

Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie

*Mr. A.J. Rijsterborgh **

1 Inleiding

Het klassieke aansprakelijkheidsrecht is toegesneden op de juridische strijd tussen twee individuen. De invoering van art. 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft er echter voor gezorgd dat juridische vraagstukken over (onder meer) de grondslag van de aansprakelijkheid ook collectief kunnen worden beantwoord.¹ Van vraagstukken met betrekking tot causaal verband en de omvang van de schadevergoeding werd tot op heden echter aangenomen dat deze enkel individueel konden worden beantwoord. Het vorderen van een schadevergoeding is daarom niet mogelijk in een collectieve actie. Dit standpunt behoeft volgens de minister een efficiënte en effectieve afhandeling van massaschade niet langer in de weg te staan. Een in november 2016 bij de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel (34608) (hierna: het Wetsvoorstel) beoogt het daarom mogelijk te maken om een collectieve schadevergoedingsactie in te stellen.² Uit praktische overwegingen valt de invoering van een collectieve schadevergoedingsvordering mijns inziens toe te juichen, omdat het gerechtelijk apparaat op dit moment onevenredig wordt belast door complexe massaschadezaken.³

Het Wetsvoorstel is tamelijk summier met betrekking tot de vraag hoe de rechter de omvang van de schadevergoedingsplicht collectief dient vast te stellen. De rechter kan in eerste instantie – op een daarvoor aangewezen moment in de procedure – aan partijen de opdracht geven om met een voorstel van schadeafhandeling te komen. Mede aan de hand van deze voorstellen kan de rechter ex art. 6:97 BW de schadevergoeding vaststellen voor de personen tot wier belangen de collectieve actie strekt en die geen gebruik hebben gemaakt van de *opt-out*. De rechter kan hierbij de gedupeerden in verschillende categorieën indelen. Deze methodiek lijkt te gaan neerkomen op een hybride vorm van een meer abstracte wijze van schadebegroting en een door de rechter uitgesproken collectieve schikking.

Het Wetsvoorstel biedt de rechter de ruimte om ‘goed te kijken’ naar de omvang van de (aan een bepaalde categorie eisers) te vergoeden schade. In dit verband wordt slechts opgemerkt dat door de rechter een mechanisme moet worden opgezet dat het achteraf voor gedupeerden eenvoudig maakt om hun vordering te melden. Dit sluit mijns inziens niet uit dat de rechter bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding een oneindig aantal categorieën van gedupeerden kan onderscheiden, zodat met een veelheid aan individuele omstandigheden rekening kan worden gehouden. Op deze manier kan een resultaat worden benaderd dat zo veel mogelijk gelijkstaat aan hetgeen rechtens zou zijn indien twee partijen individueel zouden procederen. Dit staat mogelijk haaks op de met het Wetsvoorstel beoogde efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade en het is daarom de vraag of dit wenselijk is.

In dit artikel wil ik een aanzet geven voor het antwoord op de vraag hoe de rechter – indien het Wetsvoorstel wordt aangenomen – vorm zou dienen te geven aan de bepaling van de omvang van een collectieve schadevergoeding. Hierbij is in de eerste plaats van belang dat in het Wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de invoering van een collectief vorderingsrecht het materiële schadevergoedingsrecht niet verandert. Toch zal voor de uiteindelijke omvang van de te betalen schadevergoeding de wijze van categorisering van gedupeerden zeer van belang zijn. Moet er meer concreet worden gekeken naar hun individuele omstandigheden, of zou de categorisering van gedupeerden (zeer) grofmazig – en daarmee vermoedelijk sneller – kunnen geschieden? Beantwoording van deze vraag zal uiteraard in grote mate afhankelijk zijn van de aard van de zaak. Toch valt er ook in zijn algemeenheid iets meer over de optimale mate van differentiatie te zeggen. Dit is van belang omdat de mate van abstrahering voor een belangrijk deel de omvang van de te betalen schadevergoeding bepaalt. Juist bij massaschade kan dit om grote bedragen gaan.

Om te kunnen beoordelen of de omvang van de schadevergoeding in een collectieve actie meer concreet of meer abstract zou moeten worden begroot, is het nuttig om inzichtelijk te maken hoe collectief procederen verschilt ten opzichte van individueel procederen. Hierbij zal worden betoogd dat bij collectief procederen niet alleen sprake is van een ‘opschaling van de procedure’, maar er een inherent risico bestaat dat ook het materiële recht anders wordt toegepast. Kort gezegd kan een meer abstract partijdebat in een collectieve actie eerder tot

* Mr. A.J. Rijsterborgh is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

De auteur schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. Enkele kantoorgenoten van de auteur zijn betrokken geweest bij de in dit artikel genoemde procedures.

1. Stb. 1994, 262.

2. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3. Het Wetsvoorstel is controversieel verklaard.

3. R.M. Hermans, Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw, TCR 2015, afl. 5, p. 158 (hierna: Hermans 2015a).

aansprakelijkheid van de aangesproken partij leiden (par. 2). Op dit moment biedt een individueel en meer fijnmazig debat over causaal verband en de omvang van de schadevergoeding – in ieder geval dogmatisch gezien – nog tegengewicht aan het gevaar dat een aangesproken partij als gevolg hiervan te veel schadevergoeding moet betalen (par. 3). Dit wordt anders indien het Wetsvoorstel wordt aangenomen. Het is daarom interessant om te bezien waarom de wetgever het wenselijk acht om een collectief vorderingsrecht te introduceren in de collectieve actie (par. 4). Tot slot zal tegen bovenstaande achtergrond en met inachtneming van de tekst van de toelichting op het Wetsvoorstel worden betoogd dat de rechter bij de begroting van de collectieve schadevergoeding zo veel mogelijk zal moeten differentiëren tussen verschillende categorieën van gedupeerden (par. 5), waarna wordt afgesloten met een conclusie (par. 6).

2 Collectieve acties en abstracties in het partijdebat

Onder massavorderingen dient volgens de minister een veelheid aan vorderingsrechten te worden verstaan die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen.⁴ Sinds 1994 kan hierover collectief worden geprocedeerd, wanneer door middel van het bundelen van deze vorderingsrechten een effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming valt te bereiken.⁵

Kenmerkend voor de ‘zuivere’ collectieve actie ex art. 3:305a BW is dat deze wordt ingesteld zonder dat sprake is van een concreet geschil tussen de aangesproken partij en de stichting die de vordering instelt.⁶ Niet de stichting zelf, maar haar achterban meent immers een vordering te hebben op de aangesproken partij die geschikt is voor bundeling in een collectieve actie. De stichting behartigt (slechts) de belangen van een onbekende groep individuele belanghebbenden.⁷ Het partijdebat in de collectieve actie tussen de stichting en de aangesproken partij wordt als gevolg hiervan gekenmerkt door een zekere mate van abstractie. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stichting A spreekt in een collectieve actie beursgenoteerde partij B aan, omdat deze laatste bij haar beursgang in mei 2017 misleidende mededelingen zou hebben gedaan in haar prospectus. In deze procedure zal niet de vraag worden beantwoord of aandeelhouder X uit Dordrecht – een van de vele belanghebbenden namens wie stichting A procedeert – als gevolg van het al dan niet lezen van dit prospectus (daadwerkelijk) misleid is, omdat hij bij de beursgang voor een – achteraf bezien – te hoge prijs aandelen in partij B heeft gekocht. Stichting A komt immers op voor alle beleggers (en hun belangen) die op het tijdstip van de misleidende mededelingen aandelen kochten dan wel hebben verhandeld in partij B. Niet de specifieke, maar enkel de gelijksoortige feiten en rechtsvragen staan hierdoor centraal in het partijdebat.

Alhoewel het materiële aansprakelijkheidsrecht in collectieve acties officieel niet afwijkt van het recht zoals dat in individuele procedures wordt toegepast, lijkt de rechter als gevolg van het abstracte partijdebat noodgedwongen soms toch tot een andere toepassing hiervan te komen. In het hiervoor gegeven voorbeeld zullen partijen zich bij de beantwoording van de rechtsvraag of de mededelingen in het prospectus al dan niet misleidend waren noodgedwongen bedienen van een ‘maatmanbelegger’.⁸ Deze juridische fictie van de maatman, een niet-bestaande gemiddelde persoon, wordt dan gehanteerd om de onrechtmatigheid van een bepaald handelen ten aanzien van een (homogene) groep te construeren. Doordat de gedupeerden wier belangen worden behartigd gedurende de collectieve actie zelf in dit verband geen feiten stellen (is aandeelhouder X een professionele belegger, is het prospectus door hem daadwerkelijk gelezen en begrepen, enzovoort), is dit partijdebat automatisch veel minder fijnmazig dan in een individuele procedure.⁹ In collectieve acties gaat het daarom eigenlijk altijd over ‘gemiddelden’, waardoor normen aangaande aansprakelijkheid automatisch meer worden geobjectiveerd. Hoe de gemiddelde persoon een mededeling begrijpt, wordt in belangrijke mate geconstrueerd door de rechter. Het Staatsloterij-arrest laat mijns inziens zien dat in sommige gevallen de aansprakelijkheid van de aangesproken partij hierdoor iets artificieels kan hebben.^{10,11}

De Staatsloterij had gedurende enige jaren ‘winnende’ loten getrokken uit een poule van loten waarvan ook niet-verkochte loten onderdeel uitmaakten. Gedurende deze periode had de Staatsloterij echter geadverteerd met een slogan waaruit dit niet duidelijk bleek. Mededelingen over het aantal loten dat wel werd verkocht, werden echter niet gedaan, waardoor het

4. Kamerstukken II 2010/11, 32612, 3, p. 1. In 1994 werd een algemene regeling voor collectief procederen in het BW geïntroduceerd. Daarvoor kon enkel over bepaalde onderwerpen (bijv. misleidende reclame) collectief worden geprocedeerd voor zover hiervoor in de wet een bijzondere regeling was opgenomen.

5. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 22-23. Daarnaast geldt de eis dat de collectieve actie in een concrete situatie een voordeel moet bieden boven het procederen op naam van belanghebbenden zelf. Het gaat hier immers om een afwijking van de regel in het burgerlijk procesrecht dat eenieder zelf voor zijn belangen moet opkomen.

6. In de praktijk worden veelvuldig procedures opgestart waarin naast een 305a-stichting enkele individuele claimanten een vordering aanhangig maken. Op deze manier kan het verbod tot het vorderen van een schadevergoeding uit art. 3:305a lid 3 BW worden ‘omzeild’, waardoor direct meer duidelijkheid kan worden verkregen met betrekking tot de hoogte van eventuele schadevergoedingen.

7. Ook op grond van het Wetsvoorstel behoeft een 305a-stichting geen lijst met namen en andere gegevens van haar achterban te overleggen, zie p. 19.

8. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (VEB/World Online), r.o. 4.10.4.

9. W.H. van Boom, Collectieve handhaving van het consumentenrecht, in: W.H. Boom & M.B.M. Loos, Handhaving van het consumentenrecht (Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 161.

10. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2005/377. Zie uitgebreid over dit arrest W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, Meer kans in de Staatsloterij?, AA 2015, p. 784-793.

11. Zie uitgebreid over dit arrest Van Boom & Pavillon 2015, p. 789.

voor een loterijdeelnemer eigenlijk altijd onduidelijk was hoe groot zijn of haar winkans nu was. In een door Stichting Loterijverlies aangespannen collectieve actie diende vervolgens de vraag te worden beoordeeld of deze praktijk onrechtmatig was. De Staatsloterij verdedigde zich onder meer met de stelling dat het procentuele verschil in winkans (0,00000667% versus 0,00000953%) zo klein was, dat hierdoor onmogelijk sprake kon zijn van misleiding ex. art. 6:194 BW (oud), omdat dit een rationele speler van de loterij niets zou hebben uitmaakt. Het hof construeerde vervolgens een maatman die handelde op zowel rationele als niet-rationele overwegingen ('het kopen van een lot is een ondoordachte actie' (niet-rationeel), 'maar hierbij maakt de loterijdeelnemer wel een globale inschatting van zijn winkansen' (rationeel)). Volgens het hof zouden de door de Staatsloterij gedane mededelingen onrechtmatig zijn geweest. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.

Enigszins provocerend zou men kunnen stellen dat de aansprakelijkheid van de Staatsloterij in feite neerkomt op een moreel oordeel ('U mag geen prijzen laten vallen op loten die niet zijn verkocht zonder dit duidelijk te communiceren'), terwijl erover te discussiëren valt in hoeverre het handelen nu onrechtmatig was. Alhoewel de mate van objectivering van normen per collectieve actie zal verschillen, betreft dit mijns inziens wel een 'groeipijn' van het aansprakelijkheidsrecht die maakt dat collectief procederen soms tot andere resultaten leidt dan in individuele kwesties het geval zou zijn geweest. Een individuele loterijdeelnemer had er in een individuele procedure waarschijnlijk nog een hele kluit aan gehad om de rechter uit te leggen hoe de mededelingen van de Staatsloterij jegens hem onrechtmatig zouden zijn geweest.

3 Concreet partijdebat met betrekking tot de omvang van de schade fungeert als contragewicht

Dat een collectieve actie minder subjectief en fijnmazig is dan een individuele procedure kan worden gerechtvaardigd door de presumptie dat collectief procederen alleen mogelijk is wanneer dit (proceseconomische) voordelen biedt ten opzichte van individueel procederen.¹² Een belegger of loterijdeelnemer die als gevolg van een onjuiste mededeling door een aangesproken partij is misleid, kan door het betalen van een geringe vergoeding aan een stichting die voor zijn belangen opkomt voordeliger zijn recht halen dan in een individuele procedure het geval zou zijn geweest.

Doordat, zoals ik hierboven schreef, in collectieve acties met betrekking tot de grondslag van de aansprakelijkheid 'gemiddelden' vaak centraal staan, bestaat echter een risico dat een collectieve actie uiteindelijk tot een onevenwichtig resultaat leidt. Het valt in sommige kwesties immers niet uit te sluiten dat een veel grotere groep van beleggers of loterijdeelnemers nooit kennis heeft genomen van een bepaalde mededeling dan wel hierdoor niet is misleid. Als gevolg van het hierboven beschreven abstracte karakter van het partijdebat komt dit in

de collectieve actie niet naar voren. Toch kunnen ook deze 'belanghebbenden' met de verklaring voor recht uit de collectieve actie een individuele procedure beginnen tegen de aangesproken partij en hierin schadevergoeding vorderen.¹³ Dit risico van *a solution in search for a problem* kan worden vergroot op het moment dat de collectieve actie wordt geïnitieerd na een 'wervingscampagne van gedupeerden' door een aan de stichting verbonden commerciële organisatie.¹⁴

Deze potentiële onevenwichtigheid wordt op dit moment, in ieder geval vanuit dogmatisch oogpunt, nog gecorrigeerd doordat een schadevergoedingsvordering in een collectieve actie niet mogelijk is. Vragen met betrekking tot causaal verband en schadevergoeding kunnen als gevolg hiervan niet aan de hand van een 'maatman', maar enkel aan de hand van de 'echte' belanghebbende worden beantwoord.¹⁵ De individuele belanghebbende zal het causaal verband tussen het (onrechtmatig) handelen van de aangesproken partij en de beweerde schade moeten bewijzen. Ten aanzien van de omvang van de schade is de rechter weliswaar niet gebonden aan de bewijsregels, maar kan er toch worden gesteld dat het in de praktijk aan de benadeelde – als eisende partij – is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade heeft geleden als gevolg van een bepaald handelen. Ook de omvang van zijn schadeclaim zal hij zo veel mogelijk met feiten moeten onderbouwen.¹⁶ Op deze manier wordt voorkomen dat de aangesproken partij een hoger bedrag aan schadevergoedingen uitkeert dan dat er door de gelaedeerden in werkelijkheid aan schade is geleden.

Bovenstaande juridische hobbels behoeven in de praktijk niet altijd te worden genomen, omdat in voorkomende gevallen een aansprakelijke partij uit kosten- en reputatieoverwegingen zal trachten om met de stichting tot een regeling te komen. Bij het uitblijven van een schikking beletten bovenstaande hobbels overigens evenmin dat een individuele gelaedeerde ten onrechte van zijn schadevergoeding verstoken blijft. De rechter kan immers, indien nodig, de gelaedeerde in zijn bewijspositie ten aanzien van het causaal verband tegemoetkomen¹⁷

13. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (VEB/World Online), r.o. 4.8.2: 'Hoewel de beslissing die naar aanleiding van de onderhavige collectieve actie wordt gegeven enkel gezag van gewijsde heeft tussen VEB enerzijds en World Online en/of de Banken anderzijds (...) ligt het in de rede het in deze procedure gegeven oordeel over de onrechtmatigheid wel tot uitgangspunt te nemen in de afzonderlijke vervolggprocedures.'

14. Uit empirisch onderzoek uitgevoerd door Tillema in 2016 blijkt dat het aantal collectieve acties dat door commerciële partijen is geïnitieerd de laatste jaren is gestegen. Ter nuancering dient wel te worden opgemerkt dat uit dit onderzoek niet blijkt dat het aantal lichtzinnige vorderingen als gevolg hiervan ook relatief is gestegen. Zie I. Tillema, Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?, AA 2016, p. 337-341.

15. Van Boom & Pavillon 2015, p. 791.

16. C.J.M. Klaassen, Schadevergoeding algemeen 2 (Mon. BW nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 2.6.

17. Zie bijv. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201 (VEB/World Online).

12. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 22-23.

dan wel de omvang van de schadevergoeding aan de hand van standaardformules¹⁸ schatten.

Toch moeten het door art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) gewaarborgde recht van de aangesproken partij om verweer te mogen voeren ten aanzien van causaal verband en de (omvang van de) schade serieus worden genomen. Er zijn verschillende (gegronde) redenen denkbaar waarom het een aangesproken partij niet lukt om met een stichting en/of individuele gedupeerden tot een regeling te komen.¹⁹ Een aangesproken partij moet zich dan kunnen verweren tegen die gelaedeerden van wie zij meent dat dezen niet voor schadevergoeding in aanmerking komen. Het is in dit verband daarom interessant om te bezien wat voor de wetgever de beweegredenen zijn geweest om het debat hierover te verplaatsen van individuele procedures naar de collectieve procedure.

4 De redenen voor invoering van een collectieve schadevergoedingsvordering

In 1992 werd in het wetsvoorstel tot invoering van de collectieve actie aanvankelijk de (beperkte) mogelijkheid voor verenigingen opgenomen om namens hun deelnemers schadevergoeding te vorderen.²⁰ Bij amendement is dit vorderingsrecht gesneuveld, omdat de omvang van schadevergoeding enkel individueel zou kunnen worden bepaald.²¹ De wetgever heeft later bij herhaling opgemerkt dat verschillende 'juridisch-technische complicaties', zoals vragen met betrekking tot de schadeomvang (art. 6:95 en 6:96 BW), causaal verband (art. 6:98 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld (art. 6:101 BW) en verjaring, aan een collectieve schadevergoedingsvordering in de weg staan.²² Een gebundelde afdoening zou een voorziening vereisen om belanghebbenden op te roepen om de nodige concrete individuele gegevens te overhandigen. Een dergelijke individuele aanpak zou echter strijdig zijn met het wezen van het collectief actierecht, aldus de minister.²³

In het Wetsvoorstel wordt deze lijn verlaten. Volgens de minister bestaat er behoefte aan een collectief vorderingsrecht. In dit kader worden in het Wetsvoorstel twee argumenten

genoemd.²⁴ In de eerste plaats zou uit de evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) zijn gebleken dat het ontbreken van een collectieve schadevorderingsactie de afwikkeling van massaschade vertraagt.²⁵ Dit is opvallend, omdat in de evaluatie van de WCAM nu juist wordt opgemerkt dat uit rechtsvergelijkend onderzoek is gebleken dat een collectieve schadevergoedingsactie tot aanzienlijke vertraging in de afwikkeling zal leiden.²⁶ Juist met het oog op deze problemen is de WCAM ontwikkeld, om hiervoor een alternatief te bieden.²⁷ In de in de evaluatie genoemde 'aanvullende maatregelen en verbeteringen' wordt de invoering van een collectief schadevergoedingsrecht ook niet genoemd.²⁸ Alleen de Consumentenbond heeft gedurende de evaluatie de vraag opgeworpen of een collectieve schadevergoedingsvordering niet nodig zou zijn in het geval een aangesproken partij weigert om te onderhandelen over een collectieve schikking.²⁹

In de tweede plaats zou de invoering van een collectief schadevergoedingsrecht gelaedeerden in staat stellen om geringe schade en strooischade te verhalen.³⁰ Onder strooischade wordt verstaan 'massaschade die voor elk van de benadeelden zo gering is, dat een individuele actie met het oog op de kosten niet loont'.³¹ Het gevolg van strooischade zou een 'aanzienlijk groepsnadeel' zijn voor een groep gedupeerden, terwijl één of meer normschenders hiermee een voordeel zouden kunnen halen.³² De minister laat in het Wetsvoorstel in het midden waarom niet louter voor strooischade een collectieve schadevergoedingsactie in het leven is geroepen.³³ Het is in mijn optiek overigens zeer de vraag of door middel van een collectieve actie in de praktijk veel strooischade zal worden geredresseerd. De kern van het probleem is in mijn optiek dat veel gedupeerden veelal niet de moeite zullen nemen om in dit verband deel te nemen aan een collectieve actie. Hetzelfde geldt voor (al dan niet commerciële) belangenvertegenwoordigers, die veelal hun middelen op andere wijze zullen willen besteden.

Alhoewel bovengenoemde argumenten niet erg overtuigend zijn, laten bijvoorbeeld de juridische kwesties rondom de

18. Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (Dexia/De Treek).

19. Zie R.M. Hermans, De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Kluwer 2015, p. 361-387 (hierna: Hermans 2015b).

20. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 29-31.

21. Kamerstukken II 1993/94, 22486, 15.

22. Zie bijv. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 30; Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 5-6; Handelingen II 2004/05, 29414, 10, p. 508; Handelingen 2005/06, 30411, 85 en 88; Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 3.

23. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 30.

24. Er zijn overigens tal van andere argumenten te bedenken waarom een collectieve schadevergoedingsactie zou moeten worden ingevoerd. Zie voor rechtseconomische argumenten L. Visscher, Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland, AV&S 2016, afl. 2, p. 61-67.

25. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 3: 'Uit het proefschrift "Toegang tot het recht bij massaschade" van mr. I.N. Tzankova dat vorig jaar is verschenen en ook uit ander (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de buitenlandse rechtssystemen waarin collectief schadeverhaal wel mogelijk is, blijkt dat juist dit element van een collectieve schadevergoedingsactie leidt tot lange, ingewikkelde en onvoorspelbare procedures.'

26. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 3.

27. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 3.

28. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 5-6.

29. Kamerstukken II 2008/09, 31762, 1, p. 4-5.

30. Wetsvoorstel, p. 4.

31. Wetsvoorstel, p. 4.

32. I.N. Tzankova, Strooischade, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 50.

33. J.M.L. van Duinen & R.S.I. Lawant, Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?, TCR 2005, afl. 1, p. 8.

beleggingsverzekeringen en de effectenlease-affaire zien dat de invoering van een collectief vorderingsrecht nuttig is.³⁴ De politieke realiteit – kennelijk gevoed door de perceptie dat consumenten in veel gevallen met hun schade blijven zitten³⁵ – is in ieder geval dat een dergelijk vorderingsrecht er wel gaat komen.

De aan het begin van deze paragraaf genoemde dogmatische bezwaren worden ten slotte door de minister niet langer overtuigend geacht. Zo zou volgens de minister de WCAM hebben laten zien dat massaschade wel degelijk collectief af te wikkelen is.³⁶ Mijns inziens toont deze opmerking in het Wetsvoorstel aan dat de taak van de rechter om vast te stellen wat rechtens is en de rechtspolitieke wens om massaschade op een schikkingsachtige wijze snel af te wikkelen kennelijk steeds meer door elkaar beginnen te lopen.³⁷ In dit licht is het daarom nu interessant om te bezien hoe de rechter de omvang van een collectieve schadevergoeding in de praktijk zal dienen te begroten.

5 Hoe dient de rechter volgens het Wetsvoorstel de omvang van de schade te bepalen?

In het Wetsvoorstel wordt de collectieve actie opgeknipt in een formeel stadium, waarin onder meer de ontvankelijkheid van de stichting wordt getoetst, opgevolgd door een stadium waarin de actie inhoudelijk wordt behandeld.³⁸ De eisen voor ontvankelijkheid van de stichting (*governance*, financiering en representativiteit) zijn mede met het oog op de introductie van het collectieve vorderingsrecht nader aangescherpt om uitwassen te voorkomen.³⁹ Gedurende de inhoudelijke behandeling lijkt het bereiken van een schikking voorop te staan. Zo kan de rechter de stichting en de aangesproken partij bevelen om beide een voorstel voor een collectieve schadeafhandeling te overleggen. De rechter is hiertoe niet verplicht.⁴⁰ In dit voorstel moeten – gelijk aan een WCAM-overeenkomst ex art. 7:907 lid 2 onderdelen b t/m e BW – in ieder geval de volgende gegevens worden opgenomen:

1. een omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de overeenkomst betrekking heeft;

2. een omschrijving van de groep dan wel groepen van personen ten behoeve van wie een collectieve schadeafwikkeling moet worden vastgesteld, naargelang van de aard en de ernst van hun schade;
3. een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot deze groep of groepen behoort;
4. de vergoeding die aan deze personen wordt toegekend;
5. de voorwaarden waaraan deze personen moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen; en
6. de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen.

Mede aan de hand van de voorstellen van partijen kan de rechter een collectieve schadeafwikkeling vaststellen voor de gedupeerden tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering in deze procedure strekt en die niet van de mogelijkheid van een *opt-out* gebruik hebben gemaakt.⁴¹ Hierbij moet de rechter er zorg voor dragen dat de toegekende vergoeding redelijk is en dat de belangen van de gedupeerden voor wie de collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld ook anderszins voldoende gewaarborgd zijn.⁴²

Art. 6:97 BW bepaalt dat rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Dit laat volgens het Wetsvoorstel ruimte om in geval van een collectieve schadevergoedingsactie de schade te begroten aan de hand van schadecategorieën.⁴³ De indeling van gedupeerden in categorieën, zoals voorgesteld door partijen, kan de rechter hierbij mede als basis gebruiken. Hij is daartoe uiteraard niet gehouden. In feite komt deze door de WCAM geïnspireerde methodiek neer op een hybride vorm van een meer abstracte wijze van schadebegroting en een door de rechter uitgesproken collectieve schikking.

Hoe moet de rechter nu te werk gaan bij de vaststelling van de categorieën van gedupeerden? In het Wetsvoorstel staan enkele globale aanwijzingen. Zo wordt opgemerkt dat bij de indeling van verschillende categorieën er rekening mee moet worden gehouden dat de belangen van de gedupeerden niet uitsluitend liggen in de hoogte van de toegekende vergoeding. Minstens zo belangrijk zou zijn of zij deze vergoeding op eenvoudige, snelle wijze op basis van de regeling kunnen verkrijgen. Dit betekent bijvoorbeeld dat het mechanisme voor toekenning zo moet zijn ingericht dat gedupeerden zich op eenvoudige wijze met hun vordering kunnen melden, dat voorspelbaar en gemakkelijk kan worden vastgesteld in welke schadevergoedingscategorie zij vallen, en dat deze vaststelling geschiedt door een voldoende onafhankelijke organisatie.⁴⁴

34. Zie kritisch over de (hoogst individuele) juridische afwikkeling van de aandelenleasecontracten Hermans 2015a, p. 158.

35. Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, 14 (motie Dijkssma). Er zijn overigens tal van voorbeelden van zaken waarin wel degelijk als gevolg van een schikking schadevergoeding wordt uitgekeerd. Zie voor enkele voorbeelden Hermans 2015b, p. 361-387.

36. Wetsvoorstel, p. 5.

37. In dit verband kan ook worden gewezen op het ingetrokken voorontwerp wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie (Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, 14 (voorgesteld op 3 november 2011)), waarin de rechter de collectieve schadevergoeding via het algemeen verbindend verklaren van een schikking zou afdoen in plaats van door zelf een uitspraak te doen.

38. Indien meerdere claimstichtingen een collectieve actie over eenzelfde feitenconstellatie aanhangig wensen te maken, zal onder hen één *lead plaintiff* worden aangewezen die de collectieve actie zal voeren. De overige claimstichtingen blijven wel partij bij de procedure, maar mogen geen proceshandelingen verrichten.

39. Wetsvoorstel, p. 8.

40. Wetsvoorstel, p. 59.

41. De uitspraak van de rechter in de collectieve actie zal ingevolge het Wetsvoorstel in beginsel bindend zijn voor de gedupeerden die niet expliciet van deelname hebben afgezien na aanwijzing van de stichting die de collectieve actie namens hen zal leiden (zie Wetsvoorstel, p. 7).

42. Wetsvoorstel, p. 60.

43. Wetsvoorstel, p. 52.

44. Wetsvoorstel, p. 60.

Indien de rechter twijfelt over de indeling van categorieën gedupeerden, of een bepaalde schadecategorie daadwerkelijk als afzonderlijke categorie van gedupeerden moet worden aangemerkt, of over de redelijkheid van de hoogte van de schadevergoeding voor een bepaalde categorie, dan kan hij een deskundige raadplegen die hem daarover kan adviseren.⁴⁵ De rechter kan in dit stadium ook nog een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stellen.⁴⁶

Naar mijn mening zou aan deze algemene uitgangspunten nog dienen te worden toegevoegd dat de rechter in complexere kwesties bij de indeling van categorieën gedupeerden zo veel mogelijk zou moeten differentiëren, hetgeen ik nu zal toelichten.

Hiervoor heb ik betoogd dat het abstracte niveau van het partijdebat mijns inziens een risico in het leven roept voor de aangesproken partij dat zij sneller aansprakelijk wordt gehouden voor een bepaald handelen of nalaten dan in een individuele procedure het geval zou zijn geweest. Door de invoering van het Wetsvoorstel ontvalt de aangesproken partij, die in een collectieve actie aansprakelijk is gehouden, de mogelijkheid om in individuele vervolgproucedures verweer te voeren tegen 'de echte gedupeerde' met betrekking tot verjaring, causaal verband en de omvang van de schadevergoeding. De aangesproken partij wordt in feite op deze manier de mogelijkheid ontnomen om haar geschil met 'de echte gedupeerde' in volle omvang aan de rechter voor te leggen. Bij een heterogene groep aan gedupeerden kan dit voor de aangesproken partij bezwaarlijk zijn.⁴⁷

In het Wetsvoorstel wordt weliswaar hierover opgemerkt dat met de hulp van onderverdeling in categorieën van gedupeerden rekening kan worden gehouden met kwesties met betrekking tot de omvang van de schade en causaal verband,⁴⁸ maar hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat de aangesproken partij haar verweren enkel nog maar 'indirect' mag voeren. Om de rechter in staat te stellen de omvang van de collectieve schadevergoeding vast te stellen, dienen partijen weliswaar zo veel mogelijk de daarvoor benodigde informatie te verschaffen,⁴⁹ maar het is nog steeds niet mogelijk om in een collectieve actie concrete feiten tussen enerzijds de 'echte gedupeerden' – niet zijnde de stichting – en anderzijds de aangesproken partij te stellen.⁵⁰ Daarnaast zal de aangesproken partij haar verweren alleen nog maar 'per groep' gedupeerden

kunnen voeren, waardoor een betoog toegesneden op het individuele geval niet meer mogelijk is. De hiervoor genoemde juridische figuren worden hierdoor in hoge mate geobjectiveerd, waardoor de toepassing (veel) minder fijnmazig van aard zal zijn dan nu in een individuele procedure het geval is.

Alleen door in complexe kwesties – al dan niet met de hulp van een deskundige⁵¹ – zo veel mogelijk te differentiëren kan de rechter mijns inziens tot een resultaat komen dat zo veel mogelijk gelijk is aan hetgeen rechtens tussen partijen zou gelden.⁵² Dit resultaat is ook noodzakelijk nu het Wetsvoorstel geen wijziging van het materiële schadevergoedingsrecht beoogt.⁵³ Mogelijk druist een fijnmazig en langdurig debat over de indeling van categorieën van gedupeerden in tegen de (politieke) wens om massaschade efficiënt en effectief af te handelen, en compliceert een veelheid aan categorieën de uitbetaling van de schadevergoeding, maar voor een meer evenwichtige collectieve actie zou dit mijns inziens de aangewezen weg zijn.

6 Conclusie

Uit praktische overwegingen valt de invoering van een collectieve schadevergoedingsvordering toe te juichen. De afwikkeling van massaschade zal hierdoor worden versneld en het rechtelijk systeem vermoedelijk worden ontlast. Het bepalen van de omvang van de schadevergoeding in de collectieve actie zou naar mijn mening wel zeer nauwgezet moeten gebeuren. Het risico dat dit de procedure aanzienlijk vertraagt, waardoor de met het Wetsvoorstel beoogde efficiëntie en effectiviteit bij de afwikkeling van massaschade mogelijk in het gedrang komen, moet hierbij op de koop toe worden genomen.

Het abstracte niveau van het partijdebat in een collectieve actie roept naar mijn mening het risico in het leven dat een aangesproken partij sneller aansprakelijk wordt gehouden voor een bepaald handelen of nalaten dan in een individuele procedure het geval zou zijn geweest. In een collectieve actie kunnen immers geen concrete feiten tussen gedupeerden en de aangesproken partij worden aangevoerd, waardoor vaak wordt teruggevallen op een 'maatman'. Door de invoering van het Wetsvoorstel ontvalt de aangesproken partij – die in een collectieve actie aansprakelijk is gehouden – de mogelijkheid om in individuele vervolgproucedures verweer te voeren tegen 'de echte gedupeerden' met betrekking tot verjaring, causaal verband en de omvang van de schadevergoeding. In het Wetsvoorstel wordt weliswaar opgemerkt dat met de hulp van onderverdeling in categorieën van gedupeerden met deze kwesties rekening kan worden gehouden, maar hierbij hoort de kanttekening dat de aangesproken partij haar verweren

45. Wetsvoorstel, p. 52-53.

46. Wetsvoorstel, p. 60.

47. Dit geldt temeer indien op verschillende belanghebbenden ook nog verschillende aansprakelijkheidsregimes van toepassing zijn, hetgeen door de in het Wetsvoorstel opgenomen *scope rule* niet is uitgesloten. Daarnaast wordt op p. 47 in het Wetsvoorstel expliciet opgemerkt dat wanneer één feitelijke constellatie bijvoorbeeld zowel de klanten van een bedrijf als de aandeelhouders hiervan benadeelt, beide groepen eisers in één collectieve actie hun schadevergoeding moeten vorderen.

48. Wetsvoorstel, p. 6.

49. Wetsvoorstel, p. 50.

50. De *lead plaintiff* en andere claimstichtingen behoeven immers geen deelnemerslijsten met namen en gegevens van hun achterban te overleggen.

51. Een deskundige zou bijv. door middel van empirisch onderzoek naar het handelen van diverse klassen van gedupeerden een bijdrage kunnen leveren aan het differentiëren door de rechter tussen verschillende categorieën van gedupeerden.

52. In minder complexe kwesties zal dit niet noodzakelijk zijn, omdat individuele oordelen over bijvoorbeeld causaliteit en de omvang van de schade niet zullen afwijken.

53. Wetsvoorstel, p. 1.

enkel nog maar 'indirect' en per 'groep gedupeerden' kan voeren. Ik kom daarom tot de conclusie dat de rechter bij het indelen van gedupeerden in categorieën in het algemeen meer zal moeten differentiëren dan minder.