

15 COLLECTIEF HERSTEL

Ruud Hermans

15.1 INLEIDING

In deze bijdrage geef ik een overzicht van empirisch onderzoek over collectief herstel in Nederland.¹ Er is, zeker gezien het grote belang ervan voor de rechtspraak, weinig empirisch onderzoek uitgevoerd naar collectief herstel. Zo is er zelfs bij benadering niet bekend hoeveel massaschadeclaims in Nederland zijn afgewikkeld of op dit moment nog lopen. Dat heeft ertoe geleid dat in een recent rechtsvergelijkend overzicht naar collectief herstel, bij gebreke van andere gegevens, uitsluitend het aantal schikkingen (9) is vermeld die het gerechtshof Amsterdam verbindend heeft verklaard op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM): een aantal dat schril afsteekt bij bijvoorbeeld 210 Poolse of 41 Italiaanse massaschadeclaims.² Zo wordt de suggestie gewekt dat de massaschadepraktijk in Polen en Italië beter is ontwikkeld dan in Nederland. Ook in andere recente rechtsvergelijkende studies valt op hoe weinig empirische data over de Nederlandse praktijk beschikbaar zijn.³

De opzet van deze bijdrage is de volgende. In paragraaf 15.2 zet ik uiteen wat ik onder collectief herstel versta en welke collectieve procedures daarbuiten vallen. Paragraaf 15.3 bevat de kern van mijn bijdrage. In deze paragraaf geef ik een overzicht van de verschillende buitengerechtelijke en gerechtelijke procedures waarin collectief herstel tot stand komt, met vermelding van empirische gegevens die ik heb kunnen achterhalen.⁴ Paragraaf 15.4 bevat een overzicht van het empirisch onderzoek dat er is gedaan naar de behoeften en ervaringen van benadeelden bij de afwikkeling van massaschade. Ik eindig in paragraaf 15.5 met enkele suggesties voor toekomstig empirisch onderzoek op het gebied van collectief herstel.

1 Met dank aan het commentaar van de redactie en een mij onbekende referent.

2 Hodges & Voet, 2016. In hun vervolgstudie zijn de over de Nederlandse praktijk opgenomen empirische gegevens ook buitengewoon mager, waardoor een misleidend beeld ontstaat. Zie Hodges & Voet, 2018.

3 British Institute of International and Comparative Law, 2017, p. 224: 'The following empirical data were gathered from one lawyer representing defendants, one lawyer representing both defendants and claimants, a defendant and a litigation funder.'

4 Zie voor eerdere overzichten waarop deze bijdrage voortbouwt onder meer Frenk, 1994, p. 81-100 (met gegevens over het collectief herstelrecht voor de invoering van de collectieve actie); Tzankova, 2005, p. 29-48 (aanpak van strooischade via het privaatrecht en het bestuursrecht); Van Boom, Drijber, Lemstra, Lindijer & Novakovski, 2009.

Om de omvang van deze bijdrage binnen de perken te houden heb ik mijzelf beperkingen opgelegd. Zo ontbreekt bijvoorbeeld een overzicht van onderzoek naar de financiering en de kosten van collectieve procedures.⁵

15.2 WAT TE VERSTAAN ONDER COLLECTIEF HERSTEL

De Europese Commissie heeft in 2013 een aanbeveling gepubliceerd over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (hierna: de Aanbeveling).⁶ De Aanbeveling definieert een ‘situatie van massaschade’ als een situatie waarin twee of meer natuurlijke personen of rechtspersonen aanvoeren schade te hebben geleden die het gevolg is van dezelfde illegale activiteit van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen.⁷ Ik meen dat deze definitie enerzijds te ruim en anderzijds te beperkt is. De definitie is te ruim omdat het weinig zin heeft om van een situatie van massaschade te spreken als er sprake is van slechts enkele benadeelden. Daarvoor is het niet zinvol om afzonderlijke procedures in het leven te roepen om deze geschillen op te lossen. De regels van subjectieve cumulatie van vorderingen volstaan. Hoeveel benadeelden er zouden moeten zijn om van een situatie van massaschade te kunnen spreken, is enigszins arbitrair, maar ik zou de grens op 25 willen leggen. De definitie is te beperkt omdat ook als er niet sprake is van een ‘illegale activiteit’, er sprake kan zijn van massaschade.⁸ Als voorbeeld noem ik het aanbieden van effectenleaseproducten. Het aanbieden daarvan was niet verboden, maar de wijze waarop die aanbieding heeft plaatsgevonden kon de aanbieder wel schadeplichtig maken.⁹ Ook waar de schade het gevolg moet zijn van ‘dezelfde activiteit’, acht ik de definitie te beperkt. Van een massaschadezaak is ook sprake als de schade het gevolg is van vergelijkbare activiteiten. Als voorbeeld noem ik procedures om vergoeding

5 Zie hierover Tillema, 2019a.

6 Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU), hierna te noemen: de ‘Aanbeveling’, eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A32013H0396. Op 11 april 2018 heeft de Europese Commissie een ontwerp Richtlijn betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG gepubliceerd. Het Europees Parlement heeft het richtlijnvoorstel ingrijpend geamendeerd. Op 30 juni 2020 is na een politiek akkoord tussen het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een gewijzigde tekst van de Richtlijn gepubliceerd, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil:ST_9223_2020_INIT.

7 Art. 3 (d) Aanbeveling.

8 De door de Commissie gekozen terminologie (‘illegale activiteit’, in het Engels ‘illegal activity’ en in het Frans ‘activité illicite’) is ongelukkig. De Duitse tekst ‘rechtswidriges Verhalten’ geeft de bedoeling beter weer. Ik zou ‘onrechtmatige handeling’ een betere formulering vinden, ook al zou dat de – onjuiste – suggestie kunnen wekken dat een contractuele vordering daar niet onder valt.

9 HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (De Treek/Dexia).

te verkrijgen voor schade veroorzaakt door seksueel misbruik in kerken en de jeugdzorg. Dit misbruik heeft gedurende vele decennia plaatsgevonden door vele individuele personen, die in de regel onafhankelijk van elkaar opereerden. Bij het niet-optreden tegen dit misbruik waren vele, ook weer onafhankelijk van elkaar optredende, (rechts)personen betrokken. Dat neemt niet weg dat er sprake is van een samenhangend feitencomplex dat zich leent voor collectieve afwikkeling, en oplossingen daarvoor zijn er ook gekomen.¹⁰

Artikel 3 (a) van de Aanbeveling bevat een definitie van ‘collectief verhaal’.¹¹ Deze luidt: (1) een wettelijk mechanisme dat het mogelijk maakt dat twee of meer natuurlijke personen, rechtspersonen of instanties die gerechtigd zijn om een representatieve vordering in te stellen, collectief een vordering tot staking van onwettig gedrag instellen (collectieve vordering tot staking); (2) een wettelijk mechanisme dat het mogelijk maakt dat twee of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die aanvoeren schade te hebben geleden in een situatie van massaschade, of instanties die gerechtigd zijn om een representatieve vordering in te stellen, collectief een vordering tot schadevergoeding instellen (collectieve vordering tot schadevergoeding). Wat in deze definitie opvalt, is dat een verklaring voor recht, zoals mogelijk is in een collectieve actie op grond van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW), niet onder deze definitie valt. Dat is een omissie, omdat vele collectieve acties waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd, uiteindelijk uitmonden in een collectieve schikking. Een verklaring voor recht is om die reden zeker een vordering die valt onder het begrip ‘collectief verhaal’.

Artikel 3 (d) Aanbeveling definieert ‘representatieve vordering’ als een vordering die wordt ingesteld door een vertegenwoordigende instantie, een ad hoc gecertificeerde instantie of een overheidsinstantie voor rekening en in naam van twee of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die aanvoeren te zijn blootgesteld aan dreigende schade of schade te hebben geleden in een situatie van massaschade, terwijl deze personen geen partijen zijn bij de procedure. Ook deze definitie is om meerdere redenen te beperkt. In de Nederlandse praktijk ziet men vele ad hoc opgerichte verenigingen of stichtingen die een collectieve actie beginnen of een collectieve schikking bereiken die al dan niet via de WCAM verbindend wordt verklaard. Omdat het Nederlandse recht niet voorziet in certificering van algemeenbelangorganisaties, vallen deze buiten de definitie van representatieve vordering in de Aanbeveling.¹² Een tweede reden waarom de definitie te beperkt is, is dat een vordering ingesteld door een claimorganisatie waaraan de benadeelden hun vordering hebben gece-

¹⁰ Zie par. 15.3.9.

¹¹ De Engelse tekst van de Aanbeveling gebruikt de term ‘collective redress’. Ik vind dat ‘collectief herstel’ beter aangeeft wat bedoeld is dan ‘collectief verhaal’.

¹² In een procedure zal de rechter wel ambtshalve moeten toetsen of de belangenorganisatie voldoet aan de eisen van art. 3:305a BW. Dat zou men als een vorm van certificering kunnen zien.

deerd, hier niet onder valt. In dat geval is niet voldaan aan het vereiste dat de vordering voor rekening en in naam van de benadeelden wordt ingesteld.¹³

De Aanbeveling van de Europese Commissie is niet bindend. Er zijn geen rechtsgevolgen aan verbonden. Een reden waarom het zinvol is hierop toch in te gaan, is dat hieruit blijkt dat het niet makkelijk is om een alomvattende definitie van collectief herstel op te stellen.

Met inachtneming van vorenstaande opmerkingen versta ik in deze bijdrage onder collectief herstel geschiloplossingen (a) door, namens of ten behoeve van een groot aantal (minimaal 25) benadeelden, (b) tegen een beperkt aantal verweerders, en (c) waaraan dezelfde feitelijke of juridische geschilpunten ten grondslag liggen. Doorgaans, maar niet noodzakelijk, zijn er ook (d) één of meer claimorganisaties (waaronder ik zowel versta belangenorganisaties als bedoeld in art. 3:305a BW als andere rechtspersonen die gebruikt worden om vorderingen te bundelen) bij betrokken.¹⁴ Niet relevant is hoe de massaclaim geldend wordt gemaakt of wordt opgelost (door middel van een collectieve actie, een al dan niet op grond van de WCAM verbindend verklaarde schikking, het instellen van grote aantallen individuele vorderingen, individuele schikkingen, Alternative Dispute Resolution (ADR), of door toedoen van een toezichthouder of een ombudsman). Indien er sprake is van een vordering, kan dit een vordering tot schadevergoeding zijn, een verklaring voor recht of een vordering om een gedraging te gebieden, te verbieden of te dulden. In geval van een vordering tot schadevergoeding kan die vordering betrekking hebben op vermogensschade, maar ook op letselschade of immateriële schade. Het geschil kan voortvloeien uit onrechtmatig handelen van de verweerder ten opzichte van de benadeelden, maar ook uit tussen de benadeelden en de verweerder gesloten overeenkomsten.

Er zijn ook collectieve vorderingen die buiten de scope van deze bijdrage vallen. Dat betreft in de eerste plaats collectiefherstelprocedures ingesteld tegen bestuursorganen waarop het bestuursrecht van toepassing is. Te denken valt bijvoorbeeld aan schade voortvloeiend uit

13 Indien benadeelden hun vordering cederen aan een claimorganisatie, treedt de claimorganisatie in de procedure als formele én als materiële procespartij op. Daaraan doet niet af dat de door de claimorganisatie betaalde koopsom afhankelijk is van de uitkomst van de procedure, zodat de benadeelden een financieel belang bij de uitkomst van de procedure behouden.

14 Vgl. Tzankova, 2007, p. 1-2.

onteigening of planschade.¹⁵ Een ander voorbeeld is massaal bezwaar in het belastingrecht.¹⁶ Waar ik ook niet op inga, zijn enquêteprocedures die worden gebruikt door groepen aandeelhouders om bewijs te verzamelen en een oordeel van de Ondernemingskamer te verkrijgen over het gedrag van die onderneming, om vervolgens een collectieve schikking te bereiken of een vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹⁷ Evenmin ga ik in op vorderingen van belangenorganisaties om bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend te verklaren als bedoeld in artikel 6:240 BW. Wat verder buiten de scope van deze bijdrage valt, zijn vorderingen van een curator namens de gezamenlijke crediteuren van een failliet tegen een derde en het gebruik van een dwangakkoord om massaclaims te schikken.¹⁸

In de volgende paragraaf zal ik verder uitwerken welke typen collectiefherstelacties er in Nederland voorkomen. De meeste van de collectiefherstelacties zijn algemeen, maar sommige herstelacties zijn sectorspecifiek.

15.3 DE VERSCHILLENDE TYPEN COLLECTIEFHERSTELACTIES

15.3.1 *Individuele claims*

In een situatie van massaschade staat het benadeelden natuurlijk vrij om individueel tegen de verweerder te procederen. Als een dergelijke procedure te beschouwen is als een proefprocedure, kan de uitkomst daarvan worden gebruikt om een collectieve schikking

15 Vgl. Van Ravels, 2013; Wiggers-Rust, 2014; Planken & Tjepkema, 2020. Een bijzondere vorm van onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van financiële instellingen op grond van de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 241, de ‘Interventiewet’). Deze vorm van onteigening heeft plaatsgevonden bij SNS Reaal en SNS Bank. Het beroep tegen het onteigeningsbesluit is verworpen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: ABRvS 25 februari 2013, *JOR* 2013/140, m.nt. B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen. Vervolgens is het aan de Ondernemingskamer de schadeloosstelling vast te stellen. Deze procedure loopt nog. Zie OK 11 juli 2013, *JOR* 2013/250, HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/140, OK 26 februari 2016, *JOR* 2016/98 en OK 16 april 2019, *JOR* 2019/134, alle m.nt. M.W. Josephus Jitta.

16 Art. 25c e.v. AWR; Van Dijck, Van Doorn & Tzankova, 2010, p. 24-26.

17 Zie over het instrumenteel gebruik van de enquêteprocedure Hermans, 2017, par. 1.2.2. Een voorbeeld waarin een enquêteprocedure is gebruikt om een collectieve schikking te bereiken is de enquête naar Ageas (voorheen Fortis), geëindigd met HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167, m.nt. P. van Schilfgaarde (Ageas (voorheen Fortis)).

18 De bevoegdheid van de curator om namens de gezamenlijke crediteuren vorderingen in te stellen is aanvaard door HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597, m.nt. B. Wachter (Peeters/Gatzen). Het op 5 juli 2019 ingediende voorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA)), *Handelingen II* 2018/19, 35249, nr. 2, biedt nieuwe mogelijkheden om massaschade via een dwangakkoord op te lossen. De WHOA is o.a. geïnspireerd door chapter 11 van de Amerikaanse Bankruptcy Code. Chapter 11 is vele malen gebruikt om massaschades af te wikkelen, in het bijzonder asbestschadeclaims.

overeen te komen, of kunnen benadeelden die een vergelijkbare zaak hebben individueel schikken met de verweerder. Ook zou de verweerder de uitspraak in deze zaak of zaken kunnen gebruiken om op basis hiervan (zonder finale kwijting te bedingen) af te rekenen met de benadeelden.¹⁹ In zoverre is er geen groot verschil met de gang van zaken na een uitspraak in een collectieve actie waarin een verklaring voor recht is uitgesproken. Met grote regelmaat worden vorderingen van individuele benadeelden overigens gecombineerd met een collectieve actie van een claimorganisatie.²⁰ Vanuit het perspectief van de eisers heeft dit drie voordelen. Door individuele benadeelden als procespartij te laten optreden krijgen de benadeelden ‘een gezicht’ en kan beter naar voren worden gebracht wat het handelen van de verweerder voor hen heeft betekend. Een tweede voordeel is dat het voor de verweerder minder zin heeft om de ontvankelijkheid van de claimorganisatie in de collectieve actie te betwisten, omdat de procedure van de individuele eisers doorgaat. In de derde plaats biedt het benadeelden een mogelijkheid om in de procedure te participeren, waaraan zij behoefte hebben (zie hierna par. 15.4).

Waar individuele proefprocedures geen aanleiding geven tot grote problemen, is dat anders indien grote aantallen benadeelden individueel procedures tegen één of meer verweerders instellen. Dat is gebeurd in bijvoorbeeld effectenleasezaken. Zowel voordat de Duisenberg-regeling tot stand kwam, die vervolgens verbindend is verklaard door het hof Amsterdam, als daarna hebben duizenden individuele benadeelden vorderingen ingesteld tegen Dexia en andere aanbieders van effectenleaseproducten.²¹ Alleen al de Hoge Raad heeft circa vijftig uitspraken in effectenleasezaken gewezen. Andere geschillen waarin door benadeelden massa individueel is geprocedeerd, hebben betrekking op beleggingsverzekeringen (woekerpolissen) en rentederivaten.

Het individueel procederen in massaschadezaken stelt de rechtspraak voor grote problemen. In de eerste plaats is er een capaciteitsprobleem. Om grote aantallen individuele zaken binnen redelijke tijd te kunnen behandelen moeten organisatorische maatregelen worden getroffen. Zo heeft de rechtbank Amsterdam medio 2004 een Dexia-werkgroep ingesteld,

19 Zo heeft Dexia enige tijd na de hierna te bespreken arresten van de Hoge Raad van 29 april 2011 een groot aantal benadeelden de bedragen betaald waar zij volgens het hof-model (de regels af te leiden uit de hof-arresten van 1 december 2009, die vergeefs in cassatie waren bestreden) minimaal recht op hadden.

20 Zie bijv. de vordering van de FNV en vier individuele eisers tegen Smallsteps. Na de prejudiciële beslissing van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 22 juni 2017, *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg) hebben FNV en Smallsteps een collectieve opt-inschikking bereikt van 11 miljoen euro, waarvan 700 ontslagen werknemers van de gefailleerde voorganger van Smallsteps, Estro Groep, profiteerden. Zie nrc.nl/nieuws/2017/12/21/smallsteps-treft-schikking-van-11-miljoen-euro-met-fnv-a1585775.

21 De Duisenberg-regeling is verbindend verklaard door hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (Dexia). Zie voor een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de effectenleaseaffaire Huls & Van Doorn, 2007. Een bijgewerkte beschrijving van de effectenleaseaffaire biedt Jagtenberg & Voet, 2015.

in hoofdzaak bestaande uit (Amsterdamse) kantonrechters, aangevuld met een lid uit de handelssector, een gerechtssecretaris en administratieve ondersteuning. Deze werkgroep zette zich aan een ordening van de problematiek en ontwierp beslismodules voor de meest voorkomende vragen en geschilpunten.²² Een tweede probleem is het bereiken van rechtseenheid. Omdat wij in Nederland geen precedentenstelsel kennen, kunnen rechters hun eigen plan trekken en op dezelfde (rechts)vragen verschillende antwoorden geven.²³ Dat gebeurde in de effectenlesezaken dan ook volop.²⁴ Om rechtseenheid te creëren heeft de rechtbank Amsterdam vervolgens een drietal richtinggevende uitspraken gedaan, die bekend zijn geworden als ‘het categoriemodel’.²⁵ De rechtbank Amsterdam heeft vervolgens grote aantallen vonnissen gewezen volgens dit model en ging daarmee door, ook nadat het hof diverse van deze uitspraken had vernietigd en de proefprocedure De Treek/Dexia al bij de Hoge Raad aanhangig was.²⁶ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in het De Treek/Dexia-arrest het categoriemodel van de rechtbank Amsterdam naar de prullenbak verwezen. Na het arrest De Treek/Dexia was er nog steeds behoefte aan richtinggevende uitspraken, omdat de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten door de feitenrechter moesten worden uitgewerkt. Op 1 december 2009, binnen een halfjaar na het De Treek/Dexia-arrest, heeft het hof Amsterdam in vier proefprocedures uitspraak gedaan.²⁷ De Hoge Raad heeft de tegen twee van deze uitspraken ingestelde cassatieberoepen verworpen.²⁸ Velen hadden toen de hoop dat op basis van die uitspraken de vele duizenden nog

22 Branbergen, 2008. De Raad voor de rechtspraak heeft in nieuwe massaschadezaken proactief onderzoek laten doen naar het capaciteitsbeslag dat mogelijk op de rechtspraak zal worden gedaan. Zie Marseille, Bröring & De Graaf, 2018a, waarover par. 15.3.11.

23 Veelal spelen in massaschadezaken niet alleen rechtsvragen, maar ook vragen die verweven zijn met waarderungen van feitelijke aard. Dat brengt beperkingen met zich voor de Hoge Raad om rechtseenheid te bieden. Een oplossing daarvoor zou kunnen zijn om de Hoge Raad de bevoegdheid te geven om oordelen van feitelijke aard te toetsen en de toegang tot de Hoge Raad te reguleren via een verlostelsel. Ik heb dat eerder bepleit. Zie Hermans, 2015a.

24 Branbergen, 2008.

25 Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007/151, *JOR* 2007/152 en *JOR* 2007/153, m.nt. J.A. Voerman. De vonnissen werden door de rechtbank tijdens de opt-outperiode van de Duisenberg-regeling (zie hierna par. 15.3.3) met een persbericht aangekondigd, dat inmiddels niet meer op rechtspraak.nl is te vinden. Omdat de uitspraak van de rechtbank veel aantrekkelijker voor benadeelden was dan de door het hof Amsterdam op grond van de WCAM verbindend verklaarde Duisenberg-regeling, heeft dat mede geleid tot 23.947 opt-outverklaringen. Zie over het categoriemodel van de rechtbank Amsterdam o.a. Frenk, 2007; Barendrecht & Van Doorn, 2007.

26 Vgl. Rb. Amsterdam 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE0016: ‘De kantonrechter volgt het standpunt van de hoven op dit punt niet.’ Dit vonnis werd gewezen door de toenmalige voorzitter van het Team Effectenlease van de rechtbank Amsterdam. In totaal wees het Team Effectenlease in die tijd ongeveer 200-300 uitspraken per maand.

27 Hof Amsterdam 1 december 2009, *JOR* 2010/66, m.nt. C.W.M. Lieverse; Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981; Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK49821; Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4983. Deze uitspraken staan bekend als het Hofmodel.

28 HR 29 april 2011, *JOR* 2011/190, m.nt. C.W.M. Lieverse; HR 29 april 2011, *JOR* 2011/227.

resterende geschillen konden worden afgewikkeld.²⁹ Dat is een illusie gebleken. In 2020, negentien jaar na het ontstaan van de effectenlease-affaire, zijn de geschillen nog niet opgelost. Dit voorbeeld illustreert dat het oplossen van massaschadegeschillen door het voeren van individuele procedures problematisch is.

Welke factoren beïnvloeden nu of benadeelden kiezen voor een individuele procedure, een opt-in- of een opt-outprocedure? Van Dijck, Van Doorn en Tzankova hebben dit met een onderzoek onder 335 eerste- en tweedejaars rechtenstudenten empirisch onderzocht.³⁰ Zij hebben gevonden dat de keuze om wel of niet individueel te procederen in belangrijke mate wordt beïnvloed door informatie over hoe anderen handelen. Dat geldt zowel in een opt-outregime (waar meedoen de default-optie is) als in een opt-inregime (waar de benadeelden voor moeten kiezen). Als de benadeelden meer zekerheid hebben over de uitkomst van de procedure, volgen zij minder vaak de default-optie en kiezen zij bijvoorbeeld eerder voor een individuele procedure. De omvang van het nadeel heeft wel invloed op de overwegingen van de benadeelden om al dan niet te procederen, maar niet op hun uiteindelijke beslissing voor een bepaalde procedure. Deze bevindingen zijn buiten de niet-naturalistische setting van een experiment niet empirisch in de praktijk getoetst, maar zijn wel herkenbaar. In de praktijk blijkt dat benadeelden bij hun keuzes in veel gevallen het advies van de claimorganisatie waarbij zij zijn aangesloten volgen, ook waar de belangen van de claimorganisatie en de benadeelden niet parallel lopen. Marseille, Bröring en De Graaf hebben in een enquête onder 177 personen die in het aardbevingsgebied in Groningen wonen en een procedure bij de Arbitrer Bodembeweging hebben gevolgd, gevonden dat aan de stap naar de Arbitrer Bodembeweging in veel gevallen geen bewuste afweging tussen de procedure bij de Arbitrer Bodembeweging en die bij de rechter ten grondslag lag.³¹

Bij mijn weten zijn er geen empirische gegevens bekend over de mate waarin massascha-declains in individuele procedures aan de rechter worden voorgelegd.

15.3.2 *Collectieve actie (voor inwerkingtreding Wamca)*

De collectieve-actieregeling is per 1 juli 1994 in werking getreden.³² Op grond van artikel 3:305a BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvoorde-dering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen,

29 Dit waren niet alleen procedures tegen Dexia van benadeelden die een opt-outverklaring hadden uitgebracht, maar ook procedures tegen andere aanbieders van effectenleaseproducten.

30 Van Dijck et al., 2010.

31 Marseille et al., 2018a, p. 102. Zie hierna par. 15.3.11.

32 Wet van 6 april 1994, *Stb.* 269. Zie over de totstandkoming van deze bepaling Frenk, 1994.

voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Onderscheid kan worden gemaakt tussen ‘groepsacties’ en ‘algemeenbelangacties’. Bij groepsacties gaat het om de behartiging van de gebundelde belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen. Bij algemeenbelangacties gaat het om de behartiging door een rechtspersoon van algemene belangen die niet individualiseerbaar zijn omdat zij toekomen aan een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is.³³ Een vordering in een collectieve actie kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld (art. 3:305a lid 3 BW). Wat wel kan, is het vorderen van een verklaring voor recht (art. 3:302 BW) of het vorderen om iets te doen, na te laten of te dulden (art. 3:296 BW). Een voorbeeld van het laatste is bijvoorbeeld de Urgenda-uitspraak, waarin de rechter de staat heeft bevolen de uitstoot van broeikasgassen voor eind 2020 met 25% te reduceren ten opzichte van 1990.³⁴ Een vordering iets te doen, na te laten of te dulden kan zowel in kort geding als in een bodemprocedure worden ingesteld. Een verklaring voor recht kan alleen in een bodemprocedure worden gevorderd. De vordering kan ook worden ingesteld door een publiekrechtelijke rechtspersoon als de rechtsvordering strekt tot bescherming van de belangen van andere personen, voor zover hem de behandeling van deze vorderingen is toevertrouwd (art. 3:305b BW). Sinds 1 januari 2001 kan een collectieve actie ook worden ingesteld door een buitenlandse consumentenorganisatie of openbaar lichaam dat met het handhaven van consumentenrechten is belast (art. 3:305c BW).³⁵ In 2013 is de regeling van de collectieve actie aangepast.³⁶ De belangrijkste wijziging is een aanscherping van het representativiteitsvereiste van de claimorganisatie in artikel 3:305a lid 2 BW. Daarbij is in de praktijk van belang, maar niet beslissend, of de claimorganisatie voldoet aan de Claimcode.³⁷ Van Mourik en Bauw hebben alle uitspraken waarin naar de Claimcode is verwezen, verzameld en geanalyseerd.³⁸ Zij concluderen op basis van een jurisprudentieonderzoek dat de Claimcode een toenemende rol speelt in de rechtspraktijk, zeker na de aanscherping van het representativiteitsvereiste.

De collectieve actie is een enorm succes, zowel kwantitatief (aantallen zaken) als kwalitatief (onder meer de impact die collectieve acties hebben als katalysator van schikkingen en de

33 Zie bijv. HR 22 mei 2015, NJ 2016/262, m.nt. H.J. Snijders (Staat/Stichting Privacy First c.s.), r.o. 3.3.5.

34 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Staat/Urgenda).

35 Wet van 25 april 2000 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek aan Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1988 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PbEG, L 166), *Stb.* 178. Er is een uitspraak gepubliceerd die is ingesteld door een buitenlandse toezichthouder, Rb. Breda 9 juli 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD6815 (Office of Fair Trading/Best Sales).

36 Wet van 26 juni 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 255.

37 Van Delden et al., 2019. *Deze Claimcode* vervangt de eerdere Claimcode uit 2011. Zie voor een evaluatie van de Claimcode 2011: Bauw & Bruinen, 2013; Bauw & Van der Linden, 2916b.

38 Van Mourik & Bauw, 2019.

maatschappelijke betekenis van rechterlijke bevelen).³⁹ Op rechtspraak.nl waren er per 21 augustus 2020 in 529 individuele zaken uitspraken gepubliceerd.⁴⁰ Omdat dit individuele zaken betreft en in vele zaken ook tussenuitspraken zijn geweest of hoger beroep en casuïstiek is ingesteld, is het totale aantal uitspraken nog aanzienlijk hoger. Tot op heden is slechts beperkt empirisch onderzoek gedaan naar collectieve acties. Tillema heeft onderzoek gedaan naar commerciële motieven in collectieve acties en daarbij de tot en met 2016 op rechtspraak.nl gepubliceerde rechtbankuitspraken geanalyseerd.⁴¹ In 2019 heeft zij haar onderzoek aangevuld met de daarna gepubliceerde uitspraken.⁴² Haar belangrijkste bevindingen zijn de volgende. Vanaf de introductie van de collectieve actie is het aantal jaarlijks door rechtbanken gewezen uitspraken gegroeid. Sinds 2008 stabiliseert het aantal uitspraken zich op ongeveer 25 per jaar. Zij heeft de belangenorganisaties die de procedures aanspannen onderverdeeld in vier groepen: organisaties die een publiek belang behartigen, organisaties die private belangen van 'zwakkere' partijen behartigen, organisaties die private belangen van commerciële partijen behartigen en organisaties die elk voormeld belang behartigen, maar ook een eigenbelang in de uitkomst van de procedure hebben vanwege een resultaatafhankelijke beloning.⁴³ Uit haar onderzoek blijkt dat het aantal collectieve acties waarmee publieke belangen worden behartigd, vrij constant is en niet wordt beïnvloed door de opkomst van de ondernemende belangenbehartiger met een eigenbelang. De meeste collectieve acties worden aangespannen door behartigers van private belangen. Vanaf 2008 stijgt het aantal procedures dat wordt aangespannen door een belangenbehartiger met een eigen commercieel belang. Een tweede bevinding is dat het aantal niet-ontvankelijke vorderingen vrij constant is, ondanks dat het totale aantal vorderingen toeneemt. De verhouding tussen het aantal toegewezen claims en het totale aantal uitspraken in collectieve acties is in deze periode niet significant veranderd.

15.3.3 *Wamca*

De Tweede Kamer heeft op 3 maart 2011 de motie-Dijksma aangenomen, waarin zij de regering vroeg een stappenplan op te stellen om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen.⁴⁴ Achtergrond

39 Als voorbeelden kunnen worden genoemd HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (World Online) en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda).

40 Gelet op de selectiecriteria voor het publiceren van uitspraken op rechtspraak.nl mag men aannemen dat de meeste uitspraken over art. 3:305a BW daarop worden opgenomen. Dit is natuurlijk een veronderstelling waarvan de juistheid niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

41 Tillema, 2016a, 2017.

42 Tillema, 2019b.

43 Het onderscheid tussen deze vier categorieën is niet altijd even scherp. Dit betekent dat Tillema's indeling van collectieve acties in deze vier categorieën onvermijdelijk tot op zekere hoogte subjectief is.

44 *Kamerstukken II* 2010/11, 33000 XIII, nr. 14.

van deze motie was een gevoel dat door het ontbreken van de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen, veroorzakers van massaschade daarmee wegkwamen en de benadeelden met de schade bleven zitten. Of dat gevoel terecht was of niet meer dan een perceptie, is nooit empirisch onderzocht. Hoewel er geen cijfers zijn over het totale aantal bereikte collectieve schikkingen, anders dan onder de WCAM, wordt vrij algemeen beaamd dat er in Nederland relatief veel schikkingen in massaschadezaken tot stand komen, en dat dit op grotere schaal gebeurt dan in (vrijwel alle) andere Europese landen.⁴⁵ Verder staat vast dat de collectieve actie van artikel 3:305a BW op grote schaal wordt gebruikt.⁴⁶ De motie-Dijksma heeft uiteindelijk geleid tot de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca), die op 1 januari 2020 in werking is getreden.⁴⁷ Voor een beschrijving van de Wamca verwijs ik naar de literatuur.⁴⁸ In de Wamca is een nieuw artikel 119a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Kort gezegd komt het erop neer dat het oude collectieve actierecht blijft gelden voor vóór 1 januari 2020 ingestelde procedures en na 1 januari 2020 ingestelde procedures voor zover de rechtsvordering betrekking heeft op een gebeurtenis of gebeurtenissen die heeft of hebben plaatsgevonden voor 15 november 2016. Het oude recht blijft dus nog geruime tijd van toepassing.

Wat de invloed van de Wamca op de afwikkeling van massaschadeclaims zal worden, is, uiteraard, nog niet bekend. Mijn voorspelling is dat collectieve acties na de Wamca minder vaak zullen worden ingesteld. De eerste reden is dat de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties in artikel 3:305a BW aanzienlijk zijn aangescherpt en ook van toepassing zijn op collectieve vorderingen waarin alleen een verklaring voor recht of een gebod, verbod of dulden wordt gevorderd.⁴⁹ Het wordt dus moeilijker voor een belangenorganisatie om een collectieve actie in te stellen. Een tweede reden is dat de procedure complex en tijdrovend is. Een derde punt is dat een belangenorganisatie die een procedure begint, niet zeker weet of hij ook het voortouw in de procedure behoudt. Dat komt omdat indien een belangenorganisatie een collectieve vordering instelt, het instellen daarvan openbaar wordt gemaakt door publicatie in een register. Als binnen drie maanden een andere belangenbehartiger een vergelijkbare vordering instelt, moet de rechter eerst beslissen wie de exclusieve belangenbehartiger in de procedure wordt. Dat betekent dat er concurrentie

45 Vgl. hierover Hermans, 2015a.

46 Zie hiervoor par. 15.3.2.

47 Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), *Stb.* 130.

48 Er bestaat een overvloed aan literatuur. Een goede inleiding tot de Wamca biedt Van Boom, 2019.

49 Zie voor de eisen waaraan de claimorganisatie moet voldoen art. 3:305a lid 2 en 5 BW (nieuw). Deze eisen gelden niet onverkort voor claimorganisaties die een algemeenbelangactie instellen of als het financiële belang bij de vordering die niet strekt tot betaling van schadevergoeding in geld 'zeer beperkt' is. Zie art. 3:305a lid 6 BW (nieuw).

ontstaat tussen de verschillende belangenorganisaties, en dat de oorspronkelijke belangenorganisatie het initiatief in de procedure kan verliezen.⁵⁰ Dat kan een argument zijn om de claims van de gedupeerden op een andere wijze te bundelen dan door een collectieve actie nieuwe stijl. Het lijkt er inderdaad op dat sinds de invoering van de Wamca iets minder collectieve acties worden ingesteld dan voorheen het geval was. Op 21 augustus 2020 waren er tien procedures ingeschreven in het register voor collectieve acties op rechtspraak.nl. In twee zaken vordert de belangenorganisatie schadevergoeding ten behoeve van rechthebbenden. Uiteraard is een periode van 8 maanden na de invoering van de wet te kort om uitspraken over de gevolgen van de Wamca te doen. Het is in ieder geval wenselijk dat de wijzigingen die de Wamca heeft gebracht door middel van empirisch onderzoek grondig worden geëvalueerd.

15.3.4 *Andere wijzen van bundeling van claims*

In de praktijk zijn er diverse alternatieven voor een collectieve actie ontstaan om claims van meerdere benadeelden te bundelen. Achtereenvolgens bespreek ik cessie, volmacht, lastgeving en zaakwaarneming.⁵¹

Benadeelden kunnen hun vordering op één of meer aansprakelijke personen cederen aan een claimorganisatie, die de vordering tegen één of meer verweerders op eigen naam instelt. Dit is de gebruikelijke wijze om vorderingen van ondernemingen in kartelschadezaken te bundelen. Cessie is niet mogelijk als de aard van het recht zich tegen overdracht verzet of de overdraagbaarheid door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar is uitgesloten (art. 3:83 BW). Er zijn ondernemers die het instellen van claims bemoeilijken door in hun algemene voorwaarden te bedingen dat een vordering niet overdraagbaar is.⁵² In veel gevallen treedt de claimorganisatie of een gelieerde partij ook op als procesfinancier. Diverse verweerders hebben het verweer gevoerd dat de cessie in strijd zou zijn met de openbare orde of de goede zeden. Tot op heden met weinig succes.⁵³ Logistiek is de uitvoering van een cessie bij grote aantallen benadeelden niet eenvoudig. Voor de geldigheid van de levering bij een (openbare) cessie is ingevolge artikel 3:94 lid 1 BW mededeling van de akte aan de debiteur vereist. De mededeling, en in voorkomend geval het uittreksel (art. 3:94 lid 4 BW), moet in ieder geval de in de akte vermelde naam van de cedent vermelden,

50 Zie voor de procedure art. 1018c-e Rv (nieuw).

51 Frenk, 2003, p. 1418-1423; Van Eekhout, 2019.

52 Vgl. Rb. Oost-Brabant 29 augustus 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5010, die een dergelijk beding niet onredelijk bezwarend acht in de zin van art. 6:233 aanhef en sub a BW.

53 Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (claimorganisatie zou geen verhaal bieden voor proceskostenveroordeling); Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:BRAMS:2017:6607 (koop-prijsvordering afhankelijk van uitkomst procedure); Tillema, 2014.

ook ingeval het om een zeer groot aantal over te dragen vorderingen gaat.⁵⁴ Bij mijn weten zijn er geen empirische gegevens beschikbaar waaruit blijkt hoe vaak claimorganisaties gebruikmaken van het cessiemodel om claims te bundelen.

Bundeling van procedures is ook mogelijk indien de benadeelden de claimorganisatie een volmacht verstrekken om op eigen naam namens de benadeelden een procedure in te stellen (art. 3:60 BW).⁵⁵ In dat geval treedt de claimorganisatie op als formele procespartij en treden de benadeelden op als materiële procespartijen. Het gevolg daarvan is dat niet de gevolmachtigde maar de volmachtgevers worden gebonden aan de proceshandelingen van de gevolmachtigde en de proces- en geschilbeslissingen van de rechter.⁵⁶ Om die reden zal de claimorganisatie bij aanvang van de procedure moeten aangeven namens welke benadeelden zij optreedt.⁵⁷ Dat betekent dat de claimorganisatie niet hangende de procedure namens andere benadeelden kan gaan optreden. De verweerder kan bewijs van het bestaan van de volmacht verlangen (art. 3:71 BW). Om die reden is de logistieke rompslomp van het volmachtmodel niet minder dan bij gebruik van het cessiemodel. Uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt dat in de praktijk het volmachtmodel nauwelijks meer wordt gebruikt.

Een derde mogelijkheid om vorderingen te bundelen is door gebruik te maken van lastgeving. Op grond van artikel 7:414 BW kunnen benadeelden een claimorganisatie de last geven op eigen naam, maar voor rekening van de benadeelden, een rechtsvordering in te stellen. Een dergelijke last wordt ook wel cessie ter incasso genoemd.⁵⁸ In de procedure is de claimorganisatie de formele procespartij, die optreedt als middellijke vertegenwoordiger van de benadeelden.⁵⁹ Uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt dat tot op heden het lastgevingsmodel in massaschadezaken evenmin weinig wordt gebruikt.⁶⁰

Een laatste mogelijkheid voor bundeling is zaakwaarneming (art. 6:198 BW). Zaakwaarneming wordt in de praktijk niet gebruikt als methode om vorderingen te bundelen, maar claimorganisaties willen nog wel eens subsidiair een beroep op zaakwaarneming doen als reactie op een verweer tegen de geldigheid of effectiviteit van de wijze waarop zij vorderingen van de benadeelden hebben gebundeld. Dit is dan een strohalm om aan niet-ontvankelijkheid te ontkomen.

54 HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (World Online), r.o. 4.4.1-4.4.2.

55 Zie bijv. HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/699, m.nt. J.J.M. Maeijer, (bestuurders Heino Krause/Sobi).

56 Asser, 1999, p. 494.

57 HR 2 april 1993, *NJ* 1993/573, m.nt. D.W.F. Verkade (NVPI/Snelleman), r.o. 4.3.

58 Met dien verstande dat het een vraag van uitleg van de akte is of lastgeving dan wel cessie is beoogd. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/359.

59 Zie hierover Asser, 1999, p. 495-502.

60 Een voorbeeld is te vinden in Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618 (NAM/Stichting Waardevermeerdering door Aardbevingen Groningen), r.o. 6.8.

15.3.5 *Bundeling van collectieve acties in arbitrage*

In de literatuur is de vraag aan de orde gesteld of het mogelijk is een collectieve actie in arbitrage in te stellen. Van Zelst en Ten Brink betogen dat dit mogelijk zou moeten zijn.⁶¹ Onder het voor de Wamca geldende recht kan ik mij dat inderdaad voorstellen, maar voor procedures waarop de Wamca van toepassing is, lijkt dit niet langer mogelijk nu de regeling van de artikelen 1018b-1018m van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) allerlei bepalingen bevat die niet in een arbitrageprocedure kunnen worden toegepast. Het is in ieder geval ook nooit geprobeerd.

15.3.6 *Opt-outschikkingen (WCAM)*

De Wet collectieve afwikkeling massaschade is op 27 juli 2005 in werking getreden en in 2013 gewijzigd.⁶² De WCAM geeft de bevoegdheid om de rechter te verzoeken een overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling verbindend te verklaren voor de gehele groep benadeelden. De overeenkomst dient gesloten te worden tussen één of meer partijen die zich hebben verbonden de schade te vergoeden en één of meer stichtingen of verenigingen die ingevolge hun statuten de belangen van de betrokken benadeelden behartigen. Het verzoek tot verbindendverklaring moet door deze partijen gezamenlijk worden gedaan. Artikel 7:907 lid 3 BW bepaalt limitatief op welke gronden de rechter het verzoek kan afwijzen. De belangrijkste afwijzingsgrond is dat de rechter moet toetsen of de overeengekomen vergoedingen in de overeenkomst redelijk zijn. Tot op heden heeft de bevoegde rechter, hof Amsterdam, negen overeenkomsten tot collectieve schadevaststelling verbindend verklaard en geen verzoek tot verbindendverklaring afgewezen. Twee schikkingen hadden betrekking op productaansprakelijkheid (DES en DES II),⁶³ vier op aansprakelijkheid wegens niet-tijdige publicatie van koersgevoelige informatie (Shell, Vedior, Converium

61 Van Zelst & Ten Brink, 2019.

62 Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 340. De WCAM is gewijzigd bij wet van 26 juni 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 255.

63 Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461 (DES); Hof Amsterdam 24 juni 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:2371* (DES II).

en Ageas (Fortis)),⁶⁴ twee op gebrekkige financiële producten (Dexia en DSB)⁶⁵ en één op onvoldoende toezicht op een gefailleerde verzekeringsmaatschappij (Vie d'Or).⁶⁶ In tabel 15.1 heb ik per schikking opgenomen wat het schikkingsbedrag is, hoeveel gerechtigden tot de schikking er (ongeveer) waren en, indien bekend, wat het aantal opt-outs is.⁶⁷

	Schikkingsbedrag	Aantal gerechtigden	Aantal opt-outs
DES	€ 38 miljoen	ca. 17.000	Onbekend
Dexia	> € 1 miljard	ca. 255.000	23.947
Vie d'Or	€ 45 miljoen	ca. 11.000	0
Shell	US \$ 352,6 miljoen	ca. 500.000	Onbekend
Vedior	€ 4,25 miljoen	ca. 2.000	Onbekend
Converium	US \$ 58,4 miljoen	ca. 12.000	Onbekend
DES II	€ 20,5 miljoen	219	Onbekend
DSB Bank	€ 324 miljoen*	43.376**	297
Ageas (Fortis)	€ 1,3 miljard	ca. 290.000***	ca. 250****

* Dit bedrag is inclusief de compensatie die curatoren aan benadeelden hebben betaald die vóór de verbindend-verklaring al een opt-inverklaring hadden ondertekend, maar exclusief uitvoeringskosten (onbekend) en de aan de belangenorganisaties betaalde bedragen (3,708 miljoen euro). Zie 32e openbaar faillissementsverslag van de curatoren van DSB Bank N.V. d.d. 29 juli 2016, dsbbank.nl.

** Aantal gerechtigden dat een verzoek om compensatie heeft gedaan. Zie bijlage 1 bij 29e openbaar faillissementsverslag van de curatoren van DSB Bank N.V. d.d. 4 december 2015, dsbbank.nl.

*** Het Financieele Dagblad 7 augustus 2019.

**** Het Financieele Dagblad 7 augustus 2019.

Gezien het aantal bereikte schikkingen, de grote aantallen benadeelden en de betaalde schikkingsbedragen wordt de WCAM beschouwd als een succes. Er is wel een aantal kanttekeningen. De procedure duurt vrij lang (doorgaans één tot twee jaar) en de kosten zijn hoog, vooral door de wijze van oproepen van alle benadeelden die, als zij geen opt-outverklaring afleggen, aan de schikking zijn gebonden.⁶⁸ Het blijft moeilijk te voorspellen

64 Hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197, m.nt. A.F.J.A. Leijten (Shell); Hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (Vedior); Hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, m.nt. B.J. de Jong (Converium); Hof Amsterdam 16 juni 2017, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann; Hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (Ageas (Fortis)).

65 Hof Amsterdam 2 juni 2006, *JOR* 2006/216; Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (Dexia).

66 Hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/197, m.nt. A.F.J.A. Leijten (Vie d'Or). Het schikkingsfonds in deze zaak is betaald door de accountant en actuaaris van Vie d'Or en De Nederlandsche Bank (rechtsopvolger van de Verzekeringskamer) als toezichthouder.

67 Tzankova & Hensler, 2013; Tillema, 2016b. Ik heb hun gegevens aangevuld en waar mogelijk nader gespecificeerd met gegevens die ik in mijn voormalige praktijk als advocaat heb verzameld.

68 Lusingh Scheurleer, 2013. Enkele empirische gegevens over de kosten van de afwikkeling van massaschadezaken zijn te vinden in Tzankova, 2017, p. 112-113.

hoeveel benadeelden een beroep op de regeling zullen doen, hetgeen voor de partijen bij de schikking een factor van onzekerheid is die de totstandkoming daarvan kan bemoeilijken. In de Ageas (Fortis)-zaak hebben zich aanzienlijk meer benadeelden voor compensatie aangemeld dan partijen hadden verwacht, hetgeen zal leiden tot een lagere uitkering aan benadeelden dan waarvan partijen aanvankelijk uitgingen.⁶⁹ Een ander aandachtspunt, en zorg bij praktijkjuristen, is dat het hof Amsterdam in de laatste twee zaken, DSB Bank en Ageas (Fortis), in een tussenuitspraak heeft aangegeven de schikking in de voorgelegde vorm niet te kunnen goedkeuren. Dat heeft geleid tot aangepaste overeenkomsten, die voor de partij(en) die zich tot betaling heeft (hebben) verplicht kostbaarder waren. Omdat, als eenmaal een schikking is overeengekomen, de aangesproken partij publicitair gezien moeilijk meer terug kan en de extra kosten zal moeten betalen, rijst de vraag of in de toekomst partijen nog zo happig zijn om een bereikte schikking verbindend te laten verklaren. En zelfs al zou dat wel het geval zijn, rijst de vraag of de partij of partijen die moeten betalen niet rekening gaan houden met de mogelijkheid dat het hof hen 'dwingt' om meer te betalen en daarom in de onderhandelingen niet het achterste van hun tong laten zien. Dat zou kunnen leiden tot inefficiënte schikkingen. Verder valt natuurlijk te bezien wat het effect van de Wamca op de schikkingspraktijk zal worden.⁷⁰

Voor de goede orde vermeld ik dat er in de Ahold-zaak een opt-outschikking in een collectieve procedure van de gedupeerde aandeelhouders is bereikt die door de Amerikaanse federale rechter verbindend is verklaard. De rechtbank Amsterdam heeft vanwege de overeenkomsten tussen deze Amerikaanse *class action settlement* en de WCAM beslist dat benadeelde beleggers die geen opt-outverklaring in de Verenigde Staten hadden uitgebracht, in Nederland aan de schikking waren gebonden.⁷¹ In 2016 heeft de rechtbank nog een vordering van een aandeelhouder die een opt-outverklaring had afgelegd, afgewezen.⁷²

15.3.7 *Opt-inschikkingen*

Opt-inschikkingen zijn schikkingen waarin iedere benadeelde die aan de voorwaarden voldoet om aanspraak te maken op compensatie, kan toetreden. Deze komen in twee varianten voor. De eerste variant is dat een claimorganisatie een schikking sluit met één of meer aansprakelijk gestelde partijen die openstaat voor alle benadeelden. De tweede variant is dat de claimorganisatie een collectieve schikking bereikt met één of meer aansprakelijk gestelde partijen die alleen openstaat voor de eigen achterban. Het voordeel van

69 Het Financieele Dagblad 7 augustus 2019.

70 Zie hierover Hermans, 2020.

71 Rb. Amsterdam 23 juni 2010, *JOR* 2010/225, m.nt. I.N. Tzankova (Sobi/Deloitte c.s.).

72 Rb. Amsterdam 20 april 2016, *Ondernemingsrecht* 2017/45, m.nt. E.V.A. Eijkelenboom en A.C.W. Pijls.

de eerste variant is dat het in de praktijk maar weinig voorkomt dat benadeelden nog zelf gaan procederen. De partij die de schikking betaalt, heeft een redelijke zekerheid dat zij finaliteit bereikt.⁷³ Het aantal benadeelden dat daadwerkelijk een claim zal indienen, is echter groter, en soms zelfs aanzienlijk groter, dan bij een schikking met alleen de achterban van de claimorganisatie. Bij een vast schikkingsbedrag zal het bedrag dat een individuele benadeelde ontvangt daarom kleiner zijn dan bij een schikking met alleen de achterban van de claimorganisatie. Om die reden geeft een claimorganisatie soms de voorkeur aan een schikking voor alleen de eigen achterban, omdat dat de enige mogelijke schikking is waarbij er nog een redelijke compensatie voor de gedupeerden overblijft. Bovendien is in dat geval het aantal benadeelden dat daadwerkelijk een vordering zal indienen, veel beter in te schatten.⁷⁴

Omdat de rechter geen rol speelt bij opt-inschikkingen, zijn daarover geen gegevens te vinden op rechtspraak.nl. Er is geen database waarin wordt bijgehouden hoeveel opt-inschikkingen worden gesloten, of de schikking openstaat voor alle benadeelden of alleen de eigen achterban, wat het schikkingsbedrag is en hoeveel benadeelden daadwerkelijk claimen. Pheijffer en Zetteler hebben in 2019 een overzicht gepubliceerd van de schikkingspraktijk bij financieel-economische fraude, waarin zij ook een overzicht hebben opgenomen van schikkingen met belangengroepen en curatoren, waarbij er dus aan gedupeerden of, in geval van faillissement, crediteuren (na omslag van de algemene faillissementskosten) compensatie is betaald.⁷⁵ Dit overzicht is echter niet volledig, nog afgezien van het feit dat het slechts betrekking heeft op een bepaald type massaschade, namelijk schade door financieel-economische fraude.

Het ontbreken van empirische gegevens is een probleem voor zowel de wetenschap als beleidsmakers en de rechtspraktijk. In de praktijk monden veel collectieve acties uiteindelijk uit in een opt-inschikking, maar hoe vaak dat gebeurt is onbekend.⁷⁶ Het totale aantal schikkingen bedraagt een veelvoud van het aantal opt-outschikkingen. Alleen al de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) heeft de afgelopen decennia enkele tientallen opt-inschikkingen gesloten. Evenmin is bekend hoeveel benadeelden daadwerkelijk een claim indienen. Dat is problematisch, omdat onzekerheid over het aantal benadeelden dat zal claimen de totstandkoming van schikkingen bemoeilijkt.⁷⁷

73 Zie over het belang van finaliteit voor de schikkingspraktijk Hermans, 2015a, p. 368-374.

74 Vgl. Hermans, 2018.

75 Pheijffer & Zettler, 2019.

76 Een voorbeeld van een opt-inschikking die tot is stand gekomen na een collectieve actie, is die tussen VEB en World Online (na HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. Du Perron (World Online)).

77 Hermans, 2018.

15.3.8 *Geschillencommissies*

Benadeelde consumenten kunnen een claim indienen bij verschillende geschillencommissies voor consumentenzaken. Er zijn ook geschillencommissies waar kleinzakelijke klanten terecht kunnen. Indien benadeelden op grote schaal vergelijkbare claims indienen, kunnen de geschillencommissies, net als de burgerlijke rechter dat kan, met een geval van massaschade worden geconfronteerd.

Geschilbeslechting door een geschillencommissie is een vorm van alternatieve geschilbeslechting, doorgaans aangeduid met de Engelse naam *Alternative Dispute Resolution*, oftewel ADR. Deze vorm van geschilbeslechting heeft zich in eerste instantie buitenwettelijk ontwikkeld, maar heeft de laatste jaren in vele gevallen een wettelijke basis. Relevant is in de eerste plaats de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumentenzaken (hierna: de Implementatiewet).⁷⁸ Door deze wet is de Europese richtlijn Buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten geïmplementeerd.⁷⁹ Tegelijk met deze richtlijn is de Europese verordening 'Online'-geschillenbeslechting consumentenzaken (hierna: de Verordening) tot stand gebracht.⁸⁰ Vóór de inwerkingtreding van de Implementatiewet en de Verordening waren de algemene eisen voor ADR in consumentenzaken niet wettelijk geregeld.

De belangrijkste Nederlandse ADR-instanties voor consumentenzaken zijn de Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken (SGC),⁸¹ de stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid)⁸² en de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen (SKGZ).⁸³ In beginsel zijn ondernemers vrij om zich al dan niet bij een geschillencommissie aan te sluiten. Dat biedt ondernemers de mogelijkheid om zich positief te onderscheiden van andere ondernemers. Bij gebreke daarvan zal het belang van deelname aan

78 Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG en uitvoering van de Verordening (EU) nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende online beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten), *Stb.* 160, in werking getreden op 9 juli 2015. Zie hierover Van Hoppe, 2015.

79 Richtlijn 2013/11 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (*PbEU L* 165/53).

80 Verordening 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende 'online' beslechting van consumentengeschillen (*PbEU L* 165/1).

81 degeschillencommissie.nl.

82 kifid.nl.

83 skgz.nl.

en financiering van de geschillencommissie mogelijk verminderen.⁸⁴ Voor sommige sectoren is aansluiting bij een geschilleninstantie echter verplicht. Dit is het geval voor financiële ondernemingen (art. 4:17 Wet op het financieel toezicht) en zorgaanbieders (art. 18 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg). In dat geval moet de geschilleninstantie door de minister zijn erkend.⁸⁵

De SGC werkt onder de naam ‘De Geschillencommissie’ samen met de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (SGB). Onder deze stichting vallen 81 verschillende commissies, die allemaal klachten behandelen tussen aanbieders van producten en diensten en de klanten/cliënten van die aanbieders.⁸⁶ De SGB beoordeelt ook klachten en geschillen die samenhangen met verenigingsregelingen en de handhaving van tuchtrecht. Geschillencommissies kunnen geschillen beslechten door het geven van een bindend advies. In sommige gevallen kunnen partijen de geschillencommissie vragen om een niet-bindend advies. Een belangrijk voordeel van het inschakelen van een geschillencommissie aangesloten bij de SGC is dat de brancheorganisatie die bij de totstandkoming van de geschillencommissie is betrokken, haar leden de verplichting oplegt tot deelname aan de SGC én zich verplicht tot het opleggen van een nakomingsgarantie. Deze garantie houdt in dat bij een ‘onwillige’ ondernemer de brancheorganisatie jegens de consument de uitspraak nakomt. De brancheorganisatie verhaalt de kosten vervolgens op de ondernemer.⁸⁷

Naast consumenten kunnen sinds 1 juli 2018 ook kleinzakelijke ondernemers bij het Kifid terecht voor klachten. Het loket kleinzakelijke financiering is sinds 1 juli 2018 open en behandelt klachten van kleinzakelijke ondernemers over hun zakelijke financiering met een bank of andere financier. Dit gebeurt op verzoek van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en komt voort uit de Gedragscode Kleinzakelijke Financiering.⁸⁸ Sinds 1 juli 2019 is het loket alternatieve financiering open. Kleinzakelijke ondernemers kunnen hier terecht met een klacht over hun alternatieve financiering door financiers die de Gedragscode MKB Financiers hebben ondertekend.⁸⁹ Het klachtenloket alternatieve financiering is tot stand gekomen op initiatief van de Stichting MKB Financiering. Het tijdelijke loket rentederivaten is sinds 26 januari 2015 open voor de behandeling van

84 Van Hoppe, 2015, p. 1005.

85 De minister van Financiën heeft o.m. het Kifid als geschilleninstantie aangewezen. Een lijst van door de minister van Volksgezondheid erkende geschilleninstanties is te vinden op geschilleninstanties-zorg.nl/erkende-instanties.

86 degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies.

87 Van Hoppe, 2015, p. 1003.

88 nvb.nl/themas/ondernemen-financieren/gedragscode-kleinzakelijke-financiering.

89 stichtingmkbfinanciering.nl/gedragscode.

klachten tussen kleinzakelijke ondernemers en banken over rentederivaten. Dit gebeurde op verzoek van de NVB.⁹⁰

Om het belang van de diverse geschilleninstanties te illustreren vermeld ik enkele gegevens over de aantallen ingediende klachten. De SGC verstrekt deze cijfers per cluster. Uit de gepubliceerde cijfers blijkt niet hoeveel zaken betrekking hebben op procedures tegen dezelfde verweerder en waaraan een vergelijkbaar feitencomplex ten grondslag ligt, en of deze dus binnen de definitie van collectief herstel vallen die ik in paragraaf 15.2 heb geformuleerd. Het ligt echter voor de hand dat er meerdere klachten zijn die hieronder vallen. Bij de geschillencommissies voor consumentenzaken werden in 2019 4272 geschillen ingediend. In totaal behandelden deze geschillencommissies 5599 zaken.⁹¹ Het klachtenloket kinderopvang behandelde in 2019 392 zaken en het klachtenloket zorg 40 klachten.⁹² Het Kifid heeft in 2019 in totaal 3412 klachten inhoudelijk behandeld en afgerond. In 1973 klachtzaken is het gelukt met inzet van bemiddeling en schikking een oplossing te vinden. In 1290 klachtzaken is een uitspraak gedaan.⁹³ De SKGZ biedt twee typen van ADR: bemiddeling en, al dan niet bindend, advies. De Ombudsman Zorgverzekeringen heeft in 2019 in 2663 dossiers bemiddeld. Bij de Geschillencommissie Zorgverzekeringen zijn in 2019 348 dossiers ontvangen en zijn er 302 verwerkt.⁹⁴

De verschillende geschilleninstanties beschikken ook over een databank waarin uitspraken zijn opgenomen. In de databank van het Kifid zaten op 21 augustus 2020 7558 uitspraken, de databank van De Geschillencommissie telde op die datum 4825 uitspraken, en in het uitsprakenregister van de SKGZ telde 6930 (bindende) adviezen van de Geschillencommissie Zorgverzekeringen. Voor zover mij bekend, heeft er geen empirisch onderzoek plaatsgevonden naar deze uitspraken.

Hodges en Voet wijzen erop dat algemene ADR-instanties niet in staat zijn massaschadezaken op te lossen, omdat deze instanties niet ontworpen zijn om individuele zaken geaggregeerd te behandelen. Uit hun empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat *consumer ombudsmen schemes* die mogelijkheid wel hebben. Daarvoor is nodig dat de ADR-instantie (a) een procedure heeft voor de behandeling van grote aantallen vergelijkbare

90 kifid.nl/rentederivaten.

91 Het aantal behandelde zaken is groter dan het aantal nieuw ingediende zaken doordat de geschillencommissies de voorraad nog niet afgehandelde zaken hebben weten terug te brengen.

92 Zie het jaarverslag 2019 van de SGC: [samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2019](https://www.samenwerkenaankwaliteit.nl/jaarverslag-2019). Dit jaarverslag bevat nog meer interessante data, zoals de gemiddelde doorlooptijd van de behandeling van een klacht.

93 Het totale aantal bij het Kifid in 2019 ingediende klachten bedroeg 4550. Zie jaarverslag 2019 van het Kifid: jaarverslag.kifid.nl/klachten-in-cijfers.

94 skgz.nl/over-skgz/feiten-en-cijfers.

klachten (bijv. door het eerst behandelen van voorvragen en het beslissen van geschilpunten die iedere keer terugkomen, terwijl in afwachting daarvan andere zaken kunnen worden aangehouden), en (b) gestructureerd feedback geeft over de aldus genomen beslissingen aan ondernemers, consumenten, toezichthouders en andere belanghebbenden.⁹⁵ Het idee is dat alle betrokkenen dan weten waar zij aan toe zijn en hun toekomstig gedrag daarop kunnen afstemmen. Deze observatie onderschrijf ik, zij het dat mijns inziens nog aan een derde voorwaarde moet worden voldaan, en dat is dat de individuele leden die deel uitmaken van de geschillencommissies bereid zijn eerdere uitspraken als precedent te beschouwen, waarvan zij in beginsel niet mogen afwijken. De belangrijkste Nederlandse ADR-instanties, de SGC, het Kifid en de SKGZ, zijn mijns inziens nog niet volledig te beschouwen als *consumer ombudsmen*, maar hebben het wel in zich om zich daartoe te ontwikkelen als zij zorgen voor meer consistentie in de uitspraken en door meer voorlichting te geven over de zaakoverschrijdende lessen die daaruit kunnen worden getrokken.⁹⁶

15.3.9 *Ad hoc ADR-instanties*

Om gevallen van massaschade op te lossen worden soms ook ad hoc ADR-instanties in het leven geroepen. Onderscheid kan worden gemaakt tussen ADR-instanties die bemiddelen en ADR-instanties die kunnen beslissen. Een voorbeeld van de eerste is het Instituut Asbestslachtoffers, dat bemiddelt tussen zieke werknemers en hun (voormalige) werkgevers.⁹⁷ Een voorbeeld van een ADR-instantie die besliste, was de (inmiddels ontbonden) Stichting Beheer & Toezicht inzake seksueel misbruik in de R.-K. Kerk in Nederland (Stichting B&T). De statutaire doelstelling van Stichting B&T was het ten behoeve van personen die zich in verband met een ervaring van seksueel misbruik binnen de r.-k. kerk in Nederland tot de stichting hadden gewend, toezicht houden op en/of financieren van het verwerken van de meldingen, het doorverwijzen naar adequate hulpverlening, het behandelen van klachten en het verstrekken van schadevergoedingen. Voor de behandeling van klachten had Stichting B&T een klachtencommissie ingesteld, genaamd de Klachtencommissie voor seksueel misbruik in de R.-K. Kerk (hierna: de Klachtencommissie). De Klachtencommissie had een Procedure Klachtencommissie Seksueel Misbruik in de R.-K. Kerk vastgesteld. In totaal hebben zich 3712 mensen bij Stichting B&T gemeld. Niet iedereen heeft ook een klacht ingediend. De Klachtencommissie heeft in 1002 zaken, 68% van het totaal, een gehele of gedeeltelijke gegrondverklaring uitgesproken. In 318 zaken (22%) werd de klacht niet-gegrond beoordeeld, veelal door een gebrek aan steunbewijs.

⁹⁵ Hodges & Voet, 2018, p. 211-212; zie voorts Bauw & Van der Linden, 2016a.

⁹⁶ Het Kifid heeft het voornemen om meer voorlichting te gaan geven. Zie het interview met de voorzitter van het Kifid, R. Pans, in het jaarverslag 2018: jaarverslag.kifid.nl/flinke-slagen-gemaakt-in-2018.

⁹⁷ asbestslachtoffers.nl.

Verder zijn 113 klachten niet-ontvankelijk verklaard, verklaarde de Klachtencommissie zich in 20 zaken onbevoegd en zijn 13 zaken geschikt.⁹⁸ Er zijn in totaal 1237 uitspraken van de Klachtencommissie gepubliceerd op de website van Stichting B&T: meldpuntmisbruikrkk.nl. Deze zijn en blijven beschikbaar voor wetenschappelijk onderzoek.⁹⁹ Door de Klachtencommissie is in totaal ruim 30 miljoen euro compensatie aan slachtoffers toegekend.¹⁰⁰ De hoogte van de toegekende compensatie was telkens afhankelijk van de ernst van het misbruik. De Klachtencommissie heeft daarbij gebruikgemaakt van een advies daarover van de commissie-Lindenbergh, met een daarin opgenomen categorie-indeling.¹⁰¹ Van Dijk heeft onderzocht wat de klagers beoogden met het indienen van een klacht, of wat zij bereikten overeenstemde met hun doelstellingen, en in hoeverre een niet-financiële tegemoetkoming (excuus, erkenning van het overkomen leed, en tegen individuen genomen maatregelen) daaraan heeft bijgedragen.¹⁰² Een eerste uitkomst van zijn onderzoek is dat de geschilbeslechtters geregeld overgingen tot het adviseren van niet-financiële compensatie, zoals excuses en erkenning. Deze vaststelling is belangrijk, omdat zij laat zien dat er een zekere bereidheid bestaat bij geschilbeslechtters om niet-financiële remedies te betrekken in hun beslissingen. Eerder onderzoek op bijvoorbeeld het gebied van opgelegde excuses laat zien dat geschilbeslechtters terughoudend zijn om gevorderde excuses toe te wijzen. Een andere opvallende bevinding is de mismatch tussen wat klagers zochten en wat de geschilbeslechtters adviseerden. Klagers die bijvoorbeeld erkenning wensten, hadden geen grotere kans op een advies van de geschilbeslechtters aan de gedaagde om het leed en/of misbruik te erkennen. Klagers kregen dan ook vaak niet wat zij zochten, maar geregeld wel iets anders. Alleen het zoeken naar excuses vergrootte de kans dat de geschilbeslechtters de gedaagde zouden adviseren om excuses aan te bieden.

Bij de uitvoering van de klachtenregeling heeft het belang van de slachtoffers vooropgestaan. Dit kwam onder meer tot uitdrukking in het feit dat verjaring en het overleden zijn van de vermoedelijke dader geen beletsel waren de klacht af te wijzen en dat de Klachtencommissie een lage bewijsdrempel hanteerde: voldoende was dat de klacht aannemelijk was.¹⁰³ Als de klagers zich tot de burgerlijke rechter hadden moeten wenden, was dit resultaat

98 De vermelde gegevens zijn ontleend aan Meldpunt Seksueel Misbruik R.-K. Kerk in Nederland, *Verslag van werkzaamheden 2011-2018*: meldpuntmisbruikrkk.nl.

99 Het belang hiervan kan nauwelijks worden onderschat. Het doen van empirisch onderzoek naar de afwikkeling van massaschade wordt bemoeilijkt doordat er weinig data beschikbaar zijn en, waar deze via het internet beschikbaar zijn, na afwikkeling van het geschil weer offline worden gehaald.

100 Meldpunt Seksueel Misbruik R.-K. Kerk in Nederland, *Verslag van werkzaamheden 2011-2018*.

101 Het advies van de commissie-Lindenbergh is te raadplegen op rkkkerk.nl/dossiers/dossier-misbruik.

102 Van Dijk, 2018a, 2018b.

103 Sanders, 2014. Vgl. over de gehanteerde bewijsdrempel ook de annotatie van R.M. Hermans bij Rb. Gelderland 18 april 2018, *JBPr* 2018/38 (Stichting Sint Jan voor eerlijk proces/Stichting B&T).

waarschijnlijk niet behaald.¹⁰⁴ De klachtenregeling heeft grosso modo voldaan aan de verwachtingen van de slachtoffers.¹⁰⁵ Dat laat zien dat klachtafwikkeling door een ADR-instansie voordelen kan hebben boven geschilbeslechting door de burgerlijke rechter. Voor de verweerder geldt hetzelfde. De rooms-katholieke kerk heeft in Nederland in een relatief korte periode de klachten kunnen afwikkelen, terwijl dat in andere landen, die geen gebruik hebben gemaakt van ADR, niet het geval is.¹⁰⁶

Seksueel misbruik heeft niet alleen in kerken plaatsgevonden, maar ook in de jeugdzorg.¹⁰⁷ Deze klachten zijn onderzocht door de commissie-Samson, die tot schokkende resultaten kwam.¹⁰⁸ Naar aanleiding van dat onderzoek zijn twee regelingen getroffen om te voorzien in erkenning van en financiële genoegdoening aan slachtoffers van misbruik in residentiële jeugdzorginstellingen en pleeggezinnen: de Tijdelijke Regeling uitkeringen seksueel misbruik minderjarigen in instellingen en pleeggezinnen (hierna: de Tijdelijke Regeling) en het Statuut voor de buitengerechtelijke afhandeling van civiele vorderingen tot schadevergoeding in verband met seksueel misbruik van minderjarigen in jeugdzorginstellingen en pleeggezinnen (hierna: het Statuut). Beide regelingen zijn niet uitgevoerd door een ad hoc ADR-instelling, maar door het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Het doel van de Tijdelijke Regeling was om slachtoffers van seksueel misbruik die niemand (meer) civielrechtelijk konden of wilden aanspreken, met een beperkte tegemoetkoming van overheidswege erkenning te bieden voor het leed dat hun is aangedaan. Het uit te keren bedrag voor zowel vermogensschade als immateriële schade varieerde van 1000 tot 35.000 euro per persoon. In totaal zijn 654 aanvragen ingediend, waarvan er 524 tot een tegemoetkoming hebben geleid. Het totaal onder de Tijdelijke Regeling uitgekeerde bedrag is ruim 5,5 miljoen euro. Het Statuut was meer geschoeid op civielrechtelijke aansprakelijkheid: de individuele jeugdzorginstellingen die zich door ondertekening aan de Tijdelijke Regeling hadden verbonden, konden door het slachtoffer via de Commissie Statuut worden aangesproken en dienden bij toewijzing van de schadevergoeding het bedrag uit eigen middelen te voldoen. De grondslag voor de schadevergoeding was aansprakelijkheid van de instelling of haar rechtsvoorganger. Het maximaal toe te kennen bedrag was 100.000 euro. Voor de Statuut-

104 R.M. Hermans, annotatie bij Rb. Gelderland 18 april 2018, *JBPr* 2018/38 (Stichting Sint Jan voor eerlijk proces/Stichting B&T).

105 Meldpunt Seksueel Misbruik R.-K. Kerk in Nederland, *Verslag van werkzaamheden 2011-2018*, p. 9. Dat is niet zonder meer in tegenspraak met de bevindingen van Van Dijk (2018a, 2018b). Van Dijk heeft onderzocht of de ex ante doelstellingen van de slachtoffers (hun doelstellingen ten tijde van de indiening van de klacht) door de klachtbehandeling zijn gerealiseerd. Het feit dat deze ex ante verwachtingen niet of niet volledig zijn waargemaakt, wil niet zeggen dat de slachtoffers ex post ontevreden waren.

106 R.M. Hermans, annotatie bij Rb. Gelderland 18 april 2018, *JBPr* 2018/38 (Stichting Sint Jan voor eerlijk proces/Stichting B&T).

107 Navolgende paragraaf is ontleend aan Goossens, Lindenbergh, Van Nijnatten & Olff, 2019.

108 Commissie-Samson, *Omringd door zorg, toch niet veilig: Seksueel misbruik van door de overheid uit huis geplaatste kinderen, 1945 tot heden*, rapport 8 oktober 2012.

regeling zijn in totaal 270 aanvragen ingediend, waarvan er 134 gegrond zijn verklaard. Het totale toegekende bedrag is ruim 5,7 miljoen euro. Goossens et al. hebben de uitvoering van de regelingen geëvalueerd. Hun evaluatie is gedeeltelijk gebaseerd op een WODC-onderzoek, uitgevoerd door Cebeon.¹⁰⁹ Zij zijn niet onverdeeld positief.¹¹⁰ Het bieden van erkenning door middel van de uitvoering van financiële regelingen bleek geen eenvoudige opgave. Het achterhalen van de feiten was door het tijdsverloop en het niet meer beschikbaar zijn van dossiers moeilijk. Indien de aanvraag ongegrond werd verklaard omdat het misbruik of de feitelijke wetenschap bij de verantwoordelijke instelling onvoldoende aanneemelijk kon worden gemaakt, kon dat bij aanvragers het gevoel brengen opnieuw in de steek te worden gelaten door de overheid en de instellingen. Sommige aanvragers ervoeren de schaalindeling voor compensatie als onvoldoende persoonlijk, terwijl andere juist de differentiatie in bedragen als bedenkelijk hebben ervaren.

Uit de cijfers blijkt dat het aantal toegekende aanvragen onder het Statuut geringer was dan onder de Tijdelijke Regeling en onder de Klachtenregeling voor seksueel misbruik in de R.-K. Kerk. De verklaring hiervoor is vermoedelijk dat bij de Statuut-regeling zwaardere eisen werden gesteld aan het bewijs van het misbruik. Dit roept de vraag op of een laagdrempeliger regeling die tot meer toewijzingen leidt, zij het met lagere maximale vergoedingen, niet beter aansluit bij de wensen van slachtoffers. Goossens et al. concluderen voorzichtig dat een grotere kans op erkenning van het onrecht dat de slachtoffers is aangedaan, een voordeel is dat mogelijk op kan wegen tegen het nadeel van een lagere financiële vergoeding.¹¹¹ Het zou wenselijk zijn om verder onderzoek te doen naar de ex post tevredenheid van slachtoffers over de uitvoering van de regeling. Dat lijkt mij belangrijker dan een ex ante onderzoek naar de wensen van slachtoffers voor het opzetten van een nieuwe regeling.

15.3.10 *Door toezichthouders bevorderde schikkingen*

Toezichthouders hebben diverse mogelijkheden om onder toezicht gestelde ondernemingen met handhavingsmogelijkheden te dwingen benadeelden te compenseren.¹¹² Daarnaast kunnen toezichthouders ook hun invloed aanwenden om onder toezicht gestelde ondernemingen zo ver te krijgen ‘vrijwillig’ benadeelden te compenseren.

109 cebeon.nl/wp-content/uploads/2017/06/16845-Erkenning_genoegdoening_of_opnieuw_geraakt.pdf.

110 Goossens et al., 2019, p. 1672-1674. Zij formuleren ook lessen voor de toekomst.

111 Goossens et al., 2019.

112 Een wat ouder empirisch onderzoek naar ervaringen met het duale handhavingsstelsel en de handhavingsbevoegdheid inzake massaschade onder de Wet handhaving consumentenbescherming is uitgevoerd door Schol, Nagtegaal & Winter, 2010.

In de eerste plaats kunnen sommige ondernemingen de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) verzoeken een door hen gedane toezegging bindend te verklaren.¹¹³ Een toezegging is een eenzijdige en openbare verklaring van een onderneming waarin de onderneming toezegt in het vervolg af te zien van een bepaalde gedraging, of om een bepaalde gedraging in het vervolg op een specifieke manier vorm te geven zodat deze niet in strijd is met de wettelijke bepalingen. De toezegging kan inhouden dat de onderneming benadeelden op een bepaalde wijze compenseert. Door de toezegging bindend te verklaren vervalt de mogelijkheid van de toezichthouder om handhavend op te treden, uiteraard zolang de onderneming zich aan de toezegging houdt. Door de dreiging van handhaving (vooral als de maximaal op te leggen boete maar hoog genoeg is) kan de toezichthouder druk uitoefenen op de onderneming om ‘vrijwillig’ aan te bieden benadeelden te compenseren. De ACM heeft enkele malen van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Zo heeft de ACM op 20 augustus 2019 bekendgemaakt met The Right Link (een onderneming die datingsites exploiteerde die met nepprofielen werkten) te hebben afgesproken dat deze exploitant consumenten hun geld terug zal betalen. In totaal gaat het om 37.000 benadeelden. The Right Link heeft daarvoor ruim 9 miljoen euro gereserveerd. Daarnaast heeft de ACM met de onderneming afspraken gemaakt om in de toekomst misleiding te voorkomen. De ACM houdt toezicht op de uitvoering van de toezegging.¹¹⁴ De AFM heeft voor zover bekend geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het middel van de toezegging te gebruiken om compensatie van benadeelden af te dwingen. In Nederland staat het gebruik van de toezegging door toezichthouders om ondernemingen aan te sporen om in gevallen van massaschade benadeelden te compenseren, nog in de kinderschoenen.¹¹⁵ In onder meer het Verenigd Koninkrijk is dit een

113 Art. 12h Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (ACM); art. 3.4a Wet handhaving consumentenbescherming (AFM). De AFM kan van deze mogelijkheid uitsluitend gebruikmaken bij de uitvoering van de Wet handhaving consumentenbescherming.

114 acm.nl/nl/publicaties/ruim-negen-miljoen-compensatie-voor-gebruikers-van-nepdatingsites. Het besluit tot bindend verklaren van de toezegging dateert van 11 juli 2019 en is gepubliceerd op acm.nl/sites/default/files/documents/toezegging-online-dating-websites-nw.pdf. Er zijn meer voorbeelden waarin de ACM van het instrument van de toezegging gebruik heeft gemaakt om consumenten te compenseren. Zie onder meer acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15422/Consumenten-krijgen-geld-terug-voor-gratis-proefpakket-na-optreden-ACM; acm.nl/nl/publicaties/publicatie/17544/MediaMarkt-past-verkoop-Grand-Prix-reizen-aan-in-opdracht-van-ACM; acm.nl/nl/publicaties/consumenten-krijgen-geld-terug-na-bellen-met-snapking.

115 Beperkte nieuwe bevoegdheden introduceert Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, *PbEU*, L 345/1, van toepassing met ingang van 17 januari 2020. De implementatiewet tot wijziging van de Wet handhaving consumentenbelangen is nog in het parlement aanhangig, *Handelingen II* 2019/20, 35251. In gevallen waarin het risico bestaat op ernstige schade voor de collectieve consumentenbelangen, moeten de bevoegde autoriteiten op grond van de verordening maatregelen kunnen nemen, waaronder het verwijderen van inhoud van een online interface of gelasten dat een

gebruikelijke gang van zaken en hebben toezichthouders in enkele tientallen situaties ondernemers gedwongen consumenten te compenseren.¹¹⁶

Een andere wijze waarop een toezichthouder druk zou kunnen uitoefenen op een onderneming om slachtoffers compensatie te bieden is via het boetebeleid. De omstandigheid dat de overtreder al dan niet uit eigen beweging degenen aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld, kan een boeteverlagende omstandigheid zijn.¹¹⁷ De ACM en haar rechtsvoorgangers hebben enkele malen van deze mogelijkheid gebruikgemaakt.¹¹⁸

Hoewel de AFM geen formele rol heeft bij de afwikkeling van massaschade in de financiële sector, heeft dat de AFM er niet van weerhouden een actieve rol te spelen bij de totstandkoming van een compensatieregeling voor het midden- en kleinbedrijf in het rentederivatendossier. Aanleiding was de constatering door de AFM dat banken in het verleden in veel gevallen de wettelijke eisen bij de advisering over derivaten aan niet-professionele partijen onvoldoende hadden nageleefd. De AFM heeft vervolgens de minister van Financiën geadviseerd om drie onafhankelijke deskundigen aan te stellen die moesten adviseren over de inrichting van een Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (UH). Onder zware druk van de minister en de AFM hebben de banken zich gecommitteerd het UH uit te voeren. Het UH is op 5 juli 2016 gepubliceerd.¹¹⁹ Per 31 december 2019 hebben 21.933 mkb-kanten een verzoek om compensatie ingediend, waarvan er 18.907 in aanmerking kwamen voor compensatie.¹²⁰ Ultimo 2019 was er bijna 1,4 miljard euro aan compensatie onder het UH aangeboden. Niet alle klanten van banken met rentederivaten hadden onder het UH recht op compensatie. Om die reden wordt er ook volop tegen banken geprocedeerd. Volgens een onderzoek van *Het Financieel Dagblad* hadden de banken in 2018 al bijna 2 miljard euro voor de afwikkeling van het rentederivatendossier gereser-

duidelijk zichtbare waarschuwing wordt getoond wanneer consumenten zich toegang tot de online interface verschaffen.

116 Hodges & Voet, 2018, p. 177-210; Bauw & Van der Linden, 2016a.

117 Zie bijv. art. 2.10 Boetebeleidsregel ACM 2014. Een dergelijke bepaling geldt niet voor alle toezichthouders. In alle gevallen moet een opgelegde boete evenredig zijn. Zie art. 3:4 Awb. Art. 5:46 lid 3 Awb bepaalt voorts dat indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, het bestuursorgaan niettemin een lagere bestuurlijke boete oplegt indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Het feit dat de overtreder de slachtoffers heeft gecompenseerd, lijkt mij een bijzondere omstandigheid als hier bedoeld.

118 Als voorbeeld kan worden genoemd een besluit van de Opta van 15 juli 2011 om een aan Telfort en KPN opgelegde boete met 33% te verlagen omdat zij benadeelden schadeloos hadden gesteld. Zie acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/10246_boetebesluit-kpn-telfort-15-7-2011.pdf.

119 Derivatencommissie.nl.

120 AFM, Voortgangsrapportage Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020.

veerd.¹²¹ Bijna 30% van dit bedrag (ruim 600 miljoen euro) was gereserveerd voor de kosten van afwikkeling van alle claims. De vraag of de AFM, in navolging van de Engelse toezichthouder, die externe beoordelaars een compensatieschema kan opleggen, ook een formele rol bij de afwikkeling van massaschadeclaims moet krijgen is omstreden.¹²²

Van Hattum heeft onderzocht hoe zorgplichtclaims, meer in het bijzonder met betrekking tot beleggingsverzekeringen, kunnen worden beslecht op een wijze die aansluit bij de handelingstheorieën van de betrokken actoren (dat is het geheel van uitgangspunten, inzichten en overwegingen die zij aan hun gedrag ten grondslag leggen) en die de kans op claimrisico's grotendeels wegneemt.¹²³ Onder claimrisico's verstaat zij de kans op negatieve effecten, zoals aanhoudend wantrouwen bij en/of instabiliteit van één of meer betrokken financiële ondernemingen met in sommige gevallen een faillissement tot gevolg, die voort kunnen vloeien uit de aanwezigheid en/of dreiging van het ontstaan van een massaclaim.¹²⁴ Zij onderscheidt in verband daarmee drie juridische culturen, te weten schuld-, risico- en voorzorgcultuur, die het gedrag van de actoren beïnvloeden. De methode die zij hanteerde is die van de 'responsieve evaluatie'. Deze empirische methode is erop gericht om de meest betrokken actoren zelf tot een oplossing van een complex probleem te laten komen, althans oplossingsrichtingen te verkennen die op draagvlak kunnen rekenen. Van Hattums onderzoek mondt uit in twaalf aanbevelingen, gericht aan de wetgever, toezichthouders, de Nederlandse Orde van Advocaten en marktpartijen.¹²⁵ Het gaat de omvang van deze bijdrage te buiten om deze aanbevelingen hier samen te vatten. Onvoldoende duidelijk is echter of die aanbevelingen wel volledig terug te voeren zijn op de opvattingen van de respondenten of op de resultaten van een door haar georganiseerde workshop. Sowieso was het aantal respondenten vrij beperkt (37).¹²⁶ Daardoor blijft onvoldoende duidelijk of haar empirische onderzoeksmethode heeft bijgedragen aan de formulering van deze aanbevelingen en of het nuttig is deze onderzoeksmethode in toekomstige onderzoeken te gebruiken. Dat laatste neemt uiteraard niet weg dat Van Hattums aanbevelingen nadere overdenking verdienen.

121 Het Financieele Dagblad 27 augustus 2018.

122 De minister van Financiën heeft deze vraag voorgelegd in het Consultatiedocument Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp'ers en mkb'ers d.d. 1 september 2016 (internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk). Vooralsnog heeft de minister hiervan afgezien. Zie brief minister van Financiën aan de Tweede Kamer over consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp'ers en mkb'ers bij financiële diensten en producten d.d. 27 april 2017, nr. 2017-0000076887. Zie voor wisselende opvattingen in de literatuur Van Hattum, 2018 (voor), en Busch, 2017 en 2018 (tegen).

123 Van Hattum, 2018. Het boek is kritisch besproken door Van Boom, 2018.

124 Van Hattum, 2018, p. 324.

125 Van Hattum, 2018, p. 281-287.

126 Ik ben zelf ook door Van Hattum geïnterviewd.

Voor de goede orde merk ik op dat de ACM nog een andere rol kan krijgen bij de vaststelling van massaschade. Artikel 44a Rv bepaalt dat op verzoek van de rechter de ACM bijstand kan verlenen bij het bepalen van de omvang van de schade door een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 6:193k onderdeel a BW.¹²⁷ Tot op heden heeft de rechter van deze mogelijkheid nog geen gebruik gemaakt.

15.3.11 Door bestuursorgaan vastgestelde schadevergoedingen

Buiten de scope van dit overzicht valt de afwikkeling van massaschade waarvoor de overheid verantwoordelijk is via het bestuursrecht.¹²⁸ Er is echter ook een voorbeeld van massaschade die eigenlijk via de civiele rechter afgewikkeld zou moeten worden, maar waarvan de wetgever heeft besloten deze bij de bestuursrechter onder te brengen: mijnbouwschade Groningen.

In de afgelopen jaren hebben tienduizenden Groningers schade geleden door aardbevingen als gevolg van aardgaswinning. De NAM, die het aardgas uit het Groningerveld wint, is op grond van artikel 6:177 BW aansprakelijk voor deze aardbevingsschade. Over de afwikkeling van deze schade was grote ontevredenheid. Overleg tussen diverse betrokken partijen heeft geleid tot het Besluit mijnbouwschade Groningen.¹²⁹ Met het Besluit mijnbouwschade Groningen wordt de procedure ter vergoeding van aardbevingsschade van 'privaat' naar 'publiek' overgeheveld: in plaats van schadevaststelling door de NAM, een facultatieve heroverwegingsprocedure bij de Arbitrer Bodembeweging en de mogelijkheid van procederen bij de civiele rechter wordt de schade vastgesteld door de Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen (TCMG), daartoe gemandateerd door de minister van Economische Zaken, met, na bezwaar, uiteindelijk beroep op de bestuursrechter. Het Besluit mijnbouwschade Groningen vormde een tussenstap naar een permanente en meer omvattende regeling van (de procedure voor) vergoeding van mijnbouwschade. Op 1 juli 2020 is de Tijdelijke wet Groningen in werking getreden.¹³⁰ Deze wet biedt een wettelijke

127 Wet van 25 januari 2017, houdende wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), *Stb.* 28, in werking getreden 10 februari 2017.

128 Zie par. 15.2, slot. Evenmin ga ik in op de verdeling van ad hoc schadefondsen waarvan de overheid de totstandkoming heeft bevorderd.

129 Besluit mijnbouwschade Groningen, *Stcrt.* 2018, 6398.

130 Wet van 5 februari 2020, houdende tijdelijke maatregelen inzake een publiekrechtelijke aanpak van de gevolgen van bodembeweging door gaswinning uit het Groningenveld en de gasopslag bij Norg (Tijdelijke wet Groningen), *Stb.* 85.

basis voor de bestuursrechtelijke afhandeling van verzoeken om vergoeding van schade in verband met bodembeweging door de gaswinning uit het Groningerveld en gasopslag bij Norg. Daartoe is het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG) opgericht, waarin de TCMG is opgegaan. De overheveling van de afwikkeling van de aardbevingsschade van 'privaat' naar 'publiek' heeft aanleiding gegeven tot een heftig debat in de literatuur, waarbij vooral civilisten zich hebben geroerd.¹³¹ Wat opvalt is dat de civilisten zich vooral laten leiden door juridisch-dogmatische argumenten, en de efficiëntie (snelheid, kosten) van het gekozen afwikkelingsmechanisme niet in hun argumentatie betrekken.

Het IMG (inclusief de TCMG) heeft per 17 augustus 2020 47.896 schademeldingen afgehandeld.¹³² In behandeling zijn nog 27.946 schademeldingen. De TCMG had naast een reguliere procedure een stuwmeerregeling opgezet. De stuwmeerregeling was van toepassing op openstaande schademeldingen die vóór 13 juni 2019 waren ingediend en die betrekking hebben op schade door mijnbouw binnen het effectgebied. De stuwmeerregeling voorziet in een vaste schadevergoeding van 4000 euro of een variabele vergoeding, waarbij de facturen van de aannemer voor het herstel worden vergoed tot een maximum van 10.000 euro. In beide gevallen komt er een vaste vergoeding van 1000 euro bij voor overige schade, zoals bijkomende kosten en overlast. Totaal heeft het IMG (inclusief de TCMG) per 17 augustus 2020 326,2 miljoen euro uitgekeerd, waarvan 55,6 miljoen euro aan schadevergoedingen in het kader van de stuwmeerregeling.¹³³ De rest betreft schadevergoedingen in de reguliere procedure, wettelijke rente en overige schade, zoals gevolgschade en overlast.¹³⁴

Voor de totstandkoming van het Besluit mijnbouwschade Groningen heeft de Raad voor de rechtspraak opdracht gegeven onderzoek te doen naar de vraag aan welke voorwaarden moet worden voldaan om te voorzien in een snelle en laagdrempelige procedure voor geschilbeslechting in mijnbouwschadezaken en hoe deze procedure het beste kan worden vormgegeven. Dit onderzoek is uitgevoerd door Marseille, Bröring en De Graaf.¹³⁵ Daartoe hebben zij door middel van een enquête onderzocht wat de ervaringen van benadeelden zijn met de Arbitrator Bodembeweging. Die ervaringen waren best positief, ondanks, of wellicht juist dankzij, het feit dat de regeling een informele procedure kende en niet met allerlei zware waarborgen was omkleed.¹³⁶ Daarnaast hebben zij ook onderzocht hoeveel zaken

131 Van Dunné, 2018; De Bock, 2019a, 2019b (voor privaat); Marseille et al., 2018a, 2018b en 2019 (voor publiek).

132 schadedoormijnbouw.nl.

133 Eind december 2019 waren bijna 11.000 schademeldingen afgehandeld via de stuwmeerregeling.

134 schadedoormijnbouw.nl.

135 Marseille et al., 2018a.

136 Marseille et al., 2018a, p. 102-103.

de rechtspraak kon verwachten met het oog op de daarvoor vrij te maken capaciteit.¹³⁷ Hun verwachting, met vele slagen om de arm, was circa 150 beroepszaken per jaar. Het zou interessant zijn om te bezien of hun verwachtingen ook daadwerkelijk uitkomen. De eerste indicatie is dat het aantal beroepen bij de bestuursrechter gering is.¹³⁸

15.3.12 *Voeging als benadeelde partijen in een strafzaak*

Artikel 51f van het Wetboek van Strafvordering (Sv) bepaalt dat degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, zich ter zake van zijn vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij kan voegen in het strafproces. De benadeelde partij is alleen ontvankelijk in haar vordering indien de verdachte een straf of maatregel wordt opgelegd, of als hij schuldig wordt verklaard zonder oplegging van straf én aan de benadeelde partij rechtstreeks schade is toegebracht door het bewezen verklaarde feit of een door de verdachte erkend strafbaar feit waarmee de rechter bij de strafoplegging rekening heeft gehouden. Ook kan de rechter de vordering van de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren als deze een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert (art. 361 lid 2 en 3 Sv). In de praktijk komt het incidenteel voor dat meer dan 25 slachtoffers van een misdrijf zich voegen als benadeelde partij in een strafprocedure.¹³⁹ Als het aantal benadeelden enkele honderden bedraagt, is er al snel sprake van een onevenredige belasting van de procedure en volgt niet-ontvankelijkverklaring.¹⁴⁰ Empirische gegevens over de aantallen zaken waarin groepen gedupeerden zich in de strafprocedure voegen ontbreken.

15.4 **EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR DE BEHOEFTE EN ERVARINGEN VAN BENADEELDEN BIJ DE AFWIKKELING VAN MASSASCHADE**

Er is enig empirisch onderzoek gedaan naar de behoeften en ervaringen van benadeelden in massaschadezaken. Een dergelijk onderzoek is eerst gedaan naar de behoeften van benadeelden in individuele zaken. Van Doorn heeft een overzicht gegeven van het bestaande empirische onderzoek daarnaar.¹⁴¹ Zij wijst erop dat de insteek van de afwikkeling van massaschade vooral gericht is op het efficiënt afhandelen van grote aantallen schadegevallen.

137 Marseille et al., 2018a, bijlage 1.

138 Mondelinge informatie TMCG.

139 Zie bijv. Hof Den Bosch 13 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3200 (67 benadeelde partijen in eerste aanleg en 57 in hoger beroep); Hof Den Bosch 1 augustus 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AI0993 (35 benadeelde partijen).

140 Hof Den Bosch 9 juni 2004, te kennen uit HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9117 (302 vorderingen); Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2659 (522 vorderingen).

141 Van Doorn, 2010.

Haar onderzoeksvraag is of de belangen van individuele benadeelden bij een collectieve afwikkeling van massaschade wel optimaal gewaarborgd zijn en – in het verlengde daarvan – of de benadeelden het gevoel hebben rechtvaardig behandeld te zijn en tevreden zijn met de bereikte uitkomst. Uit empirisch onderzoek naar de belangen van individuele benadeelden van Huver et al. trekt zij de conclusie dat het benadeelden niet alleen te doen is om het verkrijgen van financiële compensatie, maar ook om erkenning.¹⁴² Daarnaast zijn procesbelangen van de benadeelden van belang. Daarbij gaat het om de mogelijkheid tot inspraak en vertegenwoordiging in het proces, toegang hebben tot het recht in een procedure voor een neutrale beslisser, een respectvolle en waardige bejegening door de beslisser, consistentie en nauwkeurigheid van de beslissing en transparantie. In een vervolgonderzoek heeft zij uitgezocht of de belangenorganisaties betrokken bij de afwikkeling van het faillissement van DSB Bank deze belangen van de benadeelden goed konden behartigen.¹⁴³ Vervolgens heeft zij de ervaringen van DSB-gedupeerden onderzocht door met zeventien DSB-gedupeerden interviews af te nemen.¹⁴⁴ Gelet op het geringe aantal afgenomen interviews achtte Van Doorn het zelf niet verantwoord om generaliseerbare uitspraken te doen. Haar onderzoeksresultaten liggen grotendeels in het verlengde van wat uit eerder belangenonderzoek naar de belangen van benadeelden in individuele procedures bleek. Zo lijken volgens Van Doorn belangen als financiële compensatie, erkenning, wraak of vergelding en het voorkomen dat anderen hetzelfde overkomt, ook in situaties van financiële massaschade belangrijke behoeften van benadeelden te zijn.

Zoals in paragraaf 15.3.9 al besproken, hebben Van Dijck en Goossens et al. onderzoek gedaan naar de tevredenheid bij de afwikkeling van het schandaal rondom seksueel misbruik in de katholieke kerk en in de jeugdzorg.¹⁴⁵ Hun bevindingen zijn hiervoor al besproken, zodat ik hier volsta met een verwijzing.

Een derde onderzoek naar de ervaringen van benadeelden bij een specifieke vorm van afwikkeling, door de Arbitrer Bodembeweging in het aardbevingsdossier, is besproken in paragraaf 15.3.11, zodat ik ook hier met een verwijzing volsta.¹⁴⁶

142 Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers, 2007.

143 Van Doorn, 2013.

144 Van Doorn, 2015, 2016.

145 Van Dijck, 2018a, 2018b; Goossens et al, 2019.

146 Marseille et al., 2018a, 2018b.

15.5 SUGGESTIES VOOR TOEKOMSTIG ONDERZOEK

Meer dan tien jaar geleden verzuchtte Tzankova dat wij eigenlijk niets weten over massaschade en empirie.¹⁴⁷ Zij eindigde haar beschouwing met een lijst van tien vragen die zouden moeten worden beantwoord. Alleen de eerste van haar vragen is gedeeltelijk beantwoord. Wij weten in hoeveel zaken er tot op heden een uitspraak is gedaan in een collectieve actie, als wij tenminste mogen aannemen dat alle uitspraken op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd.¹⁴⁸ Maar daarmee weten wij nog niet hoeveel collectieve acties er zijn ingesteld en daarna zijn ingetrokken of geschikt.

Ik zie ten minste vijf mogelijke onderwerpen voor toekomstig empirisch onderzoek. In de eerste plaats is het wenselijk om veel meer gegevens te verzamelen over de praktijk van collectief herstel. Hoe vaak worden de in paragraaf 15.3 beschreven methodes om massaschades af te wikkelen ingezet, hoeveel benadeelden zijn er, wat zijn de bedragen die worden gevorderd en wat wordt toegewezen of waarvoor wordt geschikt, op welke voorwaarden komen schikkingen tot stand en hoe komen schikkingen tot stand? Idealiter zou er een database moeten komen waarin dit soort gegevens wordt opgenomen. Het zou ook wenselijk zijn om het aanzienlijke bestand van uitspraken in collectieve acties nader te analyseren, bijvoorbeeld om te bezien welk type geschillen in een collectieve actie wordt ingesteld en wat de verhouding is tussen het aantal verklaringen voor recht en vorderingen om een gedraging te verbieden, gebieden of te dulden. Wat ook van belang is, is in hoeverre uitspraken in een collectieve actie worden gevolgd door een collectieve opt-inschikking (par. 15.3.6), waarvoor, anders dan bij een opt-uitschikking, de rechter niet hoeft te worden ingeschakeld. Een derde punt van onderzoek betreft de efficiëntie van de verschillende mogelijkheden om collectief herstel te bereiken. Wat zijn de uitvoeringskosten van de verschillende methoden om collectief herstel te bereiken voor partijen en voor instanties die de uitvoering daarvan ter hand kunnen nemen? Hoe snel kan collectief herstel worden bereikt? Een vierde type onderzoek zou zich kunnen richten op de factoren die bepalen of al dan niet een schikking kan worden bereikt. Het is aannemelijk dat er niet een dominante factor is, maar dat vele factoren een rol spelen.¹⁴⁹ Dit type onderzoek zou onder meer kunnen plaatsvinden door interviews af te nemen bij betrokkenen bij collectief herstel. Onderzocht zou kunnen worden of de verschillende schadeveroorzakende handelingen en verschillende typen schade hierop van invloed kunnen zijn. Ten slotte zou ook verder onderzocht kunnen worden wat de behoeften van benadeelden zijn en op welke wijze het beste in die behoeften zou kunnen worden voorzien.

147 Tzankova, 2008.

148 Zie par. 15.3.2.

149 Hermans, 2015b.

Eén ding is zeker. De wetenschap, beleidsmakers en de rechtspraak hebben behoefte aan de uitkomsten van empirisch onderzoek en dat zal de komende decennia niet anders worden.

LITERATUUR

Asser, W.D.H. (1999). Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces: Over wettelijke vertegenwoordigers, gevolmachtigden, deelgenoten en de cessionaris ter incasso. In S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, & J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersoon* (Serie Onderneming en Recht, nr. 17) (p. 487-503). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.

Barendrecht, J.M., & Doorn, C.A.M. van (2007). Richtpunten voor massale geschillen: Het schikkingsspel in de aandelenleaseaffaire. *NJB*, 2127(41), 2605-2612.

Bauw, E., & Bruinen, T. (2013). Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen. *NJB*, 140(3), 164-168.

Bauw, E., & Linden, T.E. van der (2016a). 'Schone slaapsters': Pleidooi voor een actievere rol van toezichhouders bij collectief schadeverhaal. *NJB*, 1652(32), 2310-2314.

Bauw, E., & Linden, T.E. van der (2016b). Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering. *Tijdschrift voor Ondernemingspraktijk*, 7, 26-33.

Bock, R.H. de (2019a). Mijnbouwschade in Groningen: Waar is de civiele rechter? *NJB*, 3(1), 19-26.

Bock, R.H. de (2019b). Aardbevingsschade hoort thuis bij de civiele rechter. *NJB*, 691(13), 872-874.

Boom, W.H. van (2018). Boekbespreking Van Hattum 2018. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 6, 322-325.

Boom, W.H. van (2019). WCA → WCAM → WAMCA. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 4, 154-160.

Boom, W.H. van, Drijber, B.J., Lemstra, J.H., Lindijer, V.C.A., & Novakovski, T. (2009). Strooischade: Een verkennend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot

optreden tegen strooischade (Bijlage bij brief van minister van Economische Zaken d.d. 8 oktober 2010). *Kamerstukken II*, 27879, nr. 34.

Branbergen, J.R. (2008). De rechter in eerste aanleg in de aandelenleaseprocedures. *NJB*, 439(9), 498-502.

British Institute of International and Comparative Law (2017). *State of collective redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation*. biicl.org.

Busch, D. (2017). Een rol voor de AFM bij afwikkeling van massaschade in de financiële sector? *Ondernemingsrecht*, 83(10/11), 459-463.

Busch, D. (2018). Een rol voor de AFM bij afwikkeling van massaschade in de financiële sector? In T.M.C. Arons, J. de Bie Leuveling Tjeenk, D. Busch, & C.J.M. Klaassen (red.), *Collectief schadeverhaal* (Serie Onderneming en Recht, nr. 105) (p. 181-191). Deventer: Wolters Kluwer.

Delden, A.H. van et al. (Commissie Claimcode) (2019). *Claimcode 2019*. Den Haag: Boom juridisch.

Dijck, G. van (2018a). Victim-orientated tort law in action: An empirical examination of catholic church sexual abuse cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, 15(1), 126-164.

Dijck, G. van (2018b). U vraagt, wij draaien iets anders: Een empirische studie naar wat benadeelden zoeken en krijgen in zaken over seksueel misbruik door de rooms-katholieke kerk. *TvVP*, 3, 101-111.

Dijck, G. van, Doorn, C.J.M. van, & Tzankova, I.N. (2010). *Individueel of collectief procederen bij massaschade: Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden*. Den Haag: WODC/Boom Juridische uitgevers.

Doorn, C.J.M. van (2010). Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde. *NTBR*, 46(10), 387-396.

Doorn, C.J.M. van (2013). De afwikkeling van massaschade: Optimale belangenbehartiging door belangenorganisaties? *WPNR*, 6982, 548-556.

Doorn, C.J.M. van (2015). *Belagen van benadeelden bij een collectieve afwikkeling van schade: Een kwalitatief onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van DSB-gedupeerden*. research.tilburguniversity.edu/en/publications/belagen-van-benadeelden-bij-een-collectieve-afwikkeling-van-schade.

Doorn, C.J.M. van (2016). De mensen achter de grote getallen: DSB-gedupeerden aan het woord over hun behoeften, verwachtingen en ervaringen met een collectieve afwikkeling van hun schade. *NTBR*, 21(5), 144-151.

Dunné, J.M. van (2018). Gaswinning in Groningen, een drama in vele bedrijven. *NJB*, 821(17), 1191-1199.

Eekhout, W. van (2019). Opties voor collectief procederen: Het bundelen van vorderingen. *Beslag en Executie in de Rechtspraak*, 153(7), 16-20.

Frenk, N. (1994). *Kollektieve akties in het privaatrecht* (Serie Recht en Praktijk, deel 81). Deventer: Kluwer.

Frenk, N. (2003). Bundeling van vorderingen. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1413-1488.

Frenk, N. (2007). In der minne geschikt. *NJB*, 2129(41), 2615-2620.

Goossens, L., Lindenbergh, S.D., Nijnatten, C.H.C.J. van, & Olf, M. (2019). Op zoek naar genoegdoening: Uitvoering van de financiële regelingen voor slachtoffers van seksueel misbruik in de jeugdzorg. *NJB*, 1319(23), 1669-1674.

Hattum, B. van (2018). *De afwikkeling van zorgplichtclaims: Een onderzoek naar het adequater oplossen van affaires rondom retail producten en dienstverlening op financiële markten*. Den Haag: Boom juridisch.

Hermans, R.M. (2015a). De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken. In M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (p. 361-387). Deventer: Wolters Kluwer.

Hermans, R.M. (2015b). Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw. *TvCR*, 5, 156-160.

Hermans, R.M. (2017). *Het onderzoek in de enquêteprocedure: Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure* (Diss. Nijmegen) (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 145). Deventer: Wolters Kluwer.

Hermans, R.M. (2018). Schikking van massaschadeclaims. In S. Perrick, H.-J. de Kluiver, & I. Spinath (red.), *Kort juridisch: liber amicorum Peter Wakkie* (p. 39-48).

Hermans, R.M. (2020). Massaschade en verjaring. In D.F.H. Stein, V. Tweehuysen, & S.E. Bartels (red.), *Verjaring* (Serie Onderneming en Recht, nr. 120) (p. 193-228). Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Huver, R.M.E., Wees, K.A.P.C. van, Akkermans, A.J., & Elbers, N.A. (2007). *Slachtoffers en aansprakelijkheid: Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel 1 Terreinverkenning*. Den Haag: WODC.

Hodges, C., & Voet, S. (2016). *Delivering collective redress in markets: new technologies*. fljs.org.

Hodges, C., & Voet, S. (2018). *Delivering collective redress: new technologies*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

Hoppe, L. van (2015). De Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten. *AA*, 12, 1003-1008.

Huls, N.J.H., & Doorn, C.J.M. van (2007). De constructie van een massaclaim: Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire. *RM Themis*, 2, 51-60.

Jagtenberg, R., & Voet, S. (2015). When it takes thousands to tango: Over de buitengerechtelijke collectieve afwikkeling van massaschade in Nederland en België. *Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement*, 6-32.

Lunsingh Scheurleer, D.F. (2013). Enkele gedachten omtrent wenselijk procesrecht in collectieve acties en schikkingen. In Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

- Marseille, A.T., Bröring, H.E., & Graaf, K.J. de (2018a). *Laagdrempelige procedure aardbevingszaken Groningen* (Research Memoranda, nr. 2). Raad voor de rechtspraak.
- Marseille, A.T., Bröring, H.E., & Graaf, K.J. de (2018b). Een gebruikersperspectief op aardbevingssschadevergoedingsprocedures. *NJB*, 1948(37), 2810-2819.
- Marseille, A.T., Bröring, H.E., & Graaf, K.J. de (2019). Mijnbouwschadegeschillen: Beter af bij de bestuursrechter dan bij de civiele rechter. *NJB*, 690(13), 870-871.
- Mourik, J. van, & Bauw, E. (2019). De Claimcode van 2011 tot 2019. In Commissie Claimcode, *Claimcode 2019* (p. 25-66). Den Haag: Boom juridisch.
- Pheijffer, M., & Zettler, E.L. (2019). Geschikt of ongeschikt? That's the question: Een overzicht van de schikkingspraktijk bij financieel-economische fraude. *NJB*, 415(8), 512-525.
- Planken, M.A.E., & Tjepkema, M.K.G. (2020). Twee kapiteins op één schip bij de afwikkeling van mijnbouwschade. *NJB*, 2(1), 6-14.
- Ravels, B.P.M. van (2013). Afwikkeling van massaschade en bestuursrecht. In Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Sanders, L. (2014). Bewijslast in de Procedure Klachtencommissie Seksueel Misbruik in de R.-K. Kerk. *Letsel en Schade*, 3, 5-8.
- Schol, M.J., Nagtegaal, J., & Winter, H.B. (2010). *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming: Ervaringen met het duale handhavingstelsel en de handhavingsbevoegdheid inzake massaschade*. Groningen: Pro Facto.
- Tillema, I. (2014). Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: In strijd met de openbare orde en goede zeden? *MvV*, 12, 333-338.
- Tillema, I. (2016a). Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: Olie op het vuur van de claimcultuur? *AA*, 5, 337-346.
- Tillema, I. (2016b). Tien jaar WCAM: Een overzicht. *MvO*, 3-4, 90-99.

Tillema, I. (2017). Entrepreneurial motives in Dutch collective redress: Adding fuel to a 'compensation culture'? In W.H. van Boom (Ed.), *Litigation, costs, funding and behaviour: Implications for the law*. Londen/New York: Routledge, p. 222-243.

Tillema, I. (2019a). *Entrepreneurial mass litigation: Balancing the building blocks* (Diss. Erasmus Universiteit Rotterdam). Eleven international publishing.

Tillema, I. (2019b). Commerciële actoren in massaschadezaak: Pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur. *AA*, 6, 506-515.

Tzankova, I.N. (2005). *Strooischade: Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen* (Allen & Overy onderzoeksreeks). Den Haag: Sdu uitgever.

Tzankova, I.N. (2007). *Toegang tot het recht bij massaschade* (Diss. Tilburg).

Tzankova, I.N. (2008). 'Ik weet dat ik iets niet weet': Reflectie op massaschade en empirie. *TCR*, 3, 98-104.

Tzankova, I.N. (2017). Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: Een oplossing voor welk probleem ook alweer? *TVP*, 4, 107-119.

Tzankova, I., & Hensler, D. (2013). Collective settlements in the Netherlands: Some empirical observations. In C. Hodges & A. Stadler (Eds.), *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims* (p. 91-105). Cheltenham, VK: Edward Elgar.

Wiggers-Rust, L.F. (2014). 'Collectieve' acties: Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht (Cahier, nr. 11). Den Haag: WODC.

Zelst, B. van, & Brink, T.P. ten (2019). Collectieve actie en arbitrage. *TvA*, 2, 9-17.