

BUNDELING VAN VORDERINGEN(*)(**)

door

Niels FRENK
Ministerie van Justitie
Universiteit Utrecht

Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Brugge van 21 november 2003 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

Naar Nederlands recht zijn de mogelijkheden van bundeling van vorderingen in vooral de afgelopen 20 jaar aanzienlijk toegenomen. Traditioneel kent het Nederlandse burgerlijk (proces)recht reeds mogelijkheden van bundeling door middel van o.m. subjectieve cumulatie, volmacht en lastgeving. De huidige waarschijnlijk meest belangrijke wijze van bundeling van vorderingen biedt evenwel het algemeen collectief actierecht van artikel 305a Boek 3 BW, dat in 1994 in werking is getreden. Deze bepaling — die uitvoerig in dit preadvies zal worden besproken — kent aan stichtingen en aan verenigingen de bevoegdheid toe om ter bescherming van de belangen van anderen een rechtsvordering in te stellen. Voorwaarde is dat deze rechtspersonen de in het geding zijnde belangen ingevolge hun statuten behartigen.

In principe kan iedere vordering op deze wijze door belangenorganisaties gebundeld worden afgedaan, voorzover het althans niet de vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld betreft. Artikel 305a lid 3 staat daaraan nadrukkelijk in de weg. Daardoor is het met deze bepaling in veel gevallen niet goed mogelijk om massaschades af te wikkelen. Een naar verwachting binnenkort bij de Tweede Kamer in te dienen wetsvoorstel „collectieve afwikkeling massaschade” beoogt deze lacune op te vullen. Dit wetsvoorstel opent de mogelijkheid om een overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling door de rechter verbindend te laten verklaren voor de benadeelden van een identieke of reeks identieke schadeveroorzakende gebeurtenissen. Ook dit wetsvoorstel wordt in dit preadvies besproken.

(*) De onderdelen IV en V van dit preadvies zijn ten dele gebaseerd op mijn *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss. Utrecht 1994, Deventer.

(**) Met dank aan mr. I.N. Tzankova voor haar commentaar op een eerdere versie van dit preadvies.

INHOUD

- I. SCHAALVERGROTING IN HET PRIVAATRECHT EN HET BELANG VAN BUNDELING (1-6)
 - II. TRADITIONELE VORMEN VAN BUNDELING (7-16)
 - A. Inleiding (7)
 - B. Objectieve en subjectieve cumulatie (8-10)
 - C. Voeging en tussenkomst (11-13)
 - D. Volmacht en lastgeving (14-16)
 - III. HET COLLECTIEF ACTIERECHT (17-33)
 - A. Inleiding (17)
 - B. Ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak (18-21)
 - C. Het algemeen collectief actierecht van de artikelen 3:305a en 305b BW (22-24)
 - D. Het collectief actierecht in afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) (25-28)
 - E. Implementatie van de richtlijn (wederzijdse erkenning van) verbodsacties (richtlijn nr. 98/27/EG) (29-33)
 - IV. HET ALGEMEEN COLLECTIEF ACTIERECHT VAN ARTIKEL 3:305A BW (34-54)
 - A. Inleiding: tekst, grondslag en welke belangen (34-35)
 - B. Welke rechtspersonen? Statutaire doelomschrijving (36-37)
 - C. Feitelijke werkzaamheid en representativiteit? (38-39)
 - D. Het overlegvereiste (40-42)
 - E. Bezwaar van en verzet door belanghebbenden (43-46)
 - F. Derdenwerking, precedentwerking en het gezag van gewijsde (47-54)
 - V. BUNDELING VAN WELKE VORDERINGEN? (55-75)
 - A. Inleiding en de eis van „bundelbaarheid” (55-58)
 - B. Verklaring voor recht (59-61)
 - C. Het rechterlijk bevel en verbod (62-64)
 - D. De vordering tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomst (65-66)
 - E. Ontbinding van wederkerige overeenkomsten (67-68)
 - F. Vernietiging van rechtshandelingen en onredelijk bezwarende bedingen (69-70)
 - G. Geen schadevergoeding in geld, doch wel andere vorderingen te voldoen in geld (71-75)
 - VI. AFWIKKELING VAN MASSASCHADE (76-101)
 - A. Inleiding (76)
 - B. Volmacht en/of lastgeving (77-80)
 - C. Collectieve schikking (81-83)
 - D. Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade (84-100)
 - 1. Inleiding, achtergrond en belang (84-85)
 - 2. Een volwaardige aanvulling op de beperking van artikel 3:305a lid 3 BW? (86-89)
 - 3. Inhoud van het wetsvoorstel: de verbindendverklaring (90-92)
 - 4. Inhoud van het wetsvoorstel: grondwettelijke waarborgen (93-95)
 - 5. Inhoud van het wetsvoorstel: de procedure (96)
 - 6. De eerste commentaren (97-100)
 - E. Het rapport „Fundamentele herbezinning” over de afwikkeling van massaschade (101)
 - VII. ENKELE CONCLUSIES (102)
- Lijst van afkortingen

I. Schaalvergroting in het privaatrecht en het belang van bundeling

1. De steeds complexer wordende maatschappij, massaproductie en -consumptie, massa-evenementen en de verder voortschrijdende technische ontwikkelingen en mogelijkheden leiden ertoe dat bepaalde gedragingen een inbreuk kunnen meebrengen op de rechten en belangen van meerdere personen. Dit als schaalvergroting te duiden verschijnsel is op vrijwel alle gebieden van het privaatrecht waar te nemen. In het contractenrecht denke men aan de sterk toegenomen standaardisering door met name algemene voorwaarden en ook op grond van dwingende wetsbepalingen met betrekking tot vooral goederen en diensten die aan een groot publiek worden aangeboden. Bij het aansprakelijkheidsrecht valt vooral te denken aan het toenemende aantal grootschalige ongevallen, (milieu)rampen en calamiteiten met vele slachtoffers, maar bijvoorbeeld ook aan discriminatoire uitlatingen en gedragingen. In het ondernemingsrecht denke men bijvoorbeeld aan teleurgestelde beleggers die menen bij de uitgifte van aandelen misleidend te zijn voorgelicht. Daarnaast wordt ook het overheidsoptreden — en in toenemende mate het nalaten daarvan — kritisch gevolgd, welk optreden niet zelden ook de belangen van velen raakt. Men denke bijvoorbeeld aan onrechtmatige wetgeving, onvoldoende toezicht, gebrekkig onderhoud en aanleg van wegen, dijken en andere infrastructurele werken e.d.

2. Traditioneel is het burgerlijk procesrecht zeer gebrekkig op mogelijke, hieruit voortvloeiende conflicten ingericht. Het burgerlijk procesrecht gaat immers in beginsel uit van een conflict tussen twee partijen, terwijl de hierboven beschreven ontwikkelingen zich juist kenmerken door een groot aantal gedupeerden met identieke of vrijwel identieke vorderingen. Het belang van een gebundelde afdoening van deze vorderingen is in dat geval groot. Dit niet alleen voor de gedupeerde eisers, maar ook voor de rechterlijke macht en soms zelfs voor de gedaagden. Het meest evident zijn de voordelen van bundeling van wat men in de Amerikaanse literatuur *individually recoverable claims* noemt. Dit zijn vorderingen van een zodanig belang dat het ook individueel de moeite loont om ter bescherming daarvan een procedure te beginnen, omdat de (veronderstelde) baten in dit geval opwegen tegen de kosten van een procedure. Bundeling is in dat geval in het belang van alle actoren bij het proces. Als maatschappelijk voordeel van bundeling kan dan worden genoemd het voorkomen van de kosten en inspanningen die gemoeid zijn met het voeren van een groot aantal procedures en de gunstige gevolgen daarvan voor de

belasting van de rechterlijke macht. Tevens wordt vermeden dat in identieke geschillen mogelijk tegengestelde beslissingen worden genomen. Voor de gedupeerden heeft bundeling het voordeel dat zij zonder zich de kosten en moeite van een individuele procedure te behoeven getroosten, een uitspraak van de rechter verkrijgen. Voor de gedaagden heeft bundeling het voordeel dat zij niet betrokken worden in een veelheid van procedures, waardoor de kosten van verdediging hoog op kunnen lopen. Bovendien biedt bundeling het voordeel dat zij in belangrijke mate zekerheid verkrijgen over de totale (financiële) verplichtingen die zij hebben tegenover de benadeelden.

3. *Individually non-recoverable claims* zijn vorderingen van een zodanig (klein) belang dat het niet de moeite loont om deze in een individuele procedure af te dwingen. Denkbaar is daarbij dat het weliswaar per individu om geringe, maar in hun totaliteit om aanzienlijke belangen gaat. De voordelen van bundeling zijn in dat geval anders van aard. De voordelen voor de gedupeerden zijn in dat geval dat zij toch „krijgen” waar zij recht op hebben. Daarnaast heeft bundeling het voordeel dat het materiële recht dan toch gehandhaafd wordt en potentiële gedaagden door de dreiging van bundeling eerder bereid zijn zich normconform te gedragen. Bundeling voorkomt met andere woorden dat een calculerende „gedaagde” moedwillig de regels negeert.

4. Wat zijn echter naar Nederlands recht de mogelijkheden van bundeling van vorderingen? Wie kennis neemt van het preadvies van F. Molenaar uit 1973 voor deze vereniging, kan niet anders dan concluderen dat er na 30 jaar aanzienlijk meer mogelijkheden zijn⁽¹⁾. Dit preadvies toont een moeizame en fragmentarische zoektocht naar de mogelijkheden van bundeling, waarbij de opbrengst bepaald armzalig is te noemen. Thans is het beeld, hoewel wellicht nog niet ideaal, een stuk rooskleuriger. In dit preadvies zullen de thans bestaande meest in het oog lopende mogelijkheden besproken worden. Daarbij zal relatief veel aandacht worden geschonken aan het collectief actie-recht, in het bijzonder aan het algemeen collectief actierecht van artikel 305a van Boek 3 BW (III, IV en V). Daarna zal apart aandacht worden besteed aan de afwikkeling van massaschades, hetgeen vooral nu interessant is omdat er waarschijnlijk binnenkort bij de Tweede

(1) F. MOLENAAR, *De bevoegdheid van organisaties om op te komen voor de belangen van leden en/of het algemeen belang*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1973.

Kamer een wetsvoorstel zal worden ingediend dat het mogelijk moet maken om de bundeling c.q. afdoening van (identieke) schadevergoedingsvorderingen te vergemakkelijken⁽²⁾ (VI). In al deze gevallen c.q. mogelijkheden is er overigens een centrale rol weggelegd voor belangenorganisaties, die aldus voor een bundeling van vorderingen kunnen zorgdragen. De ontwikkelingen in de laatste 30 jaar laten zien dat vooral voor deze organisaties er aanmerkelijk meer mogelijkheden zijn gekomen. Bundeling van vorderingen behoeft echter niet alleen plaats te vinden door belangenorganisaties. Van oudsher bieden het procesrecht en het materiële recht ook mogelijkheden voor bundeling, al dan niet door een organisatie. Deze meer traditionele vormen van bundeling zullen allereerst behandeld worden (II).

5. Maar alvorens daarmee te beginnen is het raadzaam het onderwerp van het preadvies nader af te bakenen, door te omschrijven wat wordt verstaan onder „bundeling van vorderingen”. In de eerste plaats wordt het onderwerp in zoverre beperkt opgevat, dat daaronder wordt verstaan het *in rechte* afdwingen c.q. effectueren van de gebundelde vorderingen, in die zin dat in één procedure de naleving van de gebundelde vorderingen wordt gevorderd. Ik zal mij derhalve hoofdzakelijk beperken tot een „optreden in rechte”, zij het dat in het laatste onderdeel van dit preadvies over de afwikkeling van massaschades ook enkele buitengerechtelijke methoden van afwikkeling besproken zullen worden. Voorts wordt de term „vordering” beperkt opgevat in de zin van een aanspraak of een subjectief recht van een schuldeiser. Dit laatste brengt mee dat de schuldeisers van de gebundelde vorderingen ook ieder individueel de bevoegdheid toekomt om in rechte de naleving van hun vordering af te dwingen⁽³⁾. Door de bundeling van deze vorderingen worden derhalve met één procedure mogelijke vele procedures overbodig.

6. Dit betekent dat de zogenaamde algemeen belang-acties eigenlijk buiten beschouwing zouden moeten blijven. Onder algemeen belang-acties versta ik in navolging van Verburgh rechtsvorderingen waarbij de personen om wier belangen het gaat niet zijn te individualiseren,

(2) Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken. Op het moment dat ik dit schrijf (augustus 2003) ligt het wetsvoorstel ter advisering bij de Raad van State. Ik sluit niet uit dat op het moment van de vergadering te Brugge het wetsvoorstel reeds bij de Tweede Kamer is ingediend.

(3) Zie over de gebruikte terminologie nader W.H. HEEMSKERK, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, oratie VU 1974, 7-8.

omdat het belangen betreft van zo'n algemeen karakter, dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan(4). Men denke bijvoorbeeld aan de vele rechtsvorderingen waarbij de naleving van milieunormen wordt gevorderd. De gevolgen van overtreding van deze normen zijn vaak diffuus in die zin dat deze zich per individu vaak moeilijk laten voorzien. Individuen hebben daarom doorgaans onvoldoende belang om in rechte de handhaving van deze normen af te dwingen. Dit preadvies zou derhalve in de terminologie van Verburgh beperkt moeten blijven tot de zogenaamde groepsacties, immers de individuen zelf komen dan ook (individueel) de bevoegdheid toe om in rechte de naleving van hun vordering af te dwingen. Dit bleek echter al schrijvende niet goed mogelijk. Het zou bijvoorbeeld betekenen dat geen aandacht zou worden geschonken aan collectieve acties op het gebied van de algemene voorwaarden, die in dit preadvies toch ook behandeling verdienen. Daarom is van deze beperking afgezien. Overigens heeft Verburgh al onmiddellijk opgemerkt dat de grens tussen beide soorten acties vaak vaag en vloeiend is. Indien bijvoorbeeld een milieuorganisatie in rechte tracht de stank- en geluidsoverlast van een fabriek te verbieden, wordt niet alleen opgekomen voor de belangen van de omwonenden die mogelijk ook zelf een verbod kunnen vorderen, maar ook voor het algemeen belang bij een schoon milieu(5).

II. Traditionele vormen van bundeling

A. INLEIDING

7. In dit onderdeel zal een aantal min of meer klassieke methoden van bundeling van vorderingen besproken worden. Aan de orde komen de subjectieve cumulatie, voeging en tussenkomst en de volmacht en lastgeving. Overigens is het daarbij niet zo dat deze vormen in alle gevallen tot een bundeling van vorderingen leiden, doch in bepaalde situaties kan of is daarvan wel degelijk sprake. Afhankelijk daarvan zal ik deze vormen meer of minder uitvoerig bespreken. Niet onvermeld mag daarbij blijven dat ik mij hierbij voornamelijk beperk tot dagvaardingsprocedures, en dat in verzoekschriftprocedures de even-

(4) M.J.P. VERBURGH, *Privaatrecht en kollektief belang*, 2de druk, oratie Utrecht 1974, Zwolle, 1975, 9.

(5) Daarbij zij erop gewezen dat ook art. 3:305a BW geen onderscheid maakt. De in deze bepaling neergelegde ontvankelijkheidscriteria zijn voor beide acties derhalve hetzelfde.

tuele betrokkenheid van derden in het geding beter gewaarborgd is doordat zij als belanghebbenden in het geding opgeroepen kunnen worden, zonodig ambtshalve.

B. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE CUMULATIE

8. Een in de Nederlandse rechtspraak veel beproefde vorm van bundeling van vorderingen is de zogenaamde cumulatie. Men onderscheidt objectieve en subjectieve cumulatie. Men spreekt van objectieve cumulatie indien één eiser meerdere vorderingen uit verschillende oorzaken tegen dezelfde wederpartij instelt. Men spreekt van subjectieve cumulatie indien meer eisers elk hun eigen vordering tegen één gedaagde instellen, of dat één eiser in een procedure tegen meer gedaagden een vordering instelt. De objectieve cumulatie laat ik verder buiten beschouwing. Weliswaar is ook hier sprake van een bundeling van vorderingen, doch uit verschillende oorzaken, zodat hier geen sprake is van schaalvergroting in de hierboven omschreven zin.

9. Om die reden zal ik mij wat betreft de subjectieve cumulatie eveneens beperken tot de situatie waarin meer partijen om redenen van doelmatigheid elk hun eigen vordering bij één dagvaarding tegen één of meer tegenpartijen doen gelden. Hoewel iedere vordering zijn zelfstandigheid behoudt, kunnen er met subjectieve cumulatie belangrijke voordelen worden behaald door een uniforme behandeling en berechting van de zaken. Proceshandelingen door zowel de partijen als door de rechter kunnen voor ieder der eisers betekenis hebben. Men denke bijvoorbeeld alleen al aan de vaststelling van de feiten. Het is dan ook de daarmee te bereiken doelmatigheid op basis waarvan de toelaatbaarheid van subjectieve cumulatie wordt beoordeeld. Daarbij zij erop gewezen dat een wettelijk criterium ontbreekt, maar de Hoge Raad de doelmatigheid van een gezamenlijke behandeling beslissend acht: „Subjectieve cumulatie is alleen dan geoorloofd, als de onderscheiden vorderingen van meerdere eisers of tegen meerdere gedaagden tot elkaar in onderlinge samenhang staan, tenminste zodanig, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling wettigen omdat de beslissing op de vordering van of tegen de een rechtstreeks van invloed is op de beslissing op de vordering van of tegen de ander.”(6)

(6) HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980, 102. Zie ook reeds HR 12 januari 1939, *NJ* 1939, 915.

In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in het geval géén zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid⁽⁷⁾ een gezamenlijke behandeling wettigen, de rechter een aldus aanhangig gemaakt geding, op verlangen van een partij of ambtshalve kan splitsen.

10. Bij de subjectieve cumulatie kenmerkt de bundeling van vorderingen zich in de eerste plaats daardoor dat er een gezamenlijk optreden plaatsvindt vanaf de aanvang van het geding. Hierin onderscheidt het zich van bijvoorbeeld de vrijwillige en gedwongen tussenkomst. Tevens gaat het initiatief van de partijen uit, waarin het zich onderscheidt van een collectieve actie. Verder is kenmerkend dat iedere zaak zijn zelfstandigheid behoudt, hetgeen bijvoorbeeld van belang is voor de regels van competentie en appellabiliteit. Ook daarin onderscheidt het zich van een collectieve actie. Voorts zij erop gewezen dat indien er een bundeling van vorderingen plaatsvindt doordat de eisers een volmacht of lastgeving tot procederen hebben verstrekt, er ook sprake is van een subjectieve cumulatie van vorderingen. Een dergelijke cumulatie kan zinvol zijn als alternatief voor een collectieve actie, bijvoorbeeld omdat het verkrijgen van schadevergoeding de inzet van het geding is, of omdat de eis van „gelijksoortigheid” zich tegen een collectieve actie verzet, maar een gezamenlijke behandeling desalniettemin doelmatig is⁽⁸⁾.

C. VOEGING EN TUSSENKOMST

11. Een bundeling van vorderingen kan voorts plaatsvinden door voeging wanneer voor dezelfde rechter tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp tegelijk zaken aanhangig zijn, dan wel voor dezelfde rechter verknochte zaken aanhangig zijn. Ingevolge artikel 222 Rv. kan een dergelijk voeging door beide partijen gevorderd worden. Deze vorm van bundeling onderscheidt zich derhalve van subjectieve cumulatie doordat de gevoegde zaken reeds aanhangig moeten zijn. Bij verknochte zaken behoeven het geen gedingen tussen dezelfde partijen te zijn. Zaken zijn verknocht indien de beslissing in de ene zaak noodwendig en rechtstreeks van invloed is op de andere zaak. Met voeging is te voorkomen dat er in gelijke of verknochte

(7) Overigens worden in de literatuur aan het begrip „doelmatigheid” verschillende interpretaties gegeven. Zie voor een overzicht M.O.J. DE FOLTER, *Gedwongen tussenkomst*, dissertatie Tilburg 2001, 185-186.

(8) Zie resp. de leden 3 en 1 van artikel 3:305a BW.

zaken tegenstrijdige beslissingen worden gewezen. Voorts, indien het verknochte zaken betreft, kunnen redenen van doelmatigheid een gezamenlijke berechting wettigen. Indien dit de reden van voeging is, toont het verwantschap met de subjectieve cumulatie, immers een gelijktijdige behandeling biedt in dat geval processuele voordelen, doordat proceshandelingen voor alle partijen betekenis kunnen hebben. Dit geldt uiteraard ook bij een voeging van gelijke zaken tussen dezelfde partijen, zij het dat ze dan betekenis hebben voor alle zaken.

12. Van deze vorm van voeging van meerdere reeds aanhangige zaken dient te worden onderscheiden de situatie waarin een derde zich mengt in een ook reeds aanhangige zaak. Ingevolge artikel 217 Rv. kan eenieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. In beide gevallen mengt een derde zich aldus vrijwillig in een rechtstrijd. In geval van voeging steunt deze derde een van de partijen, bijvoorbeeld een hoofdelijke schuldenaar die de aangesproken schuldenaar steunt. Bij tussenkomst stelt de derde zich zowel tegen de eiser als tegen de gedaagde op, bijvoorbeeld omdat deze derde een recht pretendeert in een zaak waarover twee andere partijen twisten. Ik laat deze deelnemingsvormen hier verder onbesproken, omdat hierbij niet daadwerkelijk sprake is van een bundeling van vorderingen(9).

13. Daarnaast kent het Nederlandse recht de figuur van de gedwongen tussenkomst, waarbij een derde als partij in een geding wordt betrokken door middel van oproeping. Artikel 118 Rv. geeft voor de wijze van oproeping enkele vormvoorschriften. Door oproeping wordt de derde partij in een tussen twee andere partijen aanhangig geding. Gedwongen tussenkomst is vaak voorgeschreven waar materiële rechtsverhoudingen tussen meer dan twee partijen in het geding zijn(10). Men zie bijvoorbeeld de artikelen 3:218 (vruchtgebruik), 5:32 (grensvastlegging) en 5:95 BW (erfpacht). Gedwongen tussenkomst is vooral daar voorgeschreven waar de uitkomst van een procedure bepalend is voor de burgerlijke rechten en verplichtingen

(9) Zie vooral M.O.J. DE FOLTER, *Gedwongen tussenkomst*, dissertatie Tilburg 2001, 79-118.

(10) Ik laat hier buiten beschouwing de vraag of een oproeping alleen mogelijk is waar materieelrechtelijke bepalingen dat voorschrijven, of ook in andere gevallen waarin de rechten van derden in het geding zijn. Zie thans evenwel HR 23 april 1999, *NJ* 2000, 288 (Eigen Beursje). Zie voorts de in de vorige noot genoemde dissertatie van De Folter, die aan artikel 118 Rv. een eigen betekenis toekent.

van een derde in de zin van artikel 6 EVRM. Gedwongen tussenkomst kan in bepaalde gevallen tot een bundeling van vorderingen leiden. Een voorbeeld. Het nieuwe verzekeringsrecht, dat met artikel 7.17.2.9c een directe actie in het leven roept(11), schrijft in lid 6 voor dat de benadeelde die een rechtsvordering instelt tegen de verzekeraar verplicht is ervoor zorg te dragen dat de verzekerde in het geding wordt geroepen. Indien nu de schade van de benadeelde de verzekerde som overschrijdt, doet de benadeelde er verstandig aan de verzekerde zodanig op te roepen dat betaling door de een ook de ander bevrijdt. In dat geval vindt er een bundeling van vorderingen plaats die vergelijkbaar is met subjectieve cumulatie in die vorm dat één eiser in een procedure tegen meer gedaagden een vordering instelt. Omdat evenwel in de meeste gevallen een gedwongen tussenkomst niet tot een bundeling van vorderingen leidt, laat ik deze figuur verder onbesproken.

D. VOLMACHT EN LASTGEVING

14. Een methode van bundeling van vorderingen met medewerking c.q. toestemming van de partijen zelf is het procederen krachtens volmacht en/of lastgeving. Volmacht en lastgeving hebben gemeen dat daarbij centraal staat het verrichten van een rechtshandeling voor rekening van een ander (vgl. de artt. 3:60 en 7:414 BW), zoals het instellen van een rechtsvordering(12). Bij een volmacht is de gevolmachtigde *bevoegd* tot het instellen van dergelijke rechtsvordering, en wel in naam van de volmachtgever. De gevolmachtigde treedt dan als vertegenwoordiger in het proces op. Bij lastgeving is de lasthebber *verplicht* tot het instellen van een rechtsvordering. Wil de lasthebber ook de bevoegdheid hebben om daarbij in naam van de lasthebber een rechtsvordering in te stellen, dan dient hij daartoe een volmacht te ontvangen. Alléén een volmacht is overigens meer voor de hand liggend indien nog verwacht kan worden dat door onderhandelingen tot een vergelijk kan worden gekomen.

15. Bij een bundeling van vorderingen in één rechtsvordering krachtens volmacht en/of lastgeving is — zoals hierboven is opgemerkt —

(11) Zie Kamerstukken II, 2001/02, 19 529, no. 8.

(12) Het verrichten van een rechtshandeling voor rekening van een ander kan ook het innen van een geldvordering betreffen. Deze mogelijkheid zal ik verder uitwerken onder VI (afwikkeling van massaschade).

sprake van subjectieve cumulatie. Dit betekent derhalve dat een zodanige wijze van procederen alleen geoorloofd is indien tussen de vorderingen een zodanige samenhang bestaat, dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling wettigen. Daarbij is overigens niet van belang wie de volmachten c.q. lasthebber is. Dit kan een van de personen zijn die zelf een dergelijke vordering heeft, doch ook een belangenorganisatie of een andere derde die bereid is de procedure feitelijk te voeren. Bij een volmacht vertegenwoordigt deze persoon de gedupeerden, in wier naam ook de procedure wordt ingesteld. De gedupeerden zijn dan ook degenen die als eiser in de dagvaarding moeten zijn vermeld. Zij zijn voorts aan te merken als partijen in de zin van artikel 236 Rv. en dientengevolge aan de uitspraak gebonden. Omdat het voorts hún materiële belang is dat in de procedure aan de orde is, zijn zij de partijen in materiële zin, terwijl de volmachten als partij in formele zin is aan te merken. Deze laatste is immers degene die (binnen de grenzen van de volmacht) de processuele beslissingen neemt en de processuele handelingen verricht.

16. Indien een lasthebber een procedure instelt zonder dat een volmacht is verstrekt, voert hij de procedure op eigen naam. Dit brengt mee dat zijn naam in de dagvaarding dient te worden vermeld. Omdat evenwel voor een gedaagde duidelijk moet zijn tegen welke vorderingen van welke rechthebbenden hij verweer moet voeren, moet uit de dagvaarding wel blijken voor wie de lasthebber optreedt. Deze laatsten zijn ook weer als partij in materiële zin aan te merken, en de lastgever als partij in formele zin. De lastgever is overigens ook aan de uitspraak gebonden. Deze heeft immers ook de opdracht gegeven om de procedure in te stellen.

III. Het collectief actierecht

A. INLEIDING

17. De hierboven besproken traditionele vormen van bundeling hebben gemeen dat de partijen om wier vorderingen het gaat op enigerlei wijze in het proces betrokken zijn, bijvoorbeeld omdat zij daadwerkelijk ingestemd hebben met c.q. meegewerkt hebben aan de bundeling (zoals bij subjectieve cumulatie, volmacht en lastgeving), of omdat zij in het proces opgeroepen zijn (zoals bij gedwongen tussenkomst). Hierin schuilt meteen het nadeel van deze vormen van bunde-

ling. Niet zelden komt het voor dat een zo grote groep personen een gemeenschappelijk belang heeft bij een rechterlijke uitspraak, dat het vrijwel onmogelijk is om eenieder daarvan in het proces te betrekken. In dat geval schieten deze vormen van bundeling tekort. Zo zal bijvoorbeeld het verwerven van volmachten wanneer er veel gedupeerden zijn tot logistieke problemen leiden, en is daarmee een eenieder omvattende afhandeling van de zaak niet gewaarborgd. Het is dan ook begrijpelijk dat er tevens behoefte bestaat aan een vorm van bundeling waarbij de belanghebbenden niet op enigerlei wijze in het proces betrokken behoeven te worden. Daarnaast is het begrijpelijk dat het dan vooral belangenorganisaties zijn die zich geroepen voelen om ter behartiging van hun belangen een beroep op de rechter te doen. Dit verklaart de behoefte en opkomst van het collectief actierecht, waaronder wordt verstaan de bevoegdheid van belangenorganisaties om bij de burgerlijke rechter een rechtsvordering in te stellen ter bescherming van de belangen van personen waarvan zij de behartiging op zich hebben genomen. Kenmerkend daarbij is dat voor de belangen van deze personen in rechte wordt opgekomen, zonder dat zij daarvoor toestemming hebben verleend. Of zoals de Hoge Raad het heeft uitgedrukt: „het wezen van een dergelijke actie (is dat) het geding door de stichting of vereniging die de vordering instelt, op eigen naam wordt gevoerd, niet als procesvertegenwoordiger van of namens, maar slechts ter behartiging van de belangen van andere personen”(13). Dit heeft ook gevolgen voor de bindende kracht van een uitspraak. Deze andere personen zijn niet als partijen in de zin van artikel 236 Rv. aan te merken, en derhalve ook niet gebonden aan het gezag van gewijsde van een verkregen uitspraak. Ook hierin onderscheidt deze vorm van bundeling zich van de hierboven beschreven traditionele vormen van bundeling.

B. ONTWIKKELINGEN IN WETGEVING EN RECHTSPRAAK

18. Het collectief actierecht heeft zich in Nederland ontwikkeld langs twee lijnen: wetgeving en rechtspraak. Het startpunt is 1980, waarna de ontwikkelingen zich in een hoog tempo opvolgden. Duidelijk is dat de ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak elkaar sindsdien wederzijds voortgestuwd hebben, met als (voorlopig?) hoogtepunt de inwerkingtreding in 1994 van artikel 305a van Boek 3 BW. In deze paragraaf zal ik deze ontwikkelingen kort beschrijven.

(13) HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 (Philips/VEB).

19. Goed beschouwd dateert evenwel de eerste collectieve actie in de zojuist beschreven zin eigenlijk al uit 1937. In dat jaar trad in werking de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Krachtens artikel 2 van deze wet heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bevoegdheid een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) algemeen verbindend te verklaren. In dat geval kunnen ook werkgevers- en werknemersorganisaties die geen partij zijn bij de betreffende CAO, de nakoming van daarin voorkomende bepalingen, of de nietigheid van daarmee strijdige bepalingen vorderen. Juist omdat hen deze bevoegdheid toekomt zonder dat zij partij zijn bij de CAO, en dus niet de (contractuele) verplichtingen jegens deze organisaties, maar jegens anderen (werkgevers, werknemers) centraal staan, kan hier van de eerste collectieve actie gesproken worden.

20. Vervolgens heeft het tot 1980 geduurd voordat in de wet een tweede collectieve actie werd opgenomen. In dat jaar is de Wet Misleidende Reclame in werking getreden, waarmee in artikel 1416c oud BW aan onder meer consumenten- en ondernemersorganisaties de bevoegdheid is gegeven om de rechter te vragen misleidende reclame te verbieden en te (laten) rectificeren. Nadien is in een rap tempo bij tal van wetten en wetswijzigingen op de meest uiteenlopende rechtsgebieden een collectieve actie in de wet opgenomen. Ik noem artikel 6:240 BW (algemene voorwaarden); artikel 29a Auteurswet; artikel 10 Wet persoonsregistraties; artikel 30a Vestigingswet Bedrijven 1954; artikel 26 Vestigingswet detailhandel; artikel 57a Drank- en Horecawet; artikel 20a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen; artikel 10 Algemene wet gelijke behandeling; artikel 128 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren en artikel 19 Wet op de naburige rechten. Het — later ook door het kabinet in 1985 nadrukkelijk onderschreven⁽¹⁴⁾ — beleid was derhalve om per toevallig aanhangig wetsvoorstel of wetswijziging de wenselijkheid van een collectieve actie te bezien. Aldus ontstond een lappendeken van verschillende wettelijke bepalingen, waarbij opviel dat daarbij zonder duidelijke redenen verschillende voorwaarden werden gesteld. Dit laat evenwel onverlet dat hiermee een belangrijke ontwikkeling in gang is gezet, waar vervolgens ook de rechtspraak haar steentje aan bij heeft gedragen.

(14) Kamerstukken II, 1985/86, 19 342, nr. 1.

21. In 1983(15) heeft de Hoge Raad voor het eerst (voorzichtig) afstand genomen van zijn eerdere standpunt dat een belangenorganisatie alleen het collectief actierecht toekomt indien de wet dat nadrukkelijk bepaalt. Daarvoor werd de vraag of een collectieve actie mogelijk is, beantwoord naar analogie van het Klomp-arrest(16). Het bedrijfsschap voor de detailhandel in aardappelen, groente en fruit stelde een actie uit onrechtmatige daad in tegen een kleinhandelaar Klomp, die zonder een daartoe vereiste vergunning zijn bedrijf uitoefende. De Hoge Raad overweegt: „dat de hiervoor vermelde taakomschrijving (in art. 71 van de Wet op de Bedrijfsorganisaties, NF) niet inhoudt of medebrenkt de bevoegdheid om als vertegenwoordiger van de burgerrechtelijke belangen van niet bij name genoemde bedrijfsgenoten een voorziening bij de burgerlijke rechter te vorderen; dat enig ander wettelijk voorschrift waarbij zodanige bevoegdheid zou zijn verleend, niet bestaat.”

Hoewel het hier een publiekrechtelijke organisatie betrof, werd vrij algemeen aangenomen dat hetzelfde gold voor privaatrechtelijke belangenorganisaties. Ondanks het toenemende aantal wettelijke bepalingen waarin een dergelijke bevoegdheid is opgenomen, heeft de Hoge Raad — als gezegd — in 1983 toch afstand genomen van de gedachte dat alleen de wetgever een collectief actierecht in het leven kan roepen. In de LSV-zaak(17), waar door de Landelijke Specialisten Vereniging ten behoeve van alle medische specialisten een verbod tot handhaving van een onrechtmatige prijzenbeschikking werd gevraagd, werd deze organisatie zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag ontvankelijk geacht. Sindsdien heeft de Hoge Raad in een aantal arresten verschillende criteria geformuleerd waaraan moet zijn voldaan om in een collectieve actie ontvankelijk te zijn. Deze criteria golden onafhankelijk van het rechtsgebied waarop de collectieve actie betrekking heeft, waarmee in feite de bedoeling van de wetgever om per wetsvoorstel of wetswijziging de wenselijkheid van een collectieve actie te bezien, werd doorkruist. Ik laat overigens een bespreking van deze arresten — hoe belangwekkend deze ook zijn geweest — en de daarin geformuleerde criteria hier verder buiten beschouwing, omdat vervolgens de wetgever in 1994 met artikel 3:305a toch een algemeen wettelijk collectief actierecht in het leven heeft geroepen,

(15) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360 (LSV). Het m.i. meest belangwekkende arrest voor de vorming van het buiten-wettelijke collectieve actierecht is het hier verder niet te bespreken HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 (De Nieuwe Meer).

(16) HR 15 mei 1970, *NJ* 1970, 372.

(17) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360.

waarmee deze arresten weer veel van hun betekenis verloren hebben(18).

C. HET ALGEMEEN COLLECTIEF ACTIERECHT VAN DE ARTIKELEN 3:305A BW EN 305B BW

22. Aldus hebben de wetgever en de rechtspraak door telkens van elkaar het stokje over te nemen, een algemeen collectief actierecht gecreëerd. Omdat de wetgever met deze bepaling in navolging van de rechtspraak alsnog voor een integrale benadering heeft gekozen, waren de hierboven opgesomde specifieke wettelijke bepalingen overbodig, en zijn dan ook met de inwerkingtreding van artikel 305a geschrapt. Dit met uitzondering van artikel 6:240 BW (algemene voorwaarden), omdat een aantal bijzonderheden in deze regeling ertoe heeft geleid dat deze bepaling in stand is gehouden. Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug. Artikel 3:305a BW is ingevoegd bij de Wet tot regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen(19). In de volgende twee onderdelen zal ik deze bepaling uitvoerig bespreken. Niet onvermeld mag blijven dat met deze wet ook publiekrechtelijke organisaties de bevoegdheid hebben gekregen om ter behartiging van de belangen van anderen een rechtsvordering in te stellen. Deze bevoegdheid ontleen zij aan het eveneens bij deze wet ingevoerde artikel 305b BW, dat als volgt luidt: „1. Een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1 van Boek 2 kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover hem de behartiging van deze belangen is toevertrouwd. 2. De leden 2 tot en met 5 van artikel 305a van dit Boek zijn van overeenkomstige toepassing.”

Hiermee hebben overheidslichamen een algemene bevoegdheid verkregen om binnen hun overheidstaak als representant van getroffen burgers de burgerlijke rechter te adieren. Daarmee zou bijvoorbeeld in het hierboven beschreven Klomp-arrest het betreffende bedrijfschap wel bevoegd zijn geweest om ter bescherming van de belangen van (niet bij name) genoemde bedrijfsgenoten een voorziening bij de burgerlijke rechter te vragen. Overigens zij opgemerkt dat de rechtspraak ook al recentelijk voor de inwerkingtreding van deze bepaling

(18) Zie voor een beschrijving van deze arresten en de daarin geformuleerde criteria mijn *dissertatie*, 81-102.

(19) Wet van 6 april 1994, *Stb.* 269.

in bepaalde gevallen publiekrechtelijke organisaties ontvankelijk achtte. Men denke bijvoorbeeld aan een procedure waarin de gemeente Lelystad (tezamen met de Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer) de onrechtmatigheid trachtte te laten vaststellen van een besluit waarin het aantal zones op het bustraject Lelystad-'t Oor op 7 werd vastgesteld, wat ongunstig was voor de inwoners van Lelystad die met de bus naar Amsterdam reizen(20). Opvallend is dat de gemeente kennelijk bevoegd werd geacht om in rechte voor de belangen van haar inwoners op te komen, al moet gezegd worden dat deze bevoegdheid in de procedure niet is betwist(21).

23. Met artikel 305b BW hebben overheidslichamen als gezegd een algemene bevoegdheid gekregen om binnen hun overheidstaak als representant van getroffen burgers de burgerlijke rechter te adiëren(22). Het kan daarbij gaan om groeps- of algemene belangen, waarbij wel vereist is dat het behartigen van deze belangen moet zijn toevertrouwd aan het eisende overheidslichaam. De rechtspersonen aan wie deze bevoegdheid wordt verleend zijn blijkens artikel 2:1 BW de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, andere lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend en de overige lichamen waaraan een deel van de overheidstaak is toevertrouwd en die rechtspersoonlijkheid bezitten. Mist overigens het overheidslichaam rechtspersoonlijkheid, dan is denkbaar dat de achterliggende rechtspersoon de rechtsvordering instelt; bijvoorbeeld de Staat voor het Openbaar Ministerie(23). Opgemerkt zij nogmaals dat het overheidslichaam ingevolge dit artikel op kan komen voor de belangen van getroffen burgers. Een overheidslichaam dat opkomt voor zijn eigen belangen heeft deze bepaling niet nodig. Men denke bijvoorbeeld aan een inbreuk op belangen die zonder meer onrechtmatig is jegens een overheidslichaam(24).

(20) HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 644.

(21) Zie verder naast vele andere voorbeelden, Hof Arnhem 8 juni 1993, *KG* 1993, 375, waar de gemeente Deventer met succes ter bescherming van de belangen van de omwonenden van een pand waar soft drugs werd verkocht, de naleving van de ter plekke geldende sluitingsbeschikking vordert.

(22) Ernstige kritiek hierop — ook in hun latere geschriften — hebben J.M.H.F. TEUNISSEN en A.Q.C. TAK, „Recht ist was der Umwelt nützt?“, *NJB* 1994, 613-614.

(23) Zoals in Rb. Amsterdam 16 december 1993, *KG* 1994, 22 (Staat/C.B.). Zie hierover N. FRENK en P.R. RODRIGUES, „Het OM als eisende partij in kort geding“, *NJB* 1994, 805-811.

(24) Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1994, *KG* 1994, 142, waar de Staat met succes de eigenares van een in zeer slechte conditie verkerend schip belet om uit te varen. De Staat beroept zich op zijn eigenaarsbelang (van de bodem van de Westerschelde) dat (uiteraard) bescherming vindt in artikel 6:162 BW.

24. De in artikel 305b BW aan overheidslichamen toegekende bevoegdheid kent wel een beperking die niet in dit artikel terug is te vinden en die ook niet voor belangenorganisaties geldt. Deze beperking doet zich voor in het geval ter behartiging van het in het geding zijnde belang ook een publiekrechtelijke regeling aan de eisende instantie zekere bevoegdheden toekent. In dat geval geldt de zogenaamde Windmill-doctrine⁽²⁵⁾, die ik hier verder onbesproken laat, maar die mee kan brengen dat in dat geval het overheidslichaam geen gebruik mag maken van privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals die van artikel 305b BW.

D. HET COLLECTIEF ACTIERECHT IN AFDELING 6.5.3 BW (ALGEMENE VOORWAARDEN)

25. Hierboven is reeds opgemerkt dat het collectief actierecht in afdeling 6.5.3 BW een aantal bijzonderheden kent hetgeen ertoe geleid heeft dat de desbetreffende bepalingen met de invoering van artikel 3:305a BW in stand zijn gebleven. Dit betreft onder meer de bijzondere competentie van het Haagse gerechtshof, de in kwaliteit aangeduide organisaties die bevoegd zijn, de bijzondere sancties van artikel 6:241 lid 3 BW en de derdenwerking die in artikel 243 aan een verbod wordt verleend. Afdeling 6.5.3 is als onderdeel van het nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 in werking getreden. Het biedt contractanten de mogelijkheid om onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden die onderdeel zijn geworden van een overeenkomst, te vernietigen. Artikel 236 somt een reeks bedingen op die steeds onredelijk bezwarend zijn (de zgn. zwarte lijst), en artikel 237 bevat een lijst van bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. Deze lijsten gelden overigens alleen bij overeenkomsten die met consumenten zijn gesloten. Zij zijn te zien als een uitwerking van de open norm van artikel 233 onder a, waarop andere wederpartijen (dan consumenten) van een gebruiker van algemene voorwaarden zich moeten beroepen.

26. In de artikelen 6:240-243 wordt aan consumenten- en ondernemersorganisaties de bevoegdheid gegeven om aan de rechter te verzoeken bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend te

(25) Hiermee doel ik op de rechtspraak die voortbouwt op het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393).

verklaren, en het verdere gebruik daarvan te verbieden(26). Het belang van deze collectieve actie bestaat vooral daaruit dat voorkomen wordt dat onredelijk bezwarende bedingen onderdeel gaan uitmaken van (nog te sluiten) overeenkomsten. Daarbij zij erop gewezen dat individuele consumenten of ondernemers in zo'n geval onvoldoende belang hebben bij een vordering om het verdere gebruik van onredelijk bezwarende bedingen te verbieden(27). Een dergelijke preventieve werking is daarom alleen met een collectieve actie te bereiken. De bedoeling van deze collectieve actie is voorts(28) het overleg over algemene voorwaarden tussen gebruikers en organisaties van wedertpartijen te bevorderen, zodat meer evenwichtige algemene voorwaarden tot stand komen(29). Voorts kan deze collectieve actie als stok achter de deur fungeren, namelijk door een gebruiker onder dreiging van een actie te bewegen om eigenhandig onredelijk bezwarende bedingen in zijn algemene voorwaarden te schrappen(30).

27. De bevoegdheid om een collectieve actie ter zake in te stellen wordt ingevolge artikel 240 lid 3 toegekend aan consumenten- en ondernemersorganisaties. Voorwaarde is wel dat de aangevochten algemene voorwaarden gebruikt worden of bestemd zijn te worden gebruikt in overeenkomsten met personen wier belangen door deze organisaties worden behartigd. Tot kennisneming van door ondernemers- of consumentenorganisaties ingestelde vorderingen tot (o.a.) het verbieden van het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen is ingevolge artikel 241 lid 1 het gerechtshof te 's-Gravenhage „bij uitsluiting” bevoegd. Daarvoor is onder meer gekozen om daarmee eenheid van rechtspraak te waarborgen, omdat veel consumentenorganisaties in Den Haag zijn gevestigd en om aldus te bereiken dat een gespecialiseerde rechter ervaring kan opdoen met deze complexe

(26) Zie hierover vooral L.J.H. MÖLENBERG, *Het collectiefactierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, dissertatie Maastricht 1995, Arnhem.

(27) In die zin is er bij deze collectieve actie geen sprake van een bundeling van vorderingen, immers individuen zelf komt geen vordering toe.

(28) Zie ook ASSER-HARTKAMP II, nr. 369.

(29) Art. 6:240 lid 5 bepaalt in verband hiermee dat een organisatie niet-ontvankelijk is indien zij met het gebruik van bedingen in algemene voorwaarden heeft ingestemd. Een dergelijk overleg over algemene voorwaarden tussen consumentenorganisaties en brancheorganisaties vindt in Nederland vaak onder auspiciën van de Sociaal Economische Raad plaats. Vaak leidt een dergelijk overleg mede tot het instellen van een geschillencommissie. Zie hierover nader L.J.H. MÖLENBERG, „15 jaar collectieve consumentenactie: terugblik en vooruitblik” in *Samen sterk*, Den Haag, 2002, 61-89.

(30) Een dergelijk overleg c.q. poging daartoe wordt overigens ook door art. 240 lid 4 vereist: een eisende organisatie is nl. niet-ontvankelijk indien een dergelijk overleg of een poging daartoe achterwege is gebleven.

materie(31). Voorts is ingevolge artikel 241 lid 6 de president (lees: voorzieningenrechter) van de rechtbank te 's-Gravenhage bij uitsluiting bevoegd om in kort geding kennis te nemen van vorderingen als hier bedoeld(32). Dit om dezelfde redenen waarom in de bodemprocedure het gerechtshof te 's-Gravenhage exclusief bevoegd is.

28. De artikelen 6:240-241 BW behouden er ook rekening mee dat onredelijk bezwarende bedingen voorkomen in algemene voorwaarden die op aanbeveling van een brancheorganisatie door meerdere ondernemers worden gebruikt. Ingevolge artikel 240 lid 2 kan een dergelijke brancheorganisatie in een collectieve actie betrokken worden, waarbij ingevolge artikel 241 lid 3, onder a, een verbod tot het bevorderen van deze bedingen gevorderd kan worden. Tevens kan daarbij gevorderd worden een gebod om de aanbeveling van deze bedingen te herroepen. Dit laat natuurlijk onverlet dat de betrokken ondernemers de onredelijk bezwarende bedingen reeds gebruiken dan wel desondanks kunnen blijven gebruiken. Om dat te voorkomen is het ook mogelijk om alle leden van de organisatie die de voorwaarden gebruiken, tezamen met de organisatie collectief te dagvaarden, zodat het verbod effect heeft voor al deze leden. Artikel 1003 Rv. is daarvoor speciaal geschreven, en houdt er rekening mee dat het ondoenlijk kan zijn om alle gebruikers (leden) op te sporen en in de dagvaarding te vermelden. De naam en de woonplaats van deze leden behoeven dan ook niet te worden vermeld.

E. IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN (WEDERZIJDSE ERKENNING VAN) VERBODSACTIES (RICHTLIJN NR. 98/27/EG)

29. In het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 11 juni 1998 is opgenomen richtlijn nr. 98/27/EG, betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen (PbEG L 166). Deze richtlijn berust op het gegeven dat er op nationaal niveau instanties bestaan die bevoegd zijn om in rechte voor de belangen van consumenten op te komen. Dit

(31) Daarbij zij overigens aangetekend dat deze ervaring maar moeizaam tot stand komt. In de afgelopen 11 jaar zijn immers voor zover mij bekend — slechts twee collectieve acties ingesteld. Zie Hof 's-Gravenhage 27 juni 1996, *NJ-kort* 1996, 62 en Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 298. Dat het opbouwen van expertise maar moeizaam verloopt blijkt wel daaruit dat de eerstvermelde uitspraak door de Hoge Raad op vrijwel alle relevante punten is gecasseerd. Zie HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1.

(32) Overigens leidt dit ertoe dat in een bodemprocedure niet, doch in kort geding wel hoger beroep openstaat. Hierop heeft — n.m.m. terecht — kritiek, H.J. SNIJDERS, *WPNR* 2000, 853.

kunnen consumentenorganisaties zijn, maar ook nationale instanties, zoals de *Director General of Fair Trading* in het Verenigd Koninkrijk. De richtlijn beoogt in het bijzonder deze zogenaamde bevoegde instanties de mogelijkheid te geven om preventief op te treden op die gebieden waar het materiële recht van de lidstaten is geharmoniseerd krachtens een toen nog negental richtlijnen die in een bijlage worden genoemd. Dit zijn de richtlijnen misleidende reclame, colportage, consumentenkrediet, televisie zonder grenzen, pakketreizen, reclame voor geneesmiddelen, oneerlijke contractsbedingen, timesharing en verkoop op afstand. Later zijn nog op de bijlage geplaatst de richtlijnen consumentenkoop, elektronische handel, financiële diensten en vergelijkende reclame. De bedoeling van de richtlijn is dat genoemde instanties de bevoegdheid krijgen om bij de rechter de naleving van deze richtlijnen, zoals die in het nationale recht zijn omgezet, te vorderen. Het gaat er daarbij om dat inbreuken op dit deel van het geharmoniseerde recht, waardoor de collectieve belangen van consumenten worden geschaad, tijdig worden beëindigd.

30. De richtlijn ziet toe op nationale inbreuken en op zogenaamde grensoverschrijdende inbreuken. Wat betreft de nationale inbreuken zijn de lidstaten verplicht om voor de genoemde bevoegde instanties de mogelijkheid te openen om bij de rechter een verbod te vorderen van een handeling die strijdig is met de vermelde richtlijnen, indien daardoor de collectieve belangen van consumenten worden geschaad. Het is aan de lidstaten zelf om te bepalen welke instanties, onder welke voorwaarden, tot het instellen van een dergelijke collectieve actie bevoegd zijn. Harmonisatie op dit punt wordt niet nagestreefd. Aan de verplichtingen van de richtlijn op dit punt was door Nederland met de artikelen 3:305a en 6:240-242 BW al bij voorbaat voldaan⁽³³⁾. Aangenomen mag worden dat deze verplichting voor vele andere lidstaten tot een aanzienlijke uitbreiding heeft geleid van de bevoegdheid van consumentenorganisaties om een collectieve actie in te stellen.

31. De richtlijn ziet zoals gezegd ook toe op zogenaamde grensoverschrijdende inbreuken. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld de volgende situatie: een ondernemer in land A tracht door

(33) Wel heeft de richtlijn geleid tot enkele aanpassingen van deze bepalingen. Zo is bijv. een bevoegdheid gecreëerd om bij de president in kort geding een verbod te vorderen tot het (verdere) gebruik van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:241 lid 6). Afdeling 6.5.3 BW leek dat aanvankelijk niet toe te staan.

middel van een misleidende reclame-uiting consumenten in land B te bewegen tot de aanschaf van bepaalde goederen. Een consumentenorganisatie uit land B die hiertegen wil optreden stuit op tal van problemen. In de eerste plaats is onwaarschijnlijk dat deze organisatie in land A ontvankelijk is, bijvoorbeeld alleen al omdat in bepaalde landen een collectieve actie is voorbehouden aan daartoe aangewezen nationale organisaties. Het instellen van een collectieve actie in zijn eigen land zal ook geen effect sorteren. Zo is twijfelachtig of de rechter een verbod mag opleggen dat zich uitstrekt buiten zijn eigen landgrenzen en bovendien kunnen er problemen rijzen bij de tenuitvoerlegging van de beslissing(34). Om deze problemen te tackelen verplicht de richtlijn de lidstaten ervoor te zorgen dat een bevoegde instantie die volgens de criteria van zijn eigen recht bevoegd is om een collectieve actie in te stellen, ook de bevoegdheid krijgt om bij een grensoverschrijdende inbreuk de naleving van de richtlijn te vorderen, en wel bij de rechter van het land vanwaaruit de inbreuk plaatsvindt. Om dit te bereiken kunnen bevoegde instanties de lidstaat waar zij gezeteld zijn verzoeken om aan de Commissie mee te delen dat zij volgens hun eigen recht bevoegd zijn om een dergelijke actie in te stellen. De Commissie plaatst deze instantie dan op een lijst die in het Publicatieblad wordt bekendgemaakt. Een instantie is daarmee bevoegd om ook in andere lidstaten bij een grensoverschrijdende inbreuk de naleving van genoemde richtlijnen te vorderen. Plaatsing op de lijst leidt tot ontvankelijkheid in een betreffende collectieve actie, zij het dat de rechter nog wel dient te toetsen of de doelstelling van de bevoegde instantie de actie in het concrete geval rechtvaardigt.

32. Om een en ander voor het Nederlandse recht te bewerkstelligen is artikel 3:305c BW ingevoerd(35), dat als volgt luidt: „1. Een organisatie of openbaar lichaam met zetel buiten Nederland welke geplaatst is op de lijst, bedoeld in artikel 4 lid 3 van richtlijn nr. 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen (PbEG L 166), kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de gelijk-

(34) Zie voor een beschrijving van deze en andere problemen bij grensoverschrijdende collectieve acties, C.A. Joustra, „De ontwerp-richtlijn voor collectieve verbodsacties bij grensoverschrijdende consumentengeschillen”, *TvC* 1997, 16-26.

(35) Bij de Wet van 25 april 2000, *Stb.* 178. Ook is bij deze wet een zesde lid aan artikel 6:240 BW toegevoegd, dat vrijwel gelijkloidend is als artikel 305c lid 3, en buitenlandse organisaties de bevoegdheid geeft om bij grensoverschrijdende inbreuken in Nederland een collectieve actie ter zake van algemene voorwaarden in te stellen.

soortige belangen van andere personen die hun gewone verblijfplaats hebben in het land waar de organisatie of het openbaar lichaam gezeteld is, voorzover de organisatie deze belangen ingevolge haar doelstelling behartigt of aan het openbaar lichaam de behartiging van deze belangen is toevertrouwd. 2. De leden 2 tot en met 5 van artikel 305a zijn van overeenkomstige toepassing. 3. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid met zetel in Nederland die ingevolge haar statuten de belangen behartigt van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten, kan, teneinde geplaatst te worden op de lijst, bedoeld in lid 1, Onze Minister van Justitie verzoeken de Commissie van de Europese Gemeenschappen mede te delen dat zij ter bescherming van deze belangen een rechtsvordering kan instellen. Onze Minister deelt in dat geval de Commissie tevens de naam en de doelstelling van de stichting of vereniging mee.”

Deze bepaling kent overigens aan buitenlandse instanties die op de lijst zijn geplaatst op twee punten ruimere bevoegdheden toe dan waartoe de richtlijn verplicht. In de eerste plaats kunnen deze instanties op gelijke voet met Nederlandse consumentenorganisaties meer vorderingen instellen dan waartoe de richtlijn verplicht (verbod, rectificatie, dwangsom). Dit vloeit voort uit het feit dat lid 3 van artikel 305a van overeenkomstige toepassing is verklaard. In principe kunnen zij iedere vordering instellen, mits het maar geen schadevergoeding in geld betreft⁽³⁶⁾. In de tweede plaats ontbreekt iedere verwijzing naar de hierboven genoemde (bijlage met) richtlijnen. Dit betekent dat deze instanties ook ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten in rechte kunnen optreden indien het om de overtreding van andere consumentenbeschermende bepalingen gaat. Dit is in lijn met het uitgangspunt van de algemene regeling van artikel 305a, namelijk dat het niet wenselijk is om per rechtsgebied het collectief actierecht te regelen. Bovendien heeft dit — voor de Nederlandse wetgever — als voordeel dat in het geval meer richtlijnen aan de bijlage worden toegevoegd, de wetgeving op dit punt geen aanpassing behoeft.

33. Over het derde lid zij nog opgemerkt dat de minister van Justitie toetst of een Nederlandse consumentenorganisatie aan de daar vermelde voorwaarden voldoet. Dit zijn dezelfde voorwaarden als waaraan een rechter in een concreet geschil moet toetsen of een dergelijke

(36) Zoals bijv. ontbinding, vernietiging, nakoming. Zie nader onder V.

organisatie ingevolge artikel 3:305a of 6:240 lid 3 ontvankelijk is. Dit uiteraard met uitzondering van de (mogelijk specifieke) doelstelling van de consumentenorganisatie, die dan ook aan de Commissie moet worden meegedeeld. Ten slotte zij opgemerkt dat de voorwaarden voor ontvankelijkheid in Nederland in vergelijking met vele andere lidstaten vrij soepel zijn zodat het — althans in theorie — voor vele Nederlandse organisaties mogelijk moet zijn om op de lijst geplaatst te worden. Bij mijn weten heeft echter alleen nog de Consumentenbond om plaatsing op de lijst verzocht.

IV. Het algemeen collectief actierecht van artikel 3:305a BW

A. INLEIDING: TEKST, GRONDSLAG EN WELKE BELANGEN

34. Artikel 3:305a BW, dat is ingevoegd bij de Wet tot regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen⁽³⁷⁾, luidt (thans) als volgt: „1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. 2. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende. 3. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op een door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen. Zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. 4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voorzover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt. 5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolgen ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belangen de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van

(37) Wet van 6 april 1994, *Stb.* 269.

hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.”

Een belangenorganisatie die ingevolge deze bepaling een collectieve actie instelt komt daarmee op voor de belangen van *andere personen*. Om op te komen voor zijn eigen belangen heeft een belangenorganisatie deze bepaling niet nodig. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin een met de doelstelling van de organisatie strijdige gedraging ook *jegens de organisatie zelf* onrechtmatig is(38). Voorts zou gedacht kunnen worden aan de situatie waarin een belangenorganisatie ten behoeve van de groep personen voor wie zij opkomt bepaalde rechten bedingt, en deze vervolgens niet worden nagekomen(39). Dat een organisatie in dergelijke gevallen ontvankelijk is moge duidelijk zijn. De vraag die dan nog „slechts” speelt is of de vordering toewijsbaar is.

35. Indien een organisatie ingevolge artikel 305a opkomt voor de belangen van andere personen, kan het een groepsbelang of een algemeen belang betreffen. Twijfel is wel geuit of dan ook opgekomen kan worden voor milieubelangen of voor de belangen van dieren. Deze twijfel wordt in de memorie van toelichting weggenomen(40). Daarin wordt verwezen naar het voor het collectief actierecht belangwekkende arrest De Nieuwe Meer, waarin de Hoge Raad de aantasting van milieubelangen omschrijft als aantasting van belangen „die in de regel grote groepen burgers tezamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten voorzien”(41). Over de belangen van dieren wordt opgemerkt „dat gelet op de maatschappelijke opvattingen ten aanzien van de omgang met dieren (...), schending van het belang van dieren, tevens een schending kan opleveren van belangen van natuurlijke personen (...), die eventueel door een belangenorganisatie kunnen worden behartigd”.

(38) Daar zal overigens niet snel sprake van zijn, maar ondenkbaar is het niet. Zie mijn *dissertatie*, 56-62.

(39) Zie art. 6:256 BW (nakoming derdenbeding). Zie bijv. HR 11 maart 1983, *NJ* 1983, 585 (Huurdersvereniging Koot). Men denke voorts aan de nakoming van CAO-bepalingen.

(40) Kamerstukken II, 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 20-21. In het vervolg af te korten als: MvT.

(41) HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743.

B. WELKE RECHTSPERSONEN? STATUTAIRE DOELOMSCHRIJVING

36. De bevoegdheid om ter bescherming van de belangen van anderen een rechtsvordering in te stellen, wordt toegekend aan stichtingen en aan verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid. Voorwaarde is dat deze rechtspersonen de in het geding zijnde belangen ingevolge hun statuten behartigen. De eis van volledige rechtsbevoegdheid vergt enige nadere uitleg. Een belangenorganisatie kan bij notariële akte zijn opgericht, waarbij ofwel de vereniging, ofwel de stichting als rechtsvorm wordt gekozen. Ook mogelijk is echter dat een belangenorganisatie is ontstaan louter doordat de oprichters hiertoe bij een meerszijdige rechtshandeling besluiten, en zelfs doordat de bedoeling hiervan blijkt in het geval een „samenwerkingsverband” van personen als eenheid naar buiten treedt. Deze vaak spontaan ontstane en dus niet bij notariële akte opgerichte organisaties hebben als rechtsvorm de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid. Beperkte rechtsbevoegdheid houdt ingevolge artikel 2:30 BW met name in dat deze vereniging geen registergoederen kan verkrijgen, geen erfgenaam kan zijn en de bestuurders voor een aantal handelingen naast de vereniging hoofdelijk verbonden zijn. In het oorspronkelijke regeringsvoorstel werd de eis van volledige rechtsbevoegdheid overigens niet gesteld. Vanuit — althans een meerderheid van — de Tweede Kamer bestond hiertegen sterke oppositie. Zo werd aangevoerd dat het een onduidelijk figuur betrof en vond men het gewoonweg onwenselijk dat ad hoc verenigingen procedures zouden kunnen voeren. De regering heeft zich tegen deze opvattingen sterk verzet, maar uiteindelijk is de eis van volledige rechtsbevoegdheid bij amendement ingevoegd(42).

37. Noodzakelijk is derhalve dat een belangenorganisatie bij notariële akte is opgericht, althans dat de organisatie haar statuten in een notariële akte laat opnemen, alvorens zij de rechter mag raadplegen. De statuten dienen onder meer het doel van de organisatie in te houden (art. 2:27 lid 4, onder b, resp. art. 2:286 lid 4, onder b). Bij een belangenorganisatie is dit uiteraard het behartigen van een bepaald belang. Een dergelijke organisatie kan ingevolge artikel 305a lid 1 alleen ter bescherming van een bepaald belang een rechtsvordering instellen indien dit in overeenstemming is met de doelstelling van deze organisatie. Uit de statuten dient derhalve te blijken welke

(42) Kamerstukken II, 1993/94, 22 486, nr. 14.

belangen een organisatie beoogt te behartigen, en alleen voor die belangen kan zij in rechte opkomen. Men kan dit zien als een voortvloei- sel van de zogenaamde *ultra vires*-leer; een rechtspersoon kan slechts handelingen verrichten die binnen het doel liggen waarvoor zij in het leven is geroepen. Een voorbeeld hiervan is het Abva/Kabo- arrest(43), waarbij deze organisatie in rechte trachtte op te komen voor de belangen van zogenaamde alpha-hulpverleners, maar zij niet- ontvankelijk was omdat zij ingevolge haar statuten niet de belangen van deze hulpverleners behartigt. De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat deze regel geen uitzondering lijdt in het geval dat de rechts- persoon zich in feite wel met de behartiging van die belangen bezig houdt.

C. FEITELIJKE WERKZAAMHEID EN REPRESENTATIVITEIT?

38. Opmerkelijk is dat het voor de ontvankelijkheid van een belan- genorganisatie geenszins van belang is of de organisatie zich het belang waarvoor in de procedure bescherming wordt gevraagd, reeds eerder feitelijk heeft aangetrokken en/of zij ter zake van de beharti- ging van dit belang ook representatief kan worden geacht. De wetge- ver merkt over een mogelijk vereiste van feitelijke werkzaamheid op dat „het onverstandig is om naast het vereiste van voorafgaand over- leg (lid 2, NF) nog nadere vereisten ter zake van feitelijke werk- zaamheid te stellen”(44). Ook een mogelijk vereiste van representa- tiviteit wordt als zelfstandig vereiste nadrukkelijk van de hand ge- wezen. Opgemerkt wordt dat deze eis impliciet is terug te vinden in een aantal deelaspecten van de regeling, waardoor ongewenste be- langensbehartiging wordt voorkomen. Gewezen wordt onder meer op lid 5 dat de direct betrokkenen de mogelijkheid biedt zich aan de gevolgen van de procedure te onttrekken(45). Daarnaast is er geen plaats voor een zelfstandige toets, waarmee voorkomen wordt dat de rechter nog eens zelfstandig de representativiteit van de organisatie beoordeelt. Dit zou immers ruimte laten voor persoonlijke voorkeuren van de rechter waardoor het gevaar van willekeur bestaat.

39. De parlementaire geschiedenis is m.i. op dit punt helder, doch sommige schrijvers menen dat de eis van representativiteit toch als

(43) HR 1 juli 1992, *NJ* 1993, 450.

(44) Kamerstukken II, 1992/93, 22 486, nr. 8, p. 3-4.

(45) *MvT*, 24.

zelfstandig vereiste geldt(46). M.i. ten onrechte. De wetgever heeft getracht de verschillende daarmee in verband te brengen vereisten voorzover deze door de wetgever wenselijk werden geacht, in de wet op te nemen, waardoor de rechter niet nog eens zelfstandig een representativiteitstoets mag aanleggen(47). Dat overigens — zoals Snijders opmerkt(48) — de Hoge Raad in het arrest Consumentenbond/Nuts oordeelt dat de Consumentenbond „naar algemene maatstaven voldoende representatief moet worden geacht om in voorkomende gevallen zo nodig ter bescherming van een collectief consumentenbelang in rechte op te treden”, betekent m.i. niet dat de Hoge Raad deze eis als zelfstandige eis wel stelt(49). De Hoge Raad citeert hier immers slechts een niet in cassatie bestreden oordeel van het Hof.

D. HET OVERLEGVEREISTE

40. Lid 2 stelt als vereiste voor ontvankelijkheid dat de organisatie in beginsel eerst zal moeten trachten het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Door een dergelijke norm expliciet in de wet op te nemen, wordt volgens de toelichting de zelfregulering door marktpartijen bevorderd. De dreiging met een collectieve actie kan daarbij als stok achter de deur fungeren om partijen aan de onderhandelings tafel te krijgen. Overleg door een belangenorganisatie strookt volgens de toelichting ook met de eisen die aan deze organisaties, gezien de maatschappelijke taak die hen in de voorgestelde regeling is toevertrouwd, mogen worden gesteld. Tenslotte wordt erop gewezen dat door deze eis onverhoedse acties van belangenorganisaties de pas worden afgesneden(50). Men zou kunnen stellen dat artikel 305a vooral succesvol is indien — hierdoor — de beoogde doelstellingen bereikt worden zonder dat van de regeling gebruik behoeft te worden gemaakt(51).

(46) H.J. SNIJDERS, „Des relations personnelles importantes: internetbanden met individuele belanghebbenden bij algemeen-belangacties en groepsacties” in *It ain't necessarily so (Franken-bundel)*, Deventer, 2001, 506 en *Vermogensrecht* (A.W. Jongbloed), art. 305a, aant. 15.

(47) Zo ook A.-G. MOK in zijn conclusie bij HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 (Philips/VEB).

(48) In bovengenoemde *Franken-bundel*.

(49) HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369. De Hoge Raad anticipeert hier reeds op art. 305a. Zie ook de noot van H.J. Snijders onder dit arrest, waarin hij ook reeds zijn twijfel uitte.

(50) Zie telkens MvT, 28.

(51) Zie overigens W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN (m.m.v. I.N. TZANKOVA), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 2003, 119, die opmerken dat ter voorkoming van procedures o.m. nagegaan zou moeten worden of een onderhandelingsplicht niet op bredere schaal zou moeten worden voorgeschreven als voorwaarde voor toegang tot de rechter. Dit rapport zal hieronder worden afgekort als: *Fundamentele herbezinning*. Het rapport is integraal te vinden op: www.justitie.nl.

41. De overlegverplichting is in de eerste zin van lid 2 afhankelijk gesteld van de omstandigheden van het geval. Het zijn dan ook de omstandigheden die bepalen of en zo ja, hoever de onderhandelingsplicht strekt. Zo is denkbaar dat overleg achterwege kan blijven indien dat onmogelijk of bij voorbaat zinloos is. Men denke aan een fatale termijn die dreigt te worden overschreden, bijvoorbeeld een reisorganisator die voor een vandaag vertrekkende reis zijn verplichtingen niet na dreigt te komen(52). Voorts denke men aan de situatie waarin de wederpartij al bij voorbaat te kennen heeft gegeven niet aan de eisen te willen voldoen. Verder zal bij een spoedeisende zaak de termijn kort mogen zijn. Het zijn voorts ook de omstandigheden die, in het geval overleg vereist kan worden, de eisen bepalen die daaraan gesteld mogen worden. Zo zal, indien de partijen in een constructief overleg betrokken zijn, niet plotsklaps tot dagvaarding over mogen worden gegaan. En zo ligt bij zeer gecompliceerde zaken een ruime termijn voor overleg in de rede. Men denke aan een (al dan niet juridisch) ingewikkelde zaak waarbij de inzet is de restitutie van door duizenden consumenten teveel betaalde abonneekosten, of aan de verwijdering van boorinstallaties in de Waddenzee.

42. Met het oog op deze situaties is het zeer betreuenswaardig dat de tweede zin van lid 2 bepaalt dat een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, in elk geval voldoende is(53). Deze zin is evenwel opgenomen omdat artikel 5 van de richtlijn wederzijdse erkenning verbodsacties (richtlijn nr. 98/27/EG) hiertoe verplichtte(54). De wetgever heeft er toen voor gekozen om deze beperking vanuit het oogpunt van eenheid van regelgeving niet alleen te laten gelden voor door de richtlijn bestreken collectieve consumentenacties. Al met al heeft de overlegverplichting hierdoor bij vooral de meer gecompliceerde zaken niet al te veel meer om het lijf. Snijders heeft evenwel een aantal belangwekkende wegen aangegeven waarmee desondanks in gecompliceerde zaken partijen toch tot een reëel overleg kunnen worden gedwongen. Onder meer noemt hij een bevel van

(52) Snijders noemt in zijn hierna te vermelden artikel de verhindering van een uitzending dezelfde avond van een (vermeend) discriminerende tv-film.

(53) Ook Snijders spreekt zijn zorgen uit. Zie H.J. SNIJDERS, „Nieuwe wettelijke overlegtermijnen voorafgaande aan een collectiviteitsactie, spel of realiteit?“, *WPNR* 2000, 853-856.

(54) In artikel 6:240 lid 4 werd aanvankelijk zelfs een termijn van zes maanden genoemd, welke ook bekort moest worden tot twee weken.

de rechter om te gaan onderhandelen of om door te onderhandelen, of de beproeving van een comparitie na antwoord(55).

E. BEZWAAR VAN EN VERZET DOOR BELANGHEBBENDEN

43. De leden 4 en 5 van artikel 305a vormen een noodzakelijk c.q. wenselijk sluitstuk voor het collectief actierecht. Over lid 4 zal ik kort zijn. Het bepaalt dat aan een collectieve actie geen gedraging ten grondslag kan worden gelegd, indien degene die door deze gedraging getroffen is daartegen bezwaar maakt. Men moet hierbij vooral aan collectieve acties op het gebied van gelijke behandeling denken. Het kan zijn dat iemand die behoort tot een groep die discriminerend behandeld is niet wil dat zijn/haar zaak als voorbeeld (in de processtukken) wordt genoemd in een collectieve actie waarbij bijvoorbeeld een verbod tot het verder discrimineren wordt gevorderd. Hieraan kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen, zoals privacy-overwegingen, angst voor versterking van relaties of angst voor represailles. Overigens belet dit een collectieve actie niet, mits de organisatie iemand anders (bereid) vindt die er geen bezwaar tegen heeft dat zijn/haar voorbeeld ten grondslag wordt gelegd aan de vordering(56).

44. Bij een collectieve actie waarbij daadwerkelijk sprake is van een bundeling van (individuele) vorderingen is denkbaar dat ook opgetreden wordt voor personen die daar geen prijs op stellen. Om dit bezwaar te ondervangen is in lid 5 aan belanghebbenden de mogelijkheid gegeven om zich te verzetten tegen de werking van de uitspraak ten opzichte van hen. Aldus kan, volgens de toelichting(57), een koper zich verzetten tegen de gevolgen van een door een consumentenorganisatie ingestelde rechtsvordering tot vervanging van afgeleverde zaken door zaken die wel aan de overeenkomst beantwoorden. Denkbaar is immers dat de koper tevreden is en/of liever voor een prijsvermindering opteert. Deze mogelijkheid toont verwantschap met de zogenaamde „opt out”-mogelijkheid bij een *class action*, zij het dat daar een belanghebbende bij gebruikmaking daarvan niet gebonden is aan de uitspraak, terwijl bij lid 5 een belanghebbende zich kan ont-

(55) *WPNR* 2000, 856. Overigens noemt Snijders ook misbruik van procesrecht. Ik vraag mij af of dit in de door de richtlijn bestreken gevallen door het Hof van Justitie geaccepteerd zal worden, gezien de strikte implementatie die geëist wordt bij consumentenbeschermende richtlijnen.

(56) Zie meer hierover mijn *dissertatie*, 140-141.

(57) *MvT*, 32.

trekken aan de derdenwerking van de uitspraak ten opzichte van hem. Ik kom op dit onderscheid in de volgende paragraaf terug.

45. Lid 5 bepaalt eveneens dat een betrokkene zich niet tegen de werking van de uitspraak kan verzetten indien „de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten”. Hierbij denke men aan een veroordeling tot het verrichten van een enkele prestatie, waarbij alle personen voor wie wordt opgekomen een gemeenschappelijk belang hebben, zoals bijvoorbeeld het stoppen van een illegale lozing. Verzet is derhalve alleen mogelijk in die situaties waarbij sprake is van een deelbare rechtsverhouding: de veroordeling houdt in het verrichten van evenzovele prestaties als er personen zijn voor wie wordt opgekomen. Bij een rechterlijk bevel of verbod — zoals de staking van een illegale lozing of de plaatsing van een rectificatie — zal overigens eerder sprake zijn van een ondeelbare rechtsverhouding dan bij andere vorderingen. Doch noodzakelijk is dit niet. Men denke bijvoorbeeld aan een bevel tot het isoleren van huizen in de omgeving van het vliegveld Beek op vordering van de Vereniging Geen Uitbreiding Vliegveld Beek(58). Denkbaar is dat bepaalde bewoners de geluidsoverlast voor lief nemen en bedanken voor de isolatie van hun huis.

46. Een bevel waarbij ook geen sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding werd gevraagd in een procedure tussen de Nederlandse vakbond van varkenshouders (NVV) en de Staat. De Staat wordt in kort geding bevolen delen van de Wet herstructurering varkenshouderij ten aanzien van varkenshouders (m.n. opkoop van varkensrechten) buiten toepassing te laten, totdat in een eveneens aanhangig bodemproces zou worden beslist dat deze wet niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. De Staat schrijft vervolgens de individuele varkenshouders aan en meldt hen dat de opkoop van varkensrechten kan doorgaan indien zij nadrukkelijk verklaren daartegen geen bezwaar te hebben. De NVV is hier niet gelukkig mee en vordert in een nieuwe procedure, kortweg gezegd, rectificatie van deze brieven. Daarbij voert de NVV aan dat in het geval een wet in formele zin strijdig is met direct werkende verdragsbepalingen artikel 305a lid 5 principieel niet voor toepassing in aanmerking komt, en dat in ieder geval niet met deze bepaling verenigbaar is dat de veroordelende partij het initiatief neemt om belanghebbenden te bewegen zich tegen de werking van de uitspraak te

(58) Hof 's-Gravenhage 31 december 1986, *NJ* 1987, 1011.

verzetten. De Hoge Raad — die hier uiteindelijk over oordelen moest — is met deze opvattingen snel klaar. De eerste klacht faalt, de tweede opvatting vindt geen steun in het recht(59). M.i. terecht. Lid 5 beoogt ongewenste belangenbehartiging te voorkomen, en de wil van belanghebbenden dient waar mogelijk uiteindelijk altijd doorslaggevend te zijn.

F. DERDENWERKING, PRECEDENTWERKING EN GEZAG VAN GEWIJSDE

47. Wat is nu de werking c.q. zijn de effecten van een in een collectieve actie verkregen uitspraak(60)? Met een collectieve actie komt een belangenorganisatie op voor de belangen van anderen. Dit heeft gevolgen voor de werking van een eventueel verkregen dictum. Een belangenorganisatie vraagt immers een algemeen werkende sanctie, dat wil zeggen een sanctie niet ten behoeve van zichzelf, maar een sanctie ten behoeve van een ieder voor wiens belangen zij opkomt(61). Een uitspraak in een collectieve actie heeft derhalve derdenwerking, ook wel genoemd feitelijke- of reflexwerking. Dit is anders dan in een procedure waarbij een (rechts)persoon voor zijn eigen belangen opkomt. De uitspraak heeft dan „slechts” werking *inter partes*. Wordt daarentegen in een collectieve actie de gedaagde door middel van bijvoorbeeld een bevel of verbod gedwongen op een in het dictum aangegeven wijze te handelen of na te laten, dan is hij dat verplicht te doen ten opzichte van een ieder wier belangen met een collectieve actie behartigd worden. Deze derdenwerking is, zo wordt in de toelichting op artikel 305a gesteld, in zekere zin ook juist het beoogde effect van een collectieve actie, waarmee immers voor de belangen van anderen — derden — wordt opgekomen(62).

48. Deze derdenwerking dient te worden onderscheiden van de precedentwerking van een rechterlijke uitspraak. Dit laat zich goed illustreren aan de hand van een rechterlijke uitspraak waarbij op vordering van een individu een verordening ten opzichte van hem onverbindend wordt verklaard(63). Het oordeel van de rechter reikt in

(59) HR 14 juni 2002, *RvdW* 2002, 99.

(60) De werking derhalve waartegen belanghebbenden zich althans in beginsel ingevolgt artikel 305a lid 5 kunnen verzetten.

(61) Indien althans een condemnatoir of constitutief vonnis wordt gevraagd. E.e.a. gaat niet op bij een verklaring voor recht (declaratief).

(62) *MvT*, 27.

(63) Zie nader mijn „Onrechtmatige wetgeving en burgerlijk procesrecht”, *NJB* 1990, 1629-1633.

dat geval niet verder dan het concrete aan hem voorgelegde geval; het vonnis heeft slechts werking *inter partes*. Desalniettemin zal de rechter, mede om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, in een volgende zaak waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen, maar waarbij een andere justitiabele partij is, tot eenzelfde beslissing komen(64). De rechter zal zich immers aan de rechtsoverwegingen van een eerdere uitspraak gebonden achten. Deze precedentwerking moet men niet verwarren met de mogelijke derdenwerking van een uitspraak. Met derdenwerking wordt bedoeld op de feitelijke gevolgen van een dictum voor derden, niet-procespartijen, terwijl onder precedentwerking wordt begrepen de gebondenheid van de rechter in die zin dat hij in een volgende procedure waarbij een andere justitiabele partij is, zich gebonden zal achten aan de *rechtsoverwegingen* van een eerdere uitspraak.

49. Ik ga hier zo uitvoerig op in omdat de Hoge Raad m.i. de precedentwerking nog wel eens wil verwarren met de derdenwerking van een in een collectieve actie verkregen uitspraak. In de LSV-zaak(65), waar door een belangenorganisatie ten behoeve van alle medische specialisten een verbod tot handhaving van een onrechtmatige prijzenbeschikking werd gevraagd, overwoog de Hoge Raad namelijk als volgt: „Voor de beoordeling van het middel is voorts van belang dat ook een algemeen geformuleerde uitspraak als in het onderhavige geval is gegeven, slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van de praktische gevolgen, gelegen in de verwachting dat de rechter in volgende soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.”

De Hoge Raad besteedt hier vooral aandacht aan de precedentwerking van de verkregen uitspraak. Naar mijn idee is voor derden in een procedure als deze praktisch van veel groter belang de derdenwerking van het dictum in die zin dat (in dit geval) ten behoeve van alle medische specialisten de prijzenbeschikking niet mag worden gehandhaafd. Deze profiteren m.i. meer van deze derdenwerking dan van de precedentwerking van de uitspraak. Omdat een organisatie per definitie om een algemeen werkend verbod vraagt, is zelfs de precedentwerking nog nauwelijks van belang, omdat een volgende soortgelijke zaak zich door de derdenwerking van de uitspraak niet snel voor zal doen.

(64) Hierin ligt ook de meerwaarde van een proefproces, die ik hier verder onbesproken laat.

(65) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360. Zo ook in HR 14 juni 2002, *RvdW* 2002, 99 (NVV/Staat).

50. Zijn deze derden ook in juridische zin gebonden aan de uitspraak? Neen. De wetgever heeft er, n.m.m. terecht, bewust voor gekozen de werking van het gezag van gewijsde van een uitspraak te beperken tot de eisende belangenorganisatie en de gedaagde(66). Hierdoor wordt volgens de toelichting voorkomen dat individuele personen beroofd worden van de mogelijkheid om zelf een gelijke (of een andere) vordering in te stellen(67). Uitbreiding van het gezag van gewijsde tot ook de personen voor wier belangen in de collectieve actie wordt opgekomen, is ook niet in hun voordeel. In de toelichting wordt daar in het kort het volgende over gezegd(68). Wordt bijvoorbeeld een vordering afgewezen wegens gebrek aan bewijs, dan zou het bij uitbreiding voor individueel belanghebbenden niet meer mogelijk zijn zelf een vordering in te stellen, gebaseerd op ander of nieuw bewijsmateriaal(69). Uitbreiding zou eveneens nadelig zijn indien een vordering is afgewezen, terwijl deze, naar achteraf blijkt, op basis van andere feiten of op andere gronden wel zou zijn toegewezen(70). In beide gevallen zouden belanghebbenden de wrange vruchten proeven van het slordig procederen door een belangenorganisatie. Maar betekent dit dan dat in het geval een vordering is toegewezen, belanghebbenden nogmaals een gelijkkluidende vordering kunnen instellen? Neen. Artikel 3:303 BW, dat luidt: „Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe”, staat daaraan volgens de toelichting in de weg.

51. Er zijn echter ook andere — meer fundamentele — bezwaren tegen uitbreiding in te brengen(71). Het is niet te rechtvaardigen om belanghebbenden aan een uitspraak gebonden te achten indien hen niet de mogelijkheid is geboden hun stem in de procedure te laten horen en/of de kans is gegeven zich aan het gezag van gewijsde te onttrekken. Men komt anders al gauw op gespannen voet te staan met artikel 17 Grw. en artikel 6 EVRM, waarin het principe is terug te vinden dat een ieder recht heeft op een onbevooroordeelde vaststelling in zijn eigen geding van feiten en rechten die voor de beslissing van

(66) Zie ondertussen ook HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 (Philips/VEB): „(...) een vonnis waarbij deze vordering mocht worden toegewezen, enkel tussen haar en haar wederpartij gezag van gewijsde zal hebben (...)”.

(67) MvT, 26.

(68) MvT, 26-27.

(69) HR 6 april 1951, *NJ* 1952, 28.

(70) HR 16 mei 1975, *NJ* 1976, 465.

(71) Zie in ongeveer dezelfde zin de memorie van antwoord (Kamerstukken II, 1992/93, 22 486, nr. 5, p. 14).

belang zijn („*every man ought to have his own day in court*”). Om strijdigheid met deze bepalingen te vermijden zouden de belanghebbenden van de collectieve actie op de hoogte moeten worden gebracht en zou hen de mogelijkheid moeten worden geboden om hun stem te laten horen. Ook zouden de belanghebbenden ervan op de hoogte moeten worden gebracht dat er een uitspraak is geweest, waarbij zij erop gewezen moeten worden dat zij zich aan het gezag van gewijsde kunnen onttrekken. Dit alles maakt een collectieve actie aanmerkelijk ingewikkelder, duurder en tijdrovender. Het bereik van een collectieve actie zou daardoor sterk worden ingeperkt.

52. Desalniettemin kan niet-uitbreiding van het gezag van gewijsde ook in het nadeel zijn van belanghebbenden. Dit in het geval een vordering wordt toegewezen en een belanghebbende daarnaast ten behoeve van zichzelf een andere vordering wil instellen. Een voorbeeld. Een omwonende heeft schade geleden door een onrechtmatige vervuiling, die eerder in een collectieve actie is verboden. In beginsel dient de onrechtmatigheid van de vervuiling dan ten opzichte van deze omwonende nogmaals te worden vastgesteld. Een belanghebbende kan met andere woorden niet met een beroep op het gezag van gewijsde dat toekomt aan het declaratief van de uitspraak (i.c. de vaststelling van onrechtmatigheid), een hierop berustende andere vordering instellen⁽⁷²⁾. In dit geval kan echter wel de precedentwerking van een in een collectieve actie verkregen uitspraak „uitkomst” bieden. De verwachting derhalve dat de rechter in een volgende zaak waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen, zich gebonden zal achten aan de rechtsoverwegingen in de uitspraak in de collectieve actie, en dus in dezelfde zin zal beslissen. In de toelichting op artikel 305a wordt hierover het volgende opgemerkt: „Allereerst moet worden opgemerkt dat ook zonder dat een dergelijke uitspraak voor derden bindende kracht heeft, de rechter, zo menen wij, toch snel ervan zal uitgaan dat de litigieuze gedraging ook jegens individuele belanghebbenden die zelf een vordering tot schadevergoeding instellen, onrechtmatig zal zijn. Mogelijk kan de rechter hier de gedaagde het bewijs opdragen dat juist jegens deze belanghebbende de gedraging niet onrechtmatig is”⁽⁷³⁾.

(72) Dit speelt derhalve nog pregnanter in een collectieve actie waarin alleen een verklaring voor recht wordt gevorderd.

(73) MvT, 26.

Zie ook de Hoge Raad in de Philips/VEB-zaak(74): „(...) een vonnis waarbij deze vordering (een verklaring voor recht, NF) wordt toegewezen, enkel tussen haar en haar wederpartij gezag van gewijsde zal hebben, zodat die aandeelhouders die menen ten gevolge van voormeld tekortschieten van laatsgenoemde partij schade te hebben geleden, haar ter zake zullen moeten aanspreken, in het kader van welke individuele procedures de wederpartij telkens voldoende gelegenheid zal hebben om te betogen waarom zij, mede in aanmerking genomen de groep van aandeelhouders waartoe de desbetreffende eiser behoort, jegens hem niet schadeplichtig is.”

Daarnaast — zo heb ik eerder betoogd(75) — is onder omstandigheden verdedigbaar dat een verweer van een gedaagde dat in een individuele procedure wegens het ontbreken van bindende kracht van de uitspraak in een collectieve actie, de onrechtmatigheid nogmaals dient te worden vastgesteld, in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Indien immers met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat het oordeel hierover niet anders zal zijn dan het oordeel in de collectieve actie, is het m.i. strijdig met de eisen van een goede procesorde om de rechter en de eiser nogmaals met dit geschilpunt lastig te vallen. Voorwaarde is dan wel dat de uitspraak in de collectieve actie in kracht van gewijsde is gegaan.

53. Rest mij nog het volgende. Ingevolge artikel 305a is het ook mogelijk om in een collectieve actie een constitutief vonnis te verkrijgen, zoals bijvoorbeeld de ontbinding van overeenkomsten gesloten door de personen voor wier belangen wordt opgekomen. Ik kom daar in het volgende onderdeel op terug. Gezag van gewijsde komt in dat geval toe aan het declaratief van het vonnis, namelijk de vaststelling dat er tekortgeschoten is. Aan de vaststelling zijn genoemde personen niet gebonden. Wel profiteren zij weer van de derdenwerking van het dictum. Het ontbindingsvonnis bouwt immers voort op de vaststelling dat er tekortgeschoten is door in het dictum de gevraagde wijzigingen in de rechtstoestand te brengen, i.c. de ontbinding van de overeenkomsten. Aan deze constitutieve werking van het vonnis kunnen de betrokkenen zich overigens ingevolge artikel 305a lid 5 verzetten. H.J. Snijders heeft in zijn noot onder het arrest Consumentenbond/Nuts(76) hierop kritiek, en meent dat de wetgever te ver is doorgeschoten door in een collectieve actie ook constitutieve vonnis-

(74) HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268.

(75) Zie mijn *dissertatie*, 331.

(76) HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369.

sen mogelijk te maken: „Hoe valt dit nu uit te leggen aan de contractspartners (...). Ik hoor het mij al beweren: of een uwer tekortgeschoten is, is tussen u niet vastgesteld, maar wel kan ik u mededelen dat de tussen u bestaande overeenkomst wegens tekortschietsing ontbonden is; of een uwer gedwaald heeft, staat tussen u niet vast, maar wel kan ik u mededelen dat de tussen u bestaande overeenkomst wegens dwaling vernietigd is. Dat kan natuurlijk niet.”

Ik zou niet weten waarom. In de eerste plaats zijn contractspartners waarschijnlijk helemaal niet geïnteresseerd in dit subtiële onderscheid. Wat hen wel zal interesseren is of een overeenkomst al dan niet ontbonden c.q. vernietigd is, doch niet of een daaraan ten grondslag liggend declaratief wel of niet voor hen bindend is. In de tweede plaats gaat deze kritiek in gelijke mate op voor — vele — veroordelende (condemnatoire) vonnissen. Neem bijvoorbeeld wederom de LSV-zaak(77). Tegen een betrokken medisch specialist kan beweerd worden: of de prijzenbeschikking jegens u onrechtmatig is, is tussen u niet vastgesteld, maar wel kan ik u mededelen dat de prijzenbeschikking wegens de onrechtmatigheid daarvan jegens u niet gehandhaafd mag worden. De kritiek van Snijders doorvoerend zou inhouden dat het in een collectieve actie nog alleen toegestaan zou mogen zijn om een verklaring voor recht te vragen.

54. Overigens kan ik mij wel goed voorstellen dat het toch in ieder geval gevoelsmatig vreemd overkomt dat een constitutief of veroordelend vonnis wordt uitgesproken waar derden door de derdenwerking daarvan de effecten ondervinden, zonder dat zij aan het vonnis gebonden zijn. Denkbaar zou in dat verband zijn geweest het gezag van gewijsde alleen uit te breiden in het geval de vordering in een collectieve actie toegewezen wordt(78). Dit brengt dan tevens mee dat de belanghebbenden daar dan ten volle van profiteren, terwijl zij niet bovengenoemde nadelen ondervinden wanneer de vordering wordt afgewezen. Daar kan men echter als bezwaar tegen inbrengen dat een collectieve actie geen proces op maat, maar een confectie-procedure is. Er vindt een zekere abstracte toetsing plaats, die het m.i. niet rechtvaardigt dat een gedaagde jegens *alle* belanghebbenden aan de uitspraak gebonden is. Het niet nogmaals mogen debatteren over een geschilpunt waarover in een vorig geding reeds is beslist, vindt zijn rechtvaardiging in het deugdelijke onderzoek waarmee een vordering is gezien. De in een collectieve actie noodzakelijke en wenselijke

(77) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360.

(78) Vgl. bijv. art. 2:16 lid 2 BW.

abstracte beoordeling van een vordering (zie hierna), voldoet daar niet aan, althans indien men dat per belanghebbende beziet.

V. Bundeling van welke vorderingen?

A. INLEIDING EN DE EIS VAN „BUNDELBAARHEID”

55. Onder de vigeur van artikel 3:305a BW kan een belangenorganisatie in principe iedere vordering instellen, voorzover het althans niet de vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld betreft (lid 3). Met name consumentenorganisaties kunnen hiervan profiteren, nu het onder de vigeur van artikel 3:305a BW verder buiten twijfel staat dat ook vorderingen uit overeenkomst als nakoming, ontbinding en vernietiging tot de mogelijkheden behoren. Hetzelfde geldt voor de daarmee samenhangende vorderingen uit onverschuldigde betaling of tot naleving van verbintenissen tot ongedaanmaking na ontbinding ex artikel 6:271 BW. Thans staat buiten twijfel dat deze vorderingen door een organisatie ingesteld kunnen worden. Het enige voorbehoud dat daarbij door de wet wordt gemaakt is dat de bij een vordering betrokken belangen zich voor bundeling lenen. In het eerste lid van artikel 305a wordt dit tot uitdrukking gebracht door de eis dat de rechtsoverdrager moet strekken tot bescherming van de *gelijkssoortige belangen* van andere personen.

56. De eis dat de bij de vordering betrokken belangen zich voor bundeling lenen is in feite een eis die de natuurlijke begrenzing aangeeft van de reikwijdte van het collectief actierecht. Bundeling van belangen is immers alleen mogelijk indien bij de beoordeling van de vordering zodanig geabstraheerd kan worden van de bijzonderheden van individuele gevallen, dat de beoordeling van de vordering per individu niet verschillend zou kunnen uitvallen⁽⁷⁹⁾. Wel is hier enige generalisatie op zijn plaats. Te verwachten valt dat zeker bij vorderingen uit overeenkomst een verweer zou kunnen zijn dat aan de eis van bundelbaarheid niet is voldaan doordat mogelijk in één of meerdere individuele gevallen zich een afwijking van het normale type kan voordoen. De rechter dient echter geen rekening te houden met

(79) Zie bijv. HR 5 oktober 1984, *NJ* 1985, 455, waarbij de Stichting Zonder Recht of Titel ten behoeve van een groep anonieme krakers de executie van een ontruimingsvonnis tracht te voorkomen. De stichting heeft geen succes omdat een dergelijke vordering telkens een individuele beoordeling vergt.

theoretisch mogelijke bijzondere individuele omstandigheden. Hier past een zekere *abstracte toetsing*. Dit blijkt ook uit een collectieve actie die tot de Hoge Raad is doorgedrongen en waarbij een vordering uit overeenkomst de inzet was.

57. In deze procedure⁽⁸⁰⁾ komt de Consumentenbond op voor een groep 65-plussers die bij Nuts Verzekeringen aanvankelijk onder de zogenaamde maatschappijpolis tegen ziektekosten verzekerd waren, maar naar aanleiding van een aan hen door Nuts toegestuurde brief zijn overgestapt naar een zogenaamde Standaardpakketpolis. Deze laatste polis biedt in tegenstelling tot de maatschappijpolis ook dekking voor de kosten van de huisarts en de door de huisarts voorgeschreven medicijnen. De zojuist genoemde brief is aan de bij Nuts op basis van de maatschappijpolis verzekerde 65-plussers verzonden om deelneming aan de Standaardpakketpolis te stimuleren. Daarin wordt toegezegd dat de premie gelijk zal blijven. Niet veel later wordt de premie echter toch met fl. 17,- per persoon per maand verhoogd. Een jaar later wordt de premie nogmaals met hetzelfde bedrag verhoogd. Nuts verdedigt deze premieverhoging met de stelling dat ten opzichte van degenen die zich voorheen wel tegen de kosten van huisartsenhulp en medicijnen hadden verzekerd een onbillijkheid in de premiestelling is ontstaan. Daarom acht Nuts het gerechtvaardigd een premiecorrectie toe te passen. De Consumentenbond vordert een verklaring voor recht omtrent de onbevoegdheid van Nuts tot verhoging van de premie en eist daarnaast dat Nuts bevolen wordt de teveel betaalde premies te restitueren. De rechtbank acht de Consumentenbond ontvankelijk en wijst deze vorderingen toe. Het Hof meent daarentegen dat de bij de vorderingen betrokken belangen niet identiek zijn omdat volgens het Hof niet iedere verzekerde erop vertrouwd had dat de premie niet verhoogd zou worden.

58. Het hiertegen ingestelde cassatiemiddel wordt door de Hoge Raad gegrond bevonden. De Hoge Raad wil niets weten van de mogelijkheid dat niet iedere verzekerde erop vertrouwd heeft dat de premie niet verhoogd zou worden. De Hoge Raad meent dat hiermee miskend wordt dat ook deze groep er belang bij kan hebben dat de premieverhoging in rechte aangevochten wordt. Ook A-G Koopmans was niet geporteerd van de door het Hof gemaakte indeling in verzekerden, en spreekt van een „intellectuele constructie die door het hof zelf is

(80) HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369.

uitgevonden". Overigens zij hierover nog wel opgemerkt dat de vraag of de bij de vordering betrokken belangen zich voor bundeling lenen mede afhankelijk is van de wijze waarop de vordering wordt ingekleed c.q. wat precies ten behoeve van wie gevorderd wordt. Het is daarom van belang om zorgvuldig de gevraagde voorziening te formuleren om een niet-ontvankelijkheid te voorkomen.

B. VERKLARING VOOR RECHT

59. Omdat het in een collectieve actie niet mogelijk is om schadevergoeding in geld te vorderen, zal zonodig moeten worden volstaan met een verklaring voor recht waarbij de onrechtmatigheid c.q. aansprakelijkheid van de gedaagde wordt vastgesteld. De praktijk laat zien dat vooral bij massaschades in een collectieve actie een verklaring voor recht wordt gevraagd. De hierboven al veelvuldig aan de orde gekomen Philips/VEB-zaak is hiervan een voorbeeld(81). Inzet van dit geding is de vraag of Philips voor wat betreft de positief gestemde informatie omtrent de gang van zaken in haar bedrijf en haar toekomstverwachtingen onrechtmatig heeft gehandeld jegens diegenen die, vertrouwend op die informatie, aandelen van Philips hebben gekocht. De Vereniging van Effectenbezitters (VEB) vordert een verklaring voor recht van ongeveer deze strekking. Wat kan in dit geval het belang zijn van een in een collectieve actie verkregen verklaring voor recht? Zoals hierboven aan de orde is gekomen kan een belanghebbende niet met een beroep op het gezag van gewijsde dat toekomt aan het declaratief een hierop berustende andere vordering instellen. In dit geval kan echter wel de precedentwerking van een in een collectieve actie verkregen uitspraak „uitkomst” bieden. De verwachting derhalve dat de rechter in een daarop volgende individuele zaak waaraan derhalve dezelfde feiten ten grondslag liggen, zich gebonden zal achten aan de rechtsoverwegingen in de uitspraak in de collectieve actie, en dus in dezelfde zin zal beslissen.

60. Ook wanneer in een collectieve actie „slechts” een verklaring voor recht wordt gevraagd, kan de vraag aan de orde komen of de belangen van de personen voor wie wordt opgekomen wel gelijksoortig zijn. Ook bij deze vordering kan in verband daarmee de inkleding c.q. formulering van de gevraagde voorziening van belang

(81) HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268.

zijn. Dit laat zich goed illustreren aan de hand van de legionella-ramp. In 1999 wordt van 19 tot 28 februari te Bovenkarspel de 66^e Westfrieze Flora gehouden. De beurs is bezocht door ongeveer 80.000 bezoekers. Na afloop van de beurs blijkt een groot aantal bezoekers geïnfecteerd door de legionella pneumophila bacterie. Tenminste 28 personen overlijden aan de gevolgen daarvan. Uit onderzoek van het RIVM blijkt dat de meest waarschijnlijke bron van infectie een door Jan Jong BV tentoongestelde whirlpool is. Het RIVM constateert dat bij deze whirlpool sprake is geweest van een hoge bacteriële concentratie, dat gedurende de Westfrieze Flora het water niet is ververst, er geen desinfectie werd toegepast en dat de whirlpool overdag continu bubbelde en bruiste en op een temperatuur van 37-39 graden Celsius werd gehouden. Voorts wordt door het RIVM niet uitgesloten dat een door Sun Shop tentoongestelde whirlpool heeft bijgedragen aan de infectie. Bij deze whirlpool werd echter een lage bacteriële concentratie gevonden en werd het water halverwege de beurs ververst en bubbelde en bruiste het apparaat alleen tijdens demonstraties. De Consumentenbond vordert in een collectieve actie bij de rechtbank Alkmaar primair, dat voor recht wordt verklaard dat gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor vergoeding van alle vorderbare schade, zowel materieel als immaterieel, die is of zal worden geleden door alle personen (en hun nabestaanden) die na een bezoek aan de Westfrieze Flora besmet zijn geraakt met de legionella-bacterie en bij wie als gevolg daarvan ziekteverschijnselen zijn ontstaan, en subsidiair, dat voor recht wordt verklaard dat ieder van gedaagden onrechtmatig heeft gehandeld, dan wel is tekortgeschoten in de nakoming van een contractuele verplichting, jegens alle personen (en eventueel hun nabestaanden) van wie na een bezoek aan de Westfrieze Flora aannemelijk is dat zij besmet zijn geraakt met de legionella-bacterie.

61. De rechtbank behandelt eerst de primaire vordering en oordeelt dat deze vordering zich niet leent voor een collectieve actie. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de Consumentenbond wel ontvankelijk is in de subsidiaire vordering, en beoordeelt vervolgens of deze vordering ten opzichte van ieder van de gedaagden ook toegewezen kan worden(82). Interessant is waarom de primaire vordering zich volgens de rechtbank niet leent voor een collectieve actie: „bij de beoordeling van de onderwerpelijke vordering moeten elementen

(82) Rb. Alkmaar 12 december 2002, *NJ* 2003, 68, *TVP* 2003, 48-51.

zoals causaliteit en relativiteit worden onderzocht die, evenzeer als vaststelling van de omvang van de schadevergoeding, een beoordeling per individueel geval vergen. Daarmee leent de vordering zoals ingesteld door de Consumentenbond zich niet voor collectieve actie.”

Hierop valt m.i. het nodige af te dingen. In deze zaak wordt door de rechtbank wel de subsidiaire vordering toegewezen en wordt voor recht verklaard dat zowel Jong als Sun Shop onrechtmatig hebben gehandeld *jegens* personen van wie vast komt te staan dat zij als gevolg van een bezoek aan de Westfriese Flora besmet zijn geraakt met de legionella-bacterie. Deze beslissing is tegenstrijdig met het oordeel dat het element van relativiteit een individuele beoordeling vergt, hetgeen uiteraard ook niet het geval is. Niet valt immers in te zien dat een eventuele normschending niet onrechtmatig is jegens iedere bezoeker die gedurende het bezoek aan de Flora met legionella besmet is geraakt. Ook valt niet in te zien waardoor het causaliteitsoordeel per bezoeker die besmet is geraakt verschillend uit zou kunnen pakken. In deze procedure had dan aan de orde moeten komen of gegeven de onrechtmatige gedraging van beide standhouders er — al dan niet met toepassing van de omkeringsregel — een verband bestaat tussen hun gedraging en de besmetting van de bezoekers met de legionella-bacterie. De beoordeling daarvan kan toch nauwelijks per besmette bezoeker verschillend uitvallen, behoudens in het onwaarschijnlijke geval dat een bezoeker elders de besmetting heeft opgelopen. Ook het causaliteitsoordeel had daarom naar mijn idee gebundeld afgedaan kunnen worden en dus in deze procedure uitgevochten en beoordeeld kunnen worden.

C. HET RECHTERLIJK BEVEL EN VERBOD

62. Het rechterlijk bevel en verbod zijn ongetwijfeld de meest gevraagde voorzieningen die in een collectieve actie gevraagd worden, veelal in kort geding. De voorwaarde van „bundelbaarheid” zal daarbij niet snel op problemen stuiten, zoals de rechtspraak ook laat zien. Indien in een collectieve actie een bevel of verbod wordt gevraagd betreft het in de meeste gevallen een veroordeling tot het verrichten van één prestatie, waarbij alle personen voor wie wordt opgekomen een gemeenschappelijk belang hebben. Men denke aan een veroordeling tot het stoppen van een illegale lozing, het plaatsen van een rectificatie of het beëindigen van een onbehoorlijke handelspraktijk. De rechtsverhouding tussen de gedaagde en de groep van personen voor wie wordt opgekomen is daarbij niet te ontleden in

evenzovele rechtsverhoudingen als het aantal personen waaruit de groep bestaat, zodat een verschil in de beoordeling van de vordering niet goed mogelijk is. Is bijvoorbeeld een handelspraktijk onbehoorlijk, dan is zij dat ten aanzien van een ieder die daarvan het slachtoffer kan worden. Hetzelfde geldt voor vele andere onrechtmatige handelingen waardoor meerdere personen gedupeerd kunnen worden, zoals bijvoorbeeld discriminatie, misleidende reclame, milieuvervuiling, beunhazerij et cetera.

63. Bij een bevel of verbod waarbij de gedaagde niet verplicht is één prestatie te verrichten, maar evenzovele prestaties als er belanghebbenden zijn, kan de vraag naar de voorwaarde van „bundelbaarheid” van de bij de vordering betrokken belangen wel gesteld worden. Dit zou mee kunnen brengen dat de beoordeling van de vordering per individu verschillend zou kunnen uitvallen. Omdat echter hetzelfde onrechtmatige handelen aan de vordering ten grondslag ligt, zal dit zelden het geval zijn. Denk aan een situatie waarbij de Staat verplicht wordt in verband met geluidsoverlast de huizen in de omgeving van een vliegveld te isoleren. Overtreft binnen een bepaalde straal de overlast de toegestane normen, dan is binnen die straal het niet isoleren van de huizen jegens een ieder die daar woont onrechtmatig en dus niet afhankelijk van individuele omstandigheden. De inkleding van de vordering is hierbij uiteraard wel weer van belang.

64. Aparte aandacht verdient nog de vermelding in artikel 305a lid 3 van de „veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak”. Aanvankelijk werd deze veroordeling niet vermeld, maar is later ingevoegd bij de Wet van 25 april 2000 (Stb. 178) ter implementatie van richtlijn nr. 98/27/EG. Deze vermelding is waarschijnlijk overbodig, omdat een rectificatie of publicatie van de uitspraak doorgaans gebaseerd kan worden op artikel 3:296 en/of op de artikelen 6:162 jo 103 BW, en ook een belangenorganisatie — indien aan de daarvoor gestelde vereisten is voldaan — ingevolge artikel 305a een dergelijke veroordeling kan vorderen. Dat desalniettemin deze vermelding is opgenomen is gedaan om buiten twijfel te stellen dat genoemde richtlijn volledig is geïmplementeerd en om mogelijke inbreukacties te voorkomen⁽⁸³⁾.

(83) Althans, zo valt tussen de regels te lezen in de toelichting op deze toevoeging. Zie Kamerstukken II 1999/2000, 26 693, nr. 6, p. 2.

D. DE VORDERING TOT NAKOMING VAN VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST

65. In de huidige maatschappij zijn grote groepen identieke overeenkomsten een normaal verschijnsel. Dit als gevolg van de sterk toegenomen standaardisering van het contractenrecht door met name algemene voorwaarden en ook op grond van dwingende wetsbepalingen(84). Hierdoor kan een grote groep contractanten identieke, parallel lopende belangen hebben wanneer hun wederpartij tekortschiet in de nakoming van de met hen gesloten overeenkomsten. Indien nakoming dan nog wel mogelijk is, ligt een collectieve vordering tot nakoming meer voor de hand dan een collectieve vordering tot ontbinding. Een overeenkomst is immers in de eerste plaats gericht op uitvoering. Dat is ook datgene waar — althans in eerste instantie — een schuldeiser het meest belang bij heeft. Bij een tussen deze twee vorderingen te maken keuze dient ook rekening te worden gehouden met het feit dat een schuldeiser bij ontbinding op initiatief van een ander hem ongevraagd een prestatie wordt afgenomen. Van belang bij een te maken keuze is echter ook dat een ontbinding op eenvoudige wijze — te weten door een schriftelijke verklaring — door de schuldeiser zelf te bewerkstelligen is. Zolang een schuldeiser van dit toch eenvoudige middel geen gebruik heeft gemaakt, hecht hij kennelijk nog belang aan nakoming. Een organisatie die ondanks dit alles in een collectieve actie toch ontbinding vordert, maakt zich mogelijk „schuldig” aan misbruik van procesbevoegdheid (artt. 3:13 jo 15 BW).

66. Omdat een in een collectieve actie te dagvaarden contractant in een dergelijk geval evenzovele prestaties dient te verrichten als er schuldeisers zijn, dient ook bij nakoming de vraag naar de „bundelbaarheid” van de bij deze vordering betrokken belangen onder ogen te worden gezien. De tekortkoming die bestaat uit een niet presteren, of een niet tijdig of niet behoorlijk presteren door de schuldenaar, zal daarom ten opzichte van de schuldeiser waarvoor wordt opgekomen op een gelijke wijze dienen plaats te vinden. In dat geval is het immers mogelijk dat bij de beoordeling van de tekortkoming zodanig geab-

(84) Zie ook J.B.M. VRANKEN, „De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting” in *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer, 1988, 245: „Goederen en diensten worden vaak en masse aangeboden en verhandeld. Massaliteit brengt standaardisatie mee. Voor individuele afwijking is veelal geen ruimte, tenzij in de keuze van een ander gestandaardiseerd produkt.”

straheerd kan worden van de bijzonderheden van individuele gevallen, dat deze beoordeling per schuldeiser niet verschillend kan uitvallen.

E. ONTBINDING VAN WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN

67. Zojuist heb ik al aangegeven dat naar mijn mening voor een collectieve vordering tot ontbinding weinig ruimte is. Is immers in geval van een tekortkoming nakoming nog mogelijk, dan zal in de eerste plaats een collectieve vordering tot nakoming om eerder genoemde redenen de aangewezen weg zijn. Een collectieve vordering tot ontbinding lijkt dan ook alleen op zijn plaats indien nakoming blijvend onmogelijk is. Voor meerdere schuldeisers jegens wie op een gelijke wijze tekort is geschoten, kan dan de behoefte aan rechtsbescherming door middel van een collectieve actie aanwezig zijn. Deze behoefte is vooral aanwezig indien jegens een schuldeiser ook een veroordeling tot ongedaanmaking van reeds verrichtte prestaties gevorderd kan worden.

68. Een mogelijk interessante toepassing van een collectieve vordering tot ontbinding is de collectieve vordering tot prijsvermindering door een gedeeltelijke ontbinding. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de gevallen waarin de prestatie van mindere kwaliteit is dan was overeengekomen. Door een gedeeltelijke ontbinding kan dan de prijs verminderd worden met een bedrag evenredig met de mindere waarde van de prestatie. Een dergelijke toepassing was naar oud recht niet mogelijk⁽⁸⁵⁾, maar is thans door de wetgever nadrukkelijk erkend⁽⁸⁶⁾. De toepassing van deze figuur in een collectieve actie biedt voornamelijk perspectief in het geval nakoming in de zin van het verrichten van een prestatie van de juiste kwaliteit niet meer mogelijk is. In vergelijking met een gehele ontbinding heeft het bovendien als voordeel dat de schuldeisers niet ongevraagd de prestatie wordt afgenomen, immers mogelijk is dat zij de geleverde prestatie — al is deze inferieur — willen behouden. Met name consumentenorganisaties kunnen naar verwachting gebruik maken van een collectieve vordering tot prijsvermindering. Men denke bijvoorbeeld aan de volgende situatie. Aan de kopers van een auto van een bepaald type wordt gegarandeerd dat deze vijf jaar vrij van roest zal zijn. Na één jaar vertonen deze auto's al de eerste verschijnselen van roest. Algehele

(85) HR 6 januari 1967, *NJ* 1967, 59.

(86) Parl. Gesch. Boek 6, 1018.

ontbinding ligt hier niet voor de hand, immers de meeste kopers zullen waarschijnlijk ondanks dit gebrek de auto willen behouden. Nakoming in de vorm van vervanging heeft weinig zin omdat een andere auto van hetzelfde type ook spoedig roestvorming zal vertonen. Een prijsreductie door middel van een gedeeltelijke ontbinding op initiatief van een organisatie biedt hier mogelijk soelaas.

F. Vernietiging van rechtshandelingen en onredelijk bezwarende bedingen

69. De belangrijkste gronden voor de vernietiging van rechtshandelingen die zich mogelijk voor een collectieve vernietiging lenen zijn de wilsgebreken. Ook rechtshandelingen in strijd met dwingende wetsbepalingen die de strekking hebben één van de partijen bij een overeenkomst te beschermen (art. 3:40 lid 2 BW) kunnen zich voor een collectieve vernietiging lenen⁽⁸⁷⁾. Het voert te ver om bij al deze vernietigingsgronden aan te geven onder welke omstandigheden de bij deze vordering betrokken belangen zich voor bundeling lenen. Ook hierbij is weer van belang of bij de beoordeling van de vernietigingsgrond geabstraheerd kan worden van de bijzonderheden van individuele gevallen, en wel zodanig dat deze beoordeling niet per individu verschillend uit zou kunnen vallen. Om die reden zal in veel gevallen een collectieve vernietiging van meerdere identieke overeenkomsten wegens dwaling moeten stranden, omdat de vraag in hoeverre bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomsten niet zouden zijn gesloten in het algemeen slechts individueel beantwoord kan worden (vgl. art. 6:228 BW). De partij die zich op dwaling beroept zal immers aannemelijk moeten maken dat bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten.

70. Naast de reeds bestaande figuur van het verbod tot (toekomstig) gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden in de artikelen 6:240-241 BW, is het met de inwerkingtreding van artikel 3:305a BW in principe ook mogelijk de collectieve vernietiging te vragen van onredelijk bezwarende bedingen die reeds in overeenkomsten zijn opgenomen. Dat de vernietiging van deze bedingen zich in veel gevallen voor een collectieve actie leent, behoeft

(87) Zie het hierna te bespreken Hof Leeuwarden 22 oktober 1997, *NJ* 1998, 251 (Vereniging tegen Piramidespelen).

nauwelijks betoog. Algemene voorwaarden zijn immers schriftelijke bedingen die zijn opgenomen ten einde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen (art. 6:231 onder a). Toch is hiermee niet gezegd dat een beding onredelijk bezwarend kan zijn voor ieder van de wederpartijen van de gebruiker van algemene voorwaarden. Artikel 6:233 onder a BW somt immers een aantal soms slechts individueel in te vullen omstandigheden op waaronder een beding als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. Desondanks kan in veel gevallen wél een eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag of een in algemene voorwaarden opgenomen beding onredelijk bezwarend is. Het meest duidelijk is deze vraag te beantwoorden ten aanzien van de bedingen die in de zwarte lijst zijn opgenomen (art. 6:236 BW). Deze worden immers zonder meer als onredelijk bezwarend aangemerkt. Voorzover deze bedingen reeds in overeenkomsten zijn opgenomen, lenen deze zich ook zonder meer voor een collectieve vernietiging. De mogelijkheid om in een collectieve actie de vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen te vorderen kan een belangrijke aanvulling zijn op de artikelen 6:240-241 BW. Met het hierin geregelde collectieve actierecht is het als gezegd alleen mogelijk een verbod tot toekomstig gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden te vorderen. Het verbod heeft echter geen directe invloed op de bedingen die reeds in overeenkomsten zijn opgenomen. Een belangenorganisatie kan in Nederland nu nadat zij met succes een verbod tot verder gebruik van een beding heeft gevorderd, met een beroep op artikel 305a BW mogelijk ook de vernietiging daarvan in reeds gesloten (en al dan niet afgewikkelde) overeenkomsten trachten te bewerkstelligen.

G. GEEN SCHADEVERGOEDING IN GELD, DOCH WEL ANDERE VORDERINGEN TE VOLDOEN IN GELD

71. In artikel 305a lid 3 wordt het voor belangenorganisaties uitgesloten om voor anderen schadevergoeding in geld te vorderen. Hiervoor is volgens de toelichting gekozen omdat het openstellen van deze bevoegdheid een veelheid van juridisch-technische complicaties met zich mee zou brengen. De belanghebbenden zullen immers doorgaans met de nodige gegevens moeten komen om de procedure te kunnen voltooien, zoals bijvoorbeeld terzake van de omvang van hun schade. Dit vereist nadere procedurele voorzieningen om belanghebbenden op te roepen en de mogelijkheid te geven zelf de nodige gegevens te verstrekken. Een dergelijke voorziening is echter niet getroffen, het-

geen ertoe geleid heeft dat de vordering tot schadevergoeding is uitgesloten. Uiteraard zijn er ook politieke motieven geweest die tot deze keuze hebben geleid. Uitgesloten was indertijd dat de Tweede Kamer zou hebben ingestemd met deze mogelijkheid.

72. De zojuist genoemde complicaties worden overigens niet altijd verwacht bij — de wel mogelijke — andere vorderingen tot betaling van een geldsom, zoals bijvoorbeeld loonvorderingen, de vordering tot nakoming van een verbintenis wegens onverschuldigde betaling of wegens een verplichting tot ongedaanmaking na ontbinding ex artikel 6:271 BW. Er wordt op gewezen dat er in deze gevallen doorgaans een contractuele band bestaat tussen de belanghebbenden en de gedaagde, en dat uit de boeken van deze laatste doorgaans de noodzakelijke gegevens te kennen zijn, zoals de vraag wie recht heeft op betaling van welk bedrag. Een fraai voorbeeld van een collectieve actie waarin ten behoeve van werknemers een loonvordering werd ingesteld is te vinden in een procedure tussen de Vereniging van Assistent-Geneskundigen van het Ziekenhuis Leyenburg en de gemeente Den Haag(88). In deze procedure stond centraal de weigering van de gemeente om aan de in het ziekenhuis Leyenburg werkzame assistent-geneeskundigen een overwerkvergoeding te betalen. Onenigheid bestond over de vraag of moest worden uitgegaan van een werkweek van 48, dan wel van 38 uur. De rechter ging van het laatste uit en veroordeelde de gemeente op basis daarvan een overwerkvergoeding te betalen.

73. Zie voorts de procedure tussen de Vervoersbond FNV en Transportbedrijf Kuypers, waarbij deze laatste veroordeeld werd om aan zijn werknemers ingevolge een toepasselijke CAO een persoonlijke toeslag te betalen(89). Het opmerkelijke in deze zaak is dat de Vervoersbond FNV geen partij was bij deze CAO, maar op grond van artikel 305a met succes deze vordering heeft ingesteld. Voorts is vermeldenswaardig dat Kuypers ook werd veroordeeld tot betaling van de wettelijke verhoging van artikel 7A:1638q (oud) BW, omdat deze volgens de Hoge Raad niet is bedoeld als een vorm van schadevergoeding, maar als een prikkel tot tijdige betaling. Zelfs werd Kuypers veroordeeld tot betaling van wettelijke rente, omdat het hier „slechts gaat om een gefixeerde vergoeding ter zake van vertraging in de nakoming van een geldschuld, (en) moet worden aangenomen dat

(88) Die leidde tot HR 30 november 1990, *RvdW* 1990, 218.

(89) HR 27 maart 1998, *NJ* 1998, 709.

de beperking van artikel 305a lid 3 niet geldt voor de wettelijke rente over geldbedragen die zelf niet strekken tot schadevergoeding”. Ten slotte verdient vermelding de procedure tussen de Vereniging tegen Piramidespelen en No Limits BV, waarbij overeenkomsten tot deelname aan een piramidespel nietig werden bevonden wegens strijd met de Colportagewet, en de inleg van de deelnemers (telkens fl. 5000,-) op vordering van de eisende vereniging wegens onverschuldigde betaling terug moest worden betaald(90).

74. In de literatuur wordt overigens in verband met het bepaalde in artikel 305a lid 3 nog wel eens de suggestie gewekt dat een bepaalde vordering tot voldoening van een geldsom niet mogelijk is, maar m.i. staat deze bepaling daaraan niet in de weg. Daarbij is het dan van belang om de vordering niet in te kleden als een vordering tot schadevergoeding, maar als een andersoortige vordering. Enkele voorbeelden. Du Perron bespreekt in zijn preadvies van 2003 voor de Nederlandse Juristen-Vereniging de ergernis die hem overkwam toen zijn telefoon onklaar raakte en de KPN weigerde de lijn nog voor het weekeinde te herstellen. Hij stelt dat de optelsom van alle ergernissen in een serieuze schadepost kan resulteren, maar daar — zo begrijp ik hem — in verband met het bepaalde in artikel 305a lid 3 weinig aan te doen is(91). De KPN zou daarom geen prikkel krijgen zich behoorlijk te gedragen. Hier zou evenwel ingevolge artikel 305a wel een vordering tot gedeeltelijke ontbinding van de abonnementen met de gedupeerde abonnees ingesteld kunnen worden, met terugbetaling ex artikel 6:271 BW van de dan teveel betaalde abonneekosten.

75. Zie voorts het interimrapport „Fundamentele herbezinning Nederland burgerlijk procesrecht”, waarin in hoofdstuk 9, dat handelt over schaalvergroting in het procesrecht, voorbeelden worden genoemd van zogenaamde „strooischade”, waarvoor artikel 305a geen soelaas biedt(92). „Strooischade” wordt (op p. 175) omschreven als schade die qua omvang zo minimaal is dat het voor benadeelden afzonderlijk niet de moeite en kosten rechtvaardigt om deze in rechte af te dwingen, derhalve vorderingen die vallen binnen de hierboven omschreven categorie *individually non-recoverable claims*. Als voor-

(90) Hof Leeuwarden 22 oktober 1997, *NJ* 1998, 251.

(91) „Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht”, *Handelingen NJV* 2003, nr. 21 en 4.

(92) I.N. TZANKOVA, in *Fundamentele herbezinning*, 175 en 180.

beelden worden (o.m.) genoemd een foutieve afronding met een paar cent van de benzineprijzen door pomphouders aangesloten bij dezelfde distributieketen en een foutieve kostenberekening door internet- en telefoonproviders. In beide gevallen zou n.m.m. het teveel betaalde als onverschuldigd betaald ingevolge artikel 305a teruggevorderd kunnen worden⁽⁹³⁾, waarbij in het eerste voorbeeld zich wel het probleem voordoet dat de individuele gedupeerden onbekend zijn. Wellicht zou in dat geval een belangenorganisatie kunnen vorderen dat de „schade” van de gedupeerden ingevolge artikel 6:103 BW in natura wordt voldaan, en wel door gedurende zekere tijd de benzineprijs met een paar cent naar beneden af te ronden, zodat het toch grosso modo de onbekende gedupeerden zijn die daarvan profiteren. Daarbij zij overigens opgemerkt dat vooral bij strooischade een andere meer feitelijke belemmering gelegen kan liggen in de vraag of de totale schade mogelijk wel de kosten en moeite van een collectieve actie rechtvaardigt, en of daarnaast, juist vanwege het geringe belang, de gedupeerden wel de moeite nemen om over hun schade bij bijvoorbeeld de Consumentenbond te klagen. Dit kan in bepaalde gevallen het verhaal van strooischade in de weg staan.

VI. Afwikkeling van massaschade

A. INLEIDING

76. Een en ander laat onverlet dat het los daarvan niet altijd mogelijk is om een vordering tot schadevergoeding in te kleden als een ander-soortige vordering, en dat het in dat geval dan ook niet altijd goed mogelijk is om massaschades op een bevredigende wijze af te wikkelen. Ik onderschrijf dan ook de stelling in het zojuist genoemde rapport dat „een eigentijds stelsel van procesrecht in een adequate regeling dient te voorzien voor de afwikkeling van conflicten, waarin het massale element een prominente rol speelt, en een sluitstuk van de alternatieven is”⁽⁹⁴⁾. Al eerder heb ik ook aangegeven dat het Nederlandse (proces)recht niet op adequate wijze een oplossing biedt om de nodige logistieke problemen die hierbij denkbaar zijn aan te kunnen, hetgeen noopt tot nadere regelgeving om in de toekomst allerlei

(93) Zie ook de hierboven beschreven Nuts-zaak (HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 369), waaruit blijkt dat art. 305a bij „strooischade” wel degelijk soelaas kan bieden.

(94) *Fundamentele herbezinning*, 174.

vormen van massaschade te kunnen afwikkelen(95). Wat dat betreft lijkt eenieder die dat onderschrijft op zijn wenken bediend te worden, omdat er waarschijnlijk binnenkort bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel zal worden ingediend dat het mogelijk moet maken om de bundeling c.q. afdoening van (identieke) schadevergoedingsvorderingen te vergemakkelijken(96). Dit wetsvoorstel zal ik in dit onderdeel bespreken. Tevens zal ik daaraan voorafgaande kort bespreken welke mogelijkheden het huidige recht reeds biedt om massaschades af te wikkelen. Behandeld zullen worden de volmacht en/of lastgeving en de mogelijkheid van een collectieve schikking, waarmee ook de meerwaarde van genoemd wetsvoorstel geadstrueerd kan worden.

B. VOLMACHT EN/OF LASTGEVING(97)

77. Onder II is al aan de orde gekomen de bundeling van vorderingen in één procedure krachtens volmacht en/of lastgeving, waarbij sprake is van subjectieve cumulatie. Hier zal ik kort de volmacht en lastgeving in ruimere zin bespreken als methoden om gelijksoortige vorderingen daarnaast ook buiten rechte af te wikkelen, waarbij ik mij dan weer beperk tot de afwikkeling van massaschades. Men kan hierbij denken aan een volmacht of lastgeving tot het innen van schadevergoeding, of aan een volmacht of lastgeving tot het instellen van een rechtsvordering tot verkrijging van schadevergoeding. Het meest geschikt lijkt dan de volmacht tot het innen van schadevergoeding. Een dergelijke volmacht „ter incasso” heeft een ruimere strekking dan die tot procederen. Zij geeft immers de bevoegdheid om eerst buiten rechte de laedens aan te spreken, met hem te onderhandelen, en zo nodig aan te manen, maar ook de bevoegdheid tot het instellen van een procedure en tot het ten uitvoer leggen van het vonnis, en dit alles in naam van de gedupeerden. De last tot het innen van schadevergoeding heeft als nadeel dat waar dat noodzakelijk is voor een succesvolle inning, de lasthebber tot deze handelingen verplicht is, hetgeen niet onder alle omstandigheden wenselijk is.

(95) Zie mijn *dissertatie*, 193, alsook E. BAUW, „Tussen traditie en efficiëntie/Naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade”, *NJB* 1995, 622-630.

(96) Zoals ik eerder heb opgemerkt sluit ik niet uit dat op het moment van de vergadering te Brugge het wetsvoorstel reeds bij de Tweede Kamer is ingediend.

(97) Dit onderdeel is grotendeels gebaseerd op de bijdrage die ik samen met E. Bauw schreef voor de bundel *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen, 2002, 79-94.

78. De volmacht tot het innen van schadevergoeding biedt onder omstandigheden goede mogelijkheden om ten behoeve van gedupeerden van een identieke gebeurtenis of een reeks van identieke gebeurtenissen schadevergoeding te vorderen. De gedupeerden dienen dan uiteraard wel die volmacht te verlenen; de gevolmachtigde kan alleen opkomen voor de benadeelden die dat hebben gedaan. Dit heeft als voordeel dat alleen wordt opgekomen voor die benadeelden die daar prijs op stellen. Het verkrijgen van volmachten zal bij gevallen als de Bijlmer, Volendam, Enschede en de Westfriese Flora doorgaans geen problemen opleveren. Deze worden omgeven met veel aandacht in de media. Voor de gevolmachtigde is bij deze gevallen waarin goed is vast te stellen wie tot de groep van benadeelden behoren, de doelgroep ook vrij eenvoudig benaderbaar. Indien de groep van gedupeerden evenwel zeer omvangrijk is, kan het verwerven van volmachten tot logistieke problemen leiden. De denkbeeldige mogelijkheid om dan in een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen zou dan zeker voordelen bieden. Toestemming is daarvoor immers niet vereist. Daarbij moet wel worden aangetekend dat deze voordelen ten dele wegvallen indien het na beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag noodzakelijk is om te bepalen wie de gedupeerden zijn en om te bepalen wat ieders omvang van de schade is. Ook dan kunnen alsnog logistieke problemen ontstaan.

79. Een aantal factoren staat mogelijk toch een efficiënte afwikkeling van massaschade op deze wijze in de weg. Omdat alleen kan worden opgekomen voor de belangen van die benadeelden die een volmacht hebben verstrekt, heeft dit als nadeel dat deze wijze van afwikkeling niet echt geschikt is voor de zogenaamde *mass exposure accidents*. Dit is een massaschade die het gevolg is van een reeks identieke gebeurtenissen, waarbij de schade vaak over een langere periode en bij een geografisch verspreide (grotere) groep slachtoffers ontstaat, zoals bij schade die het gevolg is van blootstelling aan asbest of het gebruik van het Des hormoon. Het is dan vaak onmogelijk om ieder der benadeelden te bereiken, waardoor wellicht slechts voor een gering aantal benadeelden de schade kan worden afgewikkeld. Dit ligt doorgaans eenvoudiger bij de zogenaamde *mass disaster accidents*, waaronder een eenmalige gebeurtenis verstaan wordt waardoor in één keer veel personen tegelijk schade lijden, zoals de zojuist genoemde gebeurtenissen in de Bijlmer, Enschede en Volendam. Zoals gezegd is bij dergelijke gebeurtenissen vaak eenvoudiger vast te stellen wie tot de groep van benadeelden behoren, waardoor zij eenvoudiger benaderbaar zijn. Wel geldt ook hier dat alleen opgekomen kan worden voor

die gedupeerden die daarvoor toestemming hebben verleend, waardoor een eenieder omvattende afwikkeling van de schade niet gegarandeerd is.

80. Een collectieve afwikkeling krachtens volmacht wordt bij de hierboven aangeduide *mass exposure accidents* verder nog bemoeilijkt doordat daarbij vragen een rol spelen die een meer individuele benadering eisen, zoals bijvoorbeeld het eigen gedrag van het slachtoffer (is de longkanker het gevolg van blootstelling aan asbest of ook van roken). Voorts kunnen deze zaken nog gecompliceerd worden indien er meerdere veroorzakers zijn of indien de opgetreden schade ook een andere oorzaak kan hebben. Bij de hierboven aangeduide *mass disaster accidents* spelen deze problemen in mindere mate, omdat vrijwel alle rechtsvragen per definitie identiek zijn, behoudens de vraag naar de omvang van ieders individuele schade.

C. COLLECTIEVE SCHIKKING

81. Daarnaast zou een massaschade op de volgende wijze kunnen worden afgewikkeld. Denkbaar is dat bijvoorbeeld een organisatie die de belangen van benadeelden behartigt met de veroorzaker(s) van een massaschade in onderhandeling treedt ten einde een schikking te treffen ten behoeve van de gehele groep van benadeelden(98). Het voordeel van een dergelijke schikking boven een afwikkeling krachtens volmacht of lastgeving is in de eerste plaats dat deze in een meer harmonieuze sfeer kan plaatsvinden, waarbij over een weer gemakkelijker bepaalde stellingen en verweren zullen worden prijsgegeven. Voorts is een voordeel dat het initiatief daartoe ook van de veroorzaker(s) van de schade kan uitgaan. Verder biedt deze mogelijkheid het belangrijke voordeel dat in de schikking aan de hand van daarin opgenomen maatstaven een indeling kan worden gemaakt in verschillende schadegroepen („*damage scheduling*”). Aan de hand van deze maatstaven kan een benadeelde worden ingedeeld in een van deze groepen, waarmee een daarmee corresponderende vergoeding kan worden ontvangen. De benadeelde kan dan volstaan met aan te tonen tot welke groep hij behoort, waarmee allerlei in een civiele procedure te beantwoorden individuele rechtsvragen grotendeels buiten beschouwing kunnen blijven.

(98) Eerder heb ik deze mogelijkheid uitgewerkt in mijn artikel, „De afwikkeling van massaschade”, *NTBR* 1993, 89-94 en in de in de vorige noot genoemde bijdrage die ik met E. Bauw schreef.

82. Een schikking als deze zal doorgaans te duiden zijn als een vaststellingsovereenkomst met derdenbeding, waarbij een benadeelde door aanvaarding daarvan een beroep kan doen op deze overeenkomst. Een collectieve afwikkeling langs deze weg heeft een aantal belangrijke voordelen. Benadeelden kunnen, zonder zich een jarenlange juridische procedure te hoeven getroosten, binnen korte tijd een aanvaardbaar schadebedrag krijgen. Als maatschappelijk voordeel kan worden genoemd: het voorkomen van de kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van een groot aantal civiele procedures.

83. Een dergelijke schikking is als gezegd niet bindend ten opzichte van de gehele groep van benadeelden. Zij kunnen daaraan wel rechten ontnemen en gebruik maken van de in de overeenkomst ten behoeve van hen gemaakte afspraken, maar zij zijn daartoe niet gehouden. Indien zij niet genoeg wensen te nemen met het schadebedrag dat is overeengekomen, kunnen zij er evenzeer voor kiezen om zich met hun vordering tot de rechter te wenden. Bovendien kan het vooral bij *mass exposure accidents* ondoenlijk zijn om ieder der benadeelden te bereiken ten einde hen van het bestaan van de overeenkomst — en de mogelijkheid daartoe toe te treden — op de hoogte te brengen. Door dit alles is een ieder omvattende afwikkeling niet gegarandeerd met mede als gevolg dat de schikking voor de aansprakelijke partijen niet de door hen gewenste zekerheid ten aanzien van de financiële risico's biedt. Dit kan weer een belangrijk obstakel zijn voor de totstandkoming van een dergelijke schikking.

D. HET WETSVORSTEL COLLECTIEVE AFWIKKELING MASSASCHADE

1. Inleiding, achtergrond en belang

84. De in het vorige nummer geconstateerde bezwaren van een collectieve schikking ontleen ik woordelijk⁽⁹⁹⁾ aan de toelichting bij het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade⁽¹⁰⁰⁾ (hierna: het wetsvoorstel). Dit wetsvoorstel is op 20 juni 2003 door de

(99) Overigens, meer van wat ik hieronder schrijf ontleen ik soms woordelijk aan deze toelichting. Ik maak mij daarbij weliswaar schuldig aan plagiaat, maar omdat de toelichting van mijn hand is, wel aan de mildste vorm daarvan, te weten autoplagiaat.

(100) Voluit: Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken.

ministerraad aanvaard, en ligt op het moment dat ik dit schrijf — augustus 2003 — ter advisering bij de Raad van State. Aan genoemde bezwaren beoogt dit wetsvoorstel tegemoet te komen door de mogelijkheid te creëren om een overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling bindend te laten verklaren voor de gehele groep van benadeelden. Het voorstel beoogt een dergelijke mogelijkheid te openen door tussenkomst van de rechter. De directe aanleiding voor het opstellen van het voorstel is geweest het verzoek van het „Des-schadefonds” om de mogelijkheid te bezien van verbindendverklaring van een overeenkomst als zojuist bedoeld over de afwikkeling van de schade veroorzaakt door gebruik van het Des-hormoon. Het Des-schadefonds is opgericht na jarenlange onderhandelingen tussen het Des-centrum — een organisatie die de belangen van de Des-dochters behartigt — en de farmaceutische bedrijven die het middel Des op de markt hebben gebracht, alsmede de verzekeraars van die bedrijven. De uitkomst van deze onderhandelingen is dat de farmaceutische industrie en de verzekeraars een bedrag van 35 miljoen euro in dit fonds zullen storten, en dat de Des-dochters overeenkomstig de genoemde overeenkomst vanuit dit fonds schadevergoeding ontvangen. Daarbij zij aangetekend dat de gesloten overeenkomst in belangrijke mate staat of valt met een daadwerkelijke collectieve afwikkeling, en het Des-schadefonds met voortbestaan wordt bedreigd indien er vele Des-dochters zouden besluiten om toch individueel naar de rechter te stappen.

85. Vandaar dat verzocht is om de mogelijkheid te bezien om de zojuist genoemde overeenkomst verbindend te verklaren. De voormalige ministers van Justitie en VWS hebben toegezegd om met een wettelijke regeling op dit punt te komen. Nadrukkelijk is met het wetsvoorstel niet gekozen voor gelegenheidswetgeving, maar voor een algemeen wettelijk kader waarbinnen ook andere overeenkomsten die aan de daarvoor gestelde voorwaarden voldoen verbindend kunnen worden verklaard. De verwachting is dat ook bij andere calamiteiten en rampen — zoals in het verleden Volendam, Enschede, de Bijlmer-ramp en de legionella-besmetting — een dergelijke afwikkeling van schade in een behoefte kan voorzien. Een collectieve afwikkeling langs deze weg heeft voor alle bij een geval van massaschade betrokken partijen belangrijke voordelen. Voor de betrokken bedrijven en hun verzekeraars biedt zij het voordeel dat zij niet betrokken worden in een veelheid van procedures, waardoor de kosten van verdediging hoog op kunnen lopen. Bovendien biedt zij het voordeel dat zij door een dergelijke overeenkomst in belangrijke mate zeker-

heid verkrijgen over de financiële verplichtingen die zij hebben tegenover benadeelden, hetgeen de bereidheid om een schikking te treffen alleen maar kan bevorderen. Voor benadeelden heeft zij het voordeel dat zij, zonder zich de moeite van een jarenlange juridische procedure te hoeven getroosten, binnen korte tijd een reëel schadebedrag krijgen. Een procedure kan voor hen een zware emotionele belasting zijn, waarbij ook nog de kosten en de kans op succes onzeker zijn. Als maatschappelijk voordeel kan worden genoemd het voorkomen van de kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van een groot aantal civiele procedures, waarbij toch telkens identieke vragen beantwoord moeten worden. Voorts zou als voordeel genoemd kunnen worden dat indien het op deze wijze mogelijk is om op een bevredigende wijze ervoor te zorgen dat slachtoffers na een calamiteit schadeloos worden gesteld, er op de overheid minder druk zal worden uitgeoefend om deze slachtoffers (onverplicht) in financiële zin tegevoet te komen.

2. *Een volwaardige aanvulling op de beperking van artikel 305a lid 3 BW?*

86. Het wetsvoorstel zou in zekere zin kunnen worden gezien als een aanvulling op de beperking van artikel 3:305a BW, namelijk dat het niet mogelijk is om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen. Het wetsvoorstel wijkt echter op een fundamenteel punt af van een wel denkbeeldige mogelijkheid daartoe. Zou dit namelijk wel mogelijk zijn, dan zou een belangenorganisatie een collectieve schadeafwikkeling in rechte kunnen afdwingen. Het wetsvoorstel gaat echter uit van een verzoek van *beide* bij een collectieve schadeafwikkeling betrokken partijen, derhalve mede op verzoek van de „aansprakelijke” partij(en)(101). Dus alleen in het geval partijen al overeenstemming hebben bereikt over de wijze van schadeafwikkeling en zij zich gezamenlijk tot de rechter wenden, kan een dergelijke schikking door de rechter verbindend worden verklaard. Een oplossing die typisch past binnen het Nederlandse poldermodel. Een eventuele mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen als stok achter de deur om tot een vergelijk te komen,

(101) Critici van de Amerikaanse „damages” *class action* wijzen overigens op het gevaar van een *blackmail settlement*.

ontbreekt derhalve(102). Een dergelijke mogelijkheid is naar mijn inschatting in het huidige politieke klimaat met grote aandacht voor de claimcultuur, vrijwel zeker niet haalbaar. In ieder geval lijkt hiervan aan ministeriële zijde vooralsnog geen sprake, gelet op de brief van de minister van Justitie over de claimcultuur(103). In die brief wordt onder meer aangegeven dat de invoering van de mogelijkheid van een *class action* niet past in de beheersing van de ontwikkeling van de claimcultuur in ons land. Los daarvan kan men zich afvragen of gezien de ervaringen in vooral Amerika de mogelijkheid die dit wetsvoorstel biedt om vooral praktische redenen ook de voorkeur verdient.

87. Een denkbeeldige mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen, toont namelijk verwantschap met een dergelijke mogelijkheid in een „damages” *class action*. Een dergelijke *class action* biedt een benadeelde de mogelijkheid de rechter te adiëren om ten behoeve van een groep benadeelden (de *class*) schadevergoeding te vorderen, mits althans hun belangen gelijksoortig zijn(104). Het meest bekend is de Amerikaanse *class action* (Rule 23 van de *Federal Rules of Civil Procedure*). Het opvallende daarbij is dat de overgrote meerderheid van de „mass tort class actions” niet tot een einduitspraak komt, maar — zoals overigens vaak in Amerikaanse procedures — eindigt met een schikking. Indien de rechter een hem voorgelegde schikking goedkeurt, is deze voor de leden van de *class* bindend, behoudens voor de leden die zich hebben uitgesloten („opt out”). Het uitprocederen van een *mass tort class action* is vaak ook weinig aantrekkelijk. Weliswaar zijn daarbij allerlei (rechts)vragen gemeenschappelijk, maar vaak zijn vele vragen slechts individueel te beantwoorden, zoals bijvoorbeeld vragen naar causaliteit, eigen schuld, omvang van de schade etc. Daardoor dreigt een dergelijke procedure *unmanageable* te worden(105). Het voordeel van een schikking is nu dat daarin vaak voorzien is in een afwikkeling aan de hand van schadecategorieën („damage scheduling”).

(102) Wel denkbaar is dat eerst in een collectieve actie een verklaring voor recht wordt gevorderd betreffende de onrechtmatigheid c.q. aansprakelijkheid van de veroorzaker(s), waarbij een dergelijke vaststelling mogelijk als stok achter de deur kan fungeren om een overeenkomst in de hier bedoelde zin te sluiten.

(103) Brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 17 juni 1999, Kamerstukken II, 1998/99, 26 630, nr. 1.

(104) Zie voor een beschrijving van *class actions* in de Verenigde Staten, Ontario en Australië, mijn *dissertatie*, 195-269.

(105) Wel kan de rechter de *class* opdelen in *subclasses*, doch dit waarborgt niet de mogelijkheid van een even efficiënte afwikkeling als bij een schikking.

88. Een afwikkeling zoals in dit voorstel voorzien zal op dezelfde efficiënte wijze kunnen plaatsvinden. Deze wijze van afwikkeling verschilt in vergelijking met die in een „*damages*” *class action* daarin dat de bij de schadeafwikkeling betrokken partijen daarover eerst overeenstemming moeten hebben bereikt wil de overeenkomst door de rechter bindend kunnen worden verklaard. De Amerikaanse praktijk laat evenwel zien dat partijen vaak eerst een schikking overeenkomen, waarna een „*damages*” *class action* wordt begonnen, teneinde deze schikking door de rechter verbindend te laten verklaren. Bij deze gang van zaken is de wijze van afwikkeling sterk vergelijkbaar met de mogelijkheid die het voorstel biedt. Hieruit kan m.i. de conclusie getrokken worden dat het wetsvoorstel een (bijna) volwaardige en wellicht ook de meest wenselijke aanvulling biedt op de beperking van artikel 3:305a lid 3 BW.

89. In het rapport „Fundamentele herbezinning” wordt wel terecht opgemerkt dat het wetsvoorstel geen oplossing biedt voor zogenaamde „strooischade”(106). Onder strooischade wordt als gezegd verstaan schade die qua omvang zo minimaal is dat het voor benadeelden afzonderlijk niet de moeite en kosten rechtvaardigt om deze in rechte af te dwingen. Indien de aansprakelijke partij(en) om die reden dan ook niet bevreesd behoeven te zijn voor vele individuele claims, biedt dit inderdaad geen aansporing om ter voorkoming daarvan een schikking overeen te komen. In het rapport wordt daarom opgemerkt dat het serieuze overweging verdient „om art. 3:305a e.v. BW uit te breiden met de mogelijkheid van het verkrijgen van schadevergoeding in dergelijke gevallen, welke, indien het niet naar de benadeelden toe zou kunnen vloeien, bijvoorbeeld zou kunnen toekomen aan (een speciaal fonds) van het Bureau van rechtshulp, die daarmee desgewenst nieuwe acties zou kunnen financieren, aangezien het optreden tegen strooischade vooral openbaar belang aspecten heeft.”(107). Hierboven heb ik al aangegeven dat het rapport, gegeven de voorbeelden van strooischade, te pessimistisch is over de mogelijkheid om deze via artikel 305a te verhalen. Maar indien het daadwerkelijk en alleen om schade gaat, bestaat deze mogelijkheid inderdaad niet. En omdat het wetsvoorstel dan ook geen oplossing biedt, zou inderdaad nagedacht kunnen worden over de vraag hoe daarmee in de toekomst om te gaan. Dit laat uiteraard onverlet dat het wetsvoorstel

(106) *Fundamentele herbezinning*, 182.

(107) *Ibid.*

wel een adequate oplossing kan bieden voor andere — en voor gedupeerden ook meer ingrijpende — vormen van schade. Wel kan men zich (nogmaals) afvragen of uitbreiding van artikel 305a BW voor het verhaal van strooischade wel altijd voldoende soelaas biedt. De daarmee gepaard gaande totale schade kan immers juist bij deze vorm van schade de kosten en moeite van een collectieve actie in de weg staan, en daarnaast is goed denkbaar dat juist vanwege het geringe belang, de gedupeerden niet de moeite nemen om over hun schade bij een belangenorganisatie te klagen.

3. Inhoud van het wetsvoorstel: de verbindendverklaring

90. Het voert te ver om het wetsvoorstel hier in detail te bespreken, zodat ik mij verder zal beperken tot de hoofdlijnen. Zoals gezegd is de kern van het voorstel gelegen in de gebondenheid van de gehele groep van gelaedeerden aan de overeenkomst tot schadeafwikkeling door de uitspraak van de rechter. Zie aldus het voorgestelde artikel 7:907 lid 1 BW(108): „Een overeenkomst strekkende tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen, gesloten door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid met één of meer andere partijen, die zich bij deze overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van deze schade, kan door de rechter op gezamenlijk verzoek van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten verbindend worden verklaard voor personen aan wie de schade is veroorzaakt, mits de stichting of vereniging de belangen van deze personen ingevolge haar statuten behartigt.”

De overeenkomst dient derhalve gesloten te zijn tussen één of meer partijen die zich daarbij hebben verbonden tot vergoeding van de schade en een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge haar statuten de belangen van de betrokken benadeelden behartigt, waarbij deze partijen gezamenlijk het verzoek aan de rechter kunnen voorleggen. De vereisten waaraan de organisatie die de belangen van de benadeelden behartigt dient te voldoen, zijn ontleend aan artikel 305a van Boek 3 BW. De overeenkomst is gesloten met één of meer partijen die zich bij deze overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van schade. Daarmee wordt in het midden gelaten of deze partij(en) ook daadwerkelijk aansprakelijk

(108) Waar ik hier en hierna bepalingen uit dit wetsvoorstel citeer, zij erop gewezen dat de tekst van deze bepalingen mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State nog gewijzigd kan worden voordat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

zijn. De overeenkomst kan immers mede gesloten zijn met de bedoeling om een geschil hieromtrent te voorkomen. De overeenkomst dient betrekking te hebben op schade die veroorzaakt is door „een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen”. Bij een gebeurtenis kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de rampen als in Enschede en Volendam. Bij gelijksoortige gebeurtenissen aan het in het verkeer brengen van het Des-hormoon. Daarbij is verder niet van belang dat de aard en de omvang van de schade per benadeelde sterk kan verschillen. De overeenkomst dient daarmee met de vergoedingen die het toekent uiteraard wel rekening te houden (zie hieronder).

91. Een verbindendverklaring is natuurlijk alleen te rechtvaardigen indien de belangen van de gelaedeerden met de overeenkomst voldoende gewaarborgd zijn. Lid 2 van artikel 907 somt in verband daarmee op welke gegevens in ieder geval in de overeenkomst dienen te zijn opgenomen, terwijl lid 3 de gevallen opsomt waarin de rechter het verzoek afwijst. Deze leden luiden als volgt: „2. De overeenkomst bevat in ieder geval: a. een omschrijving van de groep dan wel groepen van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, naar gelang van de aard en de ernst van hun schade; b. een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot deze groep of groepen behoort; c. de vergoeding die aan deze personen wordt toegekend; d. de voorwaarden waaraan deze personen moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen; e. de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen; f. de naam en de woonplaats van degene aan wie de in artikel 908 leden 2 en 3 bedoelde schriftelijke mededeling kan worden gedaan. 3. De rechter wijst het verzoek af indien: a. de overeenkomst niet aan lid 2 voldoet; b. de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade; c. onvoldoende zekerheid is gesteld voor de voldoening van de vorderingen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten; d. de overeenkomst niet voorziet in een onafhankelijke vaststelling van de vergoedingen ingevolge de overeenkomst; e. de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins onvoldoende gewaarborgd zijn; f. de stichting of vereniging, bedoeld in lid 1 niet voldoende representatief is ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten; g. de groep van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten van onvoldoende omvang is om een verbindendverklaring te rechtvaardigen; h. er een rechtspersoon is

die ingevolge de overeenkomst de vergoedingen verstrekt, en deze geen partij is bij de overeenkomst.”

Een enkele opmerking hierover. De gegevens zoals vereist door de onderdelen a, c en d van lid 2 zijn noodzakelijk voor een afwikkeling aan de hand van schadecategorieën („*damage scheduling*”), waarbij aan de hand van een aantal factoren wordt bepaald binnen welke categorie een gelaedeerde valt, en hij een daarmee corresponderende schadevergoeding verkrijgt. De gelaedeerde heeft daarbij nog slechts aan te tonen welke factoren op hem van toepassing zijn. Onderdeel d van lid 2 vereist daarbij dat in de overeenkomst is bepaald aan welke voorwaarden de benadeelden moeten voldoen om voor een vergoeding in aanmerking te komen. Hierbij gaat het er derhalve om aan welke voorwaarden een benadeelde moet voldoen, en wat hij daarvoor moet aantonen, om tot een categorie ingedeeld te kunnen worden. Men denke bijvoorbeeld aan een doktersverklaring dat een benadeelde daadwerkelijk lijdt aan een aandoening waarvoor een vergoeding wordt toegekend. Onderdeel e van lid 2 ziet op de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen, zoals tot wie een benadeelde zich moet wenden, hoe deze bij de vaststelling van de vergoeding te werk gaat, eventuele termijnen, het gebruik van formulieren, een eventuele geschillenbeslechting waarin de overeenkomst voorziet etcetera.

92. Lid 3 somt als gezegd de gevallen op waarin de rechter het verzoek de overeenkomst verbindend te verklaren, afwijst. Onderdeel b is daarbij cruciaal. Het verplicht de rechter te toetsen of de hoogte van de toegekende bedragen per schadecategorie redelijk is, gelet op de omvang van de schade van de personen die in de betreffende categorie zijn ingedeeld. Onderdeel b somt een aantal gezichtspunten op en noemt in de eerste plaats de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden. Hierbij is van belang in hoeverre de overeenkomst in vergelijking met een afwikkeling buiten de overeenkomst daadwerkelijk een snelle en eenvoudige afwikkeling garandeert. Zonder overeenkomst zal een benadeelde zich mogelijk lange onderhandelingen en wellicht zelfs een civiele procedure met de daaraan verbonden kosten moeten getroosten. Bovendien is daarbij van belang dat de uitkomst daarvan onzeker is, zodat bij bepaling van de hoogte van de toegekende vergoeding ook rekening mag worden gehouden met wat de aanspraak, gelet op de proceskansen, feitelijk waard is. Voorts noemt onderdeel b als gezichtspunt de mogelijke oorzaken van de schade. Vooral bij *mass exposure accidents* is zeer wel denkbaar dat de schade ook of mede ook het gevolg is van een

andere oorzaak, zoals een natuurlijke oorzaak of het eigen gedrag van het slachtoffer. Men denke bijvoorbeeld aan het gebruik van het Deshormoon in relatie tot onvruchtbaarheid bij de volgende generatie. De kans dat de aandoening het gevolg is van een oorzaak waarvoor „de betalende” partij aansprakelijk is, kan dan hooguit in een percentage worden uitgedrukt. In de hoogte van de vergoeding die door de overeenkomst wordt toegekend, kan deze onzekerheid tot uitdrukking worden gebracht. Bij de beoordeling van de vraag of een toegekende vergoeding redelijk is, kan de rechter ook andere in het concrete geval relevante gezichtspunten betrekken. Volgens de toelichting valt bijvoorbeeld te denken aan het vooral bij *mass disaster accidents* voorkomende gegeven dat het beschikbare vermogen van de veroorzaker mogelijk onvoldoende is om ieder slachtoffer volledig schadeloos te stellen. Het beschikbare vermogen zal dan evenredig over de benadeelden verdeeld dienen te worden, wat uiteraard gevolgen heeft voor de hoogte van de toegekende vergoedingen(109).

4. Inhoud van het wetsvoorstel: grondwettelijke waarborgen

93. Na een verbindendverklaring heeft de overeenkomst tussen de partijen en de benadeelden de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst. Zie het voorgestelde artikel 7:908 lid 1 BW: „Zodra het verzoek tot verbindendverklaring onherroepelijk is toegewezen heeft de overeenkomst, bedoeld in artikel 907, tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij ieder der gerechtigden als partij geldt.”

Dit betekent dat de benadeelden door de uitspraak van de rechter gebonden zijn aan hetgeen in de overeenkomst ter voorkoming of beëindiging van een geschil is bepaald over wat rechtens voor hen geldt (vgl. art. 7:900 lid 1 BW). De gevolgen daarvan zijn voor de benadeelden derhalve vergelijkbaar met een rechterlijke beslissing aangaande een rechtsbetrekking die bindende kracht heeft (zie art. 236 Rv.). Evenals het gezag van gewijsde heeft een vaststellingsovereenkomst immers tot gevolg dat in een geding geen hernieuwde discussie kan plaatsvinden over datgene wat in de overeenkomst is

(109) Vermelding verdient dat in het geval de schade door een aansprakelijkheidsverzekering is gedekt bij massaschades denkbaar is dat ook de verzekerde som ontoereikend is om de benadeelden volledig schadeloos te stellen. Het nieuwe verzekeringsrecht, dat met artikel 7:17.2.9c een directe actie introduceert, houdt hiermee rekening. De verzekeraar is ingevolge lid 5 van dit artikel verplicht de verzekerde som naar evenredigheid te verdelen onder de benadeelden. Zie Kamerstukken II, 2001/02, 19 529, no. 8.

bepaald over wat rechtens geldt. Feitelijk wordt een belanghebbende daarmee de mogelijkheid ontnomen om ter zake daarvan de rechter te adiëren.

94. Hier zijn evenwel belangrijke rechtsbeginselen in het geding, zoals het beginsel van partijautonomie in het burgerlijk procesrecht en het in artikel 17 Grw. neergelegde recht op toegang tot de rechter. Bovendien is in artikel 6 EVRM uitdrukkelijk vastgelegd dat eenieder bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Met het oog op deze rechtsbeginselen is het dan ook van wezenlijk belang dat het voorstel benadeelden de mogelijkheid biedt om zich binnen een bepaalde termijn door middel van een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring te onttrekken aan die verbindendheid. Men spreekt hier ook wel van een „opt out” mogelijkheid⁽¹¹⁰⁾. Zie het voorgestelde artikel 7:908 lid 2: „De verbindendverklaring heeft geen gevolg ten aanzien van een gerechtigde tot een vergoeding die binnen drie maanden na de in artikel 1017 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bedoelde aankondiging van de beschikking door een schriftelijke mededeling aan de in artikel 907 lid 2, onder f, bedoelde persoon heeft laten weten niet gebonden te willen zijn. De rechter kan bij toewijzing van het verzoek bepalen dat de in de eerste zin bedoelde termijn van drie maanden wordt verlengd met een termijn van ten hoogste drie maanden.”

Degenen die van deze mogelijkheid gebruik maken, behouden aldus de volledige vrijheid om afzonderlijk hun vordering in te dienen en daarvoor naar de rechter te stappen. Vereist is daarbij wel dat benadeelden zoveel als mogelijk op de hoogte zijn van deze mogelijkheid. Het voorgestelde artikel 1017 lid 3 Rv. voorziet daarin, waarbij er rekening mee is gehouden dat de identiteit van bepaalde benadeelden nog onbekend kan zijn. Deze bepaling schrijft namelijk voor dat de beschikking tot verbindendverklaring bij brief wordt verstrekt aan de bekende gerechtigden tot een vergoeding, en dat daarnaast hiervan aankondiging wordt gedaan in één of meer nieuwsbladen.

95. Daarnaast is met het oog op voornoemde rechtsbeginselen van belang dat de benadeelden zoveel als mogelijk de mogelijkheid wordt geboden om hun stem te laten horen in de procedure die tot de

(110) Vgl. ook art. 3:305a lid 5 BW.

verbindenheid leidt. De rechter kan aldus met hun opmerkingen en bezwaren rekening houden alvorens hij uitspraak doet. Deze mogelijkheid wordt de benadeelden geboden doordat zij in de procedure — die met een verzoekschrift wordt ingeleid — een verweerschrift kunnen indienen. Ook hiervoor is het van essentieel belang dat benadeelden zoveel als mogelijk door oproeping op de hoogte worden gebracht van deze mogelijkheid. Het voorgestelde artikel 1013 lid 5 Rv. voorziet daarin en vereist (eveneens) een oproeping bij brief en door aankondiging in één of meer nieuwsbladen.

5. Inhoud van het wetsvoorstel: de procedure

96. Hierboven zijn al enkele belangrijke processuele bepalingen van het wetsvoorstel kort aan de orde gekomen. Het wetsvoorstel voorziet in een nieuwe titel 14 van Boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die specifieke bepalingen bevat voor de procedure tot verbindendverklaring. De procedure waarbij de rechter verzocht wordt de overeenkomst verbindend te verklaren wordt door middel van een verzoekschrift ingeleid. De daarvoor bestaande artikelen 261 e.v. Rv. zijn daarop van toepassing voor zover daarvan niet in deze titel is afgeweken. De artikelen 1013 tot en met 1018 van deze titel bevatten een aantal aanvullende en afwijkende voorschriften die noodzakelijk zijn in verband met het grote aantal bij de uitkomst van de procedure betrokken belanghebbenden. Daarbij is inspiratie geput uit de procedureregels die op grond van de Faillissementswet gelden, in het bijzonder de regels die gelden in geval een surseance wordt aangevraagd met een groot aantal schuldeisers (de artikelen 281a-f), en de procedureregels die op grond van de artikelen 642a-642z Rv. gelden in geval van de verdeling van een fonds dat beschikbaar is bij een succesvolle beperking van de aansprakelijkheid door de eigenaar van een (zee- of binnen)schip. Het gaat hier immers om een vergelijkbare situatie waarin een groot aantal vorderingen van schuldeisers gebundeld wordt afgedaan. Een verdere beschrijving van de procedure laat ik verder achterwege, waarbij echter nog wel vermelding verdient dat ingevolge artikel 1013 lid 3 Rv. het gerechtshof te Amsterdam bij uitsluiting bevoegd is tot kennisneming van een verzoek tot verbindendverklaring. Hier is naar aanleiding van een advies van de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht voor gekozen, omdat daarmee een behandeling bij een meervoudige kamer verzekerd is. Tevens wordt gewezen op het belang van de opbouw van know how, en wordt als voordeel genoemd dat aldus spoediger een onherroepelijke uitspraak valt te verkrijgen. Het gerechtshof te Amsterdam is

aangewezen omdat in dat geval geprofiteerd kan worden van de door de ondernemingskamer opgebouwde financiële expertise.

6. De eerste commentaren

97. Eerder hebben E. Bauw en ik het thans voorgestelde systeem in het kort geschetst(111), waardoor er in de literatuur nu reeds enkele commentaren zijn verschenen. Daarnaast zijn in het kader van de bij de toestandkoming van wetgeving gebruikelijke consultatieronde adviezen verkregen van de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de Rechtspraak en het Verbond van Verzekeraars, die alle in de toelichting worden besproken. Een eerste kritisch commentaar verscheen van de hand van Chr. H. van Dijk, in dezelfde bundel als waarin het systeem eerder in het kort is geschetst(112). Zijn voornaamste kritiek is dat het volgens hem twijfelachtig is of buiten rechte overeenstemming wordt bereikt over de aan de rechter voor te leggen overeenkomst. Hij meent dat nader onderzoek gewenst is voordat het wetsvoorstel zou moeten worden ingevoerd. Afgezien van het feit dat de meeste andere commentaren hierover aanmerkelijk minder pessimistisch zijn, zal een dergelijk onderzoek — omdat Nederland nu eenmaal een dergelijk systeem nog niet kent — zich op het buitenland moeten richten. Daarbij ligt een onderzoek naar de Amerikaanse praktijk het meest voor de hand, en daarvan weten wij al dat de meeste „damages” *class actions* met een schikking eindigen(113). Hierboven is ook aangegeven dat vaak eerst een schikking wordt getroffen, waarna een „damages” *class action* wordt begonnen om deze door de rechter verbindend te laten verklaren.

98. Ook in het rapport „Fundamentele herbezinning” wordt kort aandacht besteed aan het voorgestelde systeem(114). Ik begrijp daaruit dat het voorgestelde systeem de rapporteurs aanspreekt, en dat zij drie punten van kritiek hebben. De kritiek dat het voorstel geen oplossing biedt voor strooischades heb ik hierboven — met een aantal kanttekeningen — reeds onderschreven. Voorts zouden zij het sys-

(111) „Het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers” in *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen, 2002, 79-94.

(112) *Ibid.*, 95-102.

(113) Zie mijn *dissertatie*, 212.

(114) *Fundamentele herbezinning*, 182.

teem minder vrijblijvend willen zien door de *opt out*-mogelijkheid onder slechts zeer beperkte voorwaarden toe te staan. Hierover zou ik allereerst willen opmerken dat in het geval de overeenkomst voor gedupeerden aantrekkelijk is — hetgeen mag worden aangenomen indien de rechter deze heeft „goedgekeurd” — het voor gedupeerden weinig aantrekkelijk is om een langdurige civiele procedure te beginnen indien snel een vergoeding verkregen kan worden. Maar los daarvan hangt deze kritiek van de rapporteurs waarschijnlijk samen met hun opvatting dat vrijblijvendheid en partijautonomie begrippen zijn die zich in hun ogen moeilijk verdragen met een adequate aanpak van massaschade(115). Zij stellen dat ook verdedigbaar is dat artikel 6 EVRM in het geval van massaschade een andere dan gebruikelijke klassieke invulling dient te krijgen(116). Daar staat — althans vanuit het gezichtspunt van de wetgever — tegenover dat zolang deze invulling nog geen gemeengoed is, het weinig aantrekkelijk is om wetgeving tot stand te brengen waarvan het niet denkbeeldig is dat deze wegens strijd met artikel 6 EVRM in Straatsburg onderuit wordt gehaald. Wel kan ik in zoverre deze opvatting van de rapporteurs onderschrijven dat ik verdedigbaar acht dat 6 EVRM er niet aan in de weg staat dat benadeelden zich niet aan de verbindendheid kunnen onttrekken indien het vermogen van de veroorzaker onvoldoende is om alle benadeelden volledig schadeloos te stellen, en de overeenkomst voorziet in een evenredige verdeling van dit vermogen. Een vergelijking met het faillissementsrecht dringt zich hier op, waar schuldeisers zich ook niet aan de verbindendheid van een slotuitdelingslijst of van een (na homologatie) akkoord kunnen onttrekken.

99. Ten slotte hebben de rapporteurs als kritiek dat het systeem onvoldoende oog heeft voor het belang van reglementering van de voorfase. Daar wordt onder verstaan het dwingen van de schadelijders tot onderlinge afstemming van hun acties en tot het voeren van overleg en tot samenwerking, eventueel samen met de rechter. Deze kritiek begrijp ik niet goed, immers het totstandbrengen van een overeenkomst vereist dit alles, waarbij bovendien deze voorfase veel efficiënter kan verlopen doordat niet talloze schadelijders moeten samenwerken, maar hun krachten in deze gebundeld worden door een organisatie die hun belangen behartigt. Indien deze kritiek inhoudt dat de rechter niet in deze voorfase is betrokken: dit lijkt mij niet

(115) *Ibid.*, 181.

(116) *Ibid.*, 187.

heilig. De mogelijkheid die het wetsvoorstel opent biedt een goede inventieve voor de partijen om er zelf onderling uit te komen. Daarbij zij erop gewezen dat gedurende het proces de rechter, alvorens te beslissen, partijen de gelegenheid kan geven de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen (art. 7:907 lid 4 BW), en dat daarnaast expliciet is bepaald dat de rechter zich kan laten voorlichten door deskundigen (art. 1016 lid 1 Rv.). Indien deze kritiek evenwel inhoudt dat de rechter niet in een eerder stadium bij de zaak betrokken wordt om met de partijen te bepalen of deze aanpak wel de meest adequate is, en of wellicht een andere wijze van afwikkeling de voorkeur verdient, is deze kritiek maar ten dele terecht. Dit kan immers niet als een manco van dit wetsvoorstel worden gezien, omdat een dergelijke reglementering van de voorfase als het ware over alle mogelijke wijzen van afwikkeling heengeschoven dient te worden en dus los staat van het feit dat het wetsvoorstel een extra mogelijkheid opent.

100. De in het kader van de gebruikelijke consultatieronde verkregen adviezen van de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor de Rechtspraak en het Verbond van Verzekeraars, zijn positief gestemd, en laat ik verder buiten beschouwing. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft daarentegen wel ernstige kritiek op het voorstel. Deze kritiek mondt uit in de aanbeveling om het voorstel niet in te dienen. De belangrijkste kritiek is dat het volgens de NVvR de taak van de rechter is om in concrete geschillen tussen partijen te beslissen. Het voorstel breidt dit uitgangspunt uit door aan de rechter de taak te geven de vaststellingsovereenkomst verbindend te verklaren voor gerechtigden die in de procedure geen partij zijn. Daarmee legt volgens de NVvR het voorstel een vorm van materiële wetgeving in handen van de rechter, hetgeen, zoals ook wordt opgemerkt, een inbreuk zou zijn op het stelsel der machtenscheiding. In de toelichting wordt deze kritiek als volgt gepareerd. In de eerste plaats wordt gewezen op artikel 3:305a BW en wordt opgemerkt dat in een collectieve actie door een organisatie in rechte wordt opgekomen voor de belangen van andere personen. In dat geval doet de rechter volgens de toelichting ook een uitspraak die gevolgen heeft voor anderen dan (alleen) de procespartijen. Zo wordt er in de toelichting voorts fijntjes op gewezen dat de rechter zelfs meermalen bereid gebleken is om in een collectieve actie wetgeving juist buiten werking te stellen, hetgeen volgens de toelichting in de taakverdeling tussen wetgever en rechter eerder een inbreuk oplevert dan het verbindend verklaren van een overeenkomst voor niet-procespartijen. Verwezen wordt naar het

LSV-arrest(117). Ook wordt in de toelichting gewezen op de homologatie door de rechter van een akkoord bij faillissement, dat ook verbindend is voor de schuldeisers, en waarbij deze verbindendverklaring zelfs kan gelden voor onbekende schuldeisers (vgl. de artt. 281a e.v. Fw.). Ook elders — zo vermeldt de toelichting — zijn ten slotte voorbeelden bekend waarbij de rechter een uitspraak doet die bindend is voor ook anderen dan alleen de procespartijen (bijv. art. 2:16 lid 1 BW).

E. HET RAPPORT „FUNDAMENTELE HERBEZINNING” OVER DE AFWIKKELING VAN MASSASCHADE

101. Hierboven is er al op gewezen dat de opstellers van het rapport „Fundamentele herbezinning” na een beschrijving van de specifieke bij massaschade voorkomende problemen, voor de afwikkeling daarvan groot belang hechten aan reglementering van de voorfase(118). Daar wordt — als gezegd — onder verstaan het dwingen van de schadelijders tot onderlinge afstemming van hun acties en tot het voeren van overleg en tot samenwerking, eventueel samen met de rechter. De rechter dient daarbij al in een vroeg stadium betrokken te worden om samen met de partijen te „brainstormen” over de meest gereede aanpak in een desbetreffend geval. De rapporteurs merken op dat één ding zeker is: een blauwdruk over hoe het proces dient te verlopen, is van tevoren moeilijk te geven. Ik kan mij het belang van een goede reglementering van de voorfase goed voorstellen, en nadere doordinking hiervan verdient zeker aanbeveling(119). Daarbij lijkt mij van belang hoe het een en ander in regelgeving kan worden neergelegd. Wel vraag ik mij af of een dergelijke reglementering wel werkt indien partijen niet tot samenwerking bereid zijn en of de rechter in dat geval deze partijen zou moeten kunnen dwingen tot een bepaalde aanpak.

(117) HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 360.

(118) *Fundamentele herbezinning*, 204-205.

(119) In zijn bespreking van het rapport wijst H.J. SNIJDERS (*N.J.B.* 2003, 1704) in dit verband op de mogelijkheden van internet.

VII. Enkele conclusies

102. Naar Nederlands recht zijn de mogelijkheden van bundeling van vorderingen in vooral de afgelopen 20 jaar aanzienlijk toegenomen. In de inleiding heb ik al opgemerkt dat het beeld, hoewel wellicht nog niet ideaal, een stuk rooskleuriger is in vergelijking met het beeld dat geschetst wordt in het preadvies van F. Molenaar uit 1973 voor deze vereniging⁽¹²⁰⁾. Dit preadvies toont een geringe oogst van mogelijkheden, waarvan vele in het voorliggende preadvies zelfs niet aan de orde zijn gekomen omdat deze in vergelijking met de huidige mogelijkheden nog nauwelijks het vermelden waard zijn. De huidige waarschijnlijk meest belangrijke wijze van bundeling van vorderingen biedt het algemeen collectief actierecht van artikel 305a Boek 3 BW. In beginsel is het daarmee mogelijk om iedere vordering gebundeld af te doen, behoudens vorderingen tot schadevergoeding te voldoen in geld. Het hierboven beschreven wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade beoogt deze lacune op te vullen. Dit wetsvoorstel maakt het overigens niet mogelijk om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen, doch biedt de mogelijkheid om een collectieve schikking door de rechter verbindend te verklaren. Daarmee wordt een belangrijke extra mogelijkheid geschapen om massaschades op efficiënte wijze af te wikkelen. Het wetsvoorstel zal waarschijnlijk geen soelaas bieden voor de afwikkeling van zogenaamde stroischade. Het verhaal van deze vorm van schade kent zijn eigen specifieke problemen, waarvoor ook de huidige mogelijkheden niet altijd een adequate oplossing bieden. Het is vooral deze vorm van massaschade waar verder nagedacht moet worden over de wijze waarop deze verhaald kan worden. Wellicht kan dan over 30 jaar de conclusie worden getrokken dat het beeld wel ideaal is.

(120) F. MOLENAAR, *De bevoegdheid van organisaties om op te komen voor de belangen van leden en/of het algemeen belang*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1973.

Lijst van afkortingen

| | |
|-------|--|
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CAO | collectieve arbeidsovereenkomst |
| diss. | dissertatie |
| EVRM | Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| Fw. | Faillissementswet |
| Grw. | Grondwet |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| KG | Kort Geding |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| NbBW | Nieuwsbrief BW |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| NJV | Nederlandse Juristen-Vereniging |
| NTBR | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht |
| PbEG | Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen |
| Rb. | Rechtbank |
| Rv. | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| RvdW | Rechtspraak van de Week |
| Stb. | Staatsblad |
| TCR | Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging |
| TVP | Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade |
| TvC | Tijdschrift voor Consumentenrecht |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |