

Afwikkeling massaschade: aandachtspunten bij het totstandkomen van een collectieve regeling

Inleiding

Op 27 juli 2005 is de Wet collectieve afwikkeling massaschade in werking getreden, waardoor aan Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 907-910 zijn toegevoegd, en aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de artikelen 1013-1018.

Deze wetgeving beoogt aansprakelijke partijen de mogelijkheid te bieden om een overeenkomst ('collectieve regeling') te sluiten met belangenorganisaties, zodat gelijksoortige schadevorderingen ('massaschade') op eenvoudige(r) wijze kunnen worden afgewikkeld. Na verbindendverklaring van die collectieve regeling door het gerechtshof te Amsterdam (die in massaschadezaken exclusieve bevoegdheid heeft) zijn alle benadeelden (en hun rechtsopvolgers) van rechtswege partij bij de collectieve regeling (op grond van art. 7:908 lid 1 BW). Vervolgens kan alle schade op grond van die regeling worden afgewikkeld, zij het dat benadeelden binnen een bepaalde termijn (deze termijn is minimaal drie maanden, zie art. 7:908 lid 2 BW) na de aankondiging van de beschikking in één of meer door het hof aangewezen nieuwsbladen (art. 1017 lid 3 Rv), gebruik kunnen maken van hun 'opt-out'-mogelijkheid, in welk geval zij niet aan de collectieve regeling zijn gebonden (art. 7:908 lid 2 BW). Tegen de risico's van een massale opt-out kan men zich wapenen door in de (verbindend te verklaren) collectieve regeling overeen te komen dat de collectieve regeling kan worden opgezegd indien de regeling voor te weinig gerechtigden gevolgen heeft (art. 7:908 lid 4 BW).

Bij de wetgever en in de literatuur¹ bestaat de verwachting dat een collectieve regeling grote voordelen kan opleveren (al zijn er ook critici²): zowel voor de schadeveroorzaker als voor de benadeelden levert een collectieve regeling immers (betrekkelijke) zekerheid op omtrent de financiële afwikkeling van schadevorderingen. Voorts kan de regeling het voeren van kostbare juridische procedures voorkomen.

1. Zie o.m. N. Frenk, *Bundeling van vorderingen*, Preadvis voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, TvPr 2003, p. 1413 e.v.; N. Frenk, *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, NbBW 2004, p. 18 e.v.; H.B. Krans, *Een nieuwe aanpak van massaschade*, NTBR 2005, p. 2 e.v.; C.W.M. Lieverse, *Collectieve afwikkeling van massaschade*, TVE 2004, p. 87 e.v.; F.B. Falkema & M.F.J. Haak, *De nieuwe wettelijke regeling afwikkeling massaschade*, AV&S 2004, p. 198 e.v.; C.H.D.W. van den Borne, *Wetsvoorstel massaschade, oplossing voor collectieve acties?*, Bb 2004, p. 241 e.v.; A.F.J.A. Leijten, *De betekenis van de Wet collectieve afwikkeling massaschade voor corporate litigation*, Ondernemingsrecht 2005, p. 498 e.v.

Een goed doordachte collectieve regeling kan bovendien het risico verkleinen dat individuen gebruikmaken van het opt-out-recht en ondanks de regeling een individuele procedure entameren. In deze bijdrage wordt ingegaan op verschillende aspecten waarmee bij het onderhandelen over en het totstandkomen en redigeren van de collectieve regeling rekening dient te worden gehouden.

Welke soort schade kan collectief worden afgewikkeld?

Hoewel de wetgever met name het oog heeft gehad op de afwikkeling van schade ten gevolge van gezondheids-schadende producten en rampen, kan deze wet ook worden toegepast ter afwikkeling van bijvoorbeeld beleggings-schade en bestuurdersaansprakelijkheid. Een bekend voorbeeld van massaschade die onder de nieuwe wet zal worden afgewikkeld, is de Dexia-affaire, waar vele benadeelden zich trachtten te verhalen op Dexia vanwege de effecten-leaseproducten die aan particulieren waren aangeboden. De zogenoemde 'Duisenbergregeling', waarin Dexia een regeling aanbiedt aan benadeelden, is inmiddels (op 18 november 2005) ter verbindendverklaring aan het gerechtshof te Amsterdam voorgelegd.

Met wie moet de regeling worden gesloten?

De collectieve regeling dient te worden gesloten tussen een partij die schade wil vergoeden (dat hoeft niet de schadeveroorzaker zelf te zijn, men kan ook denken aan een verzekeraar), en (een) voldoende representatieve belangenorganisatie(s) (art. 7:907 lid 3 sub f BW). Volgens de wetgever³ hangt het van de omstandigheden van het geval af wat 'voldoende representatief' is. Het is zelfs niet uitgesloten dat de schadevergoedende partij zelf een organisatie opricht teneinde de regeling vorm te geven.⁴ Daarbij moet wel worden bedacht dat het hof toetst of de belangen van degenen ten behoeve van wie de regeling wordt getroffen, voldoende gewaarborgd zijn.

2. Zie o.m. A.W.E.S. van Duyneveldt-Franken & C. van Oosten, *Wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade, Een mass disaster of uitkomst?*, Advocatenblad 2004, p. 650 e.v.; P. Abas & M. van Zijst, *Regeling van massaschade via een vaststellingsovereenkomst?*, NTBR 2005, p. 14 e.v.

3. Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 16.

4. A.R.J. Croiset van Uchelen, *Van corporate litigation naar corporate settlement*, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 155.

Ten behoeve van wie?

De collectieve regeling moet in elk geval de groep of groepen van benadeelden en de grootte van die groep(en) omschrijven, waarbij het hof toetst of die groep(en) voldoende omvang heeft (hebben) om verbindendverklaring van de collectieve regeling te rechtvaardigen. Men moet derhalve bij het redigeren van de overeenkomst nagaan of de regeling voldoende breed is. Dat is ook in het belang van de vermeend aansprakelijke partij: anders loopt men ondanks de moeite die de collectieve regeling heeft geverg, immers het risico alsnog in rechte te worden betrokken door benadeelden voor wie geen regeling is getroffen.

Een volgend aspect dat aandacht verdient, is de vraag naar gebondenheid van 'buitenlandse' (niet in Nederland woonachtige of gevestigde) benadeelden, hetgeen speelt indien de collectieve regeling zich impliciet (indien buitenlandse belanghebbenden niet met zoveel woorden zijn uitgesloten) of expliciet uitstrekt tot buitenlanders. De wetgever heeft de vrees geuit dat Nederlandse belangenorganisaties niet voldoende representatief zouden zijn voor buitenlandse benadeelden en dat de collectieve regeling niet zou worden erkend in het buitenland.⁵

Deze vrees lijkt op het eerste gezicht niet zonder meer gerechtvaardigd. In de eerste plaats is op voorhand niet uit te sluiten dat een collectieve regeling totstandkomt met een belangenorganisatie die al dan niet expliciet tevens de belangen van niet in Nederland woonachtige of gevestigde ('buitenlandse') benadeelden behartigt. In de regel zullen buitenlandse benadeelden immers geen wezenlijk andere belangen hebben dan Nederlandse benadeelden.

Voor wat betreft de erkenning lijkt de vrees van de wetgever eveneens niet zonder meer gerechtvaardigd. In dit bestek wordt dit slechts uitgewerkt voor in Europa woonachtige of gevestigde benadeelden.⁶

Daarbij is van belang eerst vast te stellen of de Nederlandse rechter (op grond van art. 1013 lid 4 Rv het gerechtshof te Amsterdam) rechtsmacht heeft om de collectieve regeling ook voor Europeanen verbindend te verklaren. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord: indien de belangenorganisatie in het buitenland is gevestigd, of in Nederland is gevestigd en ook voor niet-Nederlanders optreedt of geacht kan worden dat te doen, een collectieve regeling sluit met de (Nederlandse) schadeveroorzaker teneinde die verbindend

te laten verklaren, zal men immers in de regel expliciet bepalen dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Met het sluiten van de collectieve regeling lijkt daarnaast een impliciete keuze voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter te zijn gemaakt: anders zou het sluiten van de algemeen verbindend te verklaren regeling immers geen redelijke zin hebben. Ook buiten die situaties moet worden aangenomen dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft op grond van artikel 6 lid 1 EEX-Verordening, mits er ook in Nederland wonende benadeelden zijn.⁷ Aangenomen moet dan ook worden dat het gerechtshof te Amsterdam rechtsmacht heeft om ook Europese benadeelden aan de collectieve regeling te binden.

De verzoekschriftprocedure die leidt tot een beschikking tot het verbindend verklaren van de collectieve regeling van het gerechtshof te Amsterdam, valt voorts onder het toepassingsgebied van de EEX-Verordening. Op grond van artikel 32 juncto 33 EEX-Verordening geldt dat elke beslissing in een lidstaat, ongeacht de daaraan gegeven benaming, wordt erkend in de overige lidstaten zonder vorm van proces. Dat lijkt slechts uitzondering indien de beslissing kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat, of het inleidende gedingstuk (hier: het verzoekschrift) niet zo tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerder *tegen wie verstek werd verleend*, betekend of meegedeeld is, tenzij de verweerder tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangevend terwijl hij daartoe in staat was (art. 34 EEX-Verordening). De procedure strekkende tot verbindendverklaring is in zoverre bijzonder dat deze zich slechts afspeelt tussen de schadeveroorzaker en de belangenorganisatie, zodat van verstek geen sprake is. De buitenlandse belanghebbende kan zich wel als belanghebbende voegen. Laat hij dat na, bijvoorbeeld omdat hij niet bekend is met de procedure, dan wordt hij naar Nederlands recht van rechtswege partij bij de verbindend verklaarde collectieve regeling, waarbij andere beschermingsmechanismen in werking treden (de opt-out). De conclusie moet dan ook zijn dat de beschikking tot verbindendverklaring aan Europeanen kan worden tegenwerpen.

In de praktijk zal het overigens niet vaak voorkomen dat een andere Europese rechter zal worden geadieerd indien een collectieve regeling tot stand is gekomen en de schadeveroorzaker Europees ingezetene is. Europese ingezetenen zullen volgens de hoofdregel immers een in Nederland gevestigde schadeveroorzaker moeten dagvaarden voor de Nederlandse rechter (art. 2 EEX-Verordening).⁸ Dan zijn er twee mogelijkheden: ofwel de opt-out-termijn is nog niet verstreken, in dat geval zal er worden doorgeprocedeerd (omdat de buitenlander dan geacht moet worden gebruik te willen maken van de opt-out-mogelijkheid – al valt daar op

5. Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 15 en 16. Zie ook A.I.M. van Mierlo, Enkele procesrechtelijke kanttekeningen bij wetsvoorstel 29 414 (Wet collectieve afwikkeling massaschade), Najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 19 november 2004, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 20.

6. Zie uitgebreider Croiset van Uchelen 2004, p. 157 en A.R.J. Croiset van Uchelen, Het wetsvoorstel Collectieve afwikkeling massaschade, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer: Kluwer 2005, p. 324.

7. Croiset van Uchelen 2004, p. 154.

8. Zie noot 6.

grond van art. 7:908 lid 2 BW nog wel wat op af te dingen), ofwel de opt-out termijn is wél verstreken, in welk geval de schadeveroorzaker zich in de procedure zal beroepen op de verbonden verklaarde collectieve regeling. In die procedure zal vervolgens moeten worden beoordeeld of de bekendmaking van de beschikking en de opt-out-termijn in redelijkheid aan de Europese ingezetene kan worden tegengeworpen. Daarbij moet worden aangetekend dat artikel 7:908 lid 3 BW bepaalt dat het verstrijken van de opt-out-termijn aan elke benadeelde kan worden tegengeworpen, tenzij hij ten tijde van de publicatie in de door het hof aangewezen nieuwsbladen *niet met zijn schade bekend kon zijn*. Onbekendheid met de publicatie is derhalve strikt genomen geen grond waarop een benadeelde (derhalve ook Europese ingezetenen) zich kan beroepen om niet gebonden te zijn aan de collectieve regeling. Dat was overigens de reden waarom enkele auteurs de strijdigheid van de wet met artikel 6 EVRM en 17 Grondwet voor onoplettende (Nederlandse) benadeelden willen aannemen.⁹ Ten opzichte van Europese ingezetenen lijkt het echter een onbevredigende uitkomst als de schadeveroorzaker zich op het verstreken zijn van de opt-out-termijn zou kunnen beroepen indien publicatie slechts in Nederlandse nieuwsbladen en wellicht slechts in het Nederlands heeft plaatsgevonden. Anderzijds is de schadeveroorzaker gebaat bij de zekerheid dat na de opt-out-periode geen nieuwe procedures meer kunnen worden geëntameerd. Wellicht dat in dit kader gewicht kan toekomen aan overige publicaties, bijvoorbeeld op de website van de schadeveroorzaker, of in door het hof aan te wijzen buitenlandse nieuwsbladen, waardoor Europese benadeelden toch geacht kunnen worden bekendheid te hebben gehad met de beschikking en de opt-out-periode.

Hiervoor is aangegeven dat de Europese benadeelde naar Nederlands recht van rechtswege partij wordt bij de verbonden verklaarde collectieve regeling. De vraag doet zich voor of die gebondenheid aan de collectieve regeling slechts kan ontstaan indien op de rechtsverhouding tussen de schadeveroorzaker en de benadeelde Nederlands recht van toepassing is. Dat lijkt wel logisch: anders zou immers de schadeveroorzaker, door het sluiten van een collectieve regeling met een belangenorganisatie die tevens de belangen van Europese benadeelden behartigt – op welke regeling Nederlands recht van toepassing zal zijn – het toepasselijke recht en daarmee zijn rechtsverhouding met de benadeelde eenzijdig kunnen wijzigen. En een Europese benadeelde behoeft er mijns inziens niet op verdacht te zijn – indien op zijn rechtsverhouding met de schadeveroorzaker geen Nederlands recht van toepassing is – dat hij gebonden kan raken aan een collectieve regeling die naar buitenlands recht die gebondenheid niet kan bewerkstelligen.

Overigens zal bij gebrek aan rechtskeuze volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht vaak wel Neder-

lands recht van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen de (in Nederland gevestigde) schadeveroorzaker en de benadeelde, en daarmee op de vraag of de schadeveroorzaker schadeplichtig is. Bij aansprakelijkheid uit overeenkomst geldt dit op grond dat de schadeveroorzaker in de regel de karakteristieke prestatie moest leveren (art. 4 EVO¹⁰). Bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad geldt dat Nederlands recht van toepassing zal zijn op grond van artikel 3 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad: de onrechtmatige daad zal in de regel (tevens) hebben plaatsgevonden op Nederlands grondgebied en de zogenoemde gevolgenutzondering doet zich slechts voor indien zowel dader als slachtoffer woont of gevestigd is in hetzelfde land, niet zijnde het land waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden.¹¹

Hoeveel moet worden aangeboden?

Een belangrijke vraag is uiteraard hoeveel schade wordt vergoed. Het is geenszins verplicht om volledige schadevergoeding aan te bieden: de wet eist wel dat de vergoeding ‘redelijk’ moet zijn en geeft aan (art. 7:709 lid 3 sub b BW) dat daarbij relevant zijn de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden, en de mogelijke schadeoorzaken. De regeling moet verder de voorwaarden voor vergoeding vermelden en de vergoeding moet onafhankelijk (van de schadebetaler) worden vastgesteld. Het is verstandig gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 7:907 lid 6 BW biedt, namelijk om te bepalen dat het recht op een vergoeding sowieso vervalt indien dat niet binnen een jaar na bekendwording met de opeisbaarheid is uitgeoefend.

Het kan raadzaam zijn om de collectieve regeling zo veel mogelijk te differentiëren naar verschillende omstandigheden: individuele benadeelden dienen immers bij de beslissing om al dan niet de opt-out-mogelijkheid te benutten een afweging te maken tussen de kosten en risico’s van een individuele procedure (in welke procedure alle omstandigheden van hun specifieke geval aan de orde zullen komen) tegen het zekere eindresultaat van deelname aan de collectieve regeling. Behoudens dekking door verzekering of indien op toevoegingsbasis kan worden geprocedeerd, zullen voor individuele belanghebbenden de kosten van rechtsbijstand (die zelfs indien zij volledig in het gelijk worden gesteld, bij lange na niet worden gecompenseerd door een proceskostenveroordeling) daarbij een belangrijke factor zijn. Indien individuele benadeelden in de collectieve regeling een weging van hen specifiek aangaande bijzondere omstandigheden terugvinden, maakt dat de prikkel om individueel te procederen minder groot. In de literatuur zijn ideeën ontwikkeld over de omstandigheden waarmee rekening kan worden gehouden, zoals de aard en omvang van de

10. EEG-Verdrag dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980.

11. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 181.

9. Zie bijv. Falkema & Haak 2004, p. 202.

schade en de bewijsstukken waarover de gepretendeerd benadeelde beschikt.¹² Ook de Duisenbergregeling,¹³ die onder meer een stroomdiagram bevat, is een voorbeeld van differentiëring (en daarmee individualisering) van de hoogte van de schadevergoeding binnen de collectieve regeling.

Uitleg van de overeenkomst

Het kan voorkomen dat meningsverschillen ontstaan over de uitleg van de collectieve regeling. Dergelijke meningsverschillen zijn, ondanks een zorgvuldige totstandkoming van een overeenkomst, niet altijd te voorkomen, getuige de vele rechtspraak op dit gebied. Een extra waarborg tegen misverstanden wordt ten aanzien van de collectieve regeling wel geboden door de rechterlijke toetsing. De rechter kan immers vingerwijzingen geven omtrent aanpassing van de collectieve regeling (art. 7:907 lid 4 BW).

De Hoge Raad heeft twee normen ontwikkeld bij de uitleg van overeenkomsten: de Haviltex-norm¹⁴ voor overeenkomsten waarbij geen derden betrokken zijn (de bepalingen van het contract kunnen niet zuiver taalkundig worden uitgelegd, het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten) en de CAO-norm¹⁵ voor overeenkomsten waarbij derden betrokken zijn.

Op grond van recente rechtspraak van de Hoge Raad¹⁶ kan ervan worden uitgegaan dat tussen de schadevergoedende partij en de belangenorganisatie (de partijen bij de collectieve regeling) de Haviltex-norm dient te worden gehanteerd, terwijl in de rechtsverhouding met de individuele belanghebbende de zogenoemde CAO-norm toepassing moet vinden. De regeling is immers bestemd om de rechtspositie van benadeelden vast te stellen, zonder dat die benadeelden (behoudens voeging) invloed hebben gehad op de inhoud of de formulering van die overeenkomst, terwijl de onderliggende partijbedoeling (van de schadeveroorzaker/schadebetaler en de belangenorganisaties) voor die benadeelden niet kenbaar is. Bij de uitleg volgens de CAO-norm telt alleen mee hetgeen voor derden kenbaar is, derhalve zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de collectieve regeling, in beginsel van doorslaggevende betekenis. De uitleg die aan

een collectieve regeling moet worden gegeven, is echter niet louter taalkundig: de regeling wordt uitgelegd naar objectieve maatstaven, waarbij ook belang kan worden gehecht aan een eventuele schriftelijke toelichting bij de regeling, mits die kenbaar is voor de individuele benadeelde.

Men kan zich tegenover de individuele belanghebbende niet beroepen op een bedoeling die wél kenbaar was aan de belangenorganisatie, maar niet duidelijk blijkt uit de collectieve regeling.

Conclusie

Indien een vermeende schadeveroorzaker aansprakelijk dreigt te worden gehouden door (grote) groepen benadeelden, kan het de moeite lonen om gebruik te maken van de Wet collectieve afwikkeling massaschade. Men dient de collectieve regeling zó vorm te geven, dat de regeling weinigen zal uitnodigen gebruik te maken van hun opt-out-recht. Dat kan onder meer door in de collectieve regeling rekening te houden met verschillende omstandigheden van vermeend getroffen individuen. Het verdient voorts aanbeveling om bij de totstandkoming van de regeling aandacht te schenken aan de (on)gewenstheid van binding van niet in Nederland gevestigde of woonachtige benadeelden: zonder specifieke regeling is het bepaald niet uitgesloten dat de collectieve regeling ook werking heeft ten opzichte van deze niet-ingezetenen. Bij meningsverschillen over de uitleg van de regeling moet men bovendien bedacht zijn op de CAO-norm die ten aanzien van benadeelden toepassing zal vinden. Het kan daarom raadzaam zijn om de collectieve regeling te voorzien van een algemeen toegankelijke schriftelijke toelichting.

*Mr. M.J. Siegers
Loyens & Loeff*

12. Zie met verwijzing naar buitenlandse literatuur omtrent *damage scheduling*: J.P. Hustinx & C.J.J.M. Stolker, *Massaschade en fondsvorming*, Het Verzekerings-Archief 1997, p. 58 e.v. en C.W.M. Lieverse 2004, p. 89.

13. Gepubliceerd op www.dexiabank.nl.

14. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

15. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174.

16. HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron; HR 5 maart 2004, NJ 2005, 494; HR 2 april 2004, NJ 2005, 495; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496; HR 22 oktober 2004, NJ 2005, 497; HR 27 februari 2004, NJ 2005, 498; HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 499; HR 12 november 2004, NJ 2005, 500.