

## KRONIEK COLLECTIEVE ACTIES EN SCHIKKINGEN 2017

### 1 Inleiding

Net zoals afgelopen jaren stonden ook in 2017 verschillende aspecten van de *collectieve actie* in de pers, literatuur en jurisprudentie volop in de schijnwerpers. Daarbij besteedde de pers niet alleen aandacht aan de ‘*spraakmakende*’ zaken,<sup>2</sup> maar werd ook ingegaan op specifieke (maatschappelijke) vraagstukken rondom collectieve acties, zoals de commerciële aspecten van de financiering van de procedures en het ‘*misbruik*’ van de Claimcode dat plaatsvindt.<sup>3</sup> Aan de oproep van Arons en Koster om het stokje over te nemen in de laatste aflevering van deze kroniek, geven wij om die reden graag gehoor.<sup>4</sup>

Op wetgevend vlak is niet alleen Nederland, maar geheel Europa voornemens de positie van gedupeerden en schadeveroorzakende partijen in massaschadezaken verder te faciliteren en optimaliseren. Bij de aangekondigde en hangende wetsvoorstellen zal in deze kroniek nader worden stilgestaan. Daarentegen heeft Trump in de Verenigde Staten, de bakermat van de collectieve schadevergoedingsactie, in 2017 een tegenbeweging op gang gebracht. Trump besloot om wet- en regelgeving te blokkeren op basis waarvan financiële instellingen niet langer van klanten zouden kunnen eisen dat zij afstand doen van hun recht om zich bij een collectieve actie aan te sluiten, maar voortaan verplicht zouden zijn een geschil door middel van arbitrage te beslechten. Deze (kennelijk) bestaande praktijk zal dus in stand blijven, waardoor consumentenkanten van financiële instellingen in geval van massaschade geen efficiënte en effectieve rechtsbescherming kunnen genieten.<sup>5</sup>

- 
- 1 Koen Rutten en Jordy Hurenkamp zijn advocaten bij Wijn & Stael Advocaten in Utrecht.
  - 2 Zie bijvoorbeeld <https://fd.nl/ondernemen/1206386/hof-schikking-met-fortis-aandeelhouders-moet-over>, <https://fd.nl/ondernemen/1208185/rechter-opent-deur-voor-hogere-schadevergoeding-woeker-polissen-door-aegon> en <https://fd.nl/ondernemen/1184280/miljardenclaim-tegen-petrobras-voor-nederlandse-rechter>.
  - 3 Zie bijvoorbeeld <https://fd.nl/ondernemen/1229352/investeerd-ers-zien-massaclaims-als-een-mooie-diversificatie-van-portefeuille> en <https://fd.nl/ondernemen/1220130/trafigura-probeert-met-tijdreken-discussie-over-gifschip-probo-koala-te-ontwijken> en <https://fd.nl/-/1207003/wetsvoorstel-collectieve-schadevergoedingsactie-is-onwenselijk-en-onnodig>.
  - 4 T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016’, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr. 141).
  - 5 [www.reuters.com/article/us-usa-consumers-trump/trump-kills-class-action-rule-against-banks-lightening-wall-street-regulation-idUSKBN1D15WX](http://www.reuters.com/article/us-usa-consumers-trump/trump-kills-class-action-rule-against-banks-lightening-wall-street-regulation-idUSKBN1D15WX).

Alvorens nader aandacht te besteden aan deze (aangekondigde) wet- en regelgeving en ontwikkelingen op nationaal en internationaal vlak, zullen wij in deze kroniek eerst stilstaan bij de in 2017 gewezen jurisprudentie (voor zover relevant) van Nederlandse rechters aan de hand van een aantal thema's.

## 2 Jurisprudentie januari 2017 – december 2017

### 2.1 Bevoegde rechter

#### 2.1.1 Grensoverschrijdende schadeveroorzakende gebeurtenissen

Wat betreft de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is om over een collectieve actie te oordelen, hetgeen hij ambtshalve zal moeten vaststellen,<sup>6</sup> is afgelopen jaar een belangwekkend arrest geweest door het Hof Amsterdam in de zaak van de aandeelhouders van BP omtrent de explosie op olieplatform Deepwater Horizon.<sup>7</sup> BP wordt verweten onjuiste, onvolledige en misleidende informatie te hebben verspreid. In deze zaak speelt de vraag op welke rechter bevoegd is om een oordeel te vellen over de kwestie, waarvoor van belang is waar de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden (het '*Handlungsort*') en waar de (zuivere vermogens)schade is ingetreden (het '*Erfolgsort*'). Zowel de rechter van het *Handlungsort* als *Erfolgsort* zijn namelijk op grond van de internationale bevoegdheidsregels bevoegd om over de zaak te oordelen (art. 7 lid 2 herziene Brussel I).<sup>8</sup>

Het Hof Amsterdam komt onder verwijzing naar het *Kolassa*-arrest<sup>9</sup> tot het oordeel dat het *Handlungsort* buiten Nederland was gelegen, omdat uit de aangevoerde feiten en omstandigheden blijkt dat de besluitvorming omtrent de verplichting om informatie te verstrekken buiten Nederland is gesitueerd.<sup>10</sup> Vervolgens spitst de discussie zich toe op de vraag of het *Erfolgsort* (mede) in Nederland is gelegen, omdat de aandeelhouders die zijn misleid door de berichtgeving (onder meer) in Nederland gevestigd zijn, waardoor de Nederlandse rechter toch bevoegd is om over de vorderingen van de 305a-organisatie te oordelen. Het hof komt tot de (teleurstellende) conclusie dat dit niet het geval is, ondanks het feit dat de vermogensschade van de aandeelhouders zich in Nederland heeft gemanifesteerd. De reden: er zijn onvoldoende bijzondere omstandigheden die dat rechtvaardigen.<sup>11</sup> In onze ogen had het hof tot een andere conclusie kunnen en moeten komen op basis van de geldende jurisprudentie van het Europese Hof.

---

6 HR 17 april 2015, *JOR* 2015/253, r.o. 3.3.2 (*Northern River Shipping Company/Kompas*).

7 Hof Amsterdam 7 november 2017, *JOR* 2018/14, m.nt. K. Rutten.

8 HvJ EU 30 november 1976, *NJ* 1977/494 (*Kalimijnen*) en HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/344, r.o. 4.3 (*Reaal/Same Deutz c.s.*).

9 HvJ EU 28 januari 2015, *JOR* 2015/109, m.nt. Arons, r.o. 53 (*Kolassa*).

10 Hof Amsterdam 7 november 2017, *JOR* 2018/14, m.nt. K. Rutten, r.o. 3.14.

11 Hof Amsterdam 7 november 2017, *JOR* 2018/14, m.nt. K. Rutten, r.o. 3.20.

Het Hof Amsterdam komt tot deze (onjuiste) conclusie<sup>12</sup> onder verwijzing naar het bijzondere geval in het *Universal Music*-arrest<sup>13</sup> van het Europese Hof, terwijl toepassing van de geformuleerde (hoofd)regel in het genoemde *Kolassa*-arrest ook wat betreft het *Erfolgsort* hier meer voor de hand had gelezen. In het *Universal Music*-arrest wezen alle omstandigheden van het geval op Tsjechië en koos de benadeelde er – aan het einde van de rit – plotseling voor een Nederlandse bankrekening te gebruiken. De rechtstreekse (initiële) schadelijke gevolgen hadden zich zo bezien niet direct na de schadetoebrengende gebeurtenissen in Nederland gemanifesteerd. Daarvoor was uiteindelijk een keuze van de benadeelde nodig. De benadeelde gaf de instructie tot betaling van een Nederlandse bankrekening, waardoor hij beweerde daar de schade te hebben geleden. Bij *Kolassa* had de benadeelde een dergelijke keuze niet. De schade werkte in zijn geval direct in op zijn Oostenrijkse vermogen en op de Oostenrijkse bankrekening die aan zijn belegging was gekoppeld, zoals in onze ogen ook geldt bij de in Nederland gevestigde aandeelhouders van BP die in hun Nederlandse vermogen werden getroffen op in Nederland aangehouden effectenrekeningen. Kortom, de Nederlandse aandeelhouders in BP zijn zeer vergelijkbaar met *Kolassa* en zeer onvergelijkbaar met (de uitzondering in) *Universal Music*. Daar komt bij dat in dit geval de aandeelhouders van BP in Nederland waren bereikt door de buitenlandse instelling met allerhande informatie via het internet, jaarrekeningen, halfjaar- en kwartaalcijfers, *trading conditions updates*, enzovoort, en zij vervolgens in Nederland de transactie/overeenkomst zijn aangegaan. Bovendien hebben zij in Nederland de beslissing genomen om het betreffende aandeel te kopen. Gelet hierop had aangenomen moeten worden dat de schade *rechtstreeks* in Nederland was ingetreden, ook al hebben de gebeurtenissen die tot de schade aanleiding gaven (zoals het besluit tot verstrekking van onjuiste en onvolledige informatie) niet in Nederland plaatsgevonden (maar in Engeland).<sup>14</sup> De Nederlandse rechter had in onze ogen dan ook meer dan voldoende aanknopingspunten om zich bevoegd te verklaren, zodat aan toepassing van het *Universal Music*-arrest niet meer toegekomen diende te worden. Bijzondere omstandigheden, zoals geoordeeld in het arrest *Universal Music*, waren in onze ogen in dit geval niet vereist.

Ook al zal deze door ons bepleite uitkomst (zonder toepassing van het *Universal Music*-arrest) tot gevolg kunnen hebben dat bij aandeelhouders in verschillende lidstaten verschillende rechters bevoegd kunnen zijn, vormt dat in onze ogen geen beletsel.<sup>15</sup> Dat doet zich bijvoorbeeld ook voor in productaansprakelijkheidszaken<sup>16</sup>

12 Hof Amsterdam 7 november 2017, *JOR* 2018/14, m.nt. K. Rutten, r.o. 3.17.

13 HvJ EU 16 juni 2016, *JOR* 2016/276, m.nt. Arons (*Universal Music*).

14 HvJ EU 11 januari 1990, *NJ* 1991/573, r.o. 20 (*Dumez*). Vgl. HvJ EU 10 juni 2004, *NJ* 2006/335, r.o. 19 (*Kronhofer*).

15 Vgl. HR 9 januari 2015, *NJ* 2015/44, r.o. 3.4.4 en 4.4.

16 HvJ EU 16 juli 2009, *NJ* 2011/349 (*Zuid-Chemie/Philippo's*) en HR 26 februari 2016, *NJ* 2016/344, r.o. 4.3 (*Reaal/Same Deutz c.s.*).

of zaken over grensoverschrijdende onrechtmatige publicaties.<sup>17</sup> Wie een product of publicatie in verschillende markten van Europa verspreidt, heeft geen aanspraak op één bevoegd forum. Dat geldt evenzeer voor een onderneming die aandeelhouders of investeerders aan wil trekken en vervolgens wordt aangesproken op misleidende berichtgeving. Met andere woorden: er bestaat geen aanspraak van een ‘wereldwijde onderneming’ op de rechter van enkel de lidstaat van het ‘eigen’ rechtsstelsel waar het beursfonds is gevestigd. Toch lijkt dat ten onrechte de uitkomst van de uitspraak van het Hof Amsterdam. Daarbij lijkt ons een goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting niet gebaat, nu de Nederlandse rechter in dit geval bij uitstek geschikt was om over de schade in en van de Nederlandse aandeelhouders te oordelen, gebundeld in een collectieve actie. Het door de Nederlandse aandeelhouders moeten uitwijken naar de buitenlandse rechter, in dit geval Engeland waar BP statutair gevestigd is, doet daar afbreuk aan. In Engeland is het optuigen van een collectieve actie namelijk complexer, met name door de torenhoge kosten die daaraan verbonden zijn vanwege de werkelijke proceskostenveroordeling bij het verliezen van de procedure en de zekerheid die daarvoor vooraf verlangd kan worden (zie hoofdstuk 4.4 hierna). Weliswaar kan de bevoegdheid van meerdere fora ondoelmatig uitwerken met het oog op een (allesomvattende) schikking met de schadeveroorzakende partij, die in één klap alle procedures wenst te beëindigen, maar dat argument weegt in onze visie niet op tegen de toegankelijkheid van de rechter voor benadeelde partijen, wat dient te prevaleren.

### 2.1.2 *Openstaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang*

De bevoegdheid van de rechter speelt ook (indirect) een rol bij de vraag of de 305a-organisatie bij de burgerlijke rechter ontvankelijk is, indien een rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat. Daarbij kan allereerst worden gewezen op de collectieve actie van de 305a-organisatie Milieudefensie en Adem tegen de Nederlandse Staat met als inzet het verbeteren van de luchtkwaliteit.<sup>18</sup> Uitgangspunt is dat als individuele acties bij de burgerlijke rechter op niet-ontvankelijkheid stuiten wegens aanwezigheid van een met behoorlijke waarborgen omklede, bestuursrechtelijke rechtsgang (en vice versa<sup>19</sup>), groepsacties hetzelfde lot treffen. Volgens de rechtbank komt het aan op de vraag of het met de civiele vordering(en) te bereiken materiële resultaat ook bij de bestuursrechter behaald kan worden.<sup>20</sup> In deze zaak

---

17 HvJ EU 7 maart 1995, NJ 1996/269 (*Shevill*).

18 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.109-4.111.

19 Vgl. Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4582, r.o. 5.9, waarin door een vrede- en mensenrechtenorganisatie die opkwam tegen een wapenexportvergunning tevergeefs werd geprobeerd om een afgesneden rechtsingang bij de bestuursrechter te doorbreken met een beroep op o.a. art. 6 EVRM: “Zoals appellanten hebben erkend in de door hen ingebrachte stukken kunnen zij zich, indien vast staat dat de bestuursrechtelijk weg aan hen niet ter beschikking staat, ingevolge artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek wenden tot de civiele rechter. Daarmee is naar ’s Hof’s oordeel sprake van effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter in de zin van de hiervoor genoemde bepalingen.”

20 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.9.

wordt deze vraag gedeeltelijk ontkennend beantwoord, waar bij een vordering onzekerheid kan bestaan of het materiële resultaat ook bij de bestuursrechter bereikt kan worden, bijvoorbeeld indien geen sprake is van een besluit en onduidelijk is in hoeverre tegen (de schending van) publiekrechtelijke wet- en regelgeving kan worden opgekomen bij de bestuursrechter. In zo'n geval verdient de 305a-organisatie bij de burgerlijke rechter het voordeel van de twijfel, aldus de rechtbank:<sup>21</sup> *“In deze onzekerheid is een rechtstekort gelegen, dat leidt tot ontvankelijkheid.”* Bij gevallen waarin (nog) onzeker is of een gang naar de bestuursrechter openstaat, lijkt een (directe) 305a-actie bij de burgerlijke rechter dus mogelijk.

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2017, stond de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en bestuursrechter eveneens centraal.<sup>22</sup> In deze zaak spreekt een 305a-organisatie twee fokkers van rashonden aan die zich niet houden aan publiekrechtelijke wet- en regelgeving over het houden van dieren, waarbij zij een algemeen verbod op het fokken met bepaalde honden vorderen. Kort vooruitlopend op de ontvankelijkheidseisen is art. 3:305a BW, anders dan de letterlijke wettekst doet vermoeden, niet strikt beperkt tot de bescherming van belangen van personen. Dat ook dierenwelzijn (als aan personen toe te rekenen belangen) daaronder valt, werd al eerder geoordeeld door het Hof Amsterdam.<sup>23</sup> De rechtbank merkt op:<sup>24</sup> *“Dat strikt genomen de doelomschrijving gericht is op (behartiging van belangen van) dieren en niet op personen staat dan ook niet aan een beroep op artikel 3:305a BW in de weg.”* Dat via een collectieve actie niet alleen kan worden opgekomen voor groepsbelangen, maar ook zonder meer voor algemene belangen (die niet kunnen worden geïndividualiseerd), is ook niets nieuws onder de zon.<sup>25</sup> De rechtbank stelt vast:<sup>26</sup> *“Het verweer van de fokkers dat Dier & Recht geen beroep op voormeld artikel toekomt, omdat zij niet gesteld heeft namens de eigenaren van honden met een erfelijke afwijking op te treden, faalt dan ook.”* Bij deze ontvankelijkheidseisen wordt hierna in hoofdstuk 2.2 nader stilgestaan.

Wat betreft de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en bestuursrechter, oordeelt de rechtbank dat het bestaan van een orgaan dat (exclusief publiekrechtelijk) belast is met het toezicht op en de handhaving van de feiten waarop de 305a-organisatie haar verwijten baseert, waarbij de 305a-organisatie in dit geval een handhavingsverzoek kon indienen om zo een besluit te verkrijgen en een rechtsin-

21 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.27.

22 Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800.

23 Hof Amsterdam 13 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0126, r.o. 4.4.

24 Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.7.

25 *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 22, HR 10 november 1989, *NJ* 1991/248 (*Kruisraketten*) en HR 17 juni 1986, *AB* 1987/173 (*De Nieuwe Meer*). Zie voor een recent geval Rb. Den Haag 24 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2809 (*Stichting We Gaan Ze Halen*), r.o. 4.1-4.4. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/197 en A.W. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 8.

26 Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.8.

gang bij de bestuursrechter kon creëren, geen beletsel vormt voor het instellen van een collectieve actie bij de burgerlijke rechter.<sup>27</sup>

*“In dit geval staat echter vast dat er geen besluit ten grondslag ligt aan de vorderingen van Dier & Recht. De fokkers hebben dit immers niet betwist. Evenmin is gesteld of gebleken dat Dier & Recht een verzoek tot handhaving aan een bestuursorgaan heeft gedaan. Een verplichting tot het vervolgen van een reeds ingeslagen administratieve rechtsgang is daarom niet aan de orde. Dat er in het onderhavige geval een administratieve rechtsgang openstaat waarvan Dier & Recht gebruik kan maken, staat niet in de weg aan de mogelijkheid om een civiele procedure te entameren en laat onverlet dat de burgerlijke rechter bevoegd is om van de onderhavige, op onrechtmatige daad gegronde vorderingen kennis te nemen.*

*De fokkers kunnen evenmin in hun verweer worden gevolgd dat in dit geval eerst de bestuursrechtelijke weg dient te worden gevolgd voordat de burgerlijke rechter zich over het geschil mag buigen. Daartoe verplicht geen enkele rechtsregel.”*

Met deze overweging lijkt de rechtbank een verruiming te geven van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad dat een belangenorganisatie alleen ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter in vorderingen voor zover zij daarbij opkomt voor belangen van personen die ter zake geen rechtsingang hebben bij de bestuursrechter of voor zover zij opkomt voor een eigen belang waarvoor zij geen rechtsingang heeft bij de bestuursrechter.<sup>28</sup> Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam lijkt namelijk te volgen dat de 305a-organisatie (of haar achterban) ook ontvankelijk is indien zij een bestuursrechtelijke ingang niet heeft benut, waarbij er geen (algemene) verplichting kan worden aangenomen om gebruik te maken van de bestuursrechtelijke weg die openstaat. Dat oordeel lijkt ons niet juist en staat haaks op de rechtspraak van de Hoge Raad waarin (impliciet) werd geoordeeld dat het aankomt op de vraag of een ‘bestuursrechtelijke rechtsgang’ openstaat (ongeacht of daarvan gebruik is gemaakt).<sup>29</sup>

## 2.2 Ontvankelijkheid van de 305a-organisatie

Voor de ontvankelijkheid van een 305-organisatie dient zij aan vijf vereisten te voldoen (art. 3:305a lid 1 BW): (1) het moet gaan om een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid; (2) met een toereikende statutaire doelomschrijving; en (3) de belangen waarvoor de 305a-organisatie opkomt moeten gelijksoortig zijn en zich zodoende voor bundeling lenen. Verder geldt dat (4) de 305a-organisatie in de gegeven omstandigheden voldoende getracht moet hebben

---

<sup>27</sup> Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.4.

<sup>28</sup> HR 3 september 2004, NJ 2006/28 (*Staat/VAJN en NJCM*) en HR 22 mei 2015, NJ 2016/262 (*Staat/Stichting Privacy First*).

<sup>29</sup> HR 9 juli 2010, NJ 2012/241 (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*) en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde partij te bereiken en (5) de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn (art. 3:305a lid 2 BW), waaronder tevens wordt begrepen dat de 305a-organisatie voldoende belang moet hebben bij de rechtsvordering (art. 3:303 BW).<sup>30</sup>

Ondanks het in vergaande mate uitgekristalliseerde kader over deze eisen, komt het in de praktijk nog steeds voor dat een 305a-organisatie aan (een groot deel van) deze vereisten niet voldoet.<sup>31</sup> Gezien de overlap in de rechtspraak van afgelopen jaar, waarin per uitspraak veelal meerdere ontvankelijkheidseisen aan bod komen, wordt deze rechtspraak hierna doorlopend (zonder nadere onderverdeling) besproken.

Een uitspraak waarin nagenoeg alle ontvankelijkheidseisen aan bod komen, betreft de collectieve actie tegen Aegon over het aandelenleaseproduct Sprintplan.<sup>32</sup> In deze zaak werd de Rechtbank Den Haag, in navolging van andere collectieve procedures die al succesvol waren, opnieuw een oordeel gevraagd over de vraag of Aegon de op haar rustende zorgplicht had geschonden wegens een aantal specifieke aspecten van dit product. Zo liet de Hoge Raad eerder al een uitspraak van het Hof Amsterdam in stand dat Aegon in haar bijzondere zorgplicht ten aanzien van de aanbidding van dit product tekortgeschoten was<sup>33</sup> en oordeelde de Hoge Raad dat de zogeheten hofformule van het Hof Amsterdam voor de berekening van de schade van de individuele beleggers de toets der kritiek kon doorstaan.<sup>34</sup> Een 305a-organisatie die in deze eerder gevoerde collectieve procedures geen partij was, stelt – kort gezegd – een vordering in om een meeromvattende verklaring voor recht te verkrijgen dan reeds was toegewezen en betoogt dat de eerder gewezen hofformule aangepast dient te worden.

Nadat de Rechtbank Den Haag onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis uitgebreid college heeft gegeven over de (formele) ontvankelijkheidseisen in art. 3:305a lid 1 en lid 2 BW, komt de rechtbank tot de volgende oordelen, die wij hieronder samengevat weergeven in verband met de omvang van deze kroniek:

- de 305a-organisatie beschikt over voldoende kennis en vaardigheden om de procedure te voeren, gezien haar feitelijke werkzaamheden uit het verleden conform haar statutaire doelstelling (r.o. 4.10);
- dat de 305a-organisatie volledig wordt gefinancierd door een commerciële organisatie die de administratie verzorgt en de advocaat heeft ingeschakeld, en

---

30 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3.

31 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 18 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4912, r.o. 4.1-4.6.

32 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807.

33 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, waarin het cassatieberoep werd verworpen dat was ingesteld tegen Hof Amsterdam 15 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB7971.

34 HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, gericht tegen de arresten van het Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4982 en ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4983.

die met de individuele deelnemers een *no cure, no pay*-afspraken heeft gemaakt ter hoogte van 20% van een positief resultaat, staat daar niet aan in de weg, omdat (i) het enkel (mede) uit commercieel gewin handelen, (nog) niet meebrengt dat sprake is van ‘*onzuivere*’ commerciële motieven en (ii) de 305a-organisatie transparant is over deze constructie, terwijl niet gezegd kan worden dat haar rol illusoir is, sprake is van een constructie om de wet te omzeilen of misbruik van recht (r.o. 4.11-4.12);

- een 305a-organisatie dient te voldoen aan de vereisten in de Claimcode, ook als (i) zij al twaalf jaren geleden is opgericht, (ii) niet kwalificeert als een ‘*claim of ad-hocstichting*’ en (iii) enkel uit vrijwilligers bestaat, nu zij het voeren van collectieve acties en schikkingsonderhandelingen tot doel heeft (r.o. 4.13);<sup>35</sup>
- dat de 305a-organisatie niet aan de Claimcode voldoet, doet weliswaar afbreuk aan haar geloofwaardigheid, maar hoeft in de omstandigheden van het geval niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden, bijvoorbeeld als – zoals in deze zaak – vaststaat dat de 305a-organisatie geen winstoogmerk heeft, wordt bestuurd door onbezoldigde vrijwilligers die (deels) zelf ook geraakt worden door de uitkomst van de procedure en transparantie betracht over haar (financierings)constructie. De betrokkenheid van een andere vennootschap die haar ondersteunt kan op zichzelf niet als ontoelaatbaar worden bestempeld (r.o. 4.14);
- voor de ontvankelijkheid is echter ook van belang of met de ingestelde rechtsvordering de doelen van een collectieve actie worden gediend, namelijk of een meer effectieve en efficiënte rechtsbescherming valt te verwachten dan bij individuele geschillenbeslechting, waarbij – zoals in deze zaak – gekeken moet worden of de ‘nieuwe’ collectieve actie in navolging van eerdere collectieve acties die aanvullende rechtsbescherming biedt (r.o. 4.17);
- hetgeen niet het geval is – zoals in deze zaak – bij verwijten die wél in de eerdere collectieve acties zijn ingesteld, maar niet succesvol zijn gebleken of (nog) niet zijn beoordeeld, terwijl van nieuwe feiten of bewijs geen sprake is. Bovendien is niet gebleken hoeveel betrokkenen nog daadwerkelijk de collectieve actie steunen en daarbij concreet belang hebben met een vordering die (nog) niet is verjaard, in welk geval niet aan de representativiteitseis zal zijn voldaan, die weliswaar formeel niet in de wet staat opgenomen, maar wel in materieel opzicht van belang is (r.o. 4.16);
- dat het ontbreken van gezag van gewijsde (bindende kracht) van beslissingen in eerdere collectieve acties voor individuele leden uit de achterban en de 305a-organisatie die daarin geen partij was, daaraan niet af doet, omdat art. 3:303 BW vereist dat de 305a-organisatie (en haar achterban) voldoende belang heeft bij de ingestelde rechtsvordering (r.o. 4.18-4.24);

---

35 In het Wetsvoorstel voor een collectieve schadevergoedingsactie wordt op grond van het overgangsrecht een lopende collectieve actie afgewikkeld op grond van het huidige art. 3:305a BW om te voorkomen dat een belangenorganisatie ineens aan de nieuwe (strengere) eisen van de nieuwe wet moet voldoen, waarover meer in hoofdstuk 3 van deze kroniek. Eenzelfde redenering was volgens ons ook hier op zijn plaats geweest.



- dat zonder noodzaak van aanvullende rechtsbescherming de vordering dus niet-ontvankelijk is, omdat uit niets blijkt “dat de wetgever bij een gehele of gedeeltelijke definitieve afwijzing van een rechtsvordering in het kader van een collectieve actie tevens de mogelijkheid heeft willen creëren van een herhaling van zetten in een nieuwe collectieve actie op initiatief van een andere belangenorganisatie op basis van enkel nieuwe argumenten (in essentie: reken-voorbeelden), zonder nieuwe feiten of bewijsmiddelen. Dit zou ook geen afwijking van de normale regel van procesrecht, inhoudende dat men zelf voor zijn belangen opkomt, rechtvaardigen.” (r.o. 4.25-4.26).

Het voorgaande leidt de Rechtbank Den Haag tot de slotsom “dat niet aan de orde is een situatie waarin zonder bundeling van de belangen zoals door de belangenorganisatie tot stand gebracht, een efficiënte en/of effectieve rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen niet onaanzienlijk zou kunnen worden bemoeilijkt” zoals art. 3:305 lid 1 BW vereist, waarbij “ook onvoldoende feiten [zijn] gesteld die aannemelijk maken dat een voldoende representatieve groep van betrokkenen uiteindelijk baat zal hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen” (toevoeging auteurs) zoals de laatste volzin in art. 3:305 lid 2 BW vereist.

Op hoofdlijnen delen wij de uitkomst in deze procedure. Het toestaan van een ‘tweede kans’ aan ‘nieuwe’ 305a-organisaties die op basis van dezelfde feiten en gronden een herkansing wensen, doet niet alleen afbreuk aan de regeling in art. 3:305a BW, maar ook aan de rechtszekerheid in het algemeen. Een *neverending story* moet worden voorkomen. Dat doet de positie van de achterliggende individuen niet tekort. Als zij immers van mening zijn dat de 305a-organisatie(s) hun belangen niet adequaat behartigt, dan kunnen zij zich onttrekken aan de collectieve actie om zelfstandig hun geluk te beproeven (art. 3:305a lid 5 BW). Het verweer van Aegon dat de vorderingen in deze zaak waren verjaard, dat volgens de rechtbank relevant is voor de vraag of de 305a-organisatie ontvankelijk is, wordt hierna in hoofdstuk 2.6.2. besproken.

Het derde vereiste – dat de belangen gelijksoortig moeten zijn en zich zodoende voor bundeling lenen – kwam ook aan de orde in een andere collectieve woekerzaak tegen Aegon, waarin eerder al werd geoordeeld dat de vordering ten aanzien van 112 van de 115 beleggingsproducten niet-ontvankelijk was, omdat de 305a-organisatie niet aan de op haar rustende stelplicht had voldaan dat deze producten “zeer vergelijkbare productkenmerken hebben als (één van) de drie voorbeeldproducten en of zij op dezelfde, althans vergelijkbare wijze tot stand zijn gekomen.”<sup>36</sup> In de uitspraak van 28 juni 2017 doet de Rechtbank Den Haag uitspraak over de ontvankelijkheid van de 305a-organisatie ten aanzien van de resterende drie ‘voorbeeldproducten’ KoersPlan, VermogensPlan en FundPlan, in welk kader de

36 Rb. Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12213, r.o. 4.1-4.10.

stellingen wel concreet waren uitgewerkt.<sup>37</sup> De rechtbank oordeelt dat ten aanzien van deze voorbeeldproducten de belangen voldoende gelijksoortig zijn, ook al stond vast dat deze producten – die gemeen hebben dat ze door Aegon werden aangeboden – onderling verschilden en niet aan elkaar gelijk te stellen zijn. De Rechtbank Den Haag toetst in dat kader enkel of de belangen per voorbeeldproduct voldoende gelijksoortig zijn. Dat is het geval, nu ieder voorbeeldproduct dezelfde productkenmerken had, ‘overwegend’ via een tussenpersoon tot stand kwam en bij het aanbieden daarvan ‘min of meer’ vergelijkbare bescheiden werden verstrekt. De conclusie luidt dat per voorbeeldproduct “zowel de wijze van aanbieden en afsluiten van de desbetreffende producten als de contractdocumentatie voldoende uniform [is] om de verwijten te kunnen beoordelen zonder onderzoek te doen naar de situatie van de individuele verzekeringsnemers”.<sup>38</sup> (toevoeging auteurs) Daarmee is de 305a-organisatie er nog niet, want feit blijft dat de drie voorbeeldproducten onderling wél verschilden. Dat vormt dan echter geen beletsel (meer), aldus de rechtbank.<sup>39</sup>

*“Daarmee voldoet de Vereniging in ieder geval per voorbeeldproduct aan het vereiste van een voldoende gelijksoortig belang. Het komt een doelmatige en efficiënte procesvoering ten goede dat de Vereniging deze drie door Aegon aangeboden voorbeeldproducten gelijktijdig aan de rechtbank voorlegt, temeer omdat de contractdocumentatie van KoersPlan en VermogensPlan op onderdelen gelijkluidend is en een aantal verwijten ten aanzien van de onderscheidene voorbeeldproducten hetzij gelijkluidend is, hetzij zich voor gezamenlijke behandeling leent.”*

Gelet hierop lijkt van een informele voeging van zaken door middel van het aanbrengen van één procedure door een 305a-organisatie sprake. Daarmee wordt voorkomen dat een 305a-organisatie die tegen één gedaagde partij wenst te ageren vanwege eenzelfde verwijt ten aanzien van verschillende (beleggings)producten (diensten of (niet-gedane) mededelingen), dat via separate procedures moet doen, mits ten aanzien van ieder product aan de stelplicht wordt voldaan dat de ingestelde vorderingen strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen die zich lenen voor bundeling. In onze ogen een gewenste uitkomst.

Verder werd in deze zaak nog door Aegon betoogt dat de 305a-organisatie geen belang (meer) had bij haar vorderingen, het vijfde vereiste, omdat voor de betreffende producten een ‘totaaloplossing’ was geboden in de vorm van productverbeteringen (waardoor de verwijten waren achterhaald), waarmee een grote meerderheid van de achterban van de stichtingen (97% en 98,6%) had ingestemd. De rechtbank overweegt op dat punt.<sup>40</sup>

---

37 Rb. Den Haag 28 juni 2017, *JOR* 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart.

38 Rb. Den Haag 28 juni 2017, *JOR* 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 2.26.

39 Rb. Den Haag 28 juni 2017, *JOR* 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 2.27.

40 Rb. Den Haag 28 juni 2017, *JOR* 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 2.29.

*“De rechtbank stelt voorop dat zij terughoudend dient te zijn met het afwijzen van een vordering vanwege het ontbreken van voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW. In het algemeen mag voldoende belang worden verondersteld. Alleen bij uitzondering moet een eiser bewijzen voldoende belang te hebben. Zo’n uitzonderingssituatie doet zich ten aanzien van de gevorderde verklaringen voor recht in dit geval naar het oordeel van de rechtbank niet voor. Uit het eigen standpunt van Aegon volgt reeds dat het door haar als regulier beleggingsrisico en door de Vereniging als crashrisico aangeduide risico van de voorbeeldproducten niet is begrepen in de Stichtingsakkoorden en andere productverbeteringen. Voorts betekent het breed gedragen zijn van de door velen geaccepteerde oplossing waarin Aegon heeft voorzien, niet dat de Vereniging daarmee geen processueel of materieel belang in de zin van artikel 3:303 BW heeft of kan hebben bij haar vorderingen. Nu ook overigens niet is gesteld of gebleken dat zij dergelijk belang ontbeert, dient te worden aangenomen dat zij voldoende belang heeft. Ook dit verweer van Aegon faalt derhalve.”*

Op twee gronden wordt het verweer van Aegon dus afgewezen: enerzijds was door de 305a-organisaties een ‘nieuw’ verwijt aan de vorderingen ten grondslag gelegd dat niet betrokken was in de geboden totaaloplossing door Aegon, anderzijds is het breed gedragen zijn en de acceptatie van de totaaloplossing door de achterban van de 305a-organisaties, *an sich* geen omstandigheid die aan het voeren van de collectieve procedure in de weg staat.

Het derde vereiste stond ook ter discussie in de collectieve actie van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten tegen de Nederlandse Staat.<sup>41</sup> Hierin werd door de 305a-organisatie een verklaring voor recht gevorderd dat de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige bestuursrechtspraak over een voormalige officier uit Afghanistan, die naar Nederland was gevlucht en waarvan de asielaanvraag was afgewezen. De Staat voert het verweer dat de vordering wegens onrechtmatige rechtspraak zich naar haar aard niet leent voor een collectieve actie, omdat in een dergelijk geval de individuele omstandigheden van het geval leidend zijn. De Rechtbank Den Haag oordeelt anders:<sup>42</sup>

*“De Staat wijst er terecht op dat bij onrechtmatige rechtspraak vaak specifieke feiten en omstandigheden van het geval aan de orde zijn. (...)*

*Hoewel de beoordeling in een procedure naar aanleiding van een afgewezen asielaanvraag bij uitstek individueel is, betreft de gestelde onrechtmatige toepassing van EU-recht door de Afdeling een onderdeel van die beoordeling die in alle zaken van voormalig KhAD/WAD (onder-)officieren wordt toegepast. Daarmee lenen de vorderingen van [eiser sub 1] cs zich voor bundeling van belangen in een collectieve actie. Noch de tekst, noch de kennelijke strekking van artikel 3:305a BW staat eraan in de*

41 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809.

42 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, r.o. 5.2-5.4.

*weg dat een collectieve actie een gebundeld belang kan dienen van partijen ten aanzien van wie, op grond van dezelfde overwegingen ten aanzien voor hen gelijke feiten en omstandigheden, een rechterlijk oordeel is geveld.”*

Uit deze uitspraak volgt dus dat 305a-organisaties kunnen opkomen voor gebundelde gevallen, waarin (ten onrechte) eenzelfde (bestendige) norm is toegepast in overheidsrechtspraak, waarbij de relevante (objectieve) feiten en omstandigheden gelijk zijn (zoals hier de nationaliteit en voormalige functie van de vluchteling). Dat in een dergelijke collectieve actie slechts één concreet geval wordt voorgelegd, vormt in dat kader geen beletsel, indien er (naar verwachting) meer gelijke gevallen zijn waarin de (bestendige) norm is toegepast.<sup>43</sup>

Ook in de eerder al genoemde collectieve actie van de 305a-organisatie Milieudefensie en Adem tegen de Nederlandse Staat met als inzet het verbeteren van de luchtkwaliteit, staat het derde vereiste ter discussie:<sup>44</sup>

*“Vaststaat dat deze grenswaarden niet op deze (na derogatie geldende) uiterste data zijn gehaald. Daarmee staat vast dat de Staat zijn eerste verplichting heeft geschonden. Dat op zichzelf is echter onvoldoende voor toewijzing van vordering III. De rechtbank licht dat als volgt toe.*

*Het belang bij de onder III gevorderde verklaring voor recht over de schending van de eerste verplichting kan alleen zijn gelegen in de betekenis daarvan voor eventuele schadeplichtigheid van de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad. Het gaat immers om een nalaten dat reeds heeft plaatsgevonden. In deze situatie, waarin de gevorderde verklaring voor recht alleen van belang is voor de schade, is alleen plaats voor toewijzing van de verklaring voor recht indien deze betrekking heeft op onmiddellijk getroffen personen van wie voldoende aannemelijk is dat zij schade hebben geleden als gevolg van het in de verklaring voor recht omschreven onrechtmatig handelen. Gesteld noch gebleken is dat dit voor wat betreft de schending van de eerste verplichting door de Staat aan de orde is ten aanzien van eisers 3 t/m 23. Zij hebben uitvoerig, maar alleen in algemene termen gewezen op de (zeer) ernstige gevolgen die luchtvervuiling met NO<sub>2</sub> en PM<sub>10</sub> kan hebben voor de volksgezondheid. Over de gevolgen die zij individueel (mogelijk) ondervinden van de schending van de eerste verplichting hebben zij echter niets concreets gesteld.*

*Datzelfde geldt voor de personen voor wiens gebundeld belang Milieudefensie en Adem opkomen. Voor hen geldt bovendien dat de vraag of de Staat (...) onrechtmatig heeft gehandeld jegens personen voor wiens gebundeld belang zij in deze procedure opkomen, alleen kan worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden van het individuele geval, die per persoon zeer verschillend kunnen zijn. Concrete*

---

43 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11809, r.o. 5.5.

44 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.109-4.111.

*omstandigheden zijn echter niet gesteld. Van belang zijn bijvoorbeeld de specifieke locaties waar de overschrijdingen zich precies voordeden, tot welke concrete schadelijke gevolgen het niet op 11 juni 2011 en 1 januari 2015 niet voldoen aan de grenswaarden voor PM10 en NO2 heeft geleid en de vraag of is voldaan aan het vereiste van causaal verband tussen de schending van deze verplichting door de Staat en de schade. Deze onlosmakelijke samenhang met de bijzondere omstandigheden van de individuele gevallen, betekent dat op dit punt sprake is van een belang dat zich onvoldoende laat veralgemeniseren om te kunnen worden gerekend tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft. Vergelijk HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (Vie d'Or). Deze collectieve procedure op de voet van artikel 3:305a BW leent zich dus niet voor de (verdere) vaststelling of de schending van de eerste verplichting onrechtmatig is jegens Milieudefensie en Adem.”*

Uit deze overwegingen volgt dat de gevorderde verklaring voor recht door de 305a-organisatie op twee gronden wordt afgewezen (ook al stelt de rechtbank vast dat de Staat in strijd met de Europese Richtlijn heeft gehandeld door grenswaarden voor de luchtkwaliteit in Nederland niet op tijd na te leven). Allereerst wordt geoordeeld dat de schade van de achterban van de 305a-organisatie onvoldoende aannemelijk is gemaakt, waardoor geen belang bij de gevorderde verklaring voor recht bestaat. Dat oordeel is op zichzelf juist. Voor zover de achterban geen schade lijdt (althans dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt), zal de gevorderde verklaring voor recht immers geen meerwaarde bieden aan die achterban. Enkel indien de 305a-organisatie op grond van haar statuten (ook) voor een eigen (vermogensrechtelijk) belang opkomt bij de collectieve actie zou dat anders kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld in de klimaatzaak Urgenda,<sup>45</sup> maar behartiging van een dergelijk eigen (ideëel) belang op grond van de statuten deed zich volgens de rechtbank in dit geval niet voor.<sup>46</sup> Uit de tweede afwijzingsgrond, dat de vordering zodanig individueel van aard is (gezien de concrete omstandigheden van het geval per individu) dat een collectieve actie ongeschikt is ter bundeling van de belangen, vloeit voort dat ook als de schade van de achterban wél voldoende aannemelijk zou zijn gemaakt, de 305a-actie alsnog niet kan slagen. Dit omdat de rechtspositie van de individuen onvoldoende gelijk is.

In onze ogen neemt de rechtbank hier een omweg met een verwarrende uitkomst; geconcludeerd had moeten worden tot niet-ontvankelijkheid van de 305a-organisatie, omdat de belangen zich niet voor bundeling lenen (gezien de individuele aard van de vordering), waarbij (vervolgens) in het midden gelaten had kunnen worden of de schade voldoende aannemelijk was gemaakt door de 305a-organisatie (waarmee de rechtbank haar overweging begint). Aan die rechtsvraag komt de rechtbank dan immers niet meer toe.

45 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

46 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.11.

Tot slot kan nog worden gewezen op het vierde vereiste: het vooroverleg op straffe van niet-ontvankelijkheid. In de eerder aangehaalde uitspraak over de collectieve actie van Dier & Recht tegen twee fokkers van honden, oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat dit vereiste niet te streng geïnterpreteerd moet worden:<sup>47</sup>

*“Vooropgesteld dient te worden dat artikel 3:305a, tweede lid BW niet onverkort vereist dat sprake is geweest van voorafgaand (constructief) overleg. (...) Uit het partijdebat is voldoende gebleken dat ook een constructief en inhoudelijk voorafgaand overleg gelet op de over en weer betrokken standpunten niet een procedure had kunnen voorkomen, zodat een dergelijk overleg in de gegeven omstandigheden zinloos zou zijn geweest. Partijen hebben dit ter comparitie ook erkend.”*

Dat het vereiste vooroverleg in art. 3:305a lid 2 BW meer een formaliteit is (geworden), blijkt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Gelderland over de collectieve actie van vakbonden tegen Monuta: *“Aan Monuta moet worden toegegeven, dat van in enigerlei mate als constructief aan te merken overleg tussen partijen niet is gebleken. Genoemde bepaling eist naar het oordeel van de kantonrechter evenwel niet onverkort dat sprake is geweest van voorafgaand overleg.”* Ook een uitspraak van de Rechtbank Den Haag over de Stichting We Gaan Ze Halen bevestigt dat soepel wordt omgegaan met het vereiste, indien de verwachting bestaat dat vooroverleg niet tot enig resultaat zou hebben geleid:<sup>48</sup>

*“De Staat voert op zichzelf terecht aan dat de Stichting zeer recent is opgericht. Acties die vooraf zijn gegaan aan de oprichting van de Stichting kunnen in beginsel geen invulling geven aan de overlegverplichting van de Stichting. Uit die acties kan evenwel worden afgeleid dat overleg tussen de Stichting en de Staat niet tot inwilliging van het gevorderde zou hebben geleid. De Staat heeft zich immers steeds op het standpunt gesteld dat hij voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Besluiten. Ook in deze procedure heeft de Staat erkend dat overleg met de Stichting niet tot enig resultaat zou hebben geleid. Gelet hierop is de voorzieningenrechter van oordeel dat het voeren van overleg niet meer van de Stichting behoeft te worden verlangd, zodat de Stichting kan worden ontvangen in haar vorderingen.”*

Daarmee wordt ook afgelopen jaar weer in de rechtspraak bevestigd dat het vereiste vooroverleg ter waarborging van een ‘serieuze uitnodiging tot het voeren van overleg’ niet (meer) al te strikt wordt beoordeeld.<sup>49</sup> Het vereiste lijkt enkel nog te beogen dat voorkomen wordt dat belangenorganisaties onverhoeds acties ontplooiën, waardoor een wederpartij wordt overvallen.<sup>50</sup> Voldoende voor de inhoud van het vooroverleg is dat de gedaagde partij door de 305a-organisatie van haar stellingname op de hoogte is

---

47 Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.9.

48 Rb. Den Haag 24 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2809 (Stichting We Gaan Ze Halen), r.o. 4.4.

49 Hof Arnhem 9 augustus 2005, NJ 2006/68 (Bouwbedrijf Van Wijnen Oost/FNV Bouw).

50 Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 28.

gebracht. Dat de exacte stellingen pas later in de dagvaarding en gedurende de 305a-procedure verder worden aangescherpt, vormt daarbij geen beletsel, indien het verwijt in de kern gelijk blijft.<sup>51</sup> Daarbij doet de 305a-organisatie er overigens verstandig aan deze (vertaalde) correspondentie (in de taal van de gedaagde partij) aangetekend te versturen, omdat bij betwisting van ontvangst, zij daarvan de bewijslast draagt (art. 3:37 BW)<sup>52</sup> op straffe van niet-ontvankelijkheid.<sup>53</sup>

### 2.3 Samenloop met een collectieve actie

#### 2.3.1 Deelgeschilprocedure

In de kroniek van afgelopen jaar werd de zaak van *FNV* tegen *Smit Draad* al besproken, waarin op de voet van art. 3:305a BW wordt gevorderd werkgevers-aansprakelijkheid vast te stellen. Bundeling van de belangen van de werknemers met het oog op (beschermende) voorlopige voorzieningen ex art. 233 Rv werd toegestaan, maar in de vordering voor recht te verklaren dat *Smit Draad* als werkgever wegens schending van haar zorgplicht aansprakelijk is voor de daarmee samenhangende schade, werd de 305a-organisatie niet-ontvankelijk verklaard (gezien de individuele aard van het verwijt).<sup>54</sup> Tegen het laatste oordeel loopt hoger beroep bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, dat naar onze verwachting succesvol zal zijn.<sup>55</sup>

Dit jaar verscheen opnieuw een relevante uitspraak over deze zaak. In een separate deelgeschilprocedure ná het opstarten van de collectieve actie had een werknemster van *Smit Draad* gesteld dat zij gezondheidsklachten had opgelopen door blootstel-

51 Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:303, r.o. 4.4. Vgl. Rb. Oost-Brabant 18 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4912, r.o. 4.5, waaruit volgt dat een enkele sommatie onvoldoende is.

52 Vgl. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5704; HR 4 juni 2004, *NJ* 2004/411 en HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998/897.

53 Rb. Oost-Brabant 18 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4912, r.o. 2.5 en 4.5. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1873, r.o. 3.11-3.12, waarin de vraag of de brief met de uitnodiging voor het vooroverleg in de taal gesteld moet worden van de buitenlandse gedaagde partij onbeantwoord bleef.

54 T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016', in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 98-99 en Rb. Gelderland 25 maart 2016, *JAR* 2016/202, m.nt. B. Barentsen (*FNV/Draad Nijmegen BV*).

55 Rechter lijken geneigd om collectieve acties namens werknemers snel toe te staan. Zie recent Hof Amsterdam 8 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4429, r.o. 3.13, waarin individuele afspraken over een CAO niet via art. 3:305a BW beslecht konden worden, maar wel de vraag of doorbreking van een gewoonte op grond van een CAO in strijd komt met goed werkgeverschap. Zie ook Rb. Gelderland 20 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:342, r.o. 4.8, over een collectieve actie tegen een reorganisatie: "Gelet op artikel 3:305a BW zijn de vakbonden gerechtigd een procedure te overwegen, zelfs al zou geen van de leden individueel dat (willen) doen." Zie voorts Rb. Oost-Brabant 2 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3243, r.o. 3.4: "de aanspraak op een jubileum-uitkering komt toe aan een groep werknemers die de aanspraak gemeenschappelijk hebben en wier belang zich dus leent voor bundeling; het feit dat die aanspraak soms afhangt van een individuele omstandigheid ontnemt er niet het algemene karakter aan."

ling aan diverse chemische stoffen en de rechter verzocht te bepalen dat *Smit Draad* wegens schending van haar zorgplicht aansprakelijk is voor haar schade op grond van art. 7:658 BW. De kantonrechter wijst de vordering af en overweegt:<sup>56</sup>

*“Hoewel de procedure bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (formeel) speelt tussen FNV en Smit Draad en de onderhavige procedure tussen [werkneemster] en Smit Draad, ligt naar het oordeel van de kantonrechter materieel gezien in beide procedures dezelfde rechtsvraag voor. Namelijk de vraag of Smit Draad als werkgever aansprakelijk is jegens haar (ex-)werknemer(s) vanwege onrechtmatige blootstelling aan gevaarlijke stoffen.*

*In de collectieve actie treedt FNV, zoals door de (advocaat-)gemachtigde van [werkneemster], tevens advocaat van FNV zelf is verklaard, op voor de werknemers wier belangen zij behartigt. Het gaat in die procedure dus om een zogenaamde groepsactie. [werkneemster] behoort, dat staat vast, tot de groep van (ex-)werknemers wier belangen FNV behartigt. Haar situatie is zelfs, zoals kan worden afgeleid uit het vonnis in eerste aanleg van 29 juli 2016 en door haar onvoldoende (gemotiveerd) is betwist, in de collectieve actie als voorbeeld genomen.*

*Hoewel een beslissing in een collectieve actie enkel gezag van gewijsde heeft tussen de bij die procedure betrokken partijen, ligt het ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad in de rede een in een collectieve actie verkregen (onrechtmatigheids)oordeel tot uitgangspunt te nemen in eventuele afzonderlijke vervolgproudures. Dit om zo tegenstrijdige beslissingen omtrent de onrechtmatigheidsvraag te kunnen voorkomen (Hoge Raad 27 november 2009, Word Online, ECLI:NL:HR:2009:BH2162).*

*Ook FNV heeft de bedoeling om een in de collectieve actie verkregen oordeel tot uitgangspunt te nemen in eventuele afzonderlijke vervolgproudures. FNV heeft, zo blijkt uit de toelichting van de (advocaat-)gemachtigde van [werkneemster], de collectieve actie ingesteld om met een (collectieve) aansprakelijkheidstelling – onder gebruikmaking van eerder genoemd uitgangspunt van de Hoge Raad – direct over te kunnen gaan tot onderhandeling over de schade in de individuele gevallen.*

*Het voorgaande brengt mee dat, hoewel formeel gezien sprake is van procedures tussen verschillende partijen, thans materieel gezien bij twee verschillende instanties dezelfde rechtsvraag voorligt. Hierdoor bestaat het risico op tegenstrijdige uitspraken over de aansprakelijkheidsvraag, hetgeen moet worden voorkomen. Het verzoek tot het nemen van een beslissing in het deelgeschil is, naar het oordeel van de kantonrechter, gelet hierop in strijd met de eisen van een goede procesorde.”*

Hoe wenselijk deze uitkomst ook mag zijn, juridisch gezien is deze niet juist. In de lopende collectieve procedure van *FNV* ligt namelijk eerst de materiële vraag voor

---

56 Rb. Gelderland 30 juni 2017, *JA* 2017/171, r.o. 4.5-4.7.



of een 305a-organisatie de gevorderde verklaring voor recht überhaupt kan vorderen, gezien de individuele aard van de onderliggende vordering (die per werknemer kan verschillen). Wordt die vraag, net zoals in eerste aanleg, ontkennend beantwoord, dan zal de collectieve actie niet-ontvankelijk worden verklaard en kan de afwijzing van het verzoek van de werknemer in het deelgeschil daar (dus) niet op gegrond worden. Wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan zal nog steeds ná de collectieve actie per individuele werknemer bekeken moeten worden of er sprake is geweest van blootstelling aan gevaarlijke stoffen én dat de betreffende werknemer daardoor schade heeft geleden. Reeds daarop loopt het deelgeschil vooruit, waarin de werknemer aantoonde dat zij met de gevaarlijke stoffen had gewerkt én daardoor schade had geleden (los van de hoogte daarvan). Wij zien niet in waarom het een werknemer niet zou vrijstaan daartoe over te gaan; hij heeft in beginsel het recht zich op ieder moment te onttrekken aan de collectieve actie (art. 3:305a lid 5 BW). Sterker nog, deze uitspraak doet afbreuk aan het beginsel van partijautonomie in het burgerlijk procesrecht (art. 17 Grondwet en art. 6 EVRM). Van strijd met de goede procesorde is in onze ogen dan ook geen sprake, hoogstens een gebrek aan belang van de werknemer (art. 3:303 BW). In onze visie had de rechter in deze zaak de vordering daarom enkel mogen afwijzen – zoals de rechter ten overvloede overwoog – omdat toewijzing daarvan onvoldoende kon bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (gezien het tot de procedure ontbreken van buitengerechtelijke onderhandelingen). Eventueel had hij de zaak in afwachting van de collectieve actie nog kunnen schorsen, mits daar geen onredelijke vertraging vanuit zou gaan (art. 20 lid 1 Rv).

### *2.3.2 Vertegenwoordiging op grond van lastgeving*

Het komt in de praktijk voor dat een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW wordt gecombineerd met het optreden namens een aantal specifieke partijen op grond van een overeenkomst van lastgeving (art. 7:414 BW). Daarbij wordt door deze partijen de last gegeven aan de (305a-)organisatie om tevens op eigen naam een vordering te innen namens die eisers en als zodanig in rechte op te treden.<sup>57</sup> De (305a-)organisatie die in rechte optreedt is dan als lasthebber de formele partij en de eiser(s) als lastgever de materiële partij. In de praktijk wordt deze constructie ook wel aangeduid als ‘cessie ter incasso’, al is van een werkelijke cessie in de zin van art. 3:94 BW geen sprake (zie daarover nader hoofdstuk 2.3.3. hierna).

Voor zover geoordeeld zou worden dat de lastgeving niet geldig is, worden de belangen van dezelfde partijen dan alsnog (subsidiar) behartigd in de procedure op grond van art. 3:305a BW. Bovendien is een voordeel van deze combinatie tussen lastgeving en een collectieve actie dat ook namens partijen die geen last hebben verstrekt (de achterban van de 305a-organisatie), alvast een oordeel kan worden

---

<sup>57</sup> HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/254, r.o. 3.2; HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989/83, r.o. 3.1; HR 3 mei 1991, *NJ* 1992/229, r.o. 3.3; HR 26 november 2005, *NJ* 2005/41, r.o. 3.3 en HR 15 december 2006, *JOL* 2006/803.

verkregen over het handelen of nalaten van de gedaagde partij in de vorm van een verklaring voor recht. De reden om tevens namens een aantal lastgevers op te treden, is er dan met name in gelegen dat ten aanzien van die lastgevers reeds een vordering tot schadevergoeding kan worden ingesteld, die – naast de 305a-actie – tevens beoordeeld kan worden in de collectieve procedure. Dat oordeel over de schadevergoeding ten aanzien van de lastgevers zal dan een belangrijke rol kunnen spelen bij de onderhandelingen namens de achterban die niet via lastgeving in de procedure wordt vertegenwoordigd, maar op grond van art. 3:305a BW, en waarvoor een verklaring van recht is verkregen dat aansprakelijkheid bestaat van de gedaagde partij.

De overeenkomst van lastgeving is vormvrij. Op grond van art. 6:217 BW komt een overeenkomst van lastgeving tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan in de vorm van wilsverklaringen.<sup>58</sup> Op grond van art. 3:37 lid 1 BW kunnen die wilsverklaringen in iedere vorm geschieden en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.<sup>59</sup> Pas indien het verweer van de wederpartij daartoe aanleiding geeft, dient de lasthebber te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden.<sup>60</sup> Meestal wordt voorafgaand aan de procedure met iedere lastgever een schriftelijke overeenkomst van lastgeving gesloten. Ondertekening van die overeenkomst levert bewijs van de lastgeving op (art. 156 Rv). Uit rechtspraak van afgelopen jaar blijkt dat uit de tekst van de lastgevingsvolmacht in ieder geval moet blijken dat die is verstrekt met het oog op de ingestelde procedure en betrekking heeft op de (schade)vordering zoals die is ingesteld<sup>61</sup> en dat de verschillende (ondersteunende) stukken een ‘overzichtelijk geheel’ moeten vormen als bewijs daarvan.<sup>62</sup> Dat de volmacht niet gedateerd is, dat in de volmacht een andere (gelieerde) vennootschap wordt genoemd dan in rechte is betrokken en dat de volmacht is ondertekend door de advocaat van de lastgevers (zonder de onderliggende volmacht bij te voegen), is op zichzelf onvoldoende om het bestaan en/of de geldigheid van deze volmacht te betwisten, aldus het Hof ’s-Hertogenbosch.<sup>63</sup> Daartegenover staat het oordeel van de Rechtbank Gelderland, die het niet-ondertekenen van de volmacht door een partij of waarvan de bevoegdheid niet is aangetoond, juist wel weer als een beletsel lijkt te zien.<sup>64</sup>

In het kader van samenloop tussen een collectieve actie en lastgeving kan worden gewezen op een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in

---

58 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/165.

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/165.

60 HR 26 november 2004, NJ 2005/41, r.o. 3.3 en HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4995.

61 Hof ’s-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5731, r.o. 3.12.3.

62 Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:972, r.o. 5.4.

63 Hof ’s-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5731, r.o. 3.12.3.

64 Rb. Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:972, r.o. 5.4.

het kort geding van Loterijverlies tegen de Staatsloterij.<sup>65</sup> De besloten vennootschap Loterijverlies werkte eerder samen met een 305a-stichting, waarbij de 305a-stichting succesvol een verklaring voor recht vorderde dat – kort gezegd – de Staatsloterij misleidende mededelingen heeft gedaan over haar kansspel.<sup>66</sup> Tot een minnelijke regeling komt het vervolgens niet. Achter de schermen bij Loterijverlies ontstaat een geschil, waarbij de oprichter en bestuurder van de 305a-stichting tijdelijk wordt geschorst. In dat kader oordeelt het Hof Amsterdam dat de oprichter en bestuurder van de 305a-stichting zonder eigen vermogen tekortgeschoten is in zijn statutaire taak om toezicht te houden op Loterijverlies als financier, waarmee onder een gemeenschappelijke naam werd opgetreden en waarbij de 305a-stichting volledig afhankelijk was van die financier, omdat die de procesfinanciering verstrekke (afkomstig van de individuele deelnemers), de advocaat betaalde en de financiën beheerde.<sup>67</sup> De geschorste bestuurder van de 305a-stichting start vervolgens als bestuurder van Loterijverlies een bodemprocedure tegen de Staatsloterij, waarin namens de individuele deelnemers uit de achterban van de 305a-stichting schadevergoeding wordt gevorderd, en legt voor die vorderingen conservatoir beslag onder de Staatsloterij.

In het kort geding tot opheffing van het beslag staat ter discussie of Loterijverlies bevoegd is om de individuele deelnemers te vertegenwoordigen, nu dat eerder gebeurde via de 305a-stichting. Loterijverlies stelt zich op het standpunt dat het van meet af aan de bedoeling is geweest dat zij de individuele aanspraken van de deelnemers te gelde zou maken en dat zij via haar algemene voorwaarden een privaatieve lastgeving van de individuele deelnemers heeft verkregen. De 305a-stichting, die niet betrokken is in de procedure maar via Staatsloterij het woord voert, stelt dat uitsluitend zij gerechtigd is tot het instellen van de vorderingen, in welk kader zij eerder een privaatieve lastgeving ter incasso had verkregen. De Voorzieningenrechter overweegt:<sup>68</sup>

*“dat een privaatieve last tot incasso pas eindigt door opzegging, zodat pas na een dergelijke opzegging de deelnemers die last hebben verleend aan de Stichting zich door een ander dan de Stichting kunnen laten vertegenwoordigen. Binnen het bestek van dit kort geding is niet gebleken dat deelnemers die aan de Stichting een privaatieve last tot incasso hebben verleend die last hebben opgezegd.”*

Omdat niet komt vast te staan dat de privaatieve lastgeving aan de 305a-organisatie is opgezegd, oordeelt de Voorzieningenrechter dat de bevoegdheid van Loterijverlies om in de bodemprocedure op te treden – waarvoor het beslag was gelegd – niet binnen het

65 Rb. Den Haag 10 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2718.

66 HR 30 januari 2015, NJ 2015/377 (*Stichting Loterijverlies.nl*).

67 Hof Amsterdam 31 januari 2017, JOR 2017/157 (*Stichting Loterijverlies*), m.nt. B. Snijder-Kuipers, r.o. 3.15. Zie Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331 voor de uitspraak in eerste aanleg.

68 Rb. Den Haag 10 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2718, r.o. 4.6.

bestek van het kort geding kan worden beoordeeld. Deze overweging verdient signalering, omdat hierin wordt bevestigd dat deelnemers aan een collectieve actie die tevens een last aan de 305a-organisatie verstrekken, zich na afronding van de collectieve actie niet zonder meer zelfstandig of via een andere vertegenwoordiger kunnen optreden in rechte om hun schade laten vaststellen, voordat zij de eerder gegeven last hebben opgezegd (in welk kader een beloning c.q. schadevergoeding verschuldigd kan zijn). Dat voorkomt dat een 305a-organisatie, die bijvoorbeeld op basis van een *no cure no pay*-constructie optreedt en flinke investeringen doet in de collectieve actie, uiteindelijk de vruchten daarvan (in de vorm van een resultaatsafhankelijke beloning) niet kan plukken. Het nadeel van lastgeving ten opzichte van het overdragen van de vordering via cessie aan de (305a-)procespartij, namelijk dat bij cessie een individuele deelnemer überhaupt geen rechten meer te gelde heeft te maken (zij het dat bij cessie mededeling of registratie moet plaatsvinden ex art. 3:94 BW), wordt daarmee ondervangen, al zal dat reeds in de praktijk opgelost worden door die eigen bevoegdheid van de deelnemers als lastgevers contractueel uit te sluiten (art. 7:423 BW). Tot opzegging van de last zijn de deelnemers, maar ook derden (zoals de gedaagden in de procedure), dan aan die uitsluiting gebonden.

Overigens brengt een rechtsgeldige lastgevingsconstructie in een procedure nog niet mee dat bij de beoordeling van een (zelfstandige) 305a-actie in die procedure geen belang meer bestaat. Mogelijk is immers dat deels voor lastgevers wordt opgetreden (en ook schadevergoeding wordt gevorderd) en deels voor een 305a-achterban. Dat volgt zowel uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de collectieve actie van voormalige obligatiehouders van bedrijfswagenfabrikant DAF tegen EY,<sup>69</sup> als een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch over een collectieve actie van De Nederlandse Zuivelorganisatie.<sup>70</sup> Beide vorderingen moeten dan afzonderlijk beoordeeld worden, mits zelfstandig en naast elkaar (niet primair en subsidiair) ingesteld. In een andere uitspraak oordeelt de Rechtbank Rotterdam evenwel anders:<sup>71</sup> *“Als jegens de volmachtgevers onrechtmatig mocht blijken te zijn gehandeld dan volgt, vanzelfsprekend, reeds daaruit dat voor recht verklaard kan worden dat er onrechtmatig is gehandeld. Daar heeft VbV art. 3:305a BW niet voor nodig, zij heeft ook uit hoofde van de volmachten voldoende belang.”* Met deze overweging van de rechtbank, dat de 305a-vordering niet meer beoordeeld hoeft te worden omdat de vordering namens de in dit geval gevolmachtigden al slaagt, miskent de rechtbank het zelfstandige karakter van de 305a-vordering ten behoeve van belanghebbenden die (nog) geen last (en volmacht) hebben verstrekt en waar al wél voor kan worden opgetreden in de procedure.

In de bodemzaak van *Loterijverlies* tegen de *Staatsloterij*, gooit de Rechtbank Den Haag het over een andere boeg dan de Voorzieningenrechter.<sup>72</sup> Kort gezegd kan

---

69 Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373.

70 Hof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5731.

71 Rb. Rotterdam 1 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8912.

72 Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512.

volgens de rechtbank in het midden blijven of de besloten vennootschap *Loterijverlies* de privatieve last daadwerkelijk rechtsgeldig heeft verkregen, omdat die privatieve last voor *Loterijverlies* een bevoegdheid bevat om een procedure te starten namens de gedupeerde loterijdeelnemers, die in dit geval wordt misbruikt (art. 3:13 en 3:15 BW). Dat oordeel baseert zij niet alleen op het gegeven dat de loterijdeelnemers ervan mochten uitgaan dat hun belangen exclusief werden behartigd door de 305a-organisatie, maar ook (onder meer) op een reflexwerking van de regeling in art. 3:305a BW op de besloten vennootschap *Loterijverlies* die namens het collectief de vordering tot schadevergoeding instelt en niet voldoet aan de daarin opgenomen regeling.<sup>73</sup>

*“Aan het oordeel dat de belangen van de deelnemers bij Loterijverlies B.V. onvoldoende zijn gewaarborgd draagt verder bij dat Loterijverlies B.V. niet werkt volgens de beginselen van de op 1 juli 2011 in werking getreden Claimcode. Weliswaar is deze code strikt genomen alleen van toepassing op verenigingen en stichtingen, maar de rechtbank ziet op de in 5.3 vermelde gronden en het gegeven dat Loterijverlies B.V. zich thans als zelfstandige claimorganisatie presenteert en voor het eerst Staatsloterij in rechte heeft betrokken in een collectieve actie, die in wezen neerkomt op een collectieve schadevergoedingsactie, voldoende aanleiding om ook ten aanzien van de besloten vennootschap Loterijverlies B.V. hieraan betekenis toe te kennen. Dat Loterijverlies B.V. stelt te procederen op grond van privatieve lastgevingen en niet op de voet van artikel 3:305a BW doet immers niet af aan de strekking van de onderhavige procedure. De Claimcode verwoordt een aantal elementaire principes die betrekking hebben op goed bestuur en transparantie en stelt onder meer eisen aan de taak en werkwijze van het bestuur van claimorganisaties. Zo eist de Claimcode behartiging van collectieve belangen zonder winstoogmerk, de instelling van een onafhankelijke raad van toezicht die toezicht houdt op de financiën en schrijft zij voor dat belangenverstrengeling moet worden vermeden. Ook geeft de Claimcode regels over de beloning van bestuurders. De Claimcode heeft weliswaar geen formele status, maar sluit blijkens de literatuur en jurisprudentie aan bij heersende maatschappelijke opvattingen over (onder meer) claimorganisaties, hun werkwijze en het toezicht op hun bestuurders. Opmerking verdient hierbij dat de wetgever, zoals weergegeven onder 5.8 e.v., in navolging van deze maatschappelijke opvattingen verschillende principes uit de Claimcode heeft willen codificeren met het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 3:305a BW en hierin algemene ontvankelijkheidseisen heeft geformuleerd, die zien op de inrichting van de belangenorganisatie en zowel voor de reguliere collectieve actie als de collectieve schadevergoedingsactie gelden, waaronder de ontvankelijkheidseis 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.”*

73 Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512, r.o. 5.17.

Wij denken niet dat deze reflexwerking van art. 3:305a BW ook buiten dit specifieke geval kan worden toegepast op gevallen waarin niet via art. 3:305a BW wordt opgetreden namens een collectief, maar op basis van lastgeving of cessie (ook al is de ‘*strekking*’ van deze procedures in zekere zin gelijk). Enerzijds kan een (beperkte) reflexwerking gewenst zijn ter waarborging van de kwaliteit en rechten van gedupeerden die zich in rechte laten vertegenwoordigen door (commerciële) organisaties, anderzijds staat dat haaks op de (contract)vrijheid van partijen. Het laatste dient in onze ogen te prevaleren zolang de wetgever niet ingrijpt, waarbij deze vorm van reflexwerking gereserveerd moet blijven tot specifieke gevallen waarin het handelen van de vertegenwoordigende partij – zoals hier de bestuurder achter *Loterijverlies* – het daglicht niet kan verdragen en een procedure op oneigenlijke gronden wordt gestart (ter omzeiling van de schorsing van die bestuurder bij de 305a-stichting).

### 2.3.3 *Vertegenwoordiging op grond van cessie*

Ook een cessie kan gecombineerd worden met een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW. Bij cessie oefent de cessionaris een eigen vorderingsrecht uit en is hij zowel de formele als de materiële procespartij. Vereist daarvoor is dat partijen een reële overdracht beogen (art. 3:84 lid 3 BW). Goederenrechtelijk gezien valt de vordering voortaan in het vermogen van de verkrijger; de (305a-)organisatie.<sup>74</sup> De overdracht moet plaatsvinden in een daartoe bestemde akte en van de overdracht moet mededeling worden gedaan aan de partij tegen wie het recht kan worden uitgeoefend (art. 3:94 lid 1 BW). Dat betreft een openbare cessie. Daarnaast kan de overdracht plaatsvinden door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:94 lid 3 BW). Dat betreft een stille cessie. In de procedure kan de gedaagde partij verlangen dat een door de oorspronkelijke schuldeiser gewaarmerkt uittreksel van de akte van cessie en de titel ter hand wordt gesteld (art. 3:94 lid 4 BW).

Het instellen van een collectieve actie namens partijen die hun vordering reeds via cessie hebben overgedragen aan de (305a-)procespartij, is niet meer mogelijk, omdat zij de (schade)vordering niet langer bezitten. Een collectieve actie instellen namens die partijen is dan nog enkel subsidiair mogelijk, voor zover primair komt vast te staan dat de cessie niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Dat neemt niet weg dat ook hier, net zoals bij lastgeving, een samenloop denkbaar is indien deels op grond van cessie (indirect) wordt opgetreden namens een aantal met naam genoemde partijen ten behoeve van wie het al wenselijk is om schadevergoeding te vorderen en deels op grond van art. 3:305a BW om een verklaring voor recht te verkrijgen voor een achterban van de 305a-organisatie die hun vordering (nog) niet hebben gecedeerd aan de (305a-)organisatie. In dat kader biedt cessie ten opzichte van lastgeving nog als voordeel dat ook ná het starten van de procedure nog ‘nieuwe’ gecedeerde vorderingen aan de (305a-)procespartij (via een eisvermeerdering) in de procedure kunnen worden

---

74 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/359.

betrokken, terwijl dat bij een uitbreiding van de achterban op grond van lastgeving voor ‘nieuwe’ personen ná de dagvaarding niet wordt toegestaan.<sup>75</sup>

Een belangwekkende uitspraak over cessie, waarin overigens van samenloop met een collectieve actie geen sprake is (maar wel denkbaar zou zijn geweest), betreft de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 september 2017 over een luchtvaartkartel. In deze zaak had een stichting op basis van cessie de vorderingen verkregen van een groot aantal gedupeerden.<sup>76</sup> In deze uitspraak staat onder meer de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de rechtsgeldigheid van de cessies aan de stichting centraal. De discussie omtrent het fiduciaverbod en of de vorderingen voldoende bepaalbaar waren, laten wij in het kader van deze kroniek verder buiten beschouwing.

Na betwisting van de ontvankelijkheid en bevoegdheid van de stichting om namens de gedupeerden op te treden, werd door de stichting de getekende cessiedocumentatie in het geding gebracht. De rechtbank oordeelt als volgt:

*“De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat indien de in het geding gebrachte documentatie per shipper bevat: (i) de cessieovereenkomst (titel) en (ii) de akte van cessie, en (iii) duidelijk is dat die zijn getekend/verstrekkt door de cedent, in voldoende mate vaststaat dat Equilib rechthebbende op de vorderingen is, tenzij er concrete aanwijzingen zijn, aan te dragen door de luchtvaartmaatschappijen, dat desondanks geen rechtsgeldige cessie heeft plaatsgevonden.*

*Daarbij is van belang dat de debitor cessus (en de rechtbank) op basis van de documentatie kan vaststellen dat de cedent en cessionaris daadwerkelijk hebben beoogd om de vordering(en) over te dragen. Verder is relevant dat zowel de cessieovereenkomst als de akte van cessie tot stand zijn gekomen vóór de mededeling van de cessie, want pas met de mededeling is de levering van de vordering voltooid (artikel 3:94 lid 1 BW). Niet juist is evenwel – anders dan de luchtvaartmaatschappijen hebben betoogd – dat van een geldige cessie geen sprake kan zijn als eerst de akte van cessie is getekend en pas daarna de titel in een document (cessieovereenkomst) is vastgelegd.*

*Weliswaar is het verstrekken van de cessiedocumentatie geen voorwaarde voor de geldigheid van de cessie (vgl. artikel 3:94 lid 4 BW), maar dat betekent niet dat Equilib niet gehouden is aan te tonen dat de vorderingen die zij in deze procedure instelt daadwerkelijk aan haar zijn overgedragen, met andere woorden dat zij rechthebbende is op die vorderingen. Dit geldt te meer in gevallen als de onderhavige waar de*

---

75 Zie o.a. Hof Leeuwarden 4 februari 2004, NJF 2004/300; HR 22 oktober 2003, NJ 2006/202; HR 2 april 1993, NJ 1993/573; HR 26 juni 1985, NJ 1986/307; HR 19 oktober 1979, NJ 1980/299; Hof Amsterdam 21 juni 1951, NJ 1952/102 en Hof Amsterdam 26 januari 1978, NJ 1980/109.

76 Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607.

*mededeling is gedaan door de cessionaris en niet door de cedent. Dan is voorzichtigheid op zijn plaats, zoals de luchtvaartmaatschappijen terecht betogen. Het ligt evenwel op de weg van de luchtvaartmaatschappijen om concreet te betwisten dat de cessies rechtsgeldig hebben plaatsgevonden. Zij zullen met concrete aanwijzingen moeten komen dat de cedent niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd, de cessie niet heeft gewild, dan wel dat de cessie om een andere reden geen rechtsgevolg heeft gehad.”*

Met andere woorden: na het inbrengen van de cessiedocumentatie is het vervolgens aan de gedaagde partij om in het kader van zijn gemotiveerde stelplicht ‘concrete aanwijzingen’ aan te dragen dat “de cedent niet rechtsgeldig is vertegenwoordigd, de cessie niet heeft gewild, dan wel dat de cessie om een andere reden geen rechtsgevolg heeft gehad”.<sup>77</sup> Ondanks een groot aantal verweren tegen de rechtsgeldigheid van de cessies, hadden de karteldeelnemers in dit geval niet aan die (nadere) stelplicht voldaan.<sup>78</sup> Bij gebreke van concrete aanwijzingen, concludeerde de rechtbank daarom dat “niet gesteld of gebleken is dat de cessiedocumentatie valselijk is opgemaakt dan wel dat de daarop geplaatste handtekeningen niet echt zijn.”<sup>79</sup>

#### 2.3.4 Voeging van collectieve acties

Tot slot kan nog worden gewezen op twee uitspraken over voeging van collectieve acties op grond van art. 222 Rv. Bij de Rechtbank Rotterdam ging het om twee procedures, die op dezelfde verzekeraar en hetzelfde product betrekking hadden. De rechtbank overweegt.<sup>80</sup>

*“Het gaat in beide zaken om collectieve acties in de zin van art. 3:305a BW e.v. De vorderingen en de juridische geschilpunten in beide zaken zijn weliswaar niet identiek, maar de geschilpunten vertonen naar het oordeel van de rechtbank wel een zodanige samenhang dat consistentie geboden is. Dit betekent dat sprake is van verknochtheid, zodat gelijktijdige behandeling in beginsel wenselijk is.*

*Een afweging van de belangen van partijen over en weer vormt echter op dit moment een belemmering om de zaken te voegen. NN heeft aangekondigd in de onderhavige procedure vóór haar conclusie van antwoord een incident op te werpen tot niet-ontvankelijkverklaring van eiseres sub 1, de Stichting Wakkerpolis NNClaim. Indien dat verweer slaagt, zal de onderhavige procedure, anders dan de procedure van de Consumentenbond, niet meer het karakter van een procedure als bedoeld in artikel 3:305a BW hebben. In dat geval zal de reikwijdte van het juridische en het feitelijke debat in de onderhavige procedure sterk afwijken van die in de procedure van de Consumentenbond.*

---

<sup>77</sup> Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607, r.o. 4.14-4.15.

<sup>78</sup> Zie voor een uitgebreide beoordeling van die verweren Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607, r.o. 4.28 e.v.

<sup>79</sup> Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607, r.o. 4.17.

<sup>80</sup> Rb. Rotterdam 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9684, r.o. 3.2-3.4.



*Gelet daarop, nu op voorhand niet vooruitgelopen kan worden op de beslissing op het niet-ontvankelijkheidsverweer en nu in elk geval het debat dienaangaande nog gevoerd mag worden en enige tijd zal vergen, ziet de rechtbank aanleiding de onderhavige vordering tot voeging af te wijzen.*

*Het bovenstaande neemt niet weg dat de rechtbank, na de beslissing op het door NN op te werpen niet-ontvankelijkheidsverweer, alsnog kan beslissen tot administratieve rolvoeging van de onderhavige procedure en die van de Consumentenbond tegen NN. In dat geval zou gelijktijdige behandeling ter zitting mogelijk zijn.”*

Het is te betreuren dat de beslissing op deze wijze uitvalt. Bij zaken met verknochtheid, lijkt het voor gedaagde partijen nu eenvoudig(er) om een voeging te voorkomen, door simpelweg een incident op te werpen tot niet-ontvankelijkheid in de tweede zaak. Het alternatief dat de rechtbank noemt, om de zaken alsnog te voegen ná beoordeling van het incident, komt niet doelmatig over. De zaak die reeds liep zal dan immers al in een (nog) vergevorderd(er) stadium zijn dan op het moment dat om voeging werd verzocht, waardoor ‘dubbelop’ procederen dreigt, doordat bepaalde stappen nog één keer of zelfs overnieuw gezet moeten worden. Daar is niemand bij gebaat, ook de gedaagde partij niet die dan twee keer verweer zal moeten voeren, in het ergste geval zowel schriftelijk als mondeling (in plaats van dat in één keer geconcentreerd te kunnen doen). Het zou in onze ogen doelmatiger zijn geweest indien de rechtbank de voeging had toegestaan en – voor zover van niet-ontvankelijkheid zou blijken – de zaken alsnog los te koppelen. Weliswaar gaat daarmee een vertraging gepaard voor de eerste zaak die reeds liep, maar die vertraging weegt in onze ogen op tegen de kans dat de zaak later alsnog gevoegd moet worden (met de kans dat stappen ‘dubbelop’ worden gezet). Bovendien waarborgt één gevoegde procedure dat alle argumenten en gronden zijn aangevoerd en (in onderling verband gezien) kunnen worden beoordeeld, in plaats van verspreid over twee afzonderlijke procedures (met mogelijk verschillende uitkomsten tot gevolg).

Het voorgaande neemt niet weg dat wij onderkennen dat er evengoed gevallen zijn, waarin het verzoek van voeging geen tot weinig meerwaarde (meer) biedt op het gebied van (proces)economie en, gezien een substantiële vertraging die daarvan zou uitgaan, niet (meer) gerechtvaardigd kan zijn. In de woorden van bijvoorbeeld het Hof Amsterdam over een voeging van collectieve acties tegen Aegon over de Sprintplanovereenkomsten:<sup>81</sup>

*“Beide zaken zijn in een zodanig verschillend stadium van de procedure – de zaak tussen mr. Jurgens en 4i Trust Integrity Services B.V. staat reeds voor arrest terwijl in de onderhavige zaak nog van antwoord moet worden gediend – dat niet kan worden gezegd dat de proceseconomie is gediend met voeging en (verdere) aanhouding van de*

---

81 Hof Amsterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:381, r.o. 2.6.

*uitspraak in de procedure van mr. Jurgens en 4i Trust Integrity Services B.V. Onder die omstandigheden acht het hof voeging van zaken niet aangewezen.”*

Daarbij verdient nog opmerking dat art. 3:305a lid 6 BW ook bepaalt dat (ambtshalve) voeging van collectieve acties niet meer mogelijk is, indien de datum voor de uitspraak in één van de zaken reeds gepland staat.

#### 2.4 Inzage in stukken (art. 843a Rv)

Op 19 juli 2017 deed de Rechtbank Rotterdam uitspraak in de collectieve woekerzaak tegen Nationale Nederlanden, waarin de vraag centraal stond of Nationale Nederlanden aan haar informatie- en waarschuwingsplichten heeft voldaan ten aanzien van beleggingsverzekeringen verkocht vanaf 1992 tot eind 2008.<sup>82</sup> Die vraag wordt in algemene zin (specifieke individuele gevallen daargelaten) bevestigend beantwoord door de rechtbank, omdat Nationale Nederlanden zich destijds aan de geldende regels heeft gehouden en – toen de regels strenger werden – haar werkwijze daarop heeft aangepast. Daarmee wordt terecht *hindsight bias* voorkomen. Ook het verwijt aan Nationale Nederlanden omtrent het in rekening brengen van diverse soorten kosten voor de beleggingsverzekeringen slaagt niet, omdat de rechtbank aanneemt dat daarvoor voldoende contractuele basis bestaat (specifieke individuele gevallen daargelaten). Of de hoogte van die kosten ook redelijk zijn, wordt niet beoordeeld, nu dat per individu vastgesteld moet worden. Dat past niet binnen een collectieve actie.<sup>83</sup>

Interessant is evenwel het oordeel van de rechtbank over de 843a-vordering die de 305a-organisatie had ingesteld, om inzage te krijgen in een zogeheten offerteprogrammatuur. In die offerteprogrammatuur stonden de kosten en inhoudingen en daarmee de hoogte en berekeningswijze van de kosten van een beleggingsproduct verwerkt. De 305a-organisatie stelde dat zij op basis daarvan verweren van Nationale Nederlanden tegen de vordering kon weerleggen, en zo heeft de 305a-organisatie later kennelijk benadrukt ter zitting, zij aan de hand daarvan (mogelijk) de schade nader kon becijferen van de (individuele) deelnemers uit haar achterban in de individuele zaken die naar verwachting de collectieve actie zouden opvolgen. De rechtbank wijst de 843a-vordering af en overweegt:<sup>84</sup>

*“Uit de stellingen van de Vereniging volgt dat haar belang bij de offerteprogrammatuur is gelegen in het berekenen van de schade die haar individuele leden (mogelijk) hebben geleden. De Vereniging heeft dat ook ter zitting van 11 april 2017 bevestigd. Zij heeft verklaard dat zij de offerteprogrammatuur wil gebruiken om de schade te*

---

82 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, *JOR* 2017/295, m.nt. F.M.A. 't Hart.

83 Vgl. Rb. Den Haag 28 juni 2017, *JOR* 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart, waarin over deze twee punten vergelijkbaar werd geoordeeld ten aanzien van de collectieve woekerzaak tegen Aegon.

84 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, *JOR* 2017/295, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.96-4.97.

*becijferen in de individuele zaken die naar haar verwachting uit deze collectieve actie voortvloeien. Aldus ontbreekt in deze collectieve actie het rechtmatig belang van de Vereniging bij overlegging van de gevraagde stukken.*

*In het geval dat zal worden beslist dat NN een schadevergoedingsplicht heeft, kan zo nodig in de individuele zaken nader worden gezien of de offerteprogrammatuur en de beschrijving daarvan dient te worden overgelegd. Aldus lijdt de Vereniging geen onredelijk procedureel nadeel en geniet NN geen onredelijk voordeel. Een behoorlijke rechtsbedeling is derhalve gewaarborgd zonder dat NN thans wordt bevolen de offerteprogrammatuur en de beschrijving daarvan ter beschikking te stellen.”*

Dat oordeel komt ons onjuist voor en staat haaks op het juridische kader in art. 843a Rv, zoals vastgesteld in standaardrechtspraak. Enerzijds stelt de rechtbank dat de 305a-organisatie geen rechtmatig belang heeft bij de gevraagde stukken (art. 843a lid 1 Rv), anderzijds stelt zij dat een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd zonder de inzage (art. 843a lid 2 Rv). Om bij het eerste anker te beginnen: de 305a-organisatie had wel degelijk een rechtmatig belang bij de inzage. Niet alleen omdat zij (ook) had gesteld belangrijke verweren van Nationale Nederlanden omtrent haar onzorgvuldig handelen en nalaten aan de hand van de stukken te kunnen weerleggen, maar ook ter (nadere) onderbouwing van de betwiste stellingen dat het *conditio-sine-qua-non*verband met een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’ vaststaat en dat schade voor de collectieve groep gedupeerden ‘aannemelijk is’.<sup>85</sup> Reeds in de 305a-procedure, waarin (zoals hier) een verklaring voor recht wordt gevorderd dat er onrechtmatig is gehandeld, zal de 305a-organisatie haar stellingen op die punten immers dienen te onderbouwen (voor zover betwist door de wederpartij en van belang voor de beslechting van het geschil), wil de vordering voor toewijzing in aanmerking komen, los van de (voor de 305a-organisatie gunstige) bijkomstigheid dat daarmee mogelijk ook de exacte schade van haar individuele leden in vervolggroepen berekend kunnen worden.<sup>86</sup> Dat lijkt de rechtbank in dit geval over het hoofd te zien. Alleen wanneer de rechtsvordering van de 305a-organisatie onvoldoende aannemelijk is (oftewel: kansloos<sup>87</sup>) zal geen aanspraak bestaan op inzage. Hetzelfde geldt als de rechtsvordering niet kan worden

85 Bij beantwoording van deze vragen in een collectieve procedure lijkt overigens in enige mate te mogen worden geabstraheerd van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de personen in wiens belang de procedure is gestart, bijvoorbeeld indien het gaat om de vraag of anders gehandeld zou zijn bij naleving van een informatie- of waarschuwingsplicht. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, r.o. 4.112-4.113.

86 Rb. Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12213, r.o. 4.23: “Ten eerste dient de eiser tot exhibitie een rechtmatig belang te stellen en te hebben, waarbij rechtmatig belang moet worden uitgelegd als bewijsbelang. Bewijsbelang bestaat indien een bewijsstuk kan bijdragen aan het onderbouwen en/of aantonen van een voor de te beoordelen vorderingen relevante, mogelijk doorslaggevende stelling, die voldoende concreet is onderbouwd en voldoende concreet is betwist.”

87 Zie recent Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4702, r.o. 3.7.1.

toegewezen, omdat die te ruim is geformuleerd.<sup>88</sup> Geen van deze uitzonderingen deed zich in dit geval voor.

In een eerdere uitspraak over de 305a-actie tegen Fortis in verband met de Ponzi-zwandel van Van den Berg, leek nog te worden onderkend door de Rechtbank Rotterdam dat bewijsbelang kan bestaan bij inzage in stukken in een 305a-procedure voor de onderbouwing van alle elementen van een onrechtmatige daad.<sup>89</sup> In dat kader verdient nog opmerking dat de zaak over Nationale Nederlanden verschilt van de eerdere uitspraak van de Rechtbank Den Haag inzake de collectieve woekerzaak tegen Aegon, waarin een verzoek op grond van art. 843a Rv ook werd afgewezen.<sup>90</sup> In de *Aegon*-zaak, waarin tevens inzage werd gevorderd in een offerteprogrammatuur, werd het ontbreken van rechtmatig belang gebaseerd op het feit dat Aegon onvoldoende verweer had gevoerd tegen de stellingen van de 305a-organisatie, waardoor bij de gevorderde inzage – behalve het *enkel* kunnen berekenen van de schade van de individuele leden voor de vervolgproudures – geen bewijsbelang bestond.

Wat betreft het tweede anker, dat ook zonder inzage een behoorlijke rechtsbedeling gewaarborgd is, verdient opmerking dat die grond ten overvloede moet zijn gegeven. Het ontbreken van een rechtmatig belang brengt immers reeds mee dat de vordering op grond van art. 843a Rv strandt. Los daarvan, overtuigt ook dit anker niet. Een behoorlijke rechtsbedeling zou in onze ogen juist meebrengen dat de 305a-organisatie wél aanspraak kan maken op de inzage, zodat wordt voorkomen dat individuele leden steeds zelf eerst een (kostbare) 843a-vordering moeten instellen voordat zij hun rechten kunnen effectueren, waar zijzelf maar bovenal ook Nationale Nederlanden niet bij gebaat is. Een behoorlijke rechtsbedeling wijst dus op het tegendeel. Dat doet ook recht aan het doel van de 305a-procedure: verlaging van de drempel in de toegang tot de rechter en effectieve en efficiënte rechtsbescherming, dat de rechtbank in dit geval uit het oog lijkt te zijn verloren.

### 2.5 *Proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van kansschade*

Het is in een collectie actie op grond van art. 3:305a lid 3 BW (nog) niet mogelijk om schadevergoeding te vorderen. Ná een (succesvolle) collectieve actie kunnen de individuele leden zelfstandig een procedure aanhangig maken om de schade te laten

---

88 Vgl. Rb. Rotterdam 1 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8912, r.o. 4.15: “De vordering is toch al niet toewijsbaar. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven.”

89 Rb. Rotterdam 8 september 2010, *JOR* 2011/14, m.nt. J.R. Sijmonsma.

90 Rb. Den Haag 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12213, r.o. 4.22-4.27.

begroten. Niettemin wordt door het Hof Den Haag in de *Srebrenica*-zaak reeds op die individuele schadebegroting vooruitgelopen.<sup>91</sup> In deze zaak trad een 305a-organisatie op namens (ongeveer 6.000) nabestaanden van slachtoffers van de val van *Srebrenica*.<sup>92</sup> Geoordeeld wordt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, omdat Dutchbat op 13 juli 1995 is blijven meewerken aan de evacuatie van vluchtelingen uit de enclave en heeft nagelaten hen de keuze te geven om op de compound te blijven. Het gevorderde (voorschot op) schadevergoeding wordt afgewezen, nu de 305a-organisatie tot het instellen van die vordering niet bevoegd is, maar in de toegewezen verklaring voor recht wordt al wel vastgesteld dat aan de mannelijke vluchtelingen een kans van 30% is onthouden om niet te worden blootgesteld aan de onmenselijke behandelingen en executies door de Bosnische Serven. Het hof overweegt in dat kader:

*“Zoals hiervoor al aangegeven (...) heeft de rechtbank geoordeeld dat met voldoende mate van zekerheid vaststaat dat de mannen het zouden hebben overleefd als zij waren achtergehouden op de compound (...). Het hof gaat daarin niet mee. Het is op grond van al het voorgaande te onzeker wat er zou zijn gebeurd om tot 100% schade-aansprakelijkheid te kunnen concluderen. Evenmin kan het hof echter vaststellen dat de kans dat de mannen het zouden hebben overleefd zo klein was, dat deze niet meer reëel moet worden geacht. Daarbij weegt het hof met name mee dat (...) tot dan toe de Bosnische Serven de VN-soldaten op de compound ongemoeid hadden gelaten. Alle argumenten tegen elkaar afwegend, bepaalt het hof de kans dat de mannen aan de onmenselijke behandeling en executie door de Bosnische Serven waren ontkomen als zij op de VN-compound hadden kunnen blijven, op 30%. Door de mannen niet – onder verwijzing naar de risico’s die zij bij vertrek vanaf de compound zouden lopen – de keus te bieden om op 13 juli 1995 op de compound te blijven, heeft de Staat (Dutchbat) hun deze kans ontnomen.*

*Het voorgaande betekent dat de nabestaanden van de mannen die op 13 juli 1995 op de compound verbleven, aanspraak kunnen maken op een vergoeding van hun schade naar evenredigheid met de kans dat deze mannen zonder onrechtmatig handelen van Dutchbat levend naar veilig gebied zouden zijn gekomen – dat is 30% van de geleden schade.”*

Het hof past in dit geval het leerstuk van kansschade toe, dat gerekend moet worden tot de zogeheten omvangsfase van het causaal verband en ziet op de schade (art. 6:98 BW), waarvoor in een 305a-actie (nog) geen ruimte bestaat. Enkel het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, dat gerekend moet worden tot de zogeheten vestigingsfase van het causaal verband, leent zich voor toepassing in een 305a-actie.<sup>93</sup> Van proportionele aansprakelijkheid was in dit geval echter geen sprake, nu het

91 Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

92 Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761, r.o. 68-69.1.

93 Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7495 (*VEB/bestuurders Landis*).

conditio-sine-qua-nonverband tussen de normschending (het niet-achterhouden van de mannen op de compound) en de schade (het overlijden) vaststond (zoals de rechtbank in eerste aanleg ook terecht had aangenomen). Van een andere voor risico van de benadeelde komende omstandigheid die de schade mogelijk ook kan hebben veroorzaakt, was in dit geval immers geen sprake. Daar komt bij dat proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast. In dit geval bestond enkel onzekerheid over de vraag of de op zichzelf vaststaande onrechtmatige daad schade had veroorzaakt, doordat niet kon worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op ‘succes’ (in dit geval overleven) zich in werkelijkheid zou hebben gerealiseerd. Dit betreft het leerstuk van kansschade, dat niet terughoudend hoeft te worden toegepast, en ziet op de vaststelling van de inhoud en omvang van de schade.<sup>94</sup> Dat valt zoals gezegd buiten de reikwijdte van een 305a-actie, zodat het hof daar niet op vooruit had mogen lopen en zich had moeten beperken tot de vragen of (i) het conditio-sine-qua-non-verband in deze zaak met een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’ vaststond (zo niet, dan had afwijzing moeten volgen); en (ii) dat ‘voldoende aannemelijk is’ dat er schade was geleden door de collectieve groep gedupeerden (waarvoor dus niet vereist is dat de schade 100% kan worden toegerekend aan de aansprakelijke partij in de zin van art. 6:98 BW).

## 2.6 Verjaring

### 2.6.1 Stuitende werking van een collectieve actie en WCAM-schikking

Op 19 mei 2017 deed de Hoge Raad opnieuw een interessante uitspraak over de collectieve actie tegen Dexia over de effectenleasezaken.<sup>95</sup> Het betrof de vraag of een procedure tot verbindendverklaring van een WCAM-overeenkomst, opvolgend op een ingetrokken collectieve actie, stuitende werking heeft in de zin van art. 3:316 lid 2 BW ten aanzien van echtgenoten/echtgenotes die een vordering willen instellen of tot (buitengerechtelijke) vernietiging van de effectenleaseovereenkomst wensten over te gaan. Dat een collectieve actie stuitende werking heeft in de zin van art. 3:316 lid 1 BW, ook ten aanzien van de bevoegdheid tot buitengerechtelijke vernietiging, was al bekend.<sup>96</sup> Leidt de collectieve actie niet tot toewijzing van de eis, dan moet binnen zes maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis worden ingesteld om de stuitende werking te behouden.<sup>97</sup> Deze regel leek de echtgenoten/echtgenotes in moeilijkheden te brengen, nu de collectieve actie zonder toewijzing van de eis op 25 augustus 2005 was geëindigd door royement door partijen op grond van de schikkingsovereenkomst (of zelfs al eerder door het bereiken van de

---

94 Zie over het onderscheid tussen de leerstukken HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*).

95 HR 19 mei 2017, *JOR* 2017/197, m.nt. T.M.C. Arons.

96 HR 9 oktober 2015, *NJ* 2016/490 en HR 14 november 2014, *NJ* 2015/306.

97 HR 8 februari 2013, *NJ* 2014/495.

schikking).<sup>98</sup> Dat bleek niet het geval, want de Hoge Raad oordeelt dat de opvolgende WCAM-procedure na de collectieve actie tot hetzelfde ‘geding’ gerekend moet worden, ook al zat daartussen een onderbreking van bijna drie maanden, waardoor dat geding pas wordt geacht te zijn geëindigd met de beslissing op het verzoek tot verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst. Pas vanaf dat moment begint de termijn van zes maanden in art. 3:316 lid 2 BW te lopen, aldus de Hoge Raad.<sup>99</sup> Dat betreft overigens alleen de vernietigingsbevoegdheid van de echtgenoten/echtgenotes, ongeacht of zij bij de 305a-organisatie zijn aangesloten. De verjaring van een vordering tot schadevergoeding werd immers reeds gestuit gedurende de behandeling van het WCAM-verzoek op grond van art. 9:907 lid 5 BW, waarbij na afloop van de WCAM-procedure een nieuwe verjaringstermijn van twee jaren was gaan lopen.

Ter onderbouwing van dit oordeel overweegt de Hoge Raad dat door partijen in de 305a-procedure niet beoogd is de collectieve actie eerder te doen eindigen dan met de verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst. De gerechtigden onder die overeenkomst kunnen dan pas beoordelen of zij daaraan gebonden willen zijn. Een effectieve en efficiënte rechtsbescherming brengt daarom mee dat gedupeerden niet steeds stuitings(- of vernietigings)handelingen behoeven te verrichten wanneer een WCAM-schikking in (en na) een collectieve procedure tot stand komt. Dat resultaat strookt met de regeling van stuiting en schorsing in art. 7:906 lid 5 BW en art. 1015 Rv ten aanzien van vorderingen tot schadevergoeding.<sup>100</sup> Een uitspraak met een gewenste uitkomst, die de grenzen van de regeling in art. 3:316 lid 2 BW verduidelijkt.

Uit rechtspraak van afgelopen jaar blijkt dat Dexia naast haar verweer gegrond op art. 3:316 lid 2 BW ook nog via een andere weg probeerde de stuitende werking van de collectieve actie terug te dringen, namelijk met haar verweer dat de rechtsvordering tot vernietiging niet gedekt was door de ingestelde vordering in de collectieve actie, en daarom de hiervoor omschreven stuitende werking alsnog ontbeerde. Zo wijst de Rechtbank Zeeland-West-Brabant het verweer af dat het product was afgesloten bij een andere partij, omdat Dexia rechtsopvolger is van die partij.<sup>101</sup> Ook het verweer dat de naam van het beleggingsproduct niet volledig identiek was aan het petitum in de dagvaarding kan niet slagen, omdat ‘*wat de strekking ervan aangaat niet afwijkt*’ van de producten die wél in het petitum

98 Vgl. HR 14 november 2014, *NJ* 2015/207, waaruit volgt dat het enkel doorhalen van een procedure nog niet bewerkstelligt dat de procedure ‘op andere wijze’ eindigt in de zin van art. 3:316 lid 2 BW.

99 In gelijke zin Rb. Noord-Nederland 20 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5820; Rb. Oost-Brabant 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:184; Rb. Gelderland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1265 en Rb. Zeeland-West-Brabant 3 mei 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2516, die eerder uitspraak deden over gevallen waarin dezelfde rechtsvraag voorlag.

100 HR 19 mei 2017, *JOR* 2017/197, m.nt. T.M.C. Arons, r.o. 4.6.3-4.6.4.

101 Rb. Zeeland-West-Brabant 3 mei 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2516, r.o. 3.3.1-3.3.2.

vermeld stonden, aldus het Hof 's-Hertogenbosch.<sup>102</sup> Ook de Rechtbank Gelderland<sup>103</sup> en de Rechtbank Oost-Brabant,<sup>104</sup> die moesten oordelen over het verweer van Dexia dat de collectieve vordering alleen zag op 98 specifieke effectenleaseovereenkomsten gesloten tussen 29 januari 2000 en 2 mei 2002, maken daar korte metten mee. Daarbij oordeelt de Rechtbank Gelderland onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad<sup>105</sup> dat de beslissende maatstaf is of het gaat om individuele vorderingen (betreffende de vernietiging van effectenleaseovereenkomst (en)), die bij de in de collectieve actie gevorderde verklaring voor recht 'aansluiten'. Aan dat criterium werd voldaan, omdat de collectieve actie ook gericht was op een verklaring voor recht dat art. 1:88 BW wel van toepassing is op alle in dit verband relevante soorten effectenleaseovereenkomsten met Dexia.

### 2.6.2 Beoordeling van een verjaringsverweer

In het kader van de verjaring kan verder nog worden gewezen op twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam, die lijnrecht tegenover elkaar lijken te staan. De eerste uitspraak betreft de eerder aangestipte zaak over de collectieve woekerzaak tegen Nationale Nederlanden.<sup>106</sup> In deze collectieve procedure, gestart op 19 december 2013, werd onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat bepaalde bedingen in algemene voorwaarden van Nationale Nederlanden in de versies 1990 en 2001 oneerlijk waren tegenover consumenten en om die bedingen te vernietigen. Nationale Nederlanden stelt tevergeefs dat de 305a-organisatie geen belang heeft bij de vordering, omdat de vorderingen verjaard zouden zijn.<sup>107</sup>

*“Naar het oordeel van de rechtbank leent de vraag of een bepaalde vordering is verjaard zich in de regel niet voor behandeling in een collectieve actie als de onderhavige. Het antwoord op die vraag is immers afhankelijk van de bijzondere omstandigheden in individuele gevallen, bijvoorbeeld voor wat betreft de vraag wanneer de verjaringstermijn is aangevangen en/of deze tijdig is gestuit. Voorts kan, onder omstandigheden (die per definitie van geval tot geval kunnen verschillen en moeten worden vastgesteld), het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. In het kader van deze collectieve actie en gelet op de stellingen van partijen zal de rechtbank het beroep op verjaring daarom passeren en zal zij er in het navolgende veronderstellenderwijs vanuit gaan dat de (althans tenminste sommige) individuele vorderingen tot vernietiging van de bovenvermelde bedingen niet zijn verjaard, zodat de Vereniging het vereiste belang heeft.”*

---

102 Hof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5862, r.o. 4.10. Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 3 mei 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2516, r.o. 3.3.1-3.3.2.

103 Rb. Gelderland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1265, r.o. 5.7.

104 Rb. Oost-Brabant 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:184, r.o. 5.2.

105 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018.

106 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, JOR 2017/295, m.nt. F.M.A. 't Hart.

107 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, JOR 2017/295, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.66.



In de tweede uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, over de eerdergenoemde collectieve actie tegen EY wegens fouten bij het afgeven van een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening over 1991 van bedrijfswagenfabrikant DAF, oordeelt zij het tegenovergestelde.<sup>108</sup> In deze zaak komt de rechtbank tot het voorhandse oordeel dat de vordering tegen EY is verjaard, omdat uit diverse krantenberichten van vóór 2004 moet worden afgeleid dat de obligatiehouders – waarvoor werd opgetreden – reeds bekend waren met de fouten van EY en de schade. De 305a-organisatie, die optreedt op grond van zowel privaatieve lastgeving (namens een gedeelte van de obligatiehouders) als art. 3:305a BW, dient tegen dat voorhandse oordeel tegenbewijs te leveren (dat wil zeggen: dat men de krantenberichten niet heeft gelezen), waarin zij niet slaagt. Ten aanzien van de met naam genoemde obligatiehouders die een privaatieve last hadden verstrekt aan de 305a-organisatie, wordt de vordering vervolgens afgewezen.

Afgezien van de vraag of een dergelijk bewijsvermoeden ten faveure van EY (die zich beriep op de verjaring en de subjectieve wetenschap bij iedere obligatiehouder dient aan te tonen, wat overigens wel kan aan de hand van (meer) objectieve omstandigheden<sup>109</sup>) gerechtvaardigd is, is deze individuele beoordeling van het verjaringsverweer voor zover op grond van privaatieve lastgeving wordt opgetreden, terecht. In dat geval dient immers reeds een beoordeling plaats te vinden van iedere individuele vordering. Dat is anders wanneer de vordering is ingesteld op grond van art. 3:305a BW voor obligatiehouders die geen privaatieve last verstrekt hebben, zoals in deze zaak ook het geval was. De rechtbank signaleert dat ook, in welk kader zij oordeelt dat het verjaringsverweer thuishoort in de individuele schade(staat) procedures in navolging van de collectieve actie. De overwegingen dat “*de door Finidaf als belangenstichting ingestelde vorderingen niet zien op vergoeding van schade als bedoeld in art. 3:310 BW*” en het “*bepaalde in art. 3:310 BW is daarom niet van toepassing in de verhouding tussen Finidaf als belangenstichting en EY*” zijn echter ongelukkig te noemen. Art. 3:310 BW – dat niet alleen ziet op een vordering tot schadevergoeding, maar ook op een gevorderde verklaring voor recht – kan namelijk wél relevant zijn voor de vraag of de vordering van een 305a-organisatie is verjaard, hetgeen evengoed het geval kan zijn indien de 305a-organisatie daarmee meer dan vijf jaar wacht nadat zij bekend is met de aansprakelijke partij en schade (behoudens tijdige stuiting). Wat daarvan ook zij, het oordeel van de rechtbank draait vervolgens 180 graden:<sup>110</sup>

*“Het voorgaande leidt er niet zonder meer toe dat Finidaf als belangenstichting ontvankelijk is in haar vorderingen. Deze zijn erop gericht de overige obligatiehouders in staat te stellen jegens EY een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad in te stellen; dit volgt reeds uit het statutaire doel van Finidaf. In de verhouding*

108 Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373.

109 HR 6 april 2001, NJ 2002/383, m.nt. H.J. Snijders.

110 Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373, r.o. 2.25 en 2.27.

*tussen de overige obligatiehouders en EY speelt de vraag of hun vordering op grond van art. 3:310 BW verjaard is wèl een rol. Finidaf heeft daarover op zichzelf terecht aangevoerd dat beantwoording van die vraag in beginsel thuis hoort in de door de overige obligatiehouders tegen EY aan te spannen procedures. Indien echter aanneemelijk is dat de vordering van vrijwel iedere obligatiehouder verjaard is, kan deze vraag doorwerken bij de beantwoording van de vraag of Finidaf (nog) voldoende belang heeft bij haar vorderingen, in haar bijzondere hoedanigheid van belangenstichting, gelet op het wettelijk kader. (...)*

*De omstandigheid dat ten aanzien van de overige obligatiehouders in deze procedure niet kan worden vastgesteld wanneer elk van hen voldoende zekerheid heeft verkregen dat de door hem/haar geleden schade (mogelijk) is veroorzaakt door het handelen van EY, brengt op zichzelf niet mee dat het er daarom voor gehouden moet worden dat Finidaf voldoende belang heeft bij haar vorderingen. Onderzocht moet worden of Finidaf in het licht van de door EY gestelde verjaring en gelet op hetgeen daarover ten aanzien van de individuele obligatiehouders in het tussenvonnis is overwogen, voldoende concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit het bestaan van dat belang kan volgen. (...)*

*De rechtbank acht de kans klein dat de overige obligatiehouders in een door hen te entameren procedure er – anders dan de individuele obligatiehouders – in zullen slagen zich afdoende te verweren tegen het alsdan zeer waarschijnlijke beroep van EY op verjaring. (...)*

*De weg van de collectieve actie is niet bedoeld om een uitgebreide procedure, met naar het zich laat aanzien deskundigenberichten en bewijslevering, te voeren ten behoeve van een heel klein deel van de achterban, te weten een of enkele obligatiehouders.*

*Het voorgaande leidt ertoe dat de rechtbank van oordeel is dat de rechtsvordering van Finidaf niet strekt tot bescherming van gelijksoortige, zich voor bundeling lenende belangen van de overige obligatiehouders van DAF. Zij heeft daarom onvoldoende belang bij het instellen van de vorderingen (...); zij zal daarin niet ontvankelijk worden verklaard.”*

Wat nu exact het argument is van de rechtbank om de individuele verjaring ook te gaan beoordelen in het kader van de 305a-vordering, blijft onduidelijk: is het wegens (dreigend) gebrek aan onvoldoende belang of omdat door (de verwachte kans op succes van het) verjaringsverweer te weinig individuen overblijven in de achterban van de 305a-organisatie die, gebundeld, de uitgebreidheid (en kosten) van een 305a-procedure kunnen rechtvaardigen?<sup>111</sup> De twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam laten zien dat de toetsing en uitkomst verschilt, terwijl in beide zaken werd geageerd op grond van feiten die al in een ver verleden liggen (begin

---

111 Vgl. Hof Amsterdam 16 februari 2016, *JOR* 2016/186, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee.

jaren '90), wat afbreuk doet aan de rechtszekerheid. Daarmee dreigt immers onduidelijk te worden voor 305a-organisaties wat zij nou wel en niet hoeven te stellen (en bewijzen) op het gebied van verjaring van vorderingen van individuele deelnemers uit haar achterban.

Het formuleren van een meer algemene beoordelingsmaatstaf voor dit soort gevallen is in onze ogen daarom gewenst. Bij die maatstaf dient wel in het achterhoofd te worden gehouden dat het in beginsel (behoudens specifieke uitzonderingsgevallen) onmogelijk is voor rechters om in een collectieve actie per individueel geval vast te stellen of de gedaagde partij een beroep op verjaring (of schending van de klachtplicht<sup>112</sup>) toekomt; die beoordeling is afhankelijk van alle omstandigheden van het individuele geval<sup>113</sup> en is in de regel niet in zijn algemeenheid te geven (gezien het gebrek aan nuance tegenover individuele gevallen). Daarvoor is immers subjectieve bekendheid met de aansprakelijke persoon en de schade (en het oorzakelijk verband daartussen) vereist. Waar de ene benadeelde nog onbekend kan zijn met die elementen, omdat zijn schade pas later intreedt c.q. zich openbaart of hij pas later 'voldoende zekerheid' (die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn) verkrijgt dat die schade is veroorzaakt door het handelen van de aansprakelijk gestelde partij (alleen een vermoeden is in dat kader onvoldoende), kan dat voor de andere benadeelde anders liggen.<sup>114</sup> Bovendien zou bij het ene individu wél een beroep op verjaring afgesneden kunnen worden via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en bij het andere individu weer niet.

Daarnaast is een complicerende factor dat de achterban van de 305a-organisatie in zekere zin onbepaald is, zodat een dergelijke beoordeling in de procedure niet (volledig) kan plaatsvinden. Het beroep op verjaring hoort daarom in beginsel thuis in de opvolgende individuele procedures na de collectieve actie, waarin de rechter – indien daar een beroep op wordt gedaan – alsnog kan beoordelen of de betreffende vordering is verjaard.<sup>115</sup> De wenselijkheid hiervan wordt ook onderstreept door de eerder aangehaalde uitspraak inzake *Srebrenica*, waarin 22 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis door de rechter werd bepaald dat de Nederlandse Staat voor het ombrengen van 350 moslimmannen aansprakelijk is en waarin (pas) op 4 juni 2007 een collectieve procedure werd opgestart, omdat men zich pas kort daarvoor was gaan realiseren wat er nu werkelijk was gebeurd.

In de eerder aangehaalde uitspraak over de collectieve actie tegen *Aegon* over het aandelenleaseproduct *Sprintplan*, werd door de Rechtbank Den Haag eveneens – in

---

112 Vgl. Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, r.o. 4.117-4.118.

113 Zie recent HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552.

114 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 (*Saelman*); HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/50 (*Bravenboer/London*) en HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/377 (*Geldermalsen/Plameco*). Vgl. HR 3 december 2010, *NJ* 2012/196.

115 Vgl. Rb. Gelderland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1265, waaruit blijkt dat deze beoordeling in een individueel geval ná een collectieve actie sterk verweven is met de individuele, feitelijke omstandigheden.

afwijking van de hoofdregel – al op de verjaring vooruitgelopen in de collectieve actie. Ook deze rechtbank overweegt, onder verwijzing naar de hiervoor omschreven eerste uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de collectieve woekerzaak tegen Nationale Nederlanden,<sup>116</sup> dat een beroep op verjaring zich weliswaar in de regel niet leent voor behandeling in een collectie actie, maar vervolgt – net zoals de Rechtbank Rotterdam in de tweede uitspraak – dat een dergelijk beroep wél relevant is voor de vraag of de 305a-organisatie ontvankelijk is.<sup>117</sup> In deze zaak, waarin een 305a-organisatie een tweede collectieve actie start in navolging van een eerste collectieve actie van andere 305a-organisaties die (gedeeltelijk) succesvol bleek, lijkt de rechtbank een onderscheid te maken tussen de ‘oude’ verwijten uit de eerdere collectieve procedures en de ‘nieuwe’ verwijten die daarin niet aan bod zijn gekomen.

Wat betreft de ‘oude’ verwijten oordeelt de rechtbank dat de verjaringstermijn in ieder geval ‘uiterlijk’ is gaan lopen in 2007, nadat alle betrokken 305a-organisaties – waaronder ook de eisende partij in deze zaak die nadien jarenlang had stilgezeten in afwachting van de opgestarte collectieve acties door de andere 305a-organisaties – overleg hebben gehad met (de rechtsvoorganger van) *Aegon*, terwijl voorts de Sprintplan-overeenkomsten in 2007 afliepen. De verjaringstermijn is derhalve in 2012 afgelopen, zo impliceert de uitspraak, tenzij de verjaring tijdig is gestuit. Dat oordeel is op zichzelf juist, en bevestigt dat de termijn in art. 3:310 BW dus ook voor 305a-organisaties een rol speelt. De rechtbank overweegt:<sup>118</sup>

*“Voor zover de SprintPlandeelnemers op dat moment [in 2007] (nog) niet bekend waren met alle componenten of de gehele omvang van hun schade leidt dat niet tot een ander oordeel. Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is dat immers niet vereist. Dat de SprintPlandeelnemers pas in 2016 op de hoogte raakten van het in rekening brengen van beheerskosten en de inkomsten uit onderpand, omdat PAL pas na afloop van de door GeSp en VCG ingestelde procedures nader onderzoek is gaan doen, is een omstandigheid die voor hun rekening komt. Ten aanzien van het verwijt over de cliëntenremisiers geldt dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn niet vereist is dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden (zie HR 26 november 2004 en HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771).”*

Na deze tussenstap, waarin de rechtbank terecht oordeelt enerzijds dat bekendheid met alle componenten of de gehele omvang van de schade niet vereist is (mits de benadeelde die schade kon verwachten)<sup>119</sup> en anderzijds dat struisvogeltactieken

---

116 Rb. Rotterdam 19 juli 2017, *JOR* 2017/295, m.nt. F.M.A. 't Hart.

117 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.28.

118 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.30.

119 HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195 (*Scheele/BLF*) en HR 6 april 2012, *JA* 2012/107 (*ASR/Achmea*).

door onvoldoende onderzoek te verrichten de aanvang van de verjaring niet doet opschuiven,<sup>120</sup> vervolgt de rechtbank haar oordeel dat de verjaringstermijn ‘van de zijde van de gerechtigde’ gestuit kan worden door een collectieve actie van een 305a-organisatie (art. 3:316 lid 1 BW), waarbij niet relevant is welke eis is ingesteld. Dat oordeel lijkt ons juist, zolang de ingestelde eis – hoe ook geformuleerd – natuurlijk wel betrekking heeft op dezelfde schadeveroorzakende kwestie. Indien die eis niet tot toewijzing leidt, behoudt de stuiting haar werking, indien binnen zes maanden nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld die alsnog tot toewijzing leidt. In de woorden van de rechtbank:<sup>121</sup>

*“De stuitende werking van de destijds ingestelde eisen strekt ten voordele van de individuele deelnemers en de collectieve belangenbehartigers die bij de eerdere procedures procespartij zijn geweest. Anders dan PAL betoogt, kan zij als nieuwe collectieve belangenorganisatie echter niet ‘meeliften’ op de stuitende werking van die collectieve acties op initiatief van GeSP en VCG. (...)”*

*Dwingende redenen die maken dat ook PAL, als andere collectieve belangenbehartiger, van die stuitende werking moet profiteren, zijn niet gesteld of gebleken.”*

Onduidelijk blijft of de rechtbank een principiële regel formuleert voor (enkel) het geval dat een tweede collectieve actie wordt gestart door een andere 305a-organisatie of de zaak hier afdoet op het niet voldoen aan de stelplicht. In onze ogen zou het enkel de tweede grond moeten zijn. Er zijn namelijk situaties denkbaar waarin het best gewenst kan zijn dat een 305a-organisatie een collectieve actie instelt, die wordt opgevolgd door een latere collectieve actie van een andere 305a-organisatie, die op basis van nieuwe feiten of bewijs ageert die in de eerste procedure niet meer aan bod konden komen. In zo’n geval is het wenselijk dat de tweede 305a-organisatie (die niet gebonden is aan het gezag van gewijsde van de eerste uitspraak) profiteert van de stuitende werking van de collectieve actie van de eerste 305a-organisatie, al is het alleen maar om te voorkomen dat meerdere 305a-organisaties puur uit zekerheidsoogpunt tegelijk (zonder voeging) gaan procederen over dezelfde kwestie, zij het op andere gronden, en met het risico van verschillende uitkomsten tot gevolg. Met andere woorden: blijkt tijdens of (binnen zes maanden) ná de collectieve actie dat nieuwe feiten of bewijs tot een andere uitkomst zouden hebben geleid, dan achten wij het onder omstandigheden gerechtvaardigd dat een andere 305a-organisatie daarvoor actie kan ondernemen (hetgeen individuele deelnemers ook kunnen door zich tijdig te onttrekken aan de collectieve actie op grond van art. 3:305a lid 5 BW).

---

120 HR 3 december 2010, NJ 2012/196 (*Bemoti*).

121 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.28 en 4.34.

Tot slot overweegt de rechtbank nog over de ‘nieuwe’ verwijten.<sup>122</sup>

*“Voor zover PAL al zou kunnen profiteren van de stuitende werking van de eerdere collectieve acties, dan kan dat in ieder geval niet zonder nadere feitelijke onderbouwing waaruit blijkt dat zij opkomt voor een groep deelnemers die, in aanmerking genomen de verjaringstermijn van hun vorderingen tegenover Aegon, concreet belang hebben bij een inhoudelijke beoordeling van de (‘nieuwe’) verwijten van PAL. Overigens maken de eerder gevoerde collectieve procedures, los van de verjaringsstermijn van de vorderingen van de individuele deelnemers, temeer dat van PAL in het kader van deze nieuwe collectieve actie een feitelijke onderbouwing mag worden verwacht van het bestaan van een achterban die een voldoende concreet belang heeft bij inhoudelijke beoordeling van de ‘nieuwe’ verwijten. (...)”*

Ook hier lijkt de rechtbank eerst terug te grijpen op haar eerdere oordeel over de reeds aangevangen verjaringstermijn. Zoals gezegd komt dat oordeel ons onjuist voor, omdat ook een 305a-organisatie van de stuitende werking zou moeten kunnen profiteren van een collectieve actie die eerder door andere 305a-organisaties is gestart (mits binnen zes maanden na die procedure een nieuwe collectieve actie wordt gestart). Ook het oordeel over gebrek aan belang bij de vordering in de zin van art. 3:303 BW, omdat de ‘nieuwe’ verwijten onvoldoende feitelijk waren onderbouwd, lijkt ons niet juist. Dat belang kan, ook al is dat in de procedure niet vast komen te staan, best aanwezig zijn. De rechtbank had de zaak daarom enkel af (kunnen en) moeten doen op het niet voldoen aan de (verzwaarde) stelplicht door de 305a-organisatie ten aanzien van de nieuwe verwijten, mede in het licht van de eerder gegeven oordelen in collectieve procedures uit het verleden over dezelfde kwestie.

Kortom: beoordeling van het beroep op verjaring hoort in beginsel niet thuis in de 305a-procedure en dient, aan de hand van alle omstandigheden van het geval, per individuele deelnemer plaats te vinden in de opvolgende (schade)procedures. Wij sluiten echter niet uit dat er specifieke gevallen zijn waarin de verjaring van (alle) vorderingen uit de achterban op voorhand zodanig evident is, dat de rechter reeds op de beoordeling van de verjaring vooruit kan lopen, om te voorkomen dat een kostbare collectieve actie moet worden doorlopen die uiteindelijk niets kan opleveren. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de (omstandigheden ten aanzien van de) individuen uit de achterban van de 305a-organisatie volledig inzichtelijk zijn en (ook) de lange verjaringstermijn van 20 jaar is verstreken. In zo’n geval zou het naar onze mening mogelijk moeten zijn dat de rechter de 305a-organisatie niet-ontvankelijk verklaart wegens gebrek aan belang, waarbij de weg vrij blijft voor gedupeerden om individueel een procedure op te starten (en verweer te voeren tegen de verjaring). Van die terughoudende bevoegdheid kan de rechter enkel gebruik-

---

122 Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.28.

maken indien de gedaagde partij het verjaringsverweer (en de subjectieve wetenschap bij de benadeelden) grondig heeft onderbouwd en de verjaring evident is.

## 2.7 WCAM

### 2.7.1 De schikking inzake Ageas (rechtsopvolger van Fortis)

In de kroniek van 2017 mag een bespreking van de beschikking van 16 juni 2017 over het verzoek tot verbindendverklaring van de op 14 maart 2016 tussen Ageas (de rechtsopvolger van Fortis) en vijf belangenorganisaties<sup>123</sup> gesloten schikkingsovereenkomst niet ontbreken.<sup>124</sup> Deze schikkingsovereenkomst is gesloten tegen de achtergrond van de gebeurtenissen die zich in 2007 en 2008 hebben voorgedaan bij Fortis en die van invloed (kunnen) zijn geweest op de koers van de aandelen in Fortis. In die periode ontplooiden de voormalige Fortis-groep zowel bank- als verzekeringsactiviteiten. De aandelen Fortis waren genoteerd aan Euronext Amsterdam, Euronext Brussels en de Luxemburgse beurs. Het totale schikkingsbedrag dat Ageas in het kader van deze schikking ter beschikking had gesteld bedroeg € 1.203.700.000.<sup>125</sup> Op hoofdlijnen geven wij een samenvatting van de regeling uit de schikkingsovereenkomst, voor zover relevant voor deze kroniek.<sup>126</sup>

Partijen hadden drie periodes geïdentificeerd, afgebakend met verschillende beursdata. Deze periodes sloten aan bij de verschillende verwijten die aan Fortis werden gemaakt. De gerechtigden tot een vergoeding zijn diegenen die één of meerdere gewone aandelen Fortis hielden op enig moment in de periode van 28 februari 2007 tot 14 oktober 2008 (*close of business*); de zogenoemde *‘Eligible Shareholders’*. Voor deze kroniek is relevant dat de Eligible Shareholders onder meer bestonden uit *‘Active Claimants’* en *‘Non-Active Claimants’*. Active Claimants zijn de in aanmerking komende aandeelhouders die – kort gezegd – een procedure tegen Ageas zijn begonnen voordat de schikking bekendgemaakt is en/of zich vóór 31 december 2014 hebben aangesloten bij een organisatie die een gerechtelijke procedure tegen Ageas was begonnen. Non-Active Claimants zijn degenen die dat niet hebben gedaan. Per aandeel dat een gerechtigde in één of meer van de drie genoemde periodes heeft gekocht (*‘Buyer aandelen’*) of (aan)gehouden (*‘Holder aandelen’*)

123 Daarbij zij opgemerkt dat de auteurs de belangen behartigen van een van de belangenorganisaties in deze procedure, waardoor zij genoodzaakt zijn zich te beperken tot een samenvatting van de uitspraak.

124 Hof 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann.

125 Dit zou de grootste schikking zijn geweest die ooit in Europa is getroffen. Op het moment van het sluiten van de schikkingsovereenkomst zou deze in de Verenigde Staten op de achtste plaats staan in de top 10 van grootste schikkingen (zie <http://securities.stanford.edu/top-ten.html>). Inmiddels is deze schikking één plaats gedaald.

126 Zie ook Hof 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 7.1-7.9 en nadere stukken te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV](http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV).

wordt een vergoeding betaald. Schematisch weergegeven zag het vergoedingsonderdeel van de regeling er als volgt uit:

<b>Periode</b>	<b>Categorie Fortis aandelen</b>	<b>Non-Active Claimants</b>	<b>Active Claimants</b>
<b>Periode 1</b>	Buyer 1 Aandeel	€ 0,38	€ 0,56
	Holder 1 Aandeel	€ 0,19	€ 0,28
<b>Periode 2</b>	Buyer 2 Aandeel	€ 0,85	€ 1,28
	Holder 2 Aandeel	€ 0,43	€ 0,64
<b>Periode 3</b>	Buyer 3 Aandeel	€ 0,25	€ 0,38
	Holder 3 Aandeel	€ 0,13	€ 0,19

Ter beschikking werd gesteld een bedrag van € 795.900.000 ('Box 1') voor alle Active Claimants en een bedrag van € 407.800.000 ('Box 2') voor alle Non-Active Claimants. Voor zover de goedgekeurde vorderingen van alle Active Claimants en Non-Active Claimants het totaalbedrag van deze gemaximeerde bedragen zouden overschrijden, dan zouden de vergoedingen per aandeel Fortis (zoals hiervoor schematisch weergegeven) pro rata worden verminderd.

Een belangrijk uitgangspunt van alle elementen van de hiervoor samengevatte regeling was dat de Active Claimants een hogere vergoeding kregen dan de Non-Active Claimants, omdat zij zich (anders dan de Non-Active Claimants) tijd, inspanningen en kosten hadden getroost om een schikking te bereiken. Ook de vergoeding die per Buyer aandeel werd betaald was hoger dan de vergoeding die per Holder aandeel werd betaald. Dat werd volgens de verzoekende partijen gerechtvaardigd doordat de juridische positie van de Buyer aandeelhouders sterker is dan de positie van de Holder aandeelhouders. Voor Ageas was het in dat kader nog relevant dat alle Eligible Shareholders de regeling zouden steunen en niet enkel de Buyers. Alle gerechtigden zouden in aanvulling hierop nog een additionele vergoeding ontvangen voor het hoogst aantal aandelen gehouden in de relevante periode(s); die vergoeding bedraagt € 0,50 per gehouden aandeel Fortis, met een maximum van € 200 per Non-Active Claimant en € 400 per Active Claimant. Daarnaast zouden de Active Claimants aanspraak kunnen maken op een additionele vergoeding die zou worden vastgesteld op basis van het hoogste aantal gehouden aandelen in een van de periodes. Tot slot was afgesproken dat als het totaalbedrag van de goedgekeurde vorderingen lager was dan de maximumbedragen voor Box 1 en Box 2, de vergoeding per aandeel Fortis naar rato met maximaal 15% zou worden verhoogd.

ConsumentenClaim maakte bezwaar tegen deze regeling. In de kern hield het verweer van ConsumentenClaim in dat gelijke gevallen ongelijk behandeld werden, omdat een Active Claimant een hogere vergoeding zou ontvangen dan een Non-Active Claimant. Dat klemde volgens ConsumentenClaim des te meer, omdat de



belangenorganisaties volgens haar een hoge vergoeding van Ageas hadden ontvangen om de schikking te accepteren, waarbij de Non-Active Claimants zonder geldige reden veel minder vergoed zouden krijgen dan anderen, terwijl de omvang van de geleden schade en de oorzaak daarvan dezelfde is.<sup>127</sup>

Het Hof Amsterdam komt – samengevat – op de volgende gronden tot het oordeel dat de belangen van de personen ten behoeve van wie de schikkingsovereenkomst is gesloten, in dit geval onvoldoende zijn gewaarborgd in de zin van art. 7:907 lid 3 aanhef onder e BW, en dat de in de schikkingsovereenkomst opgenomen vergoedingsregeling niet redelijk is in de zin van art. 7:907 lid 3 sub b BW:

- het verschil in behandeling tussen de Active Claimants en Non-Active Claimants is niet verenigbaar met het doel en de strekking van art. 3:305a BW en de WCAM. Volgens het hof geldt zowel ten aanzien van 305a-acties als de WCAM-procedure dat deze in belangrijke mate tot doel hebben te voorkomen dat benadeelden van massaschade afzonderlijk een vordering in rechte (moeten) instellen.<sup>128</sup> Deze regelingen hebben tot doel dat massaschade zoveel mogelijk collectief wordt afgewikkeld. De arresten van 28 maart 2014<sup>129</sup> en 9 oktober 2015<sup>130</sup> van de Hoge Raad maken het mogelijk dat benadeelden de uitkomst van een collectieve afwikkeling kunnen afwachten, doordat op een weinig belastende wijze – zonder bijvoorbeeld het verrichten van een stuitingshandeling – kan worden voorkomen dat zij hun rechten verliezen. Volgens het hof rijmt hiermee niet dat de aandeelhouders die de uitkomst van collectieve acties hebben afgewacht als ‘free-riders’ moeten worden aangemerkt en dat een ‘free-riders-situatie’ onwenselijk is en moet worden voorkomen. Dat staat volgens het hof haaks op de bedoeling van de wetgever en de rechtspraak van de Hoge Raad (r.o. 8.22 en 8.24). Volgens het hof moet een ‘run to the court’ worden vermeden om zodoende zo snel als mogelijk een plaats aan de onderhandelingstafel te krijgen, zodat er een hogere vergoeding kan worden bedongen (r.o. 8.23);<sup>131</sup>
- het hof oordeelt dat een verschil tussen twee groepen van gerechtigden zijn rechtvaardiging kan vinden in (i) de aard en ernst van de schade die als gevolg van de in de overeenkomst beschreven gebeurtenissen kan zijn ontstaan dan wel (ii) door een rechtens relevant te achten verschil in hoedanigheid tussen betrokken aandeelhouders. Onderscheid in vergoeding tussen gerechtigden die exact dezelfde (vermeende) schade hebben geleden, zou alleen kunnen worden gemaakt als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Volgens het hof

---

127 Hof 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.11.

128 ConsumentenClaim verwees daarbij naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, 3, p. 1.

129 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766.

130 HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018.

131 Tzankova schetst in op 18 juni 2017 op haar linkendin het tegenovergesteld fenomeen dat steeds vaker de kop opsteekt: “there are increasingly entities whose business model is to collect clients, wait for other parties to make the costs of litigation and when it ‘starts looking good’ appear to claim a share of the proceeds at lower fees”. Zie: [www.linkedin.com/pulse/dutch-court-temporarily-derails-wcam-settlement-ianika-tzankova/?trk=v-feed](http://www.linkedin.com/pulse/dutch-court-temporarily-derails-wcam-settlement-ianika-tzankova/?trk=v-feed).

kan een dergelijke rechtvaardiging niet worden gevonden in de tijd, inspanningen en kosten van de Active Claimants met het tot stand brengen van de regeling. Dat druist bovendien in tegen art. 7:907 lid 1 en 2 BW op grond waarvan een verzoek tot verbindendverklaring (onder meer) betrekking dient te hebben op een overeenkomst die strekt tot vergoeding van schade die door één of meer gebeurtenissen is veroorzaakt. Nu voor het onderscheid volgens het hof geen objectieve rechtvaardiging bestaat, worden de vergoedingen per aandeel niet redelijk geacht (r.o. 8.24-8.28);

- daarnaast wordt volgens het hof op ontoereikende gronden onderscheid gemaakt tussen de Active Claimants en de Non-Active Claimants, omdat het gehanteerde boxensysteem tot gevolg heeft dat de Active Claimants er in beginsel zeker van zijn dat zij de hen toegekende hogere vergoedingen per aandeel zullen krijgen en de Non-Active Claimants op de hen toebedeelde, lagere, vergoedingen slechts een kans hebben. De kans dat de Non-Active Claimants de in de overeenkomst genoemde vergoedingen verkrijgen, wordt beïnvloed door de hoogte van het opkomstpercentage. Zij kunnen om die reden geen verantwoorde beslissing over een opt-out, nemen omdat zij niet op voorhand kunnen inschatten hoe hoog de vergoeding is die zij zullen ontvangen. In de woorden van het hof: *“Hoe meer Non-Active Claimants aanspraak maken op een vergoeding, hoe groter de kans is dat de vergoeding die zij krijgen lager is dan de bedragen die in de overeenkomst zijn genoemd.”* (r.o. 8.29);
- de belangenorganisaties hebben door gezamenlijk een vergoeding van € 45 miljoen te accepteren, de indruk gewekt dat zij een eigen belang hebben bij de verbindendverklaring van de schikkingsovereenkomst. Bij het hof bestaat de indruk dat de belangen van de Non-Active Claimants bij het tot stand komen van de overeenkomst zijn achtergesteld op de eigen belangen van de belangenorganisaties en hun achterban. Aan dat oordeel liggen de volgende zaaksoverstijgende overwegingen ten grondslag:

*“Als uitgangspunt voor de beoordeling [in de zin van art. 7:907 lid 3 aanhef sub e BW] geldt dat als een belangenorganisatie vraagt om een vergoeding voor gemaakte kosten of voor het lopen van een procesrisico, dat nog niet een reden is om aan te nemen dat de belangen van benadeelden onvoldoende zijn of worden behartigd. Het enkele feit dat een belangenorganisatie geheel of gedeeltelijk op commerciële basis opereert, betekent niet dat zij niet als verzoekster kan optreden. Het hof beseft ten volle dat aan collectieve procedures hoge kosten zijn verbonden. Het door verzoeksters geschetste “free-riderprobleem” hangt daarmee uiteraard samen. De belangenorganisaties hebben kosten moeten maken om een schikking tot stand te kunnen brengen. Die schikking komt niet alleen aan hun achterban ten goede. Daarvan kunnen ook, als de overeenkomst verbindend wordt verklaard, derden profiteren, zonder dat zij vooralsnog kosten hebben hoeven maken. De belangenorganisaties hebben in dit verband uitgebreid aandacht gevraagd voor het feit dat hun belangenbehartiging zonder bijdragen van de achterban en/of procesfinanciers niet mogelijk was geweest. Het hof onderkent dat het van maatschappelijk belang is dat collectieve procedures kunnen*

worden gevoerd. Daarvoor moet een financiering worden gevonden. Dit belang wordt ook in rechte erkend. Een rechtspersoon die een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW instelt tot vaststelling van aansprakelijkheid voor schade jegens de personen wier belangen worden behartigd, kan ook zelf in beginsel jegens de aansprakelijke partij aanspraak maken op vergoeding van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW (HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077). Elk financieeringsmodel heeft voor- en nadelen. Vereist is wel dat belangenorganisaties transparant zijn en openheid van zaken geven (zoals ook geldt ten aanzien van de Claimcode: “pas toe of leg uit”). (...)

*Bij de beoordeling van een WCAM-verzoek staan de belangen van de gerechtigden centraal, met name de belangen van degenen die niet bij de onderhandelingen betrokken waren of die niet zijn vertegenwoordigd, in het onderhavige geval de Non-Active Claimants. Zij worden immers gebonden aan een onderhandelingsresultaat waarop zij geen invloed hebben gehad. Het hof bewaakt dan ook, bij de vraag of de verzochte verbindendverklaring kan worden toegewezen, in het bijzonder hun belangen. (...)*<sup>132</sup>

Ter waarborging van de belangen van de achterban van de belangenorganisaties, legt het hof aan de belangorganisaties de verplichting op dat bij de afwikkeling van de betalingen gebruik gemaakt zal worden van een kwaliteitsrekening (r.o. 9.3). Verder is het hof van mening dat de kwijtingsbepaling te ruim is geformuleerd. Volgens het hof kan alleen voor de schade als gevolg van de met zoveel woorden in de overeenkomst genoemde gebeurtenissen kwijting worden verleend. Dat is tevens een reden waarom de schikkingsovereenkomst niet verbindend kan worden verklaard (r.o. 9.8).

Tot slot maakt het hof van haar bevoegdheid op grond van art. 7:904 lid 4 BW gebruik door partijen in de gelegenheid te stellen de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. In dat kader heeft het hof partijen in overweging gegeven een nieuwe regeling te treffen, waarbij partijen de volgende elementen in hun overleg kunnen betrekken:

- een aanpassing van het systeem dat een gemaximeerd bedrag aan vergoedingen voor Active Claimants ter beschikking wordt gesteld en een gemaximeerd bedrag voor Non-Active Claimants (het boxensysteem);
- als een vergoeding aan een Active Claimant wordt toegekend, dient die vergoeding in beginsel in verband te staan met bepaalde schade of gemaakte kosten;
- een aanpassing van de kwijtingsbepaling;
- een heroverweging van de vergoedingen voor de belangenorganisaties, bijvoorbeeld tot de in redelijkheid gemaakte kosten (eventueel met een redelijke (winst) opslag).

---

<sup>132</sup> Hof 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.39 en r.o. 8.41.

Daarbij gaf het hof aan partijen mee dat de enkele omstandigheid dat vergoedingen worden toegekend voor Holder Shares, terwijl hoogst onzeker is of door die aandeelhouders wel schade kan zijn geleden als gevolg van koersverlies of koersinflatie, niet betekent dat de overeenkomst op dit punt dient te worden aangepast. Wel speelt volgens het hof deze omstandigheid een rol bij de beoordeling van de redelijkheid van de vergoedingen. Als de totale vergoedingsplicht van Ageas wordt gemaximeerd tot een bepaald bedrag, terwijl het grootste deel van dat bedrag wordt verstrekt aan aandeelhouders waarvan hoogst onzeker is of zij wel recht hebben op schadevergoeding (aandeelhouders met Holder Shares), heeft dat zijn weerslag op de vraag of de vergoeding voor de andere categorie aandeelhouders, waarvan voorshands aannemelijk is dat zij wel schade hebben geleden, wel redelijk is (aandeelhouders met Buyer Shares, waartoe het hof ook de emissieaandelen van september 2007 rekent) (r.o. 10.10).

Partijen zijn op basis van deze aanwijzingen opnieuw in onderhandeling getreden om te komen tot een aanpassing van de regeling. De Amended and Restated Settlement Agreement is op 12 december 2017 gesloten en op dezelfde dag aan het hof aangeboden.<sup>133</sup> Kort voor het afronden van deze kroniek heeft het hof naar aanleiding van de aangepaste overeenkomst een tussenbeschikking gewezen, waarin zij – samengevat – de belangenorganisaties verzoekt transparantie te geven over hun verdienmodel.<sup>134</sup> Het hof heeft aangekondigd op 13 juli 2018 uitspraak te doen.

#### 2.7.2 Terughoudende beoordeling van opt-out gevallen

Ook in een uitspraak van 1 augustus 2017 van het Hof Amsterdam staat de eerder omschreven effectenlease van Dexia centraal.<sup>135</sup> De eisende partij had in deze zaak tijdig een opt-outverklaring in de zin van art. 7:908 lid 2 BW uitgebracht, zodat hij niet gebonden was aan de algemeen verbindend verklaarde WCAM-schikking in navolging van de opgestarte collectieve actie. Hij vorderde primair vernietiging van de overeenkomst met Dexia en subsidiair schadevergoeding. Het Hof Amsterdam overweegt dat de rechter ten aanzien van opt-outgevallen bij een WCAM-schikking (buiten proefprocedures om) terughoudend dient te zijn in de beoordeling, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij WCAM-regeling:

*“De onderhavige procedure tussen [geïntimeerde] en Dexia is één van de duizenden geschillen met betrekking tot de door Dexia gesloten overeenkomsten van effectenlease. De zaak maakt onderdeel uit van een massaschadezaak en dat “kleurt” dit geding. Met de verbindendverklaring van de Duisenberg-regeling in 2007 is een belangrijk deel van deze massaschadezaak in een schikking geëindigd. Eén van de doelstellingen van de WCAM-procedure is blijkens de totstandkomingsgeschiedenis*

---

<sup>133</sup> De akte met de aangepaste overeenkomst is te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV](http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV).

<sup>134</sup> Hof 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368.

<sup>135</sup> Hof Amsterdam 1 augustus 2017, JOR 2017/266, m.nt. J.W.P.M. van der Velden.

*daarvan te voorkomen dat individuele geschillen moeten worden uitgedeed (...)  
Dit laatste is van overeenkomstige toepassing op proefprocedures die mede zijn  
gevoerd met het oog op de gevallen waarin een opt-out-verklaring is uitgebracht.  
Ook aan proefprocedures is het maatschappelijk voordeel verbonden van het voorko-  
men van de kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van een groot  
aantal civiele procedures waarbij toch telkens identieke vragen beantwoord moeten  
worden.”*

Vervolgens maakt het Hof Amsterdam onderscheid tussen de (gedupeerde) afnemers van Dexia in verschillende categorieën, waarbij overwogen wordt dat een hogere uitkering dan is bepaald in de WCAM-schikking, zoals toegewezen in proefprocedures ten aanzien van opt-outgevallen, verklaard moet kunnen worden door de (in aanmerkelijke mate) afwijkende feitelijke en juridische positie van die specifieke gevallen. Het Hof vervolgt:

*“dat bij de beoordeling van een geschil als de onderhavige belangrijk gewicht dient toe te komen aan de omstandigheid dat deze deel uitmaakt van een massaschadezaak. De rechter dient zich rekenschap te geven van hetgeen volgt uit een regeling in een WCAM-overeenkomst en dient zich terughoudend op te stellen bij het afwijken van de uitkomst van gevoerde proefprocedures. Gezien de bedoeling van dit type procedures – het op een zo kort mogelijke termijn bieden van duidelijkheid en zekerheid voor grote aantallen betrokkenen en het maatschappelijke belang van het voorkomen van vele individuele procedures – zal een afwijking in beginsel alleen aan de orde zijn in specifieke gevallen, bijvoorbeeld als bepaalde omstandigheden niet in relevante mate waren verdisconteerd in een WCAM-overeenkomst of in eerdere uitspraken. Voor de WCAM-procedure geldt in dit opzicht – meer in het bijzonder – dat als de rechter tot verbindendverklaring is overgegaan, ervan dient te worden uitgegaan dat de schikking voldoende maatschappelijk draagvlak heeft en de ter beschikking gestelde vergoedingen, gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen kunnen worden verkregen en de mogelijke oorzaken van de schade, niet onredelijk zijn (zie artikel 7:907 lid 3, aanhef en onder b en f, BW). Voor proefprocedures geldt dat partijen daarin de gelegenheid hebben gekregen om zoveel als mogelijk alle van belang zijnde argumenten aan te voeren, waarop vervolgens is beslist (definitief, als tot aan de Hoge Raad is doorgeprocedeerd).*

*Verder zijn de volgende bijkomende omstandigheden relevant die meebrengen dat de rechter zich in massaschadezaken terughoudend dient op te stellen:*

*– Als degenen die zich niet hebben neergelegd bij een WCAM-overeenkomst en/of rechtelijke uitspraken in proefprocedures (die tot aan de Hoge Raad zijn gevoerd) doorprocederen en zonder (voldoende) zwaarwegende redenen in rechte een hogere vergoeding krijgen, staat dat haaks op het genoemde maatschappelijke belang dat nieuwe en individuele procedures moeten worden voorkomen. Doorprocederen dient alleen “beloond” te worden als de bijzonderheden van het geval dat kunnen*

*rechtvaardigen. Voor een gerechtigde wordt het anders aantrekkelijk om een opt out-verklaring in te dienen en de uitkomst van de verdere procedures af te wachten met het oog op het verkrijgen van een hogere vergoeding.*

*– De benadeelden die zich wel bij een WCAM-overeenkomst of de uitkomst van proefprocedures hebben neergelegd – zoals daarvan de bedoeling is – zullen zich door de nieuwe afwijkende rechterlijke uitspraken benadeeld voelen als zij zich in dezelfde positie bevonden als degenen die uiteindelijk een hogere vergoeding krijgen. Dit doet afbreuk aan een WCAM-uitspraak en de uitspraken in proefprocedures.*

*– De WCAM-procedure verliest zijn aantrekkelijkheid. Voor een schadeveroorzakende partij in een massaschadezaak biedt de WCAM-procedure geen zekerheid en geen perspectief op de beëindiging van alle geschillen als het risico wordt gelopen om vele jaren na een verbindendverklaring nog te worden geconfronteerd met een aanmerkelijk hogere schadevergoedingsplicht voor een grote groep van gerechtigden dan die voortvloeit uit de verbindend verklaarde overeenkomst en de uitkomst van de gevoerde proefprocedures voor de opt out-gevallen.”*

*So far, so good, of niet?* Men kan zich kritisch afvragen of deze terughoudendheid geen afbreuk doet aan het recht van een gedupeerde om zich aan een WCAM-schikking (of collectieve actie) te onttrekken en een *volledige* individuele beoordeling van zijn zaak te krijgen. Het Hof Amsterdam wijst de vordering vervolgens, in afwijking van het oordeel van de Hoge Raad in de proefprocedure *Beckers/Dexia*<sup>136</sup> over een vergelijkbaar (individueel) geval bij Dexia, af. Het Hof Amsterdam constateert dat het geval in *Beckers/Dexia*, waarin de gedupeerde aanspraak kon maken op een hogere vergoeding dan in de WCAM-schikking omdat sprake was van een cliëntenremisier zonder de benodigde vergunning, weliswaar vergelijkbaar is, maar past de daarin geformuleerde rechtsregel niet toe, ook al bevond de eisende partij in deze zaak zich in (nagenoeg) dezelfde feitelijke en juridische situatie. In het kort komt het erop neer dat het Hof Amsterdam de uitkomst in de eerdere proefprocedure niet deelt en ongerechtvaardigd acht tegenover gedupeerden die (eerder) hebben ingestemd met de WCAM-schikking. De hiervoor geciteerde terughoudendheid bij de beoordeling van opt-outgevallen lijkt daarvoor als excuus te worden gebruikt. Een geval van gerechtelijke ongehoorzaamheid, met – ironisch bezien – het gevolg dat alsnog het door het hof benoemde achterliggende doel van de WCAM-regeling en proefprocedures om zeep wordt geholpen: het tegengaan van verschillende uitkomsten bij massaschadezaken. Het Hof Den Haag volgde de uitgezette lijn in *Beckers/Dexia* in een ander vergelijkbaar geval namelijk wél, zodat de uitkomst voor gelijke gevallen, verschillend uitwerkt.<sup>137</sup>

Wat betreft de terughoudendheid, werd in de parlementaire geschiedenis bij art. 7:908 lid 2 BW juist erkend dat gedupeerden het recht moeten behouden hun

---

136 HR 2 september 2016, *JOR* 2016/274, m.nt. C.W.M. Lieverse.

137 Hof Den Haag 12 september 2009, *JOR* 2017/267, m.nt. J.W.P.M. van der Velden.

zaak individueel te kunnen voorleggen om (volledige) schadevergoeding te vorderen.<sup>138</sup> Anders zijn de rechtsbeginselen van partijautonomie in het burgerlijk procesrecht en het in art. 17 Grondwet neergelegde recht op toegang tot de rechter in het geding. Bovendien is in art. 6 EVRM uitdrukkelijk vastgelegd dat eenieder bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Met het oog op deze rechtsbeginselen is het dan ook van wezenlijk belang dat de overeenkomst benadeelden de mogelijkheid biedt om zich binnen een bepaalde termijn door middel van een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring te onttrekken aan de verbindendheid. Degenen die van deze mogelijkheid gebruikmaken, behouden aldus de volledige vrijheid om afzonderlijk hun vordering in te dienen en hiervoor naar de rechter te stappen.<sup>139</sup> Daarbij past niet dat de rechter in een dergelijke schadevergoedingsprocedure zich richt naar de verbindende verklaarde WCAM-overeenkomst, omdat partijen in een dergelijke overeenkomst welbewust onder afweging van alle goede en kwade kansen, ter vermijding van (langdurige) procedures en (dus) proceskosten concessies hebben gedaan teneinde op korte termijn tot een afwikkeling van massaschade te komen. De werkelijk door de benadeelde geleden schade wordt dan niet vergoed, terwijl de benadeelde die wel vergoed zou moeten krijgen in een individuele schadevergoedingsprocedure (indien de benadeelde ervoor heeft gekozen om een opt-outverklaring af te leggen). Ook de Hoge Raad oordeelde in deze zin in het arrest *De Treek/Dexia*.<sup>140</sup>

De uitspraak van het Hof Amsterdam kan in onze ogen dan ook niet in stand blijven, omdat (los van het niet-volgen van de uitkomst in de proefprocedure) er geen grond bestaat voor een terughoudende toetsing bij opt-outgevallen, zowel in het kader van een WCAM-schikking als een 305a-actie.

### 3 Nationale ontwikkelingen

Arons en Koster hebben in de vorige aflevering van deze kroniek het Wetsvoorstel van 16 november 2016<sup>141</sup> uitgebreid beschreven en becommentarieerd.<sup>142</sup> Niet alleen in die kroniek, maar ook in andere literatuur en de pers<sup>143</sup> is het wetsvoorstel

138 *Kamerstukken* 2003/04, 29414, 3, p. 4 en 18.

139 *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 5, p. 13.

140 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.9.2.

141 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 1: “Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken”.

142 T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016’, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr. 141), p. 121-128.

143 <https://fd.nl/-/1207003/wetsvoorstel-collectieve-schadevergoedingsactie-is-onwenselijk-en-onnodig>.

overwegend kritisch ontvangen.<sup>144</sup> Slechts een enkeling pleit, als wij het goed zien, voor invoering van het wetsvoorstel met een ‘*korte klap*’.<sup>145</sup> De bezwaren tegen het wetsvoorstel zijn reeds in de literatuur samengevat.<sup>146</sup> Wij zullen dat niet gaan herhalen. Kort voor de afronding van deze bijdrage heeft de Minister voor Rechtsbescherming op 15 januari 2018 het wetsvoorstel, nadat dat op 11 april 2017 controversieel was verklaard,<sup>147</sup> nieuw leven ingeblazen, door een aantal wijzigingen voor te stellen en op een aantal punten het wetsvoorstel te verduidelijken.<sup>148</sup> Wij zullen deze wijzigingen en de meest interessante verduidelijkingen hierna kort bespreken.

De Minister laat in de nota van wijziging de concentratie van de massaschadezaken bij de Rechtbank Amsterdam los en schrapt art. 1018b lid 3 Rv. De Minister volgt daarin de Raad voor de Rechtspraak die, anders dan De Bie Leuveling Tjeenk en Van der Velden,<sup>149</sup> meent dat een wettelijke concentratie van massaschadezaken voor het bereiken van de benodigde coördinatie en opbouw van expertise in dit soort zaken niet nodig zou zijn.<sup>150</sup> Daarnaast creëert de Minister een tweede opt-outmogelijkheid na goedkeuring van de collectieve schikking. Consumenten en bedrijven moeten een extra mogelijkheid hebben om van deelname van de schikking af te zien, omdat zij mogelijk niet tevreden zijn over de gerealiseerde schikking. Een gedupeerde consument behoudt immers het recht om in een separate procedure volledige schadevergoeding te vorderen in plaats van een lagere vergoeding te accepteren. Daarmee sluit de Minister expliciet aan bij art. 7:908 lid 2 BW van de

144 E. Bauw & S. Voet, ‘Van stok achter de deur tot keurslijf, Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsacties’, *NJB* 2017/4, p. 240 e.v.; M.H.C. Sinninghe Damsté & T.M.C. Arons, ‘Collectief schadeverhaal bij kartel in de financiële sector’, *OR* 2017/84; J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, ‘Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij’, *OR* 2017/85; T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht, Perikelen bij het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie’, *OR* 2017/86; M.W.F. Bosters, ‘Het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: de scope rule nader bekeken’, *NTHR* 2017/5; I.N. Tzankova, ‘Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?’, *TVP* 2017/4; M. van Wissen & T.M. Welling, ‘Afwikkeling van massaschade: het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie’, *MIP* 2017/81 en F.W. de Geus, ‘De collectieve schadevergoedingsactie: een effectief wapen voor claimstichtingen in oorlogstijd?’, *TvOB* 2017/5. Zie ook: [www.njb.nl/blog/massaschade-en-de-regelende-rechter.27523](http://www.njb.nl/blog/massaschade-en-de-regelende-rechter.27523). lynkx en <https://willemvanboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/>

145 J. Lemstra, ‘Kort Amerikaans’, *OR* 2017/82. Ook overwegend positief zijn: C.M.D.S. Pavillon & D.G.J. Althoff, ‘Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat?’, *MvV* 2017/3 en L. Spigt & J. Edixhoven, ‘Over perverse prikkels bij third party financing en quota pars litis in de advocatuur’, in: C.D.J. Bulten (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht: liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (VDHI nr. 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 41.

146 Tzankova, t.a.p., p. 108.

147 *Kamerstukken II* 2016/17, 34707, 1, p. 3.

148 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6 en 7.

149 De Bie Leuveling Tjeenk en Van der Velden, t.a.p., p. 476 en 477.

150 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 3 en p. 20 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 7, p. 4-7. Ook De Geus plaatste kritische kanttekeningen bij het exclusief bevoegd verklaren van de Rechtbank Amsterdam. Zie De Geus, t.a.p., p. 187.



WCAM-procedure.<sup>151</sup> Bovendien komt de Minister met deze wijziging tegemoet aan de steeds terugkerende kritiek in de literatuur op het wetsvoorstel dat een extra opt-outmogelijkheid ontbrak.<sup>152</sup> Ook introduceert de Minister een regeling waardoor buitenlandse gedupeerden expliciet moeten kiezen voor deelname aan de Nederlandse collectieve actie (opt-in), waarmee de eisen voor buitenlandse gedupeerden om deel te nemen aan een collectieve actie in Nederland verder zijn aangescherpt. Volgens de Minister wordt daarmee voorkomen dat de introductie van de collectieve schadevergoedingsactie een aanzuigende werking tot gevolg heeft voor zaken waarin wordt opgekomen voor buitenlandse gedupeerden die hier geen weet van hebben.<sup>153</sup> In dat kader voegt de Minister een nieuw lid 5 aan art. 1018f Rv toe. Het nieuwe lid 5 regelt dat ook wanneer er een voldoende nauwe band met Nederland is, buitenlandse gedaagden niet automatisch deelnemen aan de procedure. Zij moeten binnen een door de rechter gestelde termijn (van ten minste één maand) na aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger expliciet instemmen met deelname aan de collectieve procedure (opt-in).<sup>154</sup>

De strenge ontvankelijkheidseisen voor een 305a-organisatie in het nieuwe wetsvoorstel gelden zowel voor 305a-organisaties die een vordering tot schadevergoeding instellen als voor 305a-organisaties die een verbod, gebod of verklaring voor recht vorderen.<sup>155</sup> Vanuit de wetenschap is dit onderdeel van het wetsvoorstel kritisch ontvangen.<sup>156</sup> In de Nota van Wijziging komt de Minister erop terug dat deze strenge ontvankelijkheidseisen ook geldt, indien een verbod wordt gevorderd. Volgens de Minister is dit een voorbeeld van een vordering die is uitgezonderd op grond van art. 3:305a lid 6 BW, dat luidt: “*De rechter kan een rechtspersoon als bedoeld in lid 1, ontvankelijk verklaren, zonder dat aan de vereisten van de leden 2, 3 en 5 hoeft te zijn voldaan, wanneer de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon als bedoeld in lid 1 of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft.*”<sup>157</sup> Wij gaan ervan uit dat deze uitzondering ook geldt, indien een 305a-organisatie enkel een gebod vordert, ondanks dat de Minister dit niet expliciet in de Nota noemt. Volgens ons bestaat er immers geen rechtvaardiging om een 305a-organisatie die een gebodsactie instelt aan strengere ontvankelijkheidseisen te onderwerpen dan een 305a-organisatie die een verbodsactie instelt. De Minister handhaaft evenwel dat een beroep op de uitzondering van art. 3:305a lid 6 BW niet

151 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 6, p. 3 en *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 7, p. 9.

152 Arons & Koster, t.a.p., p. 493, Bauw & Voet, t.a.p., p. 246-247, Van Boom & Weber, t.a.p., p. 298 en Pavillon & Althoff, p. 114.

153 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 6, p. 4, 23.

154 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 6, p. 23 en *Kamerstukken II*, 2016/17, 34608, 7, p. 7-9.

155 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 3, p. 31-33.

156 Bauw & Voet, t.a.p. 243-244. Zie ook: <https://willemvanboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/>.

157 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 6, p. 17.

zal worden gehonoreerd, indien een verklaring voor recht wordt gevorderd als opmaat naar een collectieve schadevergoedingsactie.<sup>158</sup>

Ook in algemene zin geeft de Minister in de Nota van Wijziging meer duiding aan de uitzonderingen op de strenge ontvankelijkheidseisen zoals genoemd in art. 3:305a lid 6 BW. Deze uitzondering geldt volgens de Minister wanneer de aard van de vordering zich hiertegen verzet. Een 305a-organisatie die niet gericht is op het verkrijgen van schadevergoeding, maar die een belangrijke rol speelt in het handhaven van collectieve belangen in collectieve acties, kan met succes een beroep doen op de uitzondering in lid 6. Het is niet de bedoeling om het deze 305a-organisaties met het wetsvoorstel onnodig moeilijk te maken hun werk voort te zetten. Verder verduidelijkt de Minister dat met de begrippen ‘*zeer beperkt financieel belang*’ in de uitzondering van lid 6 wordt bedoeld op *zowel* het financiële belang van de gedupeerden *als* op de omvang van de totale schadevergoeding voor de verweerder. De strengere ontvankelijkheidseisen zijn, net zoals de Claimcode, niet van toepassing op kleine massazaken met geringere financiële belangen.<sup>159</sup>

Verder geeft de Minister duidelijkheid over het overgangsrecht. Een collectieve actie die is ingesteld vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, moet worden afgewikkeld op basis van de bestaande regeling in art. 3:305a BW. Daarmee wordt voorkomen dat belangenbehartigers in een hangende 305a-procedure ineens aan de eisen van de nieuwe wet moeten voldoen, zoals de strengere ontvankelijkheidseisen, en dat de rechter ineens een exclusieve belangenbehartiger zou moeten aanwijzen.<sup>160</sup>

Bij het bepalen van de te vergoeden schade geeft de Minister de rechter de mogelijkheid om ook rekening te houden met de kosten die een gedupeerde moet maken om zich bij een belangenbehartiger aan te sluiten. Dat is een uitwerking van de redelijke kosten die de gedupeerden hebben gemaakt ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid in zin van art. 6:96 lid 2 sub b BW. Dat kan ertoe leiden dat deze aangesloten gedupeerden voor een hogere vergoeding in aanmerking komen dan niet-aangesloten gedupeerden die wél van de vaststelling van de collectieve schadevergoeding profiteren, maar daar geen kosten voor hebben gemaakt. Zogeheten ‘*free-riders*’ profiteren daarvan dus niet, waardoor de voordelen van een collectieve afwikkeling behouden blijven. De Minister gaat zelfs nog verder door te benadrukken dat gedupeerden die een bijdrage aan de financiering van de procedure hebben geleverd, hiervoor bij een collectieve schikking moeten worden beloond en zelfs in aanmerking zouden moeten komen voor een hogere uitkering dan andere partijen. Onder verwijzing naar de hiervoor besproken *Ageas*-beschikking, zou de hogere vergoeding volgens de Minister wel proportioneel moeten zijn.<sup>161</sup>

---

158 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 21.

159 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 11, 20, 21 en 28.

160 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 12.

161 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 22.

Het nieuwe art. 3:305a lid 2 sub c BW geeft de rechter, indien nodig, de bevoegdheid om inzage te vragen in de financieringsconstructie van de belangenorganisatie. De Minister verduidelijkt waarom deze informatie niet met de wederpartij behoeft te worden gedeeld. De rechter toetst op basis van de ontvangen informatie marginaal of er voldoende middelen zijn om de procedure te voeren. Dat vereiste in samenhang met het algemene vereiste van voldoende gewaarborgde belangen, biedt de rechter ook de mogelijkheid te bekijken op welke wijze de invloed van de financier op de procedure is geregeld en of die regeling in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van de benadeelden. Het is evenwel niet de bedoeling dat de verwerende partij inzicht krijgt in deze gegevens, omdat daarmee inzage zou worden gegeven in de ‘oorlogskas’ van de 305a-organisatie. Een dergelijke inzage is niet wenselijk, omdat de aangesproken partij daarop zijn processtrategie kan aanpassen. Daarbij kan het volgens de Minister niet de bedoeling zijn dat de verwerende partij op basis van deze gegevens probeert om de financiers te benaderen om de financiering te stoppen of de procedure te vertragen, omdat zij weet heeft van de beperkte financiële middelen van de 305a-organisatie. Ook het financieel verslag van de 305a-organisatie hoeft daarom enkel gedeeld te worden met haar achterban en niet met de verwerende partij.<sup>162</sup>

## 4 Internationale ontwikkelingen

### 4.1 Inleiding

De ontwikkelingen in de rest van Europa staan evenmin stil. Wij bespreken hierna de meest noemenswaardige ontwikkelingen in de EU en de landen rondom Nederland, in dit geval Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, die zich hebben voorgedaan sinds het verschijnen van de vorige kroniek.

### 4.2 EU

Op 22 mei 2017 heeft de Europese Commissie de ‘*Call for evidence on the operation of collective redress arrangements in the Member States of the European Union*’ gelanceerd.<sup>163</sup> Met deze oproep wenst de Europese Commissie inzicht te krijgen in de wijze waarop de Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke beginselen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten in de praktijk wordt toegepast.<sup>164</sup> De algemene doelstelling

---

<sup>162</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 11-12 en 20 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 11-12 en 29.  
<sup>163</sup> [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59539](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59539).

<sup>164</sup> Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *PbEU* 2013, L 201/60.

van de consultatie is om informatie te verzamelen over de praktische ervaringen van belanghebbenden met collectieve acties. Daarnaast had de consultatie een aantal specifieke doelstellingen, waaronder het verzamelen van bepaalde kwantitatieve en kwalitatieve gegevens over collectieve acties die zijn gevoerd na goedkeuring van de Aanbeveling van 11 juni 2013. Op 28 september 2017 heeft de Eurocommissaris van Justitie, Jourava, tijdens de presentatie van een Amerikaans rapport van het *Institute for Legal Reform*<sup>165</sup> (onderdeel van de Amerikaanse Kamer van Koophandel) over de eisen die Europese consumenten stellen aan collectieve acties,<sup>166</sup> aangekondigd dat de bevindingen naar aanleiding van de consultatie zouden worden gepubliceerd in het rapport *“On the Practical Implementation of the Principles of the Recommendation”*. Op 31 oktober 2017 heeft de Europese Commissie aangekondigd dat het rapport op korte termijn zou verschijnen. Voor zover wij hebben kunnen nagaan is het rapport nog niet verschenen. Het onderzoek heeft volgens de eerste berichtgeving in ieder geval het volgende uitgewezen:

*“The 2013 EC Recommendation on Collective Redress explicitly called Member States to ensure, in their legal systems, injunctive and compensatory collective relief in all areas of EU law, without prejudice to the ID [Injunction Directive]<sup>167</sup>. However, as shown by the assessment of its implementation, the impact of this Recommendation has been limited. Only a few Member States have introduced or amended their legislation and nine Member States still do not provide for any possibility of claiming compensation collectively. In Member States where compensatory redress exists, it is still reported to be too complex, costly and lengthy to fully reach its objectives”<sup>168</sup>*  
(toevoeging auteurs)

Volgens de Europese Commissie heeft de consultatie aangetoond dat de efficiënte en gelijke handhaving van EU-regels, die dienen ter bescherming van de belangen van consumenten, wordt belemmerd doordat binnen de EU uiteenlopende en/of ontoereikende juridische procedures of verhaalsmogelijkheden bestaan voor consumenten in massaschadezaken. Als gevolg hiervan varieert het beschermingsniveau van de EU-consumenten naargelang van hun lidstaat van verblijf, terwijl malafide ondernemers niet consequent en op eenzelfde wijze binnen de hele EU worden afgeschrikt. Onrechtmatig handelen blijft dus aanzienlijke verliezen voor EU-consumenten

---

165 Zie over de lobbyactiviteiten van het Institute for Legal Reform ter beperking van collectieve acties: I.N. Tzankova, ‘Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?’, *TVP* 2017/4, p. 110-112.

166 U.S. Chambers Institute for Legal Reform, *The Growth of Collective Redress in the EU, A survey of developments in 10 Member States*, March 2017.

167 Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.

168 The revision of Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers ‘interests’ van 31 oktober 2017, Inception impact assesment, terug te vinden via: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5324969\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5324969_en), Zie ook: [www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-new-deal-for-consumers\\_](http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-new-deal-for-consumers_)

veroorzaken, terwijl ondernemers die wel in overeenstemming met de wet handelen geen gelijk speelveld in de EU genieten. De dieselgate-affaire en de massale annulering van vluchten in 2017 illustreren aan de ene kant de omvang van de schade die kan worden geleden door consumenten en aan de andere kant de grenzen van de bestaande nationale procedures om dit soort enorme inbreuken te stoppen en collectief schade te verhalen. Dat rechtvaardigt volgens de Europese Commissie een pakket aan maatregelen ter versterking van de positie van consumenten in dergelijke massaschadezaken. Deze maatregelen vormen mede een uitwerking van de hiervoor genoemde Aanbeveling van 11 juni 2013 van de Europese Commissie. Als we Juncker en Timmermans moeten geloven, wordt het pakket aan maatregelen in 2018 gelanceerd en geïmplementeerd.<sup>169</sup> Anders dan het Institute for Legal Reform graag had gezien, blijft de Europese Commissie de mogelijkheden voor consumenten om hun schade collectief te verhalen faciliteren en optimaliseren, zo wordt ook door Jourova bevestigd. Een passend mechanisme voor compensatie van massaschade brengt zowel eisers als gedaagden voordelen. De toegang tot het recht voor gedupeerden wordt immers verbeterd en schadeveroorzakende partijen worden beter beschermd tegen misbruik van collectieve acties.<sup>170</sup>

#### 4.3 Duitsland

Van Boom en Weber hebben recentelijk een helder overzicht gegeven van de (on)mogelijkheden voor het starten van collectieve procedures in Duitsland.<sup>171</sup> Uit dat overzicht blijkt dat Duitsland vooralsnog niet heel welwillend staat tegenover collectieve acties. De reden daarvoor is dat in Duitsland het beginsel dat enkel individuen toegang tot het recht hebben, leidend is. Van dat beginsel wijkt men niet snel af. Zo blijkt dat het in Duitsland niet eenvoudig is om op basis van volmacht te procederen en dat het maar de vraag is of procederen met behulp van een cessie ter incasso toegelaten wordt.<sup>172</sup>

De uit 2005 stammende *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ('KapMuG') is van toepassing op procedures waarin een belegger vergoeding vordert van schade die hij heeft geleden door onjuiste, misleidende of onvolledige publieke informatie over effecten. Zowel de eiser als de gedaagde kan een met redenen omkleed verzoek

---

169 State of the Union 2017, p. 8. Zie [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017_en.pdf).

170 De speech van Jourova is te raadplegen via [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-release-us-chamber-institute-legal-reforms-consumer-public-opinion-poll\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-release-us-chamber-institute-legal-reforms-consumer-public-opinion-poll_en).

171 W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen, ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017/7145, p. 291 e.v.

172 W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen, ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017/7145, p. 291 en 292. Zie ook I. Tillema, 'Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: in strijd met de openbare orde en goede zeden?', *MvV* 2014/12.3, p. 333 e.v.

doen tot het starten van een proefprocedure.<sup>173</sup> Het verzoek heeft tot doel feiten vast te stellen of beslissingen te nemen over bepaalde geschilpunten die ook spelen of kunnen spelen in andere procedures over dezelfde openbaar gemaakte informatie. In de proefprocedure kan bijvoorbeeld aan de orde komen of de openbaar gemaakte informatie al dan niet misleidend is. Indien het verzoek om een proefprocedure te starten wordt toegewezen, wordt het in het zogenaamde *Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* opgenomen. In dit federale register worden de gegevens over de partijen opgenomen. Als in ten minste negen andere procedures een soortgelijk verzoek wordt gedaan, verwijst de rechtbank waar het eerste verzoek werd gedaan, de gemeenschappelijke geschilpunten ter beslechting in een proefprocedure door naar het bevoegde *Oberlandesgericht*.

Het *Oberlandesgericht* bepaalt vervolgens wie de eiser en de gedaagde(n) in de proefprocedure zijn en wat de geschilpunten zijn waarover in de proefprocedure zal worden beslist. Bij het bepalen wie als eiser mag optreden, speelt een rol wat de hoogte van de vordering van de desbetreffende eiser is en of de advocaat van de eiser meer beleggers bijstaat. Ook kan een eiser worden aangewezen die door de gedaagde is voorgedragen. Het is dus niet zo dat de eiser die als eerste een vordering indient ook automatisch de eiser in de proefprocedure wordt. Sinds de wetwijziging in 2012 geldt (onder meer) dat gedupeerde beleggers de verjaringstermijn kunnen stuiten door de vordering aan te melden bij het *Oberlandesgericht* waar de proefprocedure aanhangig is. Het is aldus niet meer nodig een volwaardige procedure te starten om een vordering te stuiten. Daarnaast is de uitspraak in de proefprocedure bindend voor alle gedupeerde beleggers ten aanzien van wie dezelfde geschilpunten spelen, tenzij zij een opt-outverklaring afleggen.

Dat deze wet niet efficiënt is, wordt bevestigd door de *Deutsche Telekom*-zaak die aanleiding vormde voor invoering van deze wet. In deze zaak procedeerden aandeelhouders tegen Deutsche Telekom over een in 2000 gepubliceerd (misleidend) prospectus waardoor zij schade hadden geleden. Na circa twaalf jaar procederen is in deze zaak in 2016 geoordeeld door het *Oberlandesgericht* dat het prospectus misleidend was.<sup>174</sup> Deze uitspraak staat open voor hoger beroep, zodat het nog even kan duren voordat de beleggers worden gecompenseerd voor de door hen geleden schade.

Hoe vergaat het de beleggers in Volkswagen in het kader van de ‘dieselgate’? Circa 1.470 procedures zijn aanhangig gemaakt bij de rechtbank van Braunschweig. Deze rechtbank heeft in augustus 2016 tien proefprocedures verwezen naar het *Oberlandesgericht* in Braunschweig. Vervolgens heeft het *Oberlandesgericht* van Braunschweig op 8 maart 2017 DEKA Investment GmbH aangewezen als de eiser

---

173 *Muster* wordt vertaald als ‘voorbeeld’ of ‘model’.

174 OLG Frankfurt 30 november 2016, 23 KAP 1/06. Zie ook over deze uitspraak J. Lemstra, ‘Kort Amerikaans’, *OR* 2017/82, p. 457.

voor de proefprocedure.<sup>175</sup> Op 9 april 2018 zal de eerste mondelinge behandeling bij het *Oberlandesgericht* van Braunschweig plaatsvinden. De verwachting is dat voor het einde van 2018 nog geen uitspraak zal worden gedaan door het *Oberlandesgericht*, zodat ook deze beleggers nog even zullen moeten wachten op hun schadevergoeding.<sup>176</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat het in Duitsland niet mogelijk is om eenvoudig en snel in massaschadezaken een schadevergoeding te krijgen. Het onderwerp staat al sinds 2014 op de agenda van de Duitse wetgever. In december 2016 heeft dat geresulteerd in de ‘*Referentenentwurf zu Musterfeststellungsklagen*’; een voorontwerp voor de invoering van een ‘proefprocedure voor verklaring voor recht’. Het voorontwerp is nimmer in het parlement besproken, maar sneuvelde voortijdig bij de federale overheden. Het voorontwerp werd in juli 2017 opgevolgd door een ‘*Diskussionsentwurf zur Musterfeststellungsklage*’.<sup>177</sup> In tegenstelling tot het voorontwerp van december 2016 richt dit ontwerp zich op consumentenzaken. Op basis van het ontwerp zijn enkel bepaalde reeds geregistreerde consumentenorganisaties bevoegd om een proefprocedure te starten met als doel een bepaalde centrale rechtsvraag te laten beantwoorden of bepaalde feiten en omstandigheden vast te stellen waarop een vordering wordt gebaseerd.

Het ontwerp geeft niet aan hoe dergelijke organisaties een collectieve actie kunnen financieren. In Duitsland is men terughoudend met het starten van procedures vanwege het bestaande ‘loser-pays’-systeem. Het ontwerp beperkt een dergelijke kostenvergoeding tot € 250.000, waardoor het nog steeds niet aantrekkelijk wordt om te gaan procederen. In tegenstelling tot het eerdere voorstel kunnen belangenorganisaties van MKB-ers geen collectieve actie starten. De vordering is ontvankelijk, indien minimaal tien consumenten belang hebben bij de gevorderde verklaringen voor recht. Belanghebbenden kunnen door middel van een opt-inverklaring hun vordering laten registreren bij het “*Klägerregister*”, als gevolg waarvan de vordering wordt gestuit. Deze belanghebbende is bovendien gebonden aan zowel een positieve als negatieve uitspraak over de voorliggende vordering tot verklaring voor recht. De procedure kan ook eindigen met een schikking. Eisers hebben vervolgens nog één maand de gelegenheid om gebruik te maken van hun opt-outrecht. De door de rechtbank goedgekeurde schikking treedt in werking, indien minder dan 30% van de eisers gebruik heeft gemaakt van hun opt-outrecht. Het zal overigens nog even duren voordat consumenten een beroep op deze wet kunnen

175 OLG Braunschweig 8 maart 2017, 3 KAP 1/16. Zie ook [www.oberlandesgericht-braunschweig-niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/anlegerklagen-gegen-volkswagen-ag—oberlandesgericht-braunschweig-bestimmt-musterklaeger-151819.html](http://www.oberlandesgericht-braunschweig-niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/anlegerklagen-gegen-volkswagen-ag—oberlandesgericht-braunschweig-bestimmt-musterklaeger-151819.html).

176 Zie <http://frtservices.com/case-spotlight-volkswagen-shareholder-class-action/>.

177 <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Musterfeststellungsklage.html>. Zie voor een toelichting op dit ontwerp een publieke bijdrage van Prof. Axel Halfmeier: <http://globalclassactions.stanford.edu/content/collective-redress-discussed-german-electoral-campaign>.

doen, omdat deze pas twee jaar na publicatie in werking treedt en eerst nog door het parlement zal moeten worden goedgekeurd.

Inmiddels lijkt het onderwerp definitief op de agenda van de Duitse politiek te zijn gekomen door de publieke verontwaardiging die is ontstaan door het dieselschandaal en dat het niet eenvoudig is om de geleden schade van de betrokken autofabrikanten vergoed te krijgen. Mede hierdoor maakte de vraag of collectieve acties toegestaan zouden moeten worden, onderdeel uit van het debat tussen de politieke partijen voorafgaand aan de Bondsdagverkiezingen in september 2017.<sup>178</sup>

#### 4.4 Verenigd Koninkrijk

Naast de door de vorige chroniqueurs beschreven collectieve actie op grond van Section 404(1) van de *Financial Services and Markets Act 2000*,<sup>179</sup> is sinds 2015 in het Verenigd Koninkrijk de *Consumer Rights Act 2015* van kracht. Op basis van deze wet kunnen consumenten collectieve acties starten wegens inbreuken op het mededingingsrecht. De Consumer Rights Act 2015 kent zowel een opt-in als een opt-outregeling.<sup>180</sup> Op 6 september 2016 heeft Merricks bij het Competition Appeal Tribunal ('CAT') een verzoek ingediend om op grond van art. 47B *Competition Act 1998*, onderdeel van de Consumer Rights Act 2015, namens 46,2 miljoen klanten een opt-outprocedure tegen MasterCard te mogen starten wegens schending van het mededingingsrecht, waardoor deze klanten schade hebben geleden.<sup>181</sup> Aanleiding voor deze procedure vormde het besluit dat de Europese Commissie in december 2007 heeft genomen dat de door MasterCard aan bedrijven in rekening gebrachte interbancaire vergoedingen concurrentiebeperkend waren.<sup>182</sup> Deze vergoedingen hebben de bedrijven, veelal retailers zoals supermarkten, doorberekend in de prijzen aan de klant. Om onderdeel te zijn van deze 'class' moesten de klanten in de periode van mei 1992 tot en met juni 2008: (i) voor een onafgebroken periode van minimaal drie maanden in het Verenigd Koninkrijk hebben gewoond; en (ii) zestien jaar of ouder zijn. Deze klanten zouden volgens Merricks bij de aankopen van goederen en diensten in de relevante periode bij het gebruik van een creditcard van MasterCard gezamenlijk £ 14 miljard aan schade hebben geleden, doordat zij hogere prijzen aan

---

178 Financial Times 31 juli 2017, 'Germany prepares road for class action lawsuits against carmakers' en [www.zeit.de/2017/37/musterfeststellungsklage-defintion-wahlkampf](http://www.zeit.de/2017/37/musterfeststellungsklage-defintion-wahlkampf).

179 T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr. 141), p. 132.

180 Zie art. 47B sub 10 en 11 Competition Act 1998, te raadplegen via [www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/schedule/8/enacted](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/schedule/8/enacted).

181 De processtukken en uitspraken zijn terug te vinden via [www.mastercardconsumerclaim.co.uk](http://www.mastercardconsumerclaim.co.uk).

182 Dit besluit heeft geleid tot verschillende succesvolle procedures van retailers tegen MasterCard, waaronder de procedure van de supermarktketen Sainsbury's, die ertoe heeft geleid dat MasterCard een schadevergoeding van £ 68,6 miljoen (te vermeerderen met rente) aan Sainsbury's moest betalen (Sainsbury's Supermarkets Ltd. v. MasterCard, Inc. [2016] CAT 11, zie r.o. 549). Zie voor de volledige 310 pagina tellende uitspraak inzake Sainsbury's Supermarket Ltd. v. MasterCard, Inc.: [www.catribunal.org.uk/files/1241\\_Sainsburys\\_Judgment\\_CAT\\_11\\_140716.pdf](http://www.catribunal.org.uk/files/1241_Sainsburys_Judgment_CAT_11_140716.pdf).



de retailers moesten betalen als gevolg van het onrechtmatig handelen van MasterCard.

In deze ‘*landmark case*’ heeft het CAT op 21 juli 2017 in een goed gemotiveerde uitspraak het verzoek van Merricks afgewezen.<sup>183</sup> Op grond van art. 79 Competition Appeal Tribunal Rules 2015 moet het verzoek om een collectieve schadevergoedingsactie te kunnen starten voldoen aan de volgende drie vereisten: (i) de vorderingen moeten worden ingediend namens een identificeerbare groep van personen; (ii) bij elke vordering spelen gemeenschappelijke feitelijke of juridische vragen; en (iii) de vorderingen moeten geschikt zijn om in een collectieve actie te worden beslecht.<sup>184</sup> Het CAT kwam tot de conclusie dat de individuele vorderingen niet, anders dan Merricks had betoogd, overwegend identiek waren. Op zichzelf was dat niet voldoende om het verzoek af te wijzen, omdat het niet een voorwaarde is dat alle belangrijke vragen die bij elk van de vorderingen spelen identiek hoeven te zijn. Evenmin is het een vereiste, net zoals in het Amerikaanse recht, dat de gemeenschappelijke vragen de individuele vragen dienen te overheersen.<sup>185</sup> Desondanks stuit het verzoek van Merricks in de kern af op het derde vereiste zoals hiervoor genoemd, omdat de vorderingen zich niet lenen om te worden beslecht in een collectieve actie. De totale gelede schade noch de schade in een individueel geval kan worden berekend. Het CAT oordeelde in dat kader over de door Merricks gehanteerde schadeberekingsmethode:<sup>186</sup>

*“We accept that in theory calculation of global loss through a weighted average pass-through (...) is methodologically sound. But making every allowance for the need to estimate, extrapolate and adopt reasonable assumptions, to apply that method across virtually the entire UK retail sector over a period of 16 years is a hugely complex exercise requiring access to a wide range of data. We certainly would not expect that analysis to be carried out for the purpose of a CPO application, but a proper effort would have had to be made to determine whether it is practicable by ascertaining what data is reasonably available. Given the massive size of the claim, a difference of even 10% in the average pass-through rate makes a very substantial difference in financial terms.*

*Accordingly (...) we are unpersuaded on the material before us that there is sufficient data available for this methodology to be applied on a sufficiently sound basis. It follows that we are not satisfied, and indeed very much doubt, that the claims are suitable for an aggregate award of damages (...).”*

---

183 Terug te vinden op de website [www.mastercardconsumerclaim.co.uk](http://www.mastercardconsumerclaim.co.uk).

184 CAT 21 juli 2017, [2017] CAT 16, r.o. 22.

185 Zie hierover: B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (VDHI nr. 103), Deventer: Kluwer 2010, p. 349-351.

186 CAT 21 juli 2017, [2017] CAT 16, r.o. 77.

Zelfs als het mogelijk zou zijn geweest de totale schade volgens deze methode te berekenen, dan nog zou het niet mogelijk zijn om de schade per individuele klant te bepalen, omdat die afhankelijk is van de individuele omstandigheden van het geval en niet in algemene zin is te beantwoorden. In de woorden van het CAT:<sup>187</sup>

*“(...) even if it were possible to determine with some broad degree of accuracy the weighted average for pass-through and thus to estimate the aggregate loss for the class each year, it is the significance of the individual issues remaining which mean that it is impossible in this case to see how the payments to individuals could be determined on any reasonable basis. As we have explained above, there are three sets of issues which are relevant: individuals’ levels of expenditure; the merchants from whom they purchased; and the mix of products which they purchased. There is no attempt to approximate for any of those in the way damages would be paid out. The governing principle of damages for breach of competition law is restoration of the claimants to the position they would have been in but for the breach. The restoration will often be imprecise and may have to be based on broad estimates. But this application for over 46 million claims to be pursued by collective proceedings would not result in damages being paid to those claimants in accordance with that governing principle at all.”*

Het verzoek van Merricks wordt afgewezen. Ook het verzoek van Merricks om in hoger beroep te mogen gaan, wijst het CAT op 28 september 2017 af. Op 27 oktober 2017 heeft Merricks aangekondigd bij het hof in hoger beroep te gaan tegen deze uitspraak. Daarnaast zal Merricks de administratieve rechter vragen de beslissing van het CAT te beoordelen.

Op grond van § 19.10 van *The Civil Procedural Rules* (‘CPR’) is het in het Verenigd Koninkrijk ook mogelijk om onder een ‘*Group Litigation Order*’ een collectieve actie te starten, waarin vorderingen met gemeenschappelijke vragen van juridische of feitelijk aard beantwoord kunnen worden. In een opmerkelijke uitspraak van 23 mei 2017 wees de *High Court of Justice* in de langlopende zaak van SG Claimant Group tegen RBS een provisionele vordering van RBS toe om een niet-procespartij te veroordelen zekerheid te stellen voor de proceskosten. Reeds eerder had RBS de High Court of Justice met succes verzocht SG Claimant te veroordelen bekend te maken door welke ‘*third party funders*’ zij werd gefinancierd.<sup>188</sup> Dat verzoek had RBS gedaan als een opmaat naar een verzoek om de *third party funders* te veroordelen zekerheid te stellen voor de proceskosten. De High Court of Justice wees de provisionele eis tot het stellen van zekerheid voor de proceskosten tegen één van beide partijen toe, ondanks dat deze partij niet betrokken was in de procedure.

---

<sup>187</sup> CAT 21 juli 2017, [2017] CAT 16, r.o. 88.

<sup>188</sup> RBS Rights Issue litigation 9 March 2017, te raadplegen via: [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/463.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/463.html).

Onder bijzondere omstandigheden is het op grond van art. 25.14(2)(b) CPR in samenhang met Section 51 mogelijk dat een niet-procespartij wordt veroordeeld tot het stellen van zekerheid voor de proceskosten.<sup>189</sup> In dit geval betrof het een commerciële partij, Hunnewell Partners, gevestigd op de Kaaimaneilanden. Het was onzeker of Hunnewell Partners in geval van verlies van de procedure de proceskosten zou kunnen voldoen. Daarbij speelde een belangrijke rol dat verliezende partijen naast elkaar elk voor een eigen gedeelte aansprakelijk waren voor de proceskosten en niet hoofdelijk aansprakelijk waren voor de volledige proceskosten, waardoor het verhalen van die proceskosten minder eenvoudig was. Daarnaast was relevant dat Hunnewell Partners wegens commerciële motieven de procedure financierde, zodat deze kosten ‘*on the adventurer*’ verhaald zouden moeten kunnen worden volgens de High Court of Justice. De andere partij was gelieerd aan een filantroop die zelf ook schade had geleden. Een saillant detail was verder dat de proceskosten aan de zijde van RBS (beweerdelijk) reeds waren opgelopen tot £ 100 miljoen.<sup>190</sup> Uiteindelijk werd Hunnewell Partners veroordeeld om voor een bedrag van £ 7,5 miljoen zekerheid te stellen.<sup>191</sup>

Deze zaak bevestigt dat het voor de gedupeerde Nederlandse beleggers in BP (zie hoofdstuk 2.1.1 hiervoor) een weinig aantrekkelijk vooruitzicht is om te proberen hun gelijk te halen in het Verenigd Koninkrijk. Zij lopen het risico te worden veroordeeld voor de proceskosten in deze orde van grootte.

## 5 Tot slot

Deze kroniek bevestigt dat collectieve acties, al dan niet resulterend in een collectieve schikkingsovereenkomst, nog steeds de gemoederen in de rechtspraak bezighouden, zowel nationaal als internationaal. Wetgevers blijven zoeken naar een gulden middenweg om in massaschadezaken aan de positie van gedupeerden enerzijds en gedaagden anderzijds tegemoet te komen. Daarnaast verscheen ook dit jaar weer een reeks aan interessante uitspraken van de Nederlandse rechter, waarin het juridisch kader nader werd vormgegeven. De voorspelling van de vorige chroniqueurs dat het onderwerp ook in 2017 de pennen van vele juristen zou blijven beroeren, is dus uitgekomen. Ook in 2018 zullen de ontwikkelingen ongetwijfeld worden voortgezet gelet op de *WCAM*-beschikking die inzake *Ageas* en het vonnis dat in het bevoegdheidsincident inzake *Petrobras* waarschijnlijk gewezen gaan worden.<sup>192</sup>

---

189 RBS Rights Issue litigation 23 May 2017 [2017] EWHC 1217 (Ch), sub 19; kenbaar via: [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/1217.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/1217.html).

190 RBS Rights Issue litigation 9 March 2017 [2017] EWHC 463 (Ch) onder 4; kenbaar via: [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/463.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/463.html).

191 RBS Rights Issue litigation 23 May 2017 [2017] EWHC 1217 (Ch), sub 143; kenbaar via: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2017/1217.html>.

192 Van de rol van de Rechtbank Rotterdam hebben wij begrepen dat 28 juni 2018 het pleidooi in het incident plaatsvindt.

Dat is ook wenselijk. In een steeds verder grensoverschrijdende markt voor producten en diensten van grote aanbieders, vervullen collectieve acties een steeds belangrijkere rol voor gedupeerden om hun rechten te kunnen uitoefenen en/of hun schade te kunnen verhalen. Wij hopen dan ook dat het middel de ruimte zal blijven krijgen, zowel nationaal als internationaal, om zich verder te ontwikkelen.