No.W03.16.0208/II 's-Gravenhage, 6 oktober 2016

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2016, no.2016001316, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie. Daartoe wordt één juridisch regime voorgesteld voor collectieve acties ongeacht of zij strekken tot schadevergoeding in geld of niet.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het voorstel. De Afdeling adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht aanpassing van het voorstel aangewezen. Zij wijst er op dat de voorgestelde ontvankelijkheidseis die geografisch-territoriale aanknopingspunten bevat geen afbreuk mag doen aan het nuttige effect van het Unierecht, in het bijzonder van de Verordening Brussel I bis.[[1]](#footnote-1) Daarnaast adviseert zij onder andere het voorstel te voorzien van een tweede opt-out mogelijkheid na de totstandkoming van een schikking.

1. Ontvankelijkheidseisen en de bevoegdheidsregels van de Verordening Brussel I bis

Voorgesteld wordt de collectieve schadevergoedingsactie te beperken tot gevallen waarin sprake is van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer. Deze beperking voorkomt, volgens de toelichting, “dat de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie een aanzuigende werking tot gevolg heeft voor zaken die onvoldoende band met Nederlandse rechtssfeer hebben.“[[2]](#footnote-2) Van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer is ingevolge het voorstel sprake wanneer:

(i) de rechtspersoon genoegzaam aannemelijk maakt dat het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft; of

(ii) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, woonplaats in Nederland heeft; of

(iii) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.[[3]](#footnote-3)

Over dit voorstel hebben de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht op 1 april 2016 een gezamenlijk advies uitgebracht. Volgens de commissies zijn de bevoegdheidsbepalingen van de Verordening Brussel I (bis) weliswaar niet toegesneden op de figuur van de collectieve schadevergoedingsactie, “maar […] is [het] niettemin aannemelijk dat die bevoegdheidsbepalingen in beginsel ook op een dergelijke actie van toepassing zijn”.[[4]](#footnote-4) Zij hebben opgemerkt dat de duiding van de voorgestelde aanknopingsfactoren als ontvankelijkheidseisen onverlet laat dat een dergelijke ontvankelijkheidsbepaling geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van het Unierecht, en in het bijzonder de Verordening Brussel I bis.[[5]](#footnote-5) Volgens de commissies roept het gebruik van geografisch-territoriale aanknopingspunten spanning op met de Verordening Brussel I (bis), waarvan de bevoegdheidsbepalingen eveneens zijn gebaseerd op dergelijke aanknopingspunten. De commissies concluderen dat het uiteindelijk aan het Hof van Justitie is om te oordelen of een zodanige ontvankelijkheidsdrempel verenigbaar is met het gesloten stelsel van bevoegdheidsgronden van de Verordening Brussel I bis.

De Afdeling heeft er begrip voor dat met de voorgestelde bepaling geprobeerd wordt te voorkomen dat een op zichzelf aantrekkelijke procedure voor collectieve schadevergoeding een ongewenste aanzuigende werking krijgt.

Tegelijkertijd onderschrijft de Afdeling de opmerking van de vorenbedoelde commissies dat, ook wanneer de hiervoor bedoelde geografisch-territoriale aanknopingsfactoren de vorm van ontvankelijkheidseisen krijgen, het nuttige effect van de bevoegdheidsregels van de Verordening Brussel I bis verzekerd dient te worden. Dit volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.[[6]](#footnote-6) Ingevolge deze jurisprudentie mag de rechter geen nationaalrechtelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden toepassen die de werking van de bevoegdheidsregels van de Verordening Brussel I bis zouden beperken.

De toelichting maakt niet duidelijk hoe het nuttige effect van de Verordening Brussel I bis verzekerd wordt, nu het voorstel aanvullende eisen op die van de Verordening formuleert.

Om te verduidelijken tot welke vragen de voorgestelde ontvankelijkheidseis in de verhouding tot de Verordening Brussel I bis kan leiden, merkt de Afdeling bij wijze van voorbeeld het volgende op.

Daar waar de Verordening Brussel I bis zelf van de hoofdregel afwijkt en een ruimere bevoegdheid toekent aan de Nederlandse rechter, zou de voorgestelde ontvankelijkheidseis de werking van de Verordening in principe kunnen beperken. De hier bedoelde ruimere bevoegdheid geldt op grond van de Verordening Brussel I bis bijvoorbeeld bij een forumkeuze van artikel 25 van deze Verordening. Wanneer betrokkenen bij de massaschade overeenkomen dat de Nederlandse rechter daarover zou moeten oordelen, wordt de Nederlandse rechter in beginsel exclusief bevoegd tot kennisneming van het geschil. Artikel 25 van de Verordening kent een ruime opzet en vereist niet dat partijen in een EU-lidstaat wonen en evenmin dat de zaak anderszins is verbonden met de rechtssfeer van de forumkeuzerechter. De voorgestelde bepaling van ontvankelijkheid heeft dan tot gevolg dat het instellen van een dergelijke vordering ondanks de forumkeuze niet mogelijk is, omdat aan een van de onder (i) tot (iii) gestelde eisen niet wordt voldaan. In die zin betreft het aanvullende en daarmee beperkende eisen.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de vraag hoe het nuttige effect van de Verordening Brussel I bis verzekerd blijft daar waar het voorstel aanvullende eisen formuleert ten opzichte van de hiervoor bedoelde afwijkende bevoegdheidsregels van de Verordening en het voorstel zo nodig aan te passen.

2. Verhouding tussen Exclusieve Belangenbehartiger en andere partijen

Met het oog op een efficiënte afwikkeling van massazaken, wordt in het voorstel een nieuwe rechtsfiguur geïntroduceerd, die van de Exclusieve Belangenbehartiger.[[7]](#footnote-7) De Exclusieve Belangenbehartiger wordt door de rechter als de meest geschikte eiser aangewezen uit de eisers die een collectieve vordering hebben ingesteld en die aan de ontvankelijkheidseisen voldoen.[[8]](#footnote-8) Ingevolge het voorstel treedt de eiser die als Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen op voor de belangen van alle personen in de nauw omschreven groep en als vertegenwoordiger van de niet als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen eisers. De niet als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen eisers blijven partij in de procedure. De Exclusieve Belangenbehartiger verricht de proceshandelingen. De rechter kan bepalen dat ook de niet aangewezen eisers proceshandelingen mogen verrichten.[[9]](#footnote-9) Indien de aard van de collectieve vordering of van de eisers of de belangen van de personen voor wie zij opkomen daartoe aanleiding geven, kan de rechter ervoor kiezen om verschillende Exclusieve Belangenbehartigers in een collectieve actie aan te wijzen.[[10]](#footnote-10)

In de memorie van toelichting wordt kort ingegaan op de verhouding tussen de Exclusieve Belangenbehartiger en de overige eisers.[[11]](#footnote-11) Daarin wordt nader toegelicht dat hoewel in beginsel alleen de Exclusieve Belangenbehartiger de proceshandelingen verricht, de rechter in voorkomend geval met het oog op het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM kan beslissen, dat andere eisers worden gehoord en proceshandelingen mogen verrichten.[[12]](#footnote-12) In welke concrete gevallen dat zal zijn wordt niet duidelijk gemaakt.

De toelichting stelt verder dat de niet aangewezen eisers hun positie als partij kunnen gebruiken om “hun opmerkingen in de procedure te maken als zij dit nodig achten. Zo kunnen zij de Exclusieve Belangenbehartiger waar nodig bijsturen,” aldus de toelichting.[[13]](#footnote-13) Uit deze toelichting blijkt niet op welke wijze de partijen opmerkingen in de procedure kunnen maken en in hoeverre de rechter hiervoor ruimte moet bieden, juist gelet op de coördinerende rol van de Exclusieve Belangenbehartiger.

Ook is niet ondenkbaar dat de Exclusieve Belangenbehartiger zich niet laat bijsturen, waardoor een conflictsituatie kan ontstaan tussen hem en de andere partijen. De rol van de rechter is dan niet duidelijk. Het gevoel bij de eisers dat hun belangen onvoldoende worden behartigd door de Exclusieve Belangenbehartiger(s) kan bovendien aan de acceptatie van de uitkomst van de procedure in de weg staan. Een opt-out mogelijkheid die deze ontevreden eisers na de aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger hebben gehad, kan aan hen niet worden tegengeworpen. In de korte periode na de aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger(s), waarin de keuze voor opt-out mogelijk was, was de houding van de Exclusieve Belangenbehartiger in de verdere procedure nog niet bekend.

De Afdeling adviseert met het oog op de hiervoor gestelde vragen de betekenis van het feit dat de niet aangewezen eisers partij blijven in de procedure toereikend toe te lichten en het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Dubbele opt-out

In de voorgestelde procedure stelt de rechter een termijn vast voor het beproeven van een schikkingsovereenkomst tussen de partijen. Hij doet dit na aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger.[[14]](#footnote-14) Indien het de partijen lukt om deze overeenkomst te sluiten, wordt deze voorgelegd aan de rechter ter goedkeuring.[[15]](#footnote-15) Na de rechterlijke goedkeuring is deze overeenkomst bindend voor alle partijen die na de aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger niet van de mogelijkheid van het treden uit de rechterlijke procedure gebruik hebben gemaakt (opt out). De voorgestelde regeling is inhoudelijk vergelijkbaar met de regeling in het kader van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (hierna: WCAM). Deze WCAM-regeling geeft de partijen die een schikking omtrent de schadevergoeding hebben getroffen de mogelijkheid om de rechter te vragen de overeenkomst algemeen verbindend te verklaren.[[16]](#footnote-16)

Omdat het concept van de (goedkeuring van de) voorgestelde vaststellingsovereenkomst vergelijkbaar is met dat van de WCAM, verklaart het voorstel de bepalingen van de WCAM van overeenkomstige toepassing. Het voorstel maakt echter een uitzondering wat betreft de mogelijkheid voor partijen om zich van de algemeen verbindendverklaring van de overeenkomst te bevrijden. Thans geldt op grond van de WCAM dat degene die gerechtigd is tot vergoeding van de schade een mogelijkheid heeft om door middel van een opt-out te laten weten niet gebonden te willen zijn aan de overeenkomst. De betrokkene beslist daartoe nadat de vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend is verklaard door de rechter en de inhoud daarvan voor de betrokkene daarmee bekend is.[[17]](#footnote-17) De opt-out regeling als hier bedoeld wordt niet van overeenkomstige toepassing verklaard voor de vaststellingsovereenkomst die volgens het voorstel tijdens de gerechtelijke procedure is gesloten en goedgekeurd door de rechter.[[18]](#footnote-18)

De keuze om deze opt-out mogelijkheid niet ook ten aanzien van de overeenkomst gesloten tijdens de voorgestelde rechterlijke procedure te laten gelden wordt in de memorie van toelichting gemotiveerd met de verwijzing naar de reeds eerder in de procedure voorgestelde mogelijkheid voor partijen om zich van de uitkomst van de procedure te bevrijden door middel van opt-out.[[19]](#footnote-19) Ingevolge het voorgestelde artikel 1018f hebben de partijen de mogelijkheid om binnen een door de rechter te bepalen termijn na de aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger gebruik te maken van de opt-out mogelijkheid. Zij kunnen dit doen als ze er geen vertrouwen in hebben dat degene die aangewezen werd als Exclusieve Belangenbehartiger hun belangen voldoende zal behartigen. Volgens de toelichting bestaat voor de tweede opt-out geen rechtvaardiging, nu de goedgekeurde overeenkomst ook gaat gelden voor de personen die toch al door de uitkomst van de procedure zouden worden gebonden, omdat zij geen gebruik hebben gemaakt van de eerste opt-out mogelijkheid. De rechterlijke goedkeuring van de overeenkomst, zo vervolgt de toelichting, vormt voldoende waarborg voor de personen voor wie de overeenkomst wordt gesloten.[[20]](#footnote-20)

Deze motivering overtuigt onvoldoende. De Afdeling onderschrijft dat de mogelijkheid van een tweede opt-out de snelheid en de finaliteit van de collectieve procedure kan bemoeilijken. Tegelijkertijd wijst zij op de gelijkenissen tussen de rechterlijke goedkeuring van de overeenkomst tijdens de voorgestelde procedure en de algemeen verbindendverklaring van de vaststellingsovereenkomst op grond van de WCAM.

In beide gevallen – zowel op grond van de WCAM als op grond van het voorstel – komt de rechter tot zijn oordeel om de overeenkomst al dan niet algemeen verbindend te verklaren respectievelijk goed te keuren op basis van dezelfde criteria.[[21]](#footnote-21) In beide gevallen is het voor de rechter de vraag of de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten voldoende zijn gewaarborgd.[[22]](#footnote-22) Desondanks voorziet de procedure onder de WCAM in de mogelijkheid van opt-out na de algemeen verbindendverklaring door de rechter, terwijl het voorstel een dergelijke mogelijkheid ontbeert bij de goedkeuring van de overeenkomst gesloten tijdens de gerechtelijke procedure. Een rechtvaardiging voor dit onderscheid ziet de Afdeling vooralsnog niet. Daarbij wijst de Afdeling erop dat de voorgestelde opt-out na de aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger, anders dan de opt-out op grond van de WCAM, geen betrekking heeft op de tussen de partijen gesloten overeenkomst. Deze opt-out is slechts bedoeld om de partijen de mogelijkheid te geven om af te zien van de collectieve procedure wanneer zij na de bekendmaking van de Exclusieve Belangenbehartiger verwachten dat deze hun belangen onvoldoende zal behartigen. Deze opt-out mogelijkheid heeft niet zoveel te maken met de inhoud van de gesloten overeenkomst en kan daarom bezwaarlijk in de plaats treden van de opt-out mogelijkheid na de goedkeuring van de overeenkomst.

De Afdeling adviseert in het voorstel te voorzien in een opt-out mogelijkheid na de goedkeuring van de vaststellingsovereenkomst.

4. Alternatieven voor de voorgestelde gerechtelijke procedure

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de motie Dijksma. Daarin wordt de regering verzocht om o.a. het BW zodanig aan te passen dat representatieve belangenorganisaties het recht krijgen om schade collectief te verhalen. Deze mogelijkheid ontbreekt thans door de expliciete uitsluiting in artikel 3:305a, derde lid van het BW.[[23]](#footnote-23)

Gelet op de bezwaren tegen het zonder nadere regeling invoeren van een collectieve schadevergoedingsactie door het louter schrappen van het derde lid van artikel 3:305a, is er in het wetsvoorstel voor gekozen om collectieve procedures met de invoering van collectieve schadevergoedingsacties verder te stroomlijnen in overeenstemming met de aanbevelingen van de Juristengroep, aldus de toelichting.[[24]](#footnote-24)

De Afdeling begrijpt de overweging om de gerechtelijke procedure nader in te kaderen met het oog op een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschades. Tegelijkertijd merkt zij op dat de voorgestelde procedure tamelijk complex is geworden, mede in het licht van de opmerkingen hiervoor onder 1, 2 en 3. Een gerechtelijke procedure als hier voorgesteld is ingewikkeld en omvangrijk en daardoor langdurig en kostenintensief.[[25]](#footnote-25)

De toelichting gaat niet in op de vraag of alternatieve oplossingen dan de voorgestelde gerechtelijke procedure zijn overwogen en zo ja waarom die ontoereikend zijn gevonden. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden aan de vorming van een onafhankelijk college, breed samengesteld uit deskundigen, waartoe ook rechterlijke deskundigheid kan behoren. Een dergelijk alternatief kan een deskundige, efficiënte en effectieve afdoening van massaclaims tot gevolg hebben en hoeft niet tot mogelijke problemen in de verhouding tot Europese regelgeving te leiden, zoals hiervoor onder punt 1 aangeduid. Verder zou het gebruik van de deelgeschillenregeling in dit opzicht zijn nut kunnen bewijzen.[[26]](#footnote-26) De collectieve procedure wordt dan via schikkingsonderhandelingen buiten de rechter om gevoerd. Echter, de rechter kan verzocht worden om over een deel van het geschil te oordelen. De uitkomst van een dergelijke procedure zou uiteindelijk aan de rechter voor verbindendverklaring voorgelegd kunnen worden.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op alternatieven voor de voorgestelde gerechtelijke procedure en op de voor- en nadelen daarvan in verhouding tot hetgeen is voorgesteld.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.16.0208/II

* In het voorgestelde artikel 1018j, tweede lid, “1018, tweede lid” vervangen door 1018c, tweede lid
* In het voorgestelde artikel 1018k, tweede lid, de eerste keer “in artikel 907, tweede lid, onder f,” vervangen door in artikel 907, tweede lid, onder g, van Boek 7 van het BW en de tweede keer “in artikel 907, tweede lid, onder f” vervangen door in artikel 907, tweede lid, onder g
1. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB 2012, L 351, blz. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Memorie van toelichting, algemeen, paragraaf 4. [↑](#footnote-ref-2)
3. Het voorgestelde artikel 3:305a, derde lid, Burgerlijk Wetboek (BW). [↑](#footnote-ref-3)
4. Advies van 1 april 2016, paragraaf 3.2.2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Advies van 1 april 2016, paragraaf 3.4.2. [↑](#footnote-ref-5)
6. HvJEG 15 mei 1990, zaak C-365/88 (Kongress Agentur Hagen/Zeehaghe), ECLI:EU:C:1990:203. Zie ook HvJEG 15 november 1983, zaak 288/82 (Duijnstee/Goderbauer), NJ 1984/695, HR 18 maart 2011, NJ 2011/219 en HvJEU 28 januari 2015, zaak C-375/13 (Kolassa/Barclays Bank), NJ 2015/332. [↑](#footnote-ref-6)
7. Dit wordt geadviseerd in de Aanbevelingen van de Juristengroep. [↑](#footnote-ref-7)
8. Het voorgestelde artikel 1018e. Bij de keuze van de Exclusieve Belangenbehartiger betrekt de rechter de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt, de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang en andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte (het voorgestelde artikel 1018e, eerste lid, sub a t/m c). [↑](#footnote-ref-8)
9. Het voorgestelde artikel 1018e, derde lid. [↑](#footnote-ref-9)
10. Het voorgestelde artikel 1018e, vierde lid. [↑](#footnote-ref-10)
11. Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikel 1018e, zesde en zevende alinea. [↑](#footnote-ref-11)
12. Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikel 1018e, zesde alinea. [↑](#footnote-ref-12)
13. Memorie van toelichting, Artikelsgewijs, artikel 1018e, zevende alinea. [↑](#footnote-ref-13)
14. Het voorgestelde artikel 1018g. [↑](#footnote-ref-14)
15. Het voorgestelde artikel 1018h, eerste lid. [↑](#footnote-ref-15)
16. Huidige artikelen 7:907-910 van het BW. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artikel 7:908 lid 2 BW. [↑](#footnote-ref-17)
18. De Juristengroep heeft in hun Aanbevelingen deze tweede opt-out wel geadviseerd. [↑](#footnote-ref-18)
19. Memorie van toelichting, artikelsgewijs, artikel 1018h, vijfde alinea. [↑](#footnote-ref-19)
20. Memorie van toelichting, artikelsgewijs, artikel 1018h, vijfde alinea. [↑](#footnote-ref-20)
21. Dit komt door de van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 7:907 op de voorgestelde goedkeuring van de overeenkomst op grond van het voorstel. [↑](#footnote-ref-21)
22. Artikel 7:907, lid 3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Kamerstukken II 2011/12, 33 000 XIII, nr. 14. [↑](#footnote-ref-23)
24. Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. In dezelfde zin het advies van de Raad voor de Rechtspraak van 23 oktober 2014, waarin vraagtekens worden gezet bij de uitvoerbaarheid van de regeling. Zie ook A. Hammerstein, “Collectief procederen vanuit de visie van een rechter”, *MvO* 2016, nr. 3 en 4, blz. 81. [↑](#footnote-ref-25)
26. Zie thans de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (artikel 1019w-1019cc Rv). [↑](#footnote-ref-26)