*Prof. mr. dr. W.H. van Boom**

WCA → WCAM → WAMCA

Binnenkort zal de WAMCA in werking treden, de *Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie*. Deze wet is na de WCA en de WCAM de derde grote stap in de rechtsontwikkeling ten behoeve van de effectieve, efficiënte en tegelijk rechtvaardige afwikkeling van massaschade. In deze bijdrage wordt een korte schets gegeven van de achtergrond en de belangrijkste elementen van de wet. Wat opvalt, is dat het nieuwe art. 3:305a BW op een geheel andere leest is geschoeid dan het 'oude' artikel. Dat leidt hier en daar tot frictie.

1. Inleiding[1]

In 1994 werd de Wet collectieve actie (WCA) ingevoerd, die ons art. 3:305a BW bracht.[2] Daarmee werd de rechtspraak inzake collectieve acties van verenigingen en stichtingen (hierna: vehikels) gecodificeerd en werd het raamwerk voor collectieve acties verder versterkt. De genoemde 'vehikels' mochten van de WCA in civiele procedures een verbod, gebod en verklaring voor recht vorderen in het belang van individuele belanghebbenden. De rechtsontwikkeling was gebaat bij de WCA: collectivering van belangen maakt een grotere vuist, geeft meer onderhandelingsmacht aan individueel onmachtigen, draagt bij aan het sneller verduidelijken van de rechtsposities en daarmee aan het buitengerechtelijk afhandelen van massaclaims.

De drempels voor collectivering op grond van art. 3:305a BW waren relatief laag: zolang de belangenbehartiging maar opgenomen was in de statuten van het vehikel, was de ontvankelijkheid op dat punt gedekt. Bovendien gaf de Hoge Raad ruim baan aan art. 3:305a, onder meer door niet al te strenge eisen te stellen aan het gelijksoortigheidsvereiste, de eigen preprocessuele onderzoekskosten van het vehikel op grond van art. 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking te laten komen, en door een stuitingshandeling verricht door het vehikel ook te laten gelden ten behoeve van individuele claimanten.[3]

De WCA kon als 'voorportaal' dienen voor onderhandelingen over mogelijke schadevergoeding voor de individuele benadeelden. Maar wat de WCA niet kon, was met finaliteit de individuele schadevergoedingsvorderingen afdoen. Die waren uitgezonderd van het WCA-regime omdat toentertijd de *individuele* beoordeling van dat soort vorderingen verkieslijker werd gevonden. Dat bleek een obstakel bij de afwikkeling van de *DES*-zaak, waar aansprakelijke producenten op zich wel schadevergoeding wilden aanbieden, maar dan liefst wel in abstracte schadecategorieën en met finaliteit. Dat laatste wil zeggen dat er geen individuele claims meer zouden volgen. Om aan die behoefte tegemoet te komen, werd in 2005 de *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (WCAM) ingevoerd.[4] Die maakte het mogelijk dat als het vehikel een schikking had getroffen over de schadevergoedingsrechten, deze schikking als overeenkomst algemeen verbindend werd verklaard door het Hof Amsterdam. Dat gebeurt na een beoordeling door het hof van de betreffende schikking 'in de schaduw van het recht', dus met weging van onder meer de waarschijnlijkheid van het slagen van individuele claims en hun omvang.[5]

De WCAM was een nog groter succes dan de WCA, maar wel in onverwachte richting. De WCAM bleek in de praktijk namelijk een effectief middel om massaal geleden beleggingsschade af te wikkelen. Dit bleek met name toen de WCAM werd gebruikt om de Duisenberg-schikking na de beruchte aandelenleaseaffaire te homologeren,[6] en daarna volgden een aantal beleggingsclaims zoals prospectusaansprakelijkheid en boekhoudschandalen die met behulp van de WCAM werden geschikt. De Converium-schikking liet bovendien zien dat zelfs beleggingsschade die slechts deels een aanknopingspunt met de Nederlandse rechtsorde had, onder het WCAM-regime kon worden afgewikkeld.[7] Dat trok internationaal veel aandacht. Intussen had zich nog een andere ontwikkeling voorgedaan, namelijk het ontstaan van een markt voor massaclaims, waar allerlei 'claimondernemers' een vehikel oprichtten, met daarachter geregeld commerciële belangen van henzelf, naasten of collega's, die zichzelf vervolgens met veel tromgeroffel presenteerden als de 'enige echte vertegenwoordiger' van benadeelden. De curatoren in het DSB-faillissement zullen er hoofdpijn van hebben gekregen: met wie moet je schikken als je niet weet wie de 'beste' vertegenwoordiger is van al die belanghebbenden?

Deze twee ontwikkelingen, dus de 'shoppende buitenlanders' en de 'claimondernemers' (soms zelfs 'claimcowboys'), lieten de beperkingen zien van het succesverhaal, althans in de ogen van een flink aantal juristen en uitein-

* Hoogleraar civiel recht te Leiden en redacteur van dit tijdschrift

1. Delen van dit artikel bouwen voort op W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 291-299.
2. Wet tot regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen, *Stb.* 1994, 269.
3. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 en AW2082, *NJ* 2008/528-529 (*Vie d'Or*); HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766, *NJ* 2015/306 (*VEB/Deloitte*) en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, *NJ* 2016/490 (stuiting en art. 1:89 BW).
4. Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken, *Stb.* 2005, 340. Over de WCAM en de ervaringen daarmee eerder in dit tijdschrift Ch.E. Bethlem, 'Consument en rechter: losse eindjes of nieuw begin?', *TvC* 2009, afl. 1, p. 1 e.v.; S.E.A.A. Straus, 'Schikken, dat kan effectiever!', *TvC* 2009, afl. 4, p. 139 e.v.; D. Dankers-Hagenaars, 'De action de groupe in Frankrijk, een inspiratiebron voor het Nederlandse wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie?', *TvC* 2016, afl. 1, p. 24 e.v.
5. De *DES*-zaak werd aldus finaal gemaakt. Zie Hof Amsterdam 1 juli 2006, *TvC* 2007, afl. 1, p. 13.
6. Daarover bijv. C.J.M. van Doorn, 'De "Amsterdamse oplossing": het einde van de Dexia-affaire in zicht?', *TvC* 2007, afl. 5, p. 141 e.v.
7. Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*).

delijk ook van de wetgever. Bovendien bleef de beperking aan het WCA-/WCAM-model dat een onwillige aansprakelijke niet kon worden gedwongen om mee te werken aan een collectieve afwikkeling. Die onwil kon bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat die vergoeding gewoon te veel geld zou gaan kosten of omdat men vond dat men al ver genoeg was gegaan met herstelbetalingen (denk aan veel beleggingsverzekeraars), of omdat men eigenlijk vond dat men niets verkeerd had gedaan (denk aan de verkoop van renteswaps aan mkb'ers). Na een (niet-bindende maar wel gezaghebbende) Claimcode,[8] een evaluatie en kleine aanscherping van de WCAM,[9] een Kamermotie om een gedwongen afwikkeling mogelijk te maken,[10] en een eerste voorontwerp,[11] volgde in november 2016 het wetsvoorstel dat nu in de WAMCA is uitgemond.[12] Ik heb begrepen dat de WAMCA later dit jaar in werking zal treden.[13] De wetgever gaat ervan uit dat de WAMCA 'Europa proof' is;[14] dat is niet onbelangrijk want inmiddels is er een Richtlijnvoorstel 'betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten' dat deels dezelfde materie regelt.[15]

2. De WAMCA in het kort

Voordat ik de belangrijkste punten uit de WAMCA opsom, is het zinvol om te benadrukken wat er *niet* in de WAMCA staat. En dat is een wijziging of intrekking van de WCAM. Die blijft dus zoals die is. Vrijwillig collectief schikken en het verzoek tot algemeenverbindendverklaring blijft een alternatief pad voor betrokken partijen. Wel is te verwachten dat de WAMCA haar schaduw vooruitwerpt: als partijen onderhandelen in het kader van een WCAM-schikking, doen ze dat in de schaduw van het BATNA van de WAMCA. BATNA staat voor *best alternative to a negotiated agreement*, het idee dat onderhandelingen altijd plaatsvinden met in het achterhoofd de rechtspositie die men in een alternatief scenario waarin geen schikking wordt bereikt, kan realiseren. Voor het vehikel kan dat BATNA een gedwongen schadeafwikkeling via een WAMCA-procedure zijn, mits het vehikel ontvankelijk zal worden verklaard in die procedure en daarin bewijzen kan dat er aansprakelijkheid en causaal verband bestaat. Beide partijen zullen dus 'in de schaduw van de WAMCA' onderhandelen. Te verwachten valt daarom dat een aansprakelijk gestelde partij niet snel serieus over een WCAM-schikking zal willen onderhandelen met een vehikel dat niet ten minste ook voldoet aan de strengere ontvankelijkheidsvereisten van het nieuwe art. 3:305a BW, ook al is er strikt genomen geen koppeling tussen de WCAM en art. 3:305a BW.[16]

Dan wat er wél in de WAMCA staat. In het kort komt de regeling op het volgende neer. De wet herschrijft art. 3:305a BW volledig. In het nieuwe art. 3:305a BW staan vooral aangescherpte ontvankelijkheidseisen. De materieelrechtelijke en procesrechtelijke aspecten worden nader uitgewerkt in art. 1018b-m Rv. Art. 3:305b en d BW blijven vrijwel ongemoeid. In art. 3:305c BW daarentegen worden de ontvankelijkheidseisen voor buitenlandse consumentenorganisaties óók aangescherpt, net als voor de Nederlandse.[17]

Als men de wettekst bestudeert, lijkt de procedure in de volgende vier stappen te kunnen worden onderverdeeld:

(1) Het vehikel stelt een 305a-vordering in, deze wordt openbaargemaakt in het openbare register zodat eventuele andere vehikels die ook ambiëren om benoemd te worden tot 'exclusieve belangenbehartiger' (EB) een vordering kunnen instellen.

(2) Na drie maanden wachten toetst de rechter alle ontvankelijkheidscriteria ten aanzien van het vehikel en zijn vordering. De rechter beoordeelt ook of de eventuele concurrerende vehikels in aanmerking komen voor de status van eiser. De rechter wijst een EB aan en bepaalt de groep personen om wier belangen de procedure draait. Deze personen hebben vervolgens een eerste mogelijkheid van *opt-out*.

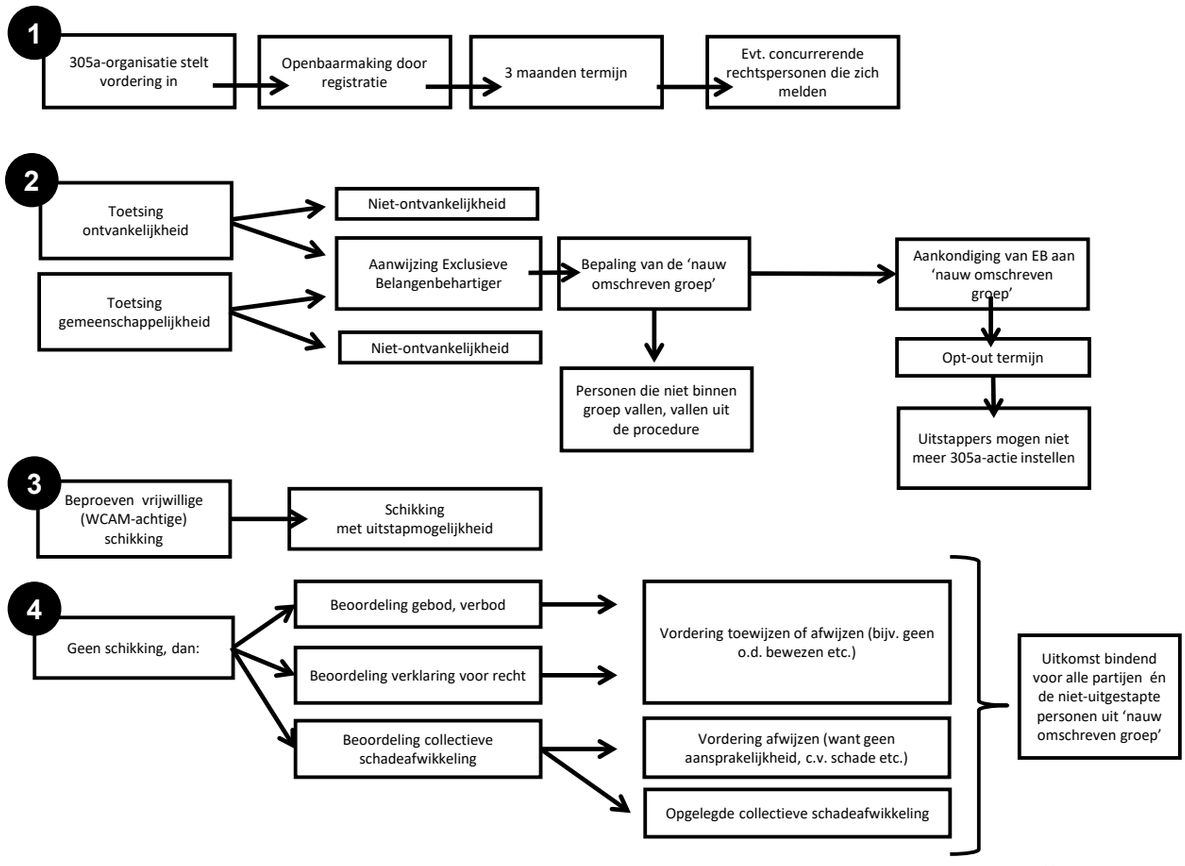
(3) De rechter nodigt partijen uit om een WCAM-achtige schikking te beproeven. Komt die tot stand, dan is er een tweede mogelijkheid van *opt-out*.

(4) Als een schikking niet tot stand komt, beslist de rechter op de vordering, met gezag van gewijsde voor alle belanghebbenden die niet al eerder uitstapten.

Voor een overzicht zie het schema op p. 156.

Het is belangrijk om te benadrukken dat het nieuwe art. 3:305a BW van toepassing is op *alle* 'collectieve vorderingen', dat zijn rechtsvorderingen die strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. De vier stappen zijn dus van toepassing op alle vorderingen van het vehikel: zowel op de verklaring voor recht, het gebod (inclusief rectificatie) en verbod als op een vordering tot collectieve schadeafwikkeling. Daarmee is de procedure voor de klassieke 305a-acties topzwaar ge-

8. Commissie Claimcode, *Gedrags- en governancecode voor claimstichtingen en -verenigingen* 2011; inmiddels is er een nieuwere versie.
9. Wet tot 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), *Stb.* 2013, 255.
10. *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XII, 14 (motie-Dijksma).
11. Op het voorontwerp volgden consultaties, een set aanbevelingen van een zelfbenoemde 'Juristengroep', advisering van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht en stakeholderbijeenkomsten. Ik vermoed dat de inbreng van voornoemde 'claimcowboys' bij dit alles niet groot was.
12. Zie over het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 2) bijv. W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 291-299.
13. Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), *Stb.* 2019, 130.
14. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 11, p. 1-2.
15. COM(2018)184 final. Het voorstel maakt deel uit van het actieplan 'New deal for consumers' dat de Europese Commissie in april 2018 presenteerde.
16. Bij art. 7:907 lid 1 jo. 3 aanhef en onderdeel f BW gelden niet de zware ontvankelijkheidsvereisten die bij art. 3:305a BW gaan gelden.
17. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 30.



worden.[18] Bijvoorbeeld: waar de klassieke 305a-actie de charme had dat als de uitkomst van de procedure niet beviel aan een individuele belanghebbende, deze zich gewoon kon onttrekken aan het gewijsde door individueel te procederen, is dat bij de 'nieuwe' 305a-actie alleen mogelijk als de belanghebbende tijdig gebruik maakt van zijn *opt-out*-recht.

De vier stappen die ik hiervoor noemde, geven geen compleet beeld. Wat ontbreekt zijn kernvragen als: is er sprake van een rechtsgrond die de vordering kan dragen, dus een wanprestatie of onrechtmatige daad tegenover de belanghebbenden (de foutvraag), en, in het geval een collectieve schadeafwikkeling wordt gevorderd, is het dan aannemelijk dat de gestelde fout überhaupt schade heeft veroorzaakt bij de groep belanghebbenden (de abstracte causaliteitsvraag)? Dit lijken mij kernvragen die het beste kunnen worden beantwoord *voordat* partijen worden uitgenodigd een schikking te beproeven. De aansprakelijk gestelde partij zal belang hebben bij een 'motion to dismiss'-achtige stap waarin de rechter zich uitlaat over die kernvragen. Doet hij dat niet, dan gaan partijen schikken in het duister. Als de rechter meent dat er überhaupt geen fout is gemaakt, dan moeten partijen dat zo snel mogelijk weten. Ik vermoed dat deze kernvragen pas aan de orde komen bij de inhoudelijke behandeling ná stap (2) en dus nog voor stap (3).[19] Ik denk dus dat we beter van 5 stappen kunnen spreken. Ik loop ze langs.

1. Instellen vordering, registratie, driemaandstermijn

De dagvaarding 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'). De dagvaarding moet omschrijven dat en hoe is voldaan aan de ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a BW. Ook moeten gegevens worden verstrekt die de rechter in staat stellen om te beoordelen of de eiser als EB kan worden aangewezen.[20]

De eiser is verplicht de dagvaarding te laten aantekenen in een openbaar centraal register voor collectieve vorderingen.[21] 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.

18. Zie daarover reeds kritisch E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017, afl. 4, p. 244; Van Boom & Weber 2017.
19. Misschien is het zelfs wel verkieslijk om in bepaalde gevallen te denken aan een 'summary judgment'-achtige stap, waarbij de rechter voorbijgaat aan ontvankelijkheid van het vehikel en direct concludeert dat de zaak helemaal geen 'merit' heeft. Wellicht biedt art. 1018c lid 5 aanhef en onderdeel c Rv hier een grondslag voor.
20. Art. 1018c lid 1 Rv.
21. Art. 1018c lid 2 Rv spreekt van acties waar vorderingen is bedoeld.

Zo niet, dan volgt de toetsing van de ontvankelijkheidseisen.[22]

2. Ontvankelijkheid, aanwijzing EB en groep, eerste opt-out

De ontvankelijkheidseisen zijn opgenomen in art. 3:035a lid 1, 2, 3 en 5 BW.[23] De eisen zijn zwaar. Een 'lichter' regime is bij wijze van uitzondering opgenomen in lid 6. Kijken we eerst naar het zware regime. 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.[24] De eis van voldoende waarborg omvat de volgende aspecten:[25]

- de organisatie moet voldoende representatief zijn gelet op de achterban[26] 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:

- dat de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd;[27]
- dat de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft;[28]
- dat voldoende is getracht om door middel van overleg tot een vergelijk te komen;[29]
- dat een bestuursverslag en jaarrekening zijn opgemaakt en op de website zijn gepubliceerd.[30]

Voldoet de stichting of vereniging niet aan deze eisen, dan volgt niet-ontvankelijkheid.[31]

Het lichtere regime is te vinden in art. 3:305a lid 6 BW. Dat kan alleen worden ingeroepen als de rechtsvordering strekt tot iets anders dan schadevergoeding in geld.[32] Denk aan een verklaring voor recht, een gebod of verbod. Als daarvan sprake is, hoeft 'slechts' gewaarborgd te zijn dat de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben en dat de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft. De rechter mag dit lichtere regime toepassen 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 dan wel van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, daartoe aanleiding geeft. De eerste uitzondering is helder: ideële collectieve vorderingen met een klein financieel belang. Die uitzondering lijkt met name relevantie te hebben als ze ruimhartig toegepast zal worden in het voordeel van *ad-hocactiegroepen* die opkomen voor milieu en samenleving.[33] De tweede uitzondering is minder duidelijk.[34] 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.[35] Of het goed mogelijk (en wenselijk) is om in dit stadium de schapen van de bokken te scheiden, is niet duidelijk, maar de regering ziet dit probleem niet zo somber in.[36]

Naast ontvankelijkheidseisen die aan het vehikel worden gesteld, zijn er ook ontvankelijkheidseisen ten aanzien

22. Art. 1018c lid 5 aanhef en onderdeel a Rv. De wettekst maakt 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. 4 Rv op dat die toetsing pas plaatsvindt nadat de driemaandstermijn van art. 1018c lid 3 is verstreken. Dat is een logisch tijdstip omdat op dat moment ook de 'beauty contest' van de concurrerende organisaties voor de functie van EB plaatsvindt.
23. Ik leid uit art. 1018c lid 5 aanhef en onderdeel a Rv af dat art. 3:305a lid 5 BW geen ontvankelijkheidsvereiste betreft. Echter, kijkt men naar art. 3:305a lid 6 BW, dan ziet men dat lid 5 wél een ontvankelijkheidsvereiste betreft.
24. Art. 3:305a lid 1 BW.
25. Art. 3:305a lid 2 BW.
26. Het begrip 'achterban' is niet gedefinieerd, maar bedoeld zal zijn het kwantitatief aandeel van de groep getroffen gedupeerden (vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, 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-betuigers of aangesloten personen bij stichtingen.
27. Art. 3:305a lid 3 aanhef en onderdeel a BW.
28. Art. 3:305a lid 3 aanhef en onderdeel b onder (i)-(iii) BW.
29. Art. 3:305a lid 3 aanhef en onderdeel c BW.
30. Art. 3:305a lid 5 BW.
31. Uit art. 3:305a lid 6 BW volgt dat de vereisten in lid 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 onderdeel d Rv).
32. Beperking toegevoegd bij amendement (*Kamerstukken II* 2018/19, 34608, 15).
33. Daarvoor is wel vereist dat 'klein financieel belang' wordt verstaan als belang aan de zijde van de eisende partij. In *Urgenda* zijn de financiële belangen aan de zijde van de staat niet klein, dus als we daar het lichtere regime zouden willen toepassen, dan moeten we het lichtere regime wel in die zin verstaan.
34. '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 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 29.
35. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 29.
36. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 17.

van de vordering. De rechter toetst onder meer of 'niet 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.[37]

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 EB, en dat geeft als het ware het recht om als hoofdeiser de 'class' te leiden richting gunstige afloop.[38]

Is er geen concurrentie, dan volgt aanwijzing van de enige organisatie die zich aandiende. De EB treedt op voor de belangen van alle personen in de zogenoemde 'nauw omschreven groep'. Dat is de groep die de rechter definieert,[39] 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.[40]

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 één maand), te rekenen vanaf het moment van aankondiging van de aanwijzing van de EB aan de leden van de 'nauw omschreven groep'.[41] 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.[42]

3. Aansprakelijkheid, schade en causaal verband

Nu komen we aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering toe. Onder het oude regime was een abstracte beantwoording van rechtsvragen al goed mogelijk gemaakt door de rechtspraak. Ook had de Hoge Raad in de *Dexia*-zaken al ten aanzien van bewijslastverdeling, causaliteitsvragen en eigen-schuld-vragen 'maatwerk op macroniveau' geleverd,[43] zoals Tzankova dat noemde.[44] Het is te hopen dat deze manier van werken wordt gecontinueerd onder het nieuwe stelsel, omdat ze in een vroegtijdig stadium van de procedure sturing kan geven aan het proces en de schikkingsonderhandeling voor een collectieve schadeafwikkeling.

4. Schikking beproeven

Na aanwijzing van de EB en hopelijk ook na enige inhoudelijke beoordeling zoals beschreven onder 4, zal de rechtbank trachten partijen te bewegen tot een schikking.[45] Die schikking wordt getoetst als ware het een WCAM-schikking. Wordt de schikking goedgekeurd, dan volgt algemeenverbindendverklaring. De personen binnen de nauw omschreven groep hebben dan de mogelijkheid om van een tweede *opt-out*-recht gebruik te maken. De rechter bepaalt de termijn (minimaal één maand) en procedure voor *opt-out*. De uitstappers kunnen niet langer collectief optreden en bovendien moeten zij zo nodig binnen zes maanden de verjaring individueel stuiten.[46]

5. Gedwongen schadeafwikkeling

Als het niet tot een schikking komt en de procedure heeft als inzet de collectieve schadevergoeding, dan zal het ultimum remedium zijn dat de rechter een collectieve schadeafwikkeling *oplegt* aan partijen. Voor het zover is, zal de rechter de EB en verweerder uitnodigen om *voorstellen* te doen voor een schadeafwikkeling.[47] De rechter werkt aldus, zo nodig 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 bij de eerste *opt-out* zijn uitgestapt. De rechter probeert daarbij de uitgangspunten van afd. 6.1.10 BW toe te passen.[48] De regels die daar staan geven voldoende ruimte om een schadeafwikkeling vast te stellen die 'rechtens én redelijk' is, aldus de regering. Opmerking verdient dat de rechter daarbij wel de knop moet omzetten; er is geen ruimte voor individuele beoordeling en dus ook niet voor toepassing van het beginsel van volledige en concreet berekende schadevergoeding. De rechter zal zo nodig categorieën van benadeelden vaststellen, waarbij wordt gezorgd voor een redelijke hoogte van de toegekende vergoedingen en borging van de belangen van de betrokken partijen bij de schadeafwikkeling.[49] De

37. Art. 1018c lid 5 aanhef en onderdeel b en c Rv.
38. Er staat geen rechtsmiddel open tegen de aanwijzing, zie art. 1018e lid 1 laatste volzin BW.
39. Art. 1018e Rv.
40. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, 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. Dat kan niet bedoeld zijn.
41. Art. 1018f lid 1 jo. 3 Rv. Lid 3 geeft een aantal varianten van deze aankondiging.
42. Denkbaar is intussen dat zij wel indirect via art. 3:305d BW hun collectieve vordering in consumentenzaken nog aanhangig kunnen maken.
43. Zie bijv. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201 (*World Online*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*). Over de Dexia-problematiek in dit tijdschrift bijv. W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', *TvC* 2009, afl. 6, p. 228 e.v.
44. I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 182.
45. Art. 1018g Rv; nadere uitwerking van dat traject vindt men in art. 1018h Rv.
46. Art. 1018h lid 5 jo. art. 1018f lid 1-4 Rv.
47. Art. 1018i Rv lid 1.
48. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 15.
49. Art. 1018i lid 2 Rv.

rechter mag zelfs een fonds instellen of vergoedingen in natura zoals bijv. kortingen toekennen. Dat is een heel ruime bevoegdheid. Verweerders die niet goed kunnen peilen waar de rechter 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). Gebeurt dat niet, dan beslist de rechter. 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 bij de eerste *opt-out*.[50]

3. Enkele opvallende punten

Ik signaleer drie opvallende punten uit de wet.

Allereerst de vaststelling dat de wetgever het boze oog heeft laten vallen op procesfinanciering en commerciële motieven.[51] Bij de ontvankelijkheidsfase wordt getoetst of het vehikel voldoende middelen heeft om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, 'waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt'.[52] Lees: de rechter mag de eisende partij vragen om een eventueel contract met een procesfinancier over te leggen om te zien of deze derde niet te veel macht heeft gekregen om de procedure en een eventuele schikking te sturen. Ik denk persoonlijk dat de wetgever hier elke aantrekkelijkheid van commerciële financiering van een collectieve schadevergoedingsactie de nek heeft omgedraaid. Niet alleen de ambities van claimcowboys worden hierdoor in de kiem gesmoord maar volgens mij ook die van legitieme procesfinanciers. Die zullen vermoedelijk terugkeren naar het vertrouwde model van financiering op individuele contracten in combinatie met cessie en/of onherroepelijke volmacht, waar dat gezien de aard van de vorderingen rendabel is. Voor strooischade is procesfinanciering niet aantrekkelijker geworden.

Niet alleen procesfinanciering maar ook commerciële motieven van direct betrokkenen staan in een kwade reuk. Zo wordt getoetst of de bestuurders die betrokken waren bij de oprichting van het vehikel en hun opvolgers een rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via het vehikel wordt gerealiseerd.[53] Als daarvan sprake is, wordt het vehikel niet-ontvankelijk verklaard. Hoe dat vereiste moet worden begrepen is onduidelijk. Wat is hier winst? Mag een bestuurder van het vehikel een riant salaris hebben of een dure sportauto van de zaak? Valt dat soort beloning ook onder het begrip 'winstoogmerk'? Is het antwoord ja, dan rijst al snel de vraag waarom we bestuurders op een houtje laten bijten maar het geen probleem vinden dat de ingehuurde advocaat een hoog uurtarief rekent. Waarom toetsen we eigenlijk ook niet de redelijkheid van het uurtarief van de advocaat die het vehikel bijstaat? Die advocaat heeft immers ook winstoogmerk maar loopt geen ondernemersrisico, en dus spint vooral die advocaat garen bij een 305a-claim.

Een tweede opvallend punt is het ontmoedigen van buitenlandse claims.[54] De wetgever meent kort gezegd dat de Nederlandse rechter er niet is om claims aan te zuigen vanuit het buitenland. Een interessante opvatting, zeker in het licht van de recente oprichting van de Netherlands Commercial Court. Procederen in het Engels om buitenlandse claims aan te trekken is dus wél overheidsbeleid, maar collectief procederen niet. Hoe dan ook, de wet maakt het op twee manieren moeilijk om buitenlandse claims via een 305a-procedure te 'importeren'. Het vehikel is slechts ontvankelijk indien de rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft.[55] Daarvan is sprake als ofwel (1) het vehikel genoegzaam aannemelijk maakt dat het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, ofwel (2) de gedaagde woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer, ofwel (3) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden. Daarnaast geldt dat, als de 305a-vordering ontvankelijk is en inhoudelijk beoordeeld gaat worden, de personen die behoren tot de nauw omschreven groep die geen woonplaats of verblijf hebben in Nederland, niet onder het *opt-out*-regimes vallen. Zij moeten expliciet gebruikmaken van een *opt-in*-mogelijkheid. Dat is de hoofdregel. De rechter kan de knop echter weer terugdraaien naar de regel die ook voor in Nederland gevestigde belanghebbenden geldt, de *opt-out*-variant.[56] Dus als een 305a-claim wordt ingesteld ten behoeve van Nederlandse, Duitse en Belgische consumenten die benadeeld zijn door een oneerlijke handelspraktijk die in Nederland heeft plaatsgevonden, dan moet eerst de verhoogde ontvankelijkheidsdrempel worden genomen, en als dat slaagt, dan volgt dat de Nederlandse consumenten aan het *opt-out*-regime onderworpen zijn terwijl de Duitse en Belgische consumenten alleen gebonden en gerechtigd zijn onder de procedure indien zij gebruikmaken van de *opt-in*-mogelijkheid. Let wel, deze restricties gelden niet voor het WCAM-regime.

Een derde opvallende punt is het potsierlijke art. 1018l Rv. Daarin is een *punitieve* proceskostenveroordeling opgenomen voor het eisende vehikel, in dier voege dat de rechter die oordeelt dat de 305a-vordering ondeugdelijk is, de (geliquideerde) salarissen van de advocaat van de wederpartij ten laste van de eisende partij maximaal *mag* vervijfvoudigen (lid 1).[57] Bovendien mag de rechter

50. Art. 1018f lid 1 en art. 1018k lid 1 eerste zin Rv.
51. Over deze onderwerpen bij massaschade zie de vele geschriften van Tillema, waaronder haar proefschrift: I. Tillema, *Entrepreneurial Mass Litigation; Balancing the Building Blocks* (diss. Rotterdam).
52. Art. 3:305a lid 2 aanhef en onderdeel c BW.
53. Art. 3:305a lid 3 aanhef en onderdeel a BW.
54. Over ipr-aspecten van massaschade bijv. H. Van Lith, *The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law*, Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu 2011, p. 1 e.v.; M.W.F. Bosters, *Collective Redress and Private International Law in the European Union* (diss. Tilburg), 2015, p. 1 e.v.
55. Art. 3:305a lid 3 aanhef en onderdeel b BW.
56. Art. 1018f lid 5 Rv.
57. Lid 1 werd ingevoerd bij amendement (*Kamerstukken II* 2018/19, 34608, 22).

als hij tot collectieve schadeafwikkeling overgaat, de in het ongelijk gestelde partij (kan zowel eiser als gedaagde zijn) veroordelen in 'in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet' (lid 2).

Het eerste lid is bedoeld om het aanbrengen van onzinclaims tegen te gaan, maar wat de uitwerking ervan zal zijn, moet worden afgewacht. Ik weet niet of de dreiging van 'liquidatietarief maal vijf' veel indruk maakt, en ik denk dat de meeste rechters helemaal geen zin hebben om die strafmaatregel toe te passen (daargelaten de vraag of deze 'EVRM'-proof is). Het effect van het tweede lid zou wel eens dramatischer kunnen zijn. Het gebruik daarvan kan zo onvoorspelbaar zijn dat het een 'chilling effect' kan hebben. De boodschap van de wetgever is hier kennelijk: schik maar snel anders komt er een volledige proceskostenveroordeling op je af, inclusief de kosten van de pizzakoerier die werd besteld bij de wederpartij bij het avondlijk overwerken. Uit het onderzoek van Vrendenbarg weten we dat we nog zo weinig weten over de gedragseffecten van dit *hapsnap* invoeren van volledige proceskostenveroordelingen dat het beter ware hierover gedegen onderzoek te doen alvorens dit soort regels in te voeren.[58] Tot die tijd roep ik rechters graag op om het artikel nooit toe te passen.

4. Conclusie

In de literatuur waren er de nodige kritiekpunten op het wetsvoorstel. Een aantal van die kritiekpunten is gerepareerd, dat is winst. Denk aan het introduceren van een tweede *opt-out*-moment. Wat resteert, is een stuk wetgeving dat weliswaar wat schoonheidsfouten heeft, maar in algemene zin geschikt lijkt om de taak te vervullen die het gekregen heeft. Althans, wat betreft collectieve *schadeafwikkeling*. Voor de functies die het oude art. 3:305a BW vervulde, is de nieuwe regeling m.i. minder gelukkig. Grote vraagtekens zet ik bij de overkill aan ontvankelijkheidsvereisten en procedurevoorschriften voor deze 'oude stijl' 305a-acties. Het is te hopen dat het lichte regime van lid 6 ruimhartig wordt toegepast, ook in consumentenzaken.[59]

En we moeten ons ook goed realiseren wat het *opt-out*-mechanisme betekent voor procedures die als inzet hebben verbod, gebod of verklaring voor recht. De charme van het oude art. 3:305a BW was dat individuele consumenten zich geen 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 latere acties zijn onder het oude art. 305a toegestaan omdat individuen niet zijn gebonden aan het gezag van gewijsde van de afwijzende uitspraak tegen het vehikel. Onder het nieuwe art. 305a zijn deze individuele belanghebbenden echter wel gebonden, tenzij zij tijdig waren uitgestapt. Dat is ingrijpend en vraagt om een scherpe omschrijving van de groep belanghebbenden. Ik geef een voorbeeld: de Consumentenbond vangt een 305a-actie aan tegen een grote internetwinkel omdat deze beweerdelijk in strijd handelt met consumentenbeschermende wetgeving. De gebodsvordering wordt in het register ingeschreven, de Consumentenbond wordt als EB aangewezen, de eerste *opt-out* verstrijkt, en vervolgens komt de rechter tot het oordeel dat de handelwijze van de internetwinkel niet in strijd is met het consumentenrecht. Dat oordeel is gebaseerd op een rechtsoordeel, waar men ook anders over kan denken. Niettemin vindt de Consumentenbond het welletjes geweest en krijgt het vonnis kracht van gewijsde. Alle consumenten die tot de nauw omschreven groep behoren, zijn daaraan gebonden, voor nu en in de toekomst. Dat is andere koek dan onder het oude 305a. Weten we zeker dat we bij dit soort 305a-vorderingen 'oude stijl' het gezag van gewijsde willen laten uitstrekken over alle belanghebbenden die niet zijn uitgestapt? Het kan betekenen dat we als individuele consumenten beter moeten opletten wat er in dat register staat en dat we *opt-out* moeten overwegen, ook bij 305a-acties die gaan over verklaring voor recht en verbod of gebod. Dat 'uitstappen' gaat namelijk vermoedelijk niemand doen en dat betekent dat de 305a-actie 'nieuwe stijl' in dat soort gevallen misschien wel een valkuil kan worden voor consumentenbescherming.

58. Zie C.J.S. Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken: regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018. Vgl. ook P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.
59. Maar zelfs dan blijven er tal van vragen over. Zo vraag ik me af of een voorlopige voorziening nog wel kan worden ingesteld door een 305a-vehikel. De wettekst zegt er niets over, maar een voorlopige voorziening mét een driemaandstermijn om een EB aan te wijzen is natuurlijk geen snelle rechtsingang. Anderzijds: een voorziening zonder die termijn betekent dat er geen exclusieve belangenbehartiger is!