

15 APRIL 2011

REACTIE STICHTING AFWIKKELING MASSASCHADE OP DE CONCEPT REGELING 'WET TOT WIJZIGING VAN DE WET COLLECTIEVE AFWIKKELING MASSASCHADE'

De Stichting Afwikkeling Massaschade (SAM) maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het voorstel van de 'Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade' (WCAM).

SAM is een verband van advocaten, wetenschappers en overige bij de afwikkeling van massaschade betrokken partijen en instanties. SAM heeft ten doel het bevorderen van het juridische debat, het onderzoek en de onderlinge informatie-uitwisseling inzake collectieve procedures en schikkingen met betrekking tot massaschade. Hiermee beoogt SAM een bijdrage te leveren aan de totstandkoming van een afgewogen systeem dat rekening houdt zowel met de belangen van benadeelden als met de belangen van aangesproken partijen.

Sinds de inwerkingtreding van de WCAM in juli 2005 zijn vijf schikkingen in rechte afgewikkeld, waarbij verschillende bij SAM aangesloten en direct betrokken zijn geweest. SAM constateert dat de WCAM goed functioneert en aldus een belangrijke bijdrage levert aan de afwikkeling van massaschades. SAM is verheugd dat de wetgever zich in dit wetsvoorstel een aantal technische problemen heeft aangetrokken, teneinde de praktische toepassing van de WCAM te vergroten. SAM doet hierna enkele observaties over het wetsvoorstel.

1. Representativiteit belangenorganisaties

Voorgesteld wordt om in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) het representativiteitsvereiste op te nemen, zoals dit vereiste ook al is opgenomen artikel 7:907 lid 3, onder f BW.

SAM juicht dit toe. Ook SAM constateert een zekere wildgroei aan belangenorganisaties, die het ook voor rechtzoekenden niet inzichtelijker maakt bij welke belangenorganisaties zij zich het beste kunnen aansluiten. Bovendien is er een groot verschil in professionaliteit en motieven van belangenorganisaties, zodat deze niet per definitie bijdragen aan een efficiënte afwikkeling van massaschades waarbij de belangen van de rechtzoekenden voldoende worden bewaakt. SAM onderkent tegelijkertijd dat ten aanzien van de gestelde representativiteitseis een genuanceerde benadering past, in die zin dat representativiteit ook uit andere omstandigheden kan worden afgeleid dan louter het aantal aangesloten en. De ontwerp memorie wijst in dit verband terecht ook op de claimcode die op dit moment wordt ontwikkeld, die daarvoor een goed handvat kan bieden.

SAM betreurt dat de wetgever deze gelegenheid niet heeft aangegrepen om een oplossing te zoeken voor het probleem dat meerdere belangenorganisaties tegelijkertijd een collectieve actie starten over dezelfde kwestie. Zeker nu wordt aanbevolen om de representativiteitseis genuanceerd te toetsen, bestaat het risico dat meerdere organisaties tegelijkertijd als representatief kunnen worden aangemerkt omtrent dezelfde kwestie. Dit is verwarrend voor rechtzoekenden, maar ook voor de aangesproken partijen die zich geconfronteerd zien met meerdere – elkaar mogelijk ook bestrijdende – belangenorganisaties en mogelijk tegenstrijdige uitspraken. Het Amerikaanse rechtssysteem lost deze kwestie op door de mogelijkheid te bieden om collectieve acties te consolideren en een *lead plaintiff* aan te wijzen. Het invoeren van een vergelijkbare oplossing in het Nederlandse rechtssysteem is aan te bevelen.

2. Opschorting verbintenissen

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om aan artikel 7:907 BW een achtste lid toe te voegen, waarin aan de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, de bevoegdheid wordt gegeven om, gedurende

de tijd dat het verzoek in behandeling is, de nakoming van op hun rustende verbintenissen op te schorten, indien de overeenkomst voorziet in beëindiging van een geschil op dat punt.

In de ontwerp memorie wordt het voorbeeld aangehaald van een groot aantal individuele procedures waarbij in geschil is of bepaalde overeenkomsten waaruit voor de benadeelden een verbintenis tot betaling voortvloeit, nietig of vernietigbaar zijn. Ter beëindiging van dit geschil wordt een overeenkomst gesloten en de rechter wordt verzocht deze overeenkomst verbindend te verklaren. Indien het verzoek tot verbindendverklaring vervolgens wordt afgewezen en de individuele procedures worden hervat, is de vertragingsschade die de benadeelden verschuldigd zijn omvangrijker door schorsing van deze procedures. Het nieuwe voorgestelde achtste lid voorkomt dit.

SAM ziet in dat in dit voorbeeld de voorgestelde opschorting van de op benadeelden rustende verbintenissen van waarde is. Dat geldt echter uitsluitend in de situatie dat de schikking ook voorziet in kwijtschelding van de betreffende verbintenissen. Het voorgestelde achtste lid is op dit moment echter zo geformuleerd dat het opschortingsrecht ook geldt in andere situaties, wat tot een onduidelijke situatie kan leiden wanneer de schikking verbindend is verklaard. Het zal in dat geval immers niet eenvoudig zijn om alsnog nakoming van deze verbintenissen af te dwingen. SAM acht het dan ook wenselijk dat de redactie van dit lid wordt aangepast, in die zin dat de opschorting alleen geldt voor zover de schikking daarin beoogt te voorzien.

3. WCAM in faillissement

Ook tijdens faillissement kan de curator geconfronteerd worden met massavorderingen die zich lenen voor een collectieve afwikkeling.¹ SAM meent dat het wenselijk is dat een curator in faillissement gebruik kan maken van de WCAM om geschillen met zowel schuldenaren als schuldeisers van de boedel collectief met representatieve belangenorganisaties te schikken. Het is van belang om voor beide situaties dezelfde procedure te kunnen volgen omdat soms niet duidelijk is of een persoon ten behoeve van wie de overeenkomst wordt gesloten per saldo crediteur dan wel debiteur van de boedel is.²

De collectieve afwikkeling van vorderingen van de boedel op schuldenaren stuit in dit verband niet op bijzondere problemen.³ De collectieve afwikkeling van schulden aan groepen creditoren via de WCAM is echter gecompliceerder.

Artikel 26 Fw bepaalt dat rechtsvorderingen, die voldoening ener verbintenis uit de boedel ten doel hebben, gedurende het faillissement op geen andere wijze ingesteld kunnen worden dan door aanmelding ter verificatie. Dit sluit niet uit dat de curator met betrekking tot deze rechtsvorderingen met belangenorganisaties een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:907 BW kan sluiten. De personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten zullen evenwel hun vordering ter verificatie moeten indienen. De curator kan zich in de te sluiten overeenkomst slechts verbinden de overeenkomstig de overeenkomst in te dienen vorderingen goed te keuren en op de lijst van voorlopig erkende schuldvorderingen te plaatsen (artikel 112 Fw) en niet op de voorlopige erkenning van deze vorderingen terug te komen (artikel 119 lid 2 Fw).

De verplichte verificatie van schuldvorderingen waarvan de hoogte voortvloeit uit een verbindend verklaarde overeenkomst als bedoeld in artikel 7:907 BW heeft echter nauwelijks toegevoegde waarde, terwijl het administratief, zeker bij grote aantallen schuldeisers met relatief kleine vorderingen, zeer belastend kan zijn.

¹ Te denken valt hierbij aan het faillissement van DSB Bank N.V., waarin de curatoren hebben aangekondigd met een drietal grote belangenorganisaties, alsmede met vertegenwoordigers van een viertal rechtsbijstandorganisaties overleg te zullen voeren om te komen tot gezamenlijke oplossingsrichtingen voor de problematiek van de zorgklachten.

² Te denken valt aan de situatie dat de vaststellingsovereenkomst bepaalt dat de boedel een bepaald bedrag aan een debiteur van de boedel moet terugbetalen. Dat kan er toe leiden dat deze persoon in plaats van debiteur crediteur van de boedel wordt, maar dat hoeft niet het geval te zijn.

³ De curator is belast met het beheer en vereffening van de failliete boedel (artikel 68 lid 2 Fw). Het zonodig aangaan van een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:907 BW met betrekking tot vorderingen van de boedel op schuldenaren, valt onder het beheer en de vereffening van de boedel.

Aan verificatie is voorts het bezwaar verbonden dat op de verificatievergadering iedere schuldeiser de juistheid van een door een mede-schuldeiser krachtens een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:907 BW ingediende vordering kan betwisten (artikel 119 lid 1 Fw). Indien de rechter-commissaris partijen niet kan verenigen, zal hij partijen naar een renvooiprocedure verwijzen.

Daarnaast is het wenselijk om op één vast tijdstip te kunnen vaststellen of een persoon ten behoeve van wie de collectieve schikking is gesloten aan de verbind verklaarde vaststellingsovereenkomst is gebonden, namelijk de laatste datum waarop een *opt out*-verklaring kan worden afgelegd. Zolang verificatie van alle vorderingen op de boedel verplicht is om een uitkering uit het faillissement te kunnen verkrijgen is dat niet het geval. Dan moet immers tot de verificatievergadering worden gewacht alvorens deze duidelijkheid ontstaat.

Om deze reden acht SAM het wenselijk om in de wet te regelen dat als de curator een vaststellingsovereenkomst is aangegaan met belangenorganisaties als bedoeld in artikel 7:907 BW die door de rechter verbindend is verklaard, te bepalen dat de personen ten behoeve van wie deze overeenkomst is gesloten, hun uit die overeenkomst voortvloeiende vordering niet ter verificatie behoeven in te dienen maar dat deze desalniettemin op de uitdelingslijsten moet worden opgenomen. Het verdient aanbeveling om te bepalen dat crediteuren in het faillissement belanghebbenden zijn bij een verzoek tot verbindverklaring van een overeenkomst en daartegen verweer kunnen voeren. Alleen dan is te rechtvaardigen dat zij niet het recht hebben de vordering van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst wordt gesloten, te betwisten op een verificatievergadering.

4. Registratie afwikkeling schikkingen

SAM geeft in overweging om in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (**Rv**) een bepaling op te nemen die de partij die belast is met de afwikkeling van de collectieve schikking, verplicht om een (elektronisch) verslag uit te brengen aan het hof over het aantal uitstapverklaringen (*opt out*-verklaringen), het aantal uitkeringen uit het fonds en het opnamepercentage (*take up rate*) van de schikking. Denkbaar is dat in overleg met de praktijk een elektronisch formulier wordt ontwikkeld dat betrokkenen via de website van de Raad voor de Rechtspraak kunnen invullen en indienen. In de Vie d'Or-schikking is een dergelijke verslaglegging vrijwillig gedaan, maar deze praktijk verdient bredere toepassing. Niet alleen kan deze verslaglegging bijdragen aan een verdere optimalisering van de werking van de WCAM, maar dit zou ook een logisch sluitstuk van de WCAM-procedure kunnen zijn. Met de verbindendverklaring van collectieve schikkingen is veel tijd en kosten gemoeid en het is wenselijk om naderhand te kunnen vaststellen waartoe dat heeft geleid. Deze vastlegging draagt ook bij aan de transparantie die bij de afwikkeling van massaschade dient te worden betracht.

5. Bereik van oproeping

¹Voorgesteld wordt om in artikel 1013 lid 7 Rv de rechter de mogelijkheid te bieden het WCAM-verzoek aan te houden, indien hij van oordeel is dat de oproeping onvoldoende personen heeft bereikt. SAM vindt deze toevoeging onwenselijk en vreest een *averechts* effect.

De toevoeging veronderstelt een feilloze registratie van benadeelde partijen. Daarvan is in veel gevallen geen sprake. Zo bestaat in veel landen, waaronder Nederland, geen verplicht registratiesysteem voor aandeelhouders. In de zaken waarin een schikking is getroffen ten behoeve van grote groepen aandeelhouders, hebben de betrokken partijen getracht om zoveel mogelijk benadeelde partijen te bereiken en zij hebben daartoe alle beschikbare databestanden aangewend. Niet alle databestanden zijn echter even goed bruikbaar en actueel, waardoor in een aantal gevallen oproepingen van bekende benadeelde partijen als mislukt moesten worden aangemerkt.

De voorgestelde toevoeging zal tot gevolg hebben dat schikkende partijen zich in de toekomst genoodzaakt zullen zien om een veel kleiner aantal belanghebbenden als bekend op te geven om de eventuele sanctie van artikel 1013 lid 7 Rv en de kans op een verdere vertraging van de procedure te ontlopen. Ook is in de

praktijk gebleken dat sommige buitenlandse belanghebbenden het juist heel vervelend vinden om individueel opgeroepen te worden (in sommige gevallen via een deurwaarder), en liever via hun bank benaderd zouden willen worden. SAM ziet betere mogelijkheden om de kwaliteit van de oproeping te waarborgen. Aansluiting zou bijvoorbeeld kunnen worden gezocht bij de praktijk in het buitenland, waarbij een communicatieadviseur per geval een communicatieplan ontwikkelt en bepaalt hoe een doelgroep het beste bereikt kan worden. Een dergelijke aanpak sluit ook veel beter aan bij de maatschappelijke realiteit.

6. Opzeggingsbevoegdheid betalende partij ex art. 7:908 lid 4 BW

In eerdere zaken is gebleken dat de opzeggingsbevoegdheid van de betalende partij illusoir wordt, indien aan een *opt out*-verklaring in de zin van art. 7:908 lid 3 BW niet het (aanvullende) vereiste mag worden gesteld dat melding wordt gemaakt van het aantal aandelen waarover een belegger beschikt. Het aantal *opt out*-verklaringen zegt immers weinig over het aantal aandelen dat niet onder het bereik van de schikking zal vallen, waardoor het voor de aangesproken partij onduidelijk blijft aan welk procesrisico hij in potentie blootgesteld blijft. Aangezien de meeste landen niet het systeem van registratie van aandeelhouders kennen, valt dit ook niet te achterhalen.

Omdat dit onvoorziene gevolg bezwaarlijk de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest, verdient het overweging om voor de verzoekende partijen de mogelijkheid open te stellen dat zij aan de geldigheid van een *opt out*-verklaring de voorwaarde verbinden dat melding wordt gemaakt van het aantal aandelen waarover een belegger beschikt. SAM realiseert zich dat dit voorstel op bezwaren zou kunnen stuiten, omdat dergelijke gegevens privacygevoelig zijn. Hieraan zou tegemoet kunnen worden gekomen doordat de partij die de verklaringen administratief verwerkt een geheimhoudingsverklaring ondertekent en de cijfers over het aantal "*opt out*-aandelen" slechts cumulatief bekend maakt.