contest' van de concurrerende organisaties voor de functie van EB plaatsvindt.

⁵⁴ Art. 1018c lid 1 Rv (voorstel).

⁵⁵ Art. 1018c lid 2 Rv (voorstel) spreekt van acties waar vorderingen is bedoeld.

⁵⁶ Art. 1018c lid 5 aanhef en onder a Rv (voorstel). Het artikel verwijst overigens slechts naar art. 3:305a, eerste tot en met derde lid.

summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering is gebleken', maar vooral of de collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering doordat (1) is voldaan aan de gemeenschappelijkheidseis, (2) het aantal betrokken personen voldoende is, en (3) – als het om een collectieve schadevergoeding gaat – de individuele vorderingen alleen dan wel gezamenlijk een voldoende groot financieel belang opleveren.⁵⁷

Als zich binnen de driemaandstermijn een 'concurrerende' organisatie meldt, dan volgt een procedure tot aanwijzing van de meest geschikte eiser. Die wordt dan benoemd tot Exclusieve Belangenbehartiger (hierna: EB), en dat geeft als het ware het recht om als hoofdeiser de 'class' te leiden richting gunstige afloop. Er staat geen rechtsmiddel open tegen de aanwijzing.⁵⁸ Is er geen concurrentie, dan volgt aanwijzing van de enige organisatie die zich aandient. De EB treedt op voor de belangen van alle personen in de zogenoemde 'nauw omschreven groep'. Dat is de groep die de rechter definieert,⁵⁹ en die afbakening is van belang omdat de uitkomst in de procedure bindend is voor alle personen binnen die groep, behalve voor hen die gebruik hebben gemaakt van hun *opt-out* recht.⁶⁰

De mogelijkheid tot *opt-out* voor personen die behoren tot de door de rechter gedefinieerde 'nauw omschreven groep' is in tijd gezien beperkt: zij moeten uitstappen binnen een door de rechter bepaalde termijn (van ten minste een maand), te rekenen vanaf het moment van aankondiging van de aanwijzing van de EB aan de leden van de 'nauw omschreven groep'.⁶¹ Is het aantal uitstappers te groot, dan mag de rechter de procedure beëindigen. De uitstappers hebben overigens geen recht om op basis van soortgelijke feitelijke en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis(sen) nogmaals een collectieve vordering in te dienen; zij kunnen dus hooguit alleen nog individueel ageren.⁶²

Na aanwijzing van de EB zal de rechtbank trachten partijen te bewegen tot een schikking.⁶³ Die schikking [297] wordt getoetst als ware het een WCAM-schikking, maar het grote verschil is dat na de verbindendverklaring door de rechtbank alle personen gebonden zijn die niet al eerder zijn uitgestapt. Een tweede uitstapmogelijkheid biedt het wetsvoorstel niet.⁶⁴

Betreft de collectieve vordering schadevergoeding, dan zal het ultimatum remedium zijn dat de rechter een collectieve schadeafwikkeling oplegt aan partijen. Voor het zo ver is, zal de rechter trachten om hoofdeiser en verweerder tot het doen van voorstellen daartoe te bewegen.⁶⁵ De rechter werkt aldus, zonodig zonder de medewerking van partijen, toe naar de vaststelling van een collectieve schadeafwikkeling die strekt tot vergoeding door verweerder van de schade van de 'nauw omschreven groep' voor zover die niet via de *opt-out* zijn uitgestapt. De rechter probeert daarbij Afd. 6.1.10 BW toe te passen, mag waar mogelijk categorieën van benadeelden vaststellen, zorgt voor

⁵⁷ Art. 1018c lid 5 aanhef en onder b en c, Rv (voorstel).

⁵⁸ Art. 1018e lid 1 laatste volzin, BW. De wettekst regelt overigens niet de afzetting en vervanging van de EB en in dat licht is de uitsluiting van enig rechtsmiddel tegen benoeming wellicht iets te veel van het goede.

⁵⁹ Art. 1018e Rv (voorstel).

⁶⁰ MvT p. 43. Het wetsvoorstel regelt niet wat er gebeurt met de personen die volgens de rechterlijke definitie van de groep buiten de boot vallen. Vermoedelijk eindigt daarmee de 305a-actie voor hun belangen en kunnen zij alsnog een nieuwe poging tot collectieve vordering aanvangen. Intussen lijkt de tekst van art. 1018k Rv (voorstel) te suggereren dat het gezag van gewijsde zich uitstrekt over al die personen wier belangen bij de initiële vordering zijn gesteld (tenzij zij tijdig zijn uitgestapt) en daaronder kunnen ook zij vallen die niet tot de later gedefinieerde 'nauw omschreven groep' behoren. Wij vermoeden dat dit niet is bedoeld, maar de voorgestelde tekst is niet eenduidig. Overigens bepaalt de wettekst ook niet wat de rechter moet doen als geen 'nauw omschreven groep' te geven is (denk aan de Urgenda-zaak).

⁶¹ Art. 1018f lid 1 jo lid 3 Rv (voorstel). Lid 3 geeft een aantal varianten van deze aankondiging.

⁶² Denkbaar is intussen dat zij wel indirect via art. 3:305d BW hun collectieve vordering in consumentenzaken nog aanhangig kunnen maken.

⁶³ Art. 1018g Rv (voorstel); nadere uitwerking van dat traject vindt men in art. 1018h Rv (voorstel).

⁶⁴ MvT, p. 10, p. 47, p. 49-50.

⁶⁵ Art. 1018i Rv lid 1 (voorstel).

een redelijke hoogte van de toegekende vergoedingen en waarborgt de belangen van de betrokken partijen bij de schadeafwikkeling.⁶⁶ Dat is een heel ruime bevoegdheid voor de rechtbank Amsterdam. Verweerders die niet goed kunnen peilen waar de rechtbank naartoe zal willen gaan, zullen nadat essentiële vragen als onrechtmatigheid en causaliteit in het voordeel van de eiser zijn beantwoord, vermoedelijk geneigd zijn om eieren voor hun geld te kiezen en naar een schikking toe te bewegen (of een faillissement).

De uitkomst van de procedure, wat deze ook moge zijn, is voor alle procespartijen bindend en ook voor de leden van de 'nauw omschreven groep' die niet tijdig uitstapten.⁶⁷

3.2.4. Het voorstel gooit kind met badwater weg

Wetsvoorstel 34 608 brengt enerzijds de gedwongen collectieve schadeafwikkeling een stap dichterbij, maar trekt anderzijds de muren hoog op voor toegang tot de collectieve vordering in het algemeen. Wij denken dan ook het Nederlandse wetsvoorstel op dat punt met het badwater ook het kind weggooit. We lichten dat in deze paragraaf nader toe.

Het onmiskenbare voordeel van wetsvoorstel 34 608 is dat onwillige schadeveroorzakers gedwongen kunnen worden om aan een collectieve schadeafwikkeling mee te werken, in die zin dat bij bindende rechterlijke uitspraak op hen een verbintenis tot schadevergoeding kan worden gelegd, ook als de benadeelden niet in persoon zijn opgetreden. Ook kan het efficiënt zijn dat vragen omtrent schadeomvang en causaal verband op bindende wijze voor aansprakelijke en de nauw omschreven groep benadeelden worden beantwoord, zo mogelijk in de vorm van categorieën van benadeelden in plaats van per persoon. Wellicht kan het wetsvoorstel zelfs het begin markeren van een ontwikkeling richting betekenisvolle vergoeding van strooischade.

Over de uitwerking van de procedure kan echter verschillend worden gedacht. Zo menen wij dat een tweede uitstapmoment na een tot stand gekomen schikking ten onrechte ontbreekt in het wetsvoorstel, temeer omdat de schikking overeengekomen kan worden op een moment dat er nog geen inhoudelijk schot is gelost in de procedure. Als de rechter bij toetsing van de schikking om wat voor reden dan ook een aantal feiten en omstandigheden niet meeweegt die de waarde van de individuele vorderingen van een aantal groepsleden mogelijk groter doet zijn en dus een belang bij individuele vervolging van hun vorderingen doet ontstaan, dan moet uitstappen mogelijk zijn. Stel bijvoorbeeld dat een collectieve vordering tegen aanbieder A van een gebrekkig financieel product is aangevangen. Daags na de verbindendverklaring van een schikking doet de Hoge Raad uitspraak in een individuele procedure tegen aanbieder B die tot de conclusie leidt dat bepaalde personen binnen de schikking veel beter af zijn als zij zouden kunnen uitstappen (denk aan de positie van de niet-meetekenende echtgenoot onder de Duisenberg-regeling versus het oordeel van de Hoge Raad daarover⁶⁸). Zou de schikking een gewone WCAM-schikking zijn, dan zouden die personen uitstappen. De schikking in het wetsvoorstel staat dit niet toe en dat lijkt slecht voor het vertrouwen in de collectieve vorderingsprocedure en het gezag van de rechtspraak.

De kern van onze kritiek gaat echter over een ander aspect, namelijk dat het nieuwe art. 3:305a BW veel te zwaar opgetuigd is voor 'gewone' collectieve verbods- en gebodsacties en verklaring voor recht-procedures. Met Bauw & Voet vrezen wij dat organisaties die opkomen voor milieu en gezondheid, belemmerd zullen worden in collectieve vorderingen.⁶⁹ Maar wij denken bovendien dat

⁶⁶ Art. 1018i lid 2 Rv (voorstel).

⁶⁷ Art. 1018f lid 1 Rv (voorstel) en art. 1018k lid 1, eerste zin, Rv (voorstel).

⁶⁸ HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, NJ 2009/578.

⁶⁹ E. Bauw en S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017, p. 244.

niet-institutionele belangenorganisaties en welwillende ad hoc-organisaties die met de beste bedoelingen opkomen voor consumentenbelangen het ook zwaar krijgen.

Om dit punt te verduidelijken, moeten we even terug in de tijd. De introductie van art. 3:305a BW in 1994 had tot doel de bestaande rechtspraak op de ontvankelijkheid van belangenorganisaties te codificeren en hun positie te verduidelijken.⁷⁰ In een lijn van rechtspraak die eraan vooraf ging had de Hoge Raad namelijk belangenorganisaties ontvankelijk verklaard in verbods- en gebodsacties waarin zij opkwamen voor concrete vermogensbelangen óf [298] meer abstracte of ideële belangen zoals natuur, leefomgeving, gelijke behandeling, mensenrechten et cetera.⁷¹ Voor deze beide vormen van burgerlijke belangen konden organisaties - mits voldoende representatief – in rechte opkomen, aldus de rechtspraak van de Hoge Raad. Met de introductie van art. 3:305a BW werd deze praktijk gecodificeerd en verduidelijkt: zolang maar belangen van burgers in het spel zijn, kan art. 3:305a BW toepassing vinden.⁷²

Het wetsvoorstel breekt met deze lijn die sinds 1994 geldt. De argumenten die daarvoor worden aangevoerd, zijn kort gezegd deze. De regering stelt dat de aanvullende eisen die in het wetsvoorstel aan 305a-organisaties worden gesteld, gerechtvaardigd zijn juist omdat deze organisaties EB kunnen worden. Die toegenomen verantwoordelijkheid vergt dat de organisatie kwalitatief aan de maat is, aldus de regering. En dat geldt ook als 'slechts' een verbod, gebod of verklaring voor recht wordt gevraagd. Je weet immers nooit of er daarna niet alsnog schadevergoeding gevorderd gaat worden, zo is simpel gezegd de gedachte.⁷³ Ook weegt mee dat als er geen EB wordt aangewezen, er nog steeds een veelheid van claimanten kan ontstaan.⁷⁴ We vragen ons overigens af of dat werkelijk problematisch is bij gewone' collectieve verbods- en gebodsacties en verklaring voor recht-procedures.

Het gevolg van de 'breuk' met de regeling van 1994 is dat het wetsvoorstel, indien het wet wordt, noodzaakt tot heroverweging van het idee dat art. 3:305a BW zowel vermogensrechtelijke als meer ideële burgerlijke belangen omvat. Onder het huidige art. 305a worden "gelijksortige belangen van andere personen" ruim genomen: het maakt per saldo niet uit of Bewonersvereniging Havenstraat een verbod vordert ten behoeve van de bewoners van de Havenstraat tegen een bedrijf dat verkeersoverlast geeft of dat Stichting Urgenda een gebodsactie jegens de Staat instelt om klimaatmaatregelen te treffen ten behoeve van ons nageslacht. De nieuwe regeling lijkt niet goed te passen op gevallen waarin de behartiging van meer abstracte belangen van personen zoals in de Urgenda-zaak aan de orde is. Dat zien we aan de ontvankelijkheidseisen, maar ook aan de stappen die in het proces moeten worden gezet. Voor niet-schadevergoedingsacties is het lang niet altijd logisch (of mogelijk) om een 'nauw omschreven groep' te bepalen of om een schikking te beproeven, en ook niet om het gezag van gewijsde te laten gelden voor 'toekomstige generaties' of 'alle inwoners van Nederland die van natuur houden'.

Wij denken dat het huidige art. 3:305a BW prima werkt voor verbods- en gebodsacties en verklaring voor recht-acties. De uitspraak heeft geen gezag van gewijsde dat verder ging dan de procespartijen en er ging van een veroordelend vonnis hooguit een informeel gezag van gewijsde uit. Dat werkt naar onze indruk naar behoren. Onder het nieuwe stelsel leidt de afwijzing van een dergelijke 305a-vordering tot gezag van gewijsde ten nadele van al diegenen die niet zijn uitgestapt. Dat kan natuurlijk niet kloppen als het bijvoorbeeld om de belangen van toekomstige generaties gaat.

⁷⁰ N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 110 e.v.

⁷¹ M.n. HR 27 juni 1986, NJ 1987/743 (Nieuwe Meer) is richtinggevend voor ontvankelijkheid bij meer abstracte of ideële belangen zoals natuur en leefomgeving; HR 25 april 1986, NJ 1987/742 (Consumentenbond/Smilde) is bijv. richtinggevend voor wat betreft concrete vermogensbelangen.

⁷² Frenk, a.w., p. 113 e.v.

⁷³ MvT, p 6-7, p. 8, p. 17.

⁷⁴ MvT, p. 31-32.

Daarom denken wij dat als het wetsvoorstel wet wordt, het noodzakelijk is om vast te stellen dat art. 3:305a BW niet langer geldt voor ideële burgerlijke belangen en dat voor die belangen de oude rechtspraak van vóór 1994 weer van stal gehaald moet worden.

Wat is hier fout gegaan? Wij menen dat het wetsvoorstel te zeer in de groef terecht gekomen is van de Claimcode en de 'Aanbevelingen van de Juristengroep'. De nu voorgestelde ontvankelijkheidseisen en procesgang zijn goeddeels terug te voeren op die twee bronnen, maar beide initiatieven moet men wel in context zien. De Claimcode was een reactie op 305a-acties van vereniging en stichtingen die onderdeel uitmaken van een (commercieel gedreven) claimorganisatie. De Aanbevelingen gingen toch ook primair daarover. Niet over ideële 305a-acties die helemaal niet over schadevergoeding gaan. De behoefte aan hogere eisen van claimorganisaties die spreekt uit de Claimcode en de Aanbevelingen, gaat niet over de buurtvereniging die tegen een gemeente een verbodsactie instelt en evenmin de computergebruikersclub die rectificatie eist van een pc-leverancier. Toch worden dergelijke verbods- en gebodsacties en de verklaring voor recht-acties over dezelfde kam geschoren als de collectieve schadevergoedingsvordering: hoge drempels qua ontvankelijkheid en een ingewikkelde vervolgpprocedure die helemaal niet relevant hoeft te zijn. Wij vinden dat niet verstandig. Wat is bijvoorbeeld het nut van het beproeven van een schikking die getoetst en bindend verklaard wordt als de inzet alleen maar is de vraag of er onrechtmatig is gehandeld tegenover de achterban en of rectificatie geëist kan worden? Waarom moeten we drie maanden wachten en een EB aanwijzen om een antwoord te krijgen op de vraag of een reclame misleidend is tegenover de gemiddelde consument?

Ook door art. 3:305a BW dicht te timmeren met een harde *opt-out* termijn, gooit het wetsvoorstel naar onze indruk het kind met het badwater weg. De charme van art. 3:305a BW zoals het thans luidt is namelijk juist dat individuele benadeelden zich geen [299] buil kunnen vallen aan die procedure: als de 305a-actie strandt, bijvoorbeeld omdat de feiten niet kunnen worden aangetoond, sluit dit niet uit dat latere individuele acties wel slagen in het bewijs. Die individuele acties zijn nu nog toegestaan want individuen zijn niet gebonden aan het gezag van gewijsde van de afwijzende uitspraak. Straks zijn ze geblokkeerd, tenzij men tijdig uitstapt (lees: op een moment in de procedure dat men inzicht in de kansen van slagen van de procedure nog niet heeft).

Het keurslijf van het nieuwe art. 3:305a BW, zoals het terecht is genoemd door Bauw & Voet,⁷⁵ zal oude discussies die met de introductie van art. 3:305a BW destijds minder relevant werden, weer oprakelen. We denken aan de vraag of een vereniging bevoegd is om haar leden in rechte te vertegenwoordigen, wat de grenzen zijn van procederen met volmacht.⁷⁶ Maar er zullen ook vervolgvragen opdoemen, zoals: is het wenselijk dat buiten het keurslijf om individuele voorbeeldprocedures mogelijk blijven⁷⁷ en dat de WCAM lichtere eisen stelt dan art. 3:305a BW?⁷⁸

4. Voorontwerp en wetsvoorstel vergeleken

Als de Duitse voorontwerp en het Nederlandse wetsvoorstel uiteindelijk wet worden, kunnen we zeggen dat het Duitse recht heel langzaam beweegt naar een meer vriendelijk klimaat voor

⁷⁵ Bauw en Voet, t.a.p.

⁷⁶ We vragen ons bovendien af of een verbods- of gebodsactie bij wijze van voorlopige voorziening door een 305a-organisatie nog wel mogelijk is. De MvT, p. 34 suggereert van wel en stelt dat in kort geding niet de exclusieve bevoegdheid van de Rechtbank Amsterdam geldt. Aanwijzing van een EB na drie maanden wachten is natuurlijk geen optie bij een voorlopige voorziening. En als dat vereiste daar niet geldt, zal de voorlopige voorziening-procedure wellicht het 'ventiel' zijn waarmee de bodemprocedure leegloopt.

⁷⁷ Wel is er de schorsingsregeling van art. 1018m Rv (voorstel), maar dat speelt alleen *als* er een 305a-actie loopt én deze tegen dezelfde verweerder is ingesteld.

⁷⁸ Bij art. 7:907 lid 1 jo lid 3 aanhef en onder f, BW gelden niet de zware ontvankelijkheidsvereisten die bij art. 3:305a BW gelden.

collectieve vorderingen. Intussen verwachten wij weinig heil van de voorgestelde regeling. Als sprake is van massaschade, dan kan het onder het voorontwerp inzake de ‘Musterfeststellungsklage’ rationeel zijn voor benadeelden om te wachten totdat anderen een vordering aanhangig maken. Er is dan geen juridische noodzaak tot een *opt-in*, en misschien is het wel rationeler om af te wachten of de lopende procedures tot een ‘Musterverfahren’ en uiteindelijk tot een toewijzend vonnis leiden. Een toewijzend vonnis kan immers een informeel precedent opleveren. Stapt men wel in, dan is men gebonden aan een negatieve uitkomst.⁷⁹ Wij denken dus dat het Duitse voorontwerp alleen al om die reden uiteindelijk minder effectief kan zijn.⁸⁰

Het Nederlandse wetsontwerp maakt dergelijk strategisch gedrag moeilijk. Waar in Duitsland de individuele benadeelde er mogelijk verstandig aan doet een afwachtende houding aan te nemen, moet hij in Nederland in een vroeg stadium ervoor kiezen om zich te onttrekken aan de collectieve vordering. Doet hij dat niet tijdig, dan is hij gebonden aan de uitkomst. Wat betreft een schikking die wordt getroffen na het aanbrengen van de zaak, is het verschil tussen het Duitse voorontwerp en het Nederlandse wetsvoorstel nog groter: waar de Duitse benadeelden nog een extra kans krijgen om na rechterlijke goedkeuring van een *opt-out* recht gebruik te maken, zijn de Nederlandse benadeelden zonder meer gebonden. Dat lijkt ons niet terecht, omdat op het moment waarop de benadeelden nog wél konden uitstappen, de proceskansen zich niet altijd goed laten inschatten, laat staan de richting die een eventuele latere schikking op zal gaan.

5. Conclusie

In deze bijdrage gaven we een overzicht van het Duitse voorontwerp voor de invoering van een ‘voorbeeldprocedure voor verklaring voor recht’ en van de inhoud van het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie. Onze conclusie over het Duitse voorontwerp en het Nederlandse wetsvoorstel is niet erg positief. De Duitse ‘*opt-in* voorbeeldprocedure voor verklaring voor recht’ leidt vermoedelijk niet tot massale collectieve acties. Wat wel nieuw is aan het Duitse voorontwerp is dat een massaschikking op gecombineerde *opt-in* én *opt-out* basis mogelijk wordt. Als daar nuttig gebruik van zou kunnen worden gemaakt, kan in het licht van de positieve ervaringen met de WCAM van een pluspunt worden gesproken. Over het Nederlandse wetsvoorstel concluderen we dat de ontvankelijkheidscriteria en de procedurevoorschriften ten aanzien van verbod en gebod en verklaring voor recht, ten onrechte over dezelfde kam zijn geschoren als de collectieve schadevergoedingsvordering. Dat maakt toegang voor stichtingen en verenigingen tot de collectieve vorderingsprocedure minder eenvoudig.

De conclusie is dus deze: we betwijfelen of de richting die het Duitse voorontwerp kiest, veel zoden aan de dijk gaat zetten, en wat betreft wetsvoorstel 34 608 vrezen we dat het niet alleen het badwater maar ook het kind weggooit.

⁷⁹ Als gezegd is uitstappen na een bereikte schikking wél mogelijk.

⁸⁰ Let wel: het voordeel van *opt-in* is dat daarmee de verjaring in de individuele vordering wordt onderbroken.