

1

Collectieve acties in de financiële sector

Bundel samengesteld onder redactie van
Mr. F.M.A. 't Hart

Financieel Juridische Reeks

OOK EEN UITGAVE VAN

NIBESVV

Relations

Hoofdstuk 1

Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen

Door mr. J.M.K.P. Cornegoor

1.1

INLEIDING

De onderneming die een gebrekkige emissieprospectus uitgeeft, de financiële instelling die beleggingsproducten slijt zonder de hand aan de zorgplicht te houden en de toezichthouder die door gemakzuchtig toezicht een levensverzekeraar laat glippen (of door lekken zelf een run op de bank veroorzaakt), hebben gemeen dat zij niet één slachtoffer maken, maar honderden of duizenden. Of meer: het aantal betrokkenen bij de aandelenlease- en woekerpolisaffaires beliep vele honderdduizenden. Affaires met dergelijke aantallen slachtoffers vragen om collectieve geschilbeslechting, al was het maar omdat de rechterlijke macht niet over de capaciteit beschikt om evenzovele individuele rechtszaken te beslechten.¹ Bovendien is het totale financiële belang dat met dit soort kwesties gemoeid is weliswaar groot of zelfs astronomisch, maar het belang van de individuele gedupeerde is vaak relatief beperkt, in ieder geval in vergelijking met de kosten van een langdurige rechtsstrijd.

De essentiële bepaling over de collectieve actiemogelijkheid in het Nederlandse recht is artikel 3:305a BW. De kern van deze bepaling is dat toegestaan wordt om een vordering in te stellen ten behoeve van het collectief van gedupeerden. (Dat collectief noem ik hierna ook: de 'groep'.) In deze bijdrage beschrijf ik eerst de voorwaarden en restricties van deze bepaling. Vervolgens ga ik in op de actoren in een collectieve actie onder artikel 3:305a BW, namelijk de stichting of verenging die de vordering kan instellen (hierna ook

¹ Ter vergelijking: de civiele sectoren van de Nederlandse rechtbanken wezen in 2008 in handelszaken, insolventies en kort gedingen in totaal 113.580 uitspraken. (Bron: Raad voor de Rechtspraak, jaarverslag 2008.)

wel: de ‘belangenorganisatie’). Uit de beschrijving van de voorwaarden van artikel 3:305a BW zal blijken dat de bepaling geen ideale route is om vorderingen van grote aantallen gedupeerden af te wikkelen, vooral omdat het vorderen van schadevergoeding niet mogelijk is. In het slothoofdstuk beschrijf ik daarom de alternatieven voor een actie op basis van artikel 3:305a BW.

In deze bijdrage gebruik ik gemakshalve de termen ‘slachtoffers’ en ‘gedupeerden’. Ik wil daarmee natuurlijk niet zeggen dat in collectieve acties de eisers het gelijk altijd aan hun zijde hebben. De problemen rond de collectieve actiemogelijkheid zijn echter vooral relevant waar de klachten inhoudelijk terecht zijn en minder waar het gaat om overwaaiende massahysterie. De wederpartij in collectieve acties duidt ik hierna soms aan met ‘de bank’, al kan uiteraard iedereen die collectieve schade veroorzaakt onderwerp van een collectieve actie worden.

1.2

ARTIKEL 3:305A BW EN HAAR BEPERKINGEN

1.2.1

De kern

Artikel 3:305a BW luidt als volgt:

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.
2. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende.
3. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op een door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen. Zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt.
5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niets slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.

De kern van deze bepaling is gelegen in lid 1: de bepaling staat toe dat de belangenorganisatie een rechtszaak aanvangt terzake van belangen die de hare niet zijn. De belangenorganisatie kan in rechte optreden, ook al had zij zelf niets te maken met de gewraakte aandelenemissie, het blunderend toezicht of de zorgplichtschendingen en al bestond zij destijds zelfs nog niet. De bepaling vormt aldus een uitzondering op het beginsel van artikel 3:303 BW. Volgens deze bepaling kan in rechte alleen ter bescherming van eigen belangen worden opgekomen, niet ter bescherming van andermans belang. Artikel 3:305a BW doet ook niet veel méér dan alleen een uitzondering op artikel 3:303 BW creëren. Andere ontvankelijkheidsvereisten blijven van kracht. Zo is het niet mogelijk om bij de Ondernemingskamer op basis van artikel 3:305a BW een actie in te stellen – hoewel aldaar dikwijls collectieve belangen van aandeelhouders in het geding zijn – omdat verzoekster zelf dient te voldoen aan de kwantitatieve eisen met betrekking tot het effectenbezit die voorzien zijn bij artikel 2:346 BW².

Een vereiste voor het instellen van een actie op basis van artikel 3:305a BW is dat de belangen waarvoor de belangenorganisatie in rechte opkomt 'gelijksoortig' zijn. De wet bepaalt niet in welke mate de belangen van de groep op elkaar moeten gelijkjen. Verweerders in collectieve acties proberen veelvuldig aan deze bepaling een verweer te ontleenen, waarbij zij zich beroepen op grote of kleine verschillen in de positie van de personen die tot de groep behoren. In de rechtspraak is een echter een praktisch criterium voor de toepassing van deze voorwaarde ontwikkeld. Of de belangen van de groep van personen waarvoor de belangenorganisatie opkomt voldoende gelijksoortig zijn (ook wel: 'of zij zich voor bundeling lenen') wordt niet in abstracto getoetst, maar op basis van de ingestelde vordering. Het gaat erom of de rechter de vordering kan beoordelen zonder acht te hoeven slaan op de bijzonderheden van elk individueel geval. Dit kan meebrengen dat voor dezelfde groep van

2 Ondernemingskamer 16 oktober 2003, JOR 2003/259.

personen de ene vordering wel toelaatbaar is, maar de andere niet. Een vordering van de strekking dat wordt vastgesteld dat een emissieprospectus niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ingesteld ten behoeve van een ieder die bij de emissie aandelen heeft genomen, zal bijvoorbeeld in beginsel aan dit vereiste voldoen. Voor de toetsing van een prospectus aan de daaraan te stellen normen zijn de omstandigheden van de individuele aandeelhouders immers niet van betekenis. Problematischer wordt al een vordering van de strekking dat uitgevende instelling met het prospectus de nemers van aandelen heeft misleid. Daarvoor zouden immers individuele omstandigheden van belang kunnen zijn, zoals de vraag of de desbetreffende aandeelhouder (en/of zijn beleggingsadviseur) van het prospectus kennis heeft genomen en de vraag of de aandeelhouder anderszins beschikte over kennis over de uitgevende instelling.

Een recent voorbeeld van deze concrete toetsing is HR 5 juni 2009, JOR 2009/200, Stichting Gedupeerden Spaarleaseconstructie/Aegon. De belangenorganisatie had bij wege van een collectieve actie klachten over (onder meer) zorgplichtschendingen bij het aanbieden van effectenleaseproducten aan de rechter voorgelegd, hoewel de omvang van de zorgplicht nauw verweven is met de feiten van het individuele geval. Het Hof overweegt echter dat de wijze van aanbieding van de aandelenleaseproducten door Aegon zodanig uniform was, dat de beoordeling van de aan Aegon gemaakte verwijten geen onderzoek vergde naar de individuele omstandigheden waaronder de afzonderlijke overeenkomsten van effectenlease waren aangegaan, zodat de belangenorganisatie ontvankelijk was. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand.

Dogmatisch verdient artikel 3:305a geen schoonheidsprijs. De wetgever heeft niet veel meer gedaan dan een uitzondering te creëren op het vereiste van een eigen belang bij een rechtsvordering. De wetgever heeft (mijns inziens: helaas) niet voorzien in een uitzondering op de regel dat een uitspraak van de rechter slechts gelding heeft tussen de personen die partij zijn geweest bij de procedure. Dit betekent dat als een belangenorganisatie een uitspraak van de rechter verkrijgt dat (bijvoorbeeld) een prospectus misleidend is, die uitspraak in een opvolgende procedure tussen de uitgevende instelling (of begeleidende bank) en een koper van de uitgegeven aandelen niet dwingend van toepassing is: de uitgevende instelling kan in de tweede procedure het debat over de kwaliteit van het prospectus heropenen. De wetgever is er blijkens de wetsgeschiedenis vanuit gegaan dat een rechter in een opvolgende individuele procedure de eerste uitspraak in de collectieve actie wel zal volgen. Waar het rechters van gelijke rang betreft, zal dit vermoedelijk wel zo zijn, al is er in die omstandigheid geen rechtsregel die een rechter ertoe

dwingt een eerdere uitspraak over een identieke zaak te volgen. Problematisch wordt het waar het vonnis in de collectieve actie is gewezen door een lagere rechter dan de rechter die over een individuele zaak te oordelen heeft (zie hierna).

De wet voorziet met lid 2 in een ‘polderbepaling’: de belangenorganisatie moet eerst proberen door overleg haar doel te bereiken. Onder invloed van Europese regelgeving is daarvoor een termijn gesteld van maximaal 14 dagen. Veel heeft deze bepaling daardoor niet om het lijf: per saldo verplicht zij de belangenorganisatie slechts om in haar aansprakelijkstelling ook een uitnodiging tot overleg op te nemen, waaraan zij mag toevoegen dat zij zich vrij acht te dagvaarden als dat overleg niet binnen twee weken na de datum van de aansprakelijkstelling heeft geresulteerd in een oplossing. De wet vergt bovendien wel dat de belangenorganisatie bereid is tot overleg, maar (uiteraard) niet dat de belangenorganisatie ook bereid is tot concessies. Komt het al tot een bespreking, dan mag de belangenorganisatie aan tafel plaats nemen met de opmerking dat het onderwerp van gesprek beperkt is tot de vraag waar en hoe de bank haar ongelijk volmondig gaat toegeven.

Hoewel de belangenorganisatie opkomt voor een collectief belang, vermoedde de wetgever dat zij in de procedure concrete voorbeelden zou willen behandelen. Een individuele gedupeerde kan er volgens lid 4 bezwaar tegen maken ongewild als proefkonijn te fungeren. Bij mijn weten is er van deze bepaling in de praktijk nooit gebruik gemaakt. De reden zal onder meer zijn dat een verstandige belangenorganisatie met het oog op de gelijksoortigheidseis juist geen concrete gevallen in de collectieve procesvoering zal betrekken, maar zich zal baseren op een abstracte gedupeerde.

1.2.2

Wat gevorderd kan worden

De achilleshiel van artikel 3:305a BW is gelegen in lid 3, laatste zin. De eerste zin bepaalt dat de vordering kan strekken tot openbaarmaking van de uitspraak, een bepaling die onder de invloed van Europees recht is toegevoegd en wat zonder die bepaling ook al gegolden zou hebben. De tweede zin bepaalt echter dat de vordering van de belangenorganisatie niet kan strekken tot schadevergoeding in geld. Het behoeft geen betoog dat het de betrokkenen juist om financiële genoegdoening van doen is. De bepaling veroorzaakt dan ook dat in financiële geschillen de collectieve actie doorgaans slechts de eerste stap kan zijn naar het verkrijgen van genoegdoening. De bepaling is opgenomen omdat de vraag of en in hoeverre een persoon jegens wie on-

rechtmatig is gehandeld daardoor schade heeft geleden, slechts individueel zou kunnen worden beantwoord.³

Nu het niet mogelijk is om rechtstreeks op schadevergoeding te mikken, is de vordering van de belangenorganisatie in een collectieve actie doorgaans beperkt tot het verkrijgen van een verklaring van de rechter dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld of is tekort gekomen is in de uitvoering van haar contractuele verplichtingen. De gedachte van de wetgever is dat de individuele gedupeerde met een dergelijke uitspraak zijn voordeel kan doen. Dit kan hetzij doordat de bank bereid zal zijn op basis van die uitspraak een schikking te treffen, hetzij doordat in opvolgende individuele procedures de rechter de eerdere uitspraak in een collectieve actie tot uitgangspunt zal nemen (wat dus niet zonder meer vaststaat). Met het onrechtmatigheidsoordeel of het oordeel dat er sprake is van een tekortkoming is het inhoudelijke debat echter nog niet afgerond. Daarna komt niet alleen de exacte omvang van de schade nog aan de orde, maar ook vragen omtrent het causaal verband (art. 6:98 BW) en eigen schuld (art. 6:101), onderwerpen die met name bij zorgplichtschendingen een grote rol spelen. De belangenorganisatie zal proberen zoveel mogelijk van deze debatstof in de collectieve zaak te behandelen. Het zou vanuit het perspectief van de belangenorganisatie het mooiste zijn wanneer in het vonnis reeds wordt uitgesproken op welke schadevergoeding elke individuele gedupeerde aanspraak kan maken, of het vonnis een formule bevat waaruit de individuele schadevergoedingsaanspraak valt af te leiden. Nu verbiedt lid 3 niet alleen een daadwerkelijke schadevergoedingsvordering, maar ook elke vordering die daartoe 'strekt'. Niettemin volgt uit de jurisprudentie dat lid 3 vrij restrictief moet worden geïnterpreteerd. Een vordering die de strekking heeft om later behulpzaam te zijn bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht is als zodanig wel mogelijk.⁴ Het probleem is gelegen in de hiervoor besproken gelijksoortigheidseis: het moet nog steeds gaan om vragen die beantwoord kunnen worden zonder dat onderzoek wordt gedaan naar de individuele omstandigheden van het geval.

Een voorbeeld van een vaststelling die de omvang van de schade betreft maar toch niet afhankelijk is van de individuele omstandigheden van het geval, betreft de situatie dat een genoteerde vennootschap heeft verzuimd tijdig informatie naar buiten te brengen die een negatief effect op de koers zou hebben gehad. Voor de berekening van de schade die individuele aandeelhouders

3 De bepaling is bij amendement aan het wetsvoorstel toegevoegd. *Kamerstukken II*, 1993/94 22 486, nr. 15.

4 Ik leid dit onder meer af uit HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/297 (*Vie d'Or*), rov. 8.1.3.

hebben geleden, is van groot belang wat het koersverloop van dag tot dag geweest zou zijn indien de vennootschap wel aan haar publicatieplicht voldaan had. De vaststelling daarvan is een gecompliceerde kwestie die zich leent voor uitvoerig partijdebat en waarbij de rechter is aangewezen op deskundigen. Die vaststelling leent zich er niet voor verdaagd te worden tot een individuele vervolgprocedure. Advocaat-Generaal Timmerman bepleit in zijn conclusie in het aanhangige cassatieberoep in de World Online zaak⁵ dat de rechter in een collectieve actie op basis van artikel 3:305a BW daaromtrent een vaststelling zou moeten kunnen doen.

Lid 3 verbiedt een vordering die strekt tot betaling van schadevergoeding. Daarmee is echter niet elke geldvordering uitgesloten. Een geldvordering kan immers ook voortvloeien uit de vernietiging of ontbinding van een overeenkomst. Heeft een consument een beleggingsproduct aangeschaft en zou de overeenkomst waarbij hij dat gedaan heeft vervolgens worden vernietigd of ontbonden, dan verkrijgt de consument een vordering uit onverschuldigde betaling. Een dergelijke vordering wordt niet verboden door lid 3. Aldus zou het toch mogelijk zijn om in de collectieve actie datgene te vorderen waar het de belegger eigenlijk om te doen is (namelijk: geld). De belangenorganisatie zou zelfs kunnen vorderen dat de bank op straffe van een dwangsom wordt bevolen tot uitbetaling aan de gedupeerden over te gaan.

Is het mogelijk om in een collectieve actie de vernietiging of ontbinding te vorderen van de overeenkomsten die door de leden van de groep zijn gesloten? Uiteraard zal voldaan moeten worden aan de eis dat de aantastbaarheid van de overeenkomsten kan worden beoordeeld zonder onderzoek naar de individuele omstandigheden van het geval. De wetsgeschiedenis houdt zulks voor mogelijk en noemt het voorbeeld van een vordering tot vernietiging op grond van bedrog wanneer aan vele met kaalheid kampende mannen een haargoeistimulerende zalf is verkocht die, naar achteraf blijkt, in het geheel geen effect heeft.⁶ Het voorbeeld spreekt mij wel aan. Het probleem is echter dat een vonnis in een collectieve actie slechts 'geldt' (gezag van gewijsde heeft) tussen de belangenorganisatie en – in het door de wetgever gehanteerde voorbeeld – de verkoper van de onwerkzame zalf. Enerzijds zou dat vonnis dus niet gelden tussen de verkoper in de individuele zalkoper, anderzijds zou met dat vonnis wel de koopovereenkomst waarbij de zalkoper partij is worden vernietigd. Daar wringt iets. Mijns inziens moet de duidelijke bedoeling van de wetgever echter prevaleren boven dit dogmatische probleem en

5 L/JN BH2162, § 4.7.5.11 e.v..

6 Kamerstukken 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 25.

is een vordering die strekt tot de collectieve aantasting van rechtshandelingen mogelijk. Een uitgemaakte zaak is dit echter niet.⁷

Een poging tot 'collectieve vernietiging' van beleggingsovereenkomsten is aan de orde in Rechtbank Amsterdam (sector kanton), 25 augustus 2004, JOR 2004/303 (Stichting Eegalease/Dexia). Stichting Eegalease vorderde op basis van artikel 3:305a BW de vernietiging van alle met Dexia gesloten overeenkomsten van effectenlease waarvoor de echtgeno(o)t(e) van de afnemer geen toestemming had gegeven. De vordering liep echter stuk op de bijzondere aard van de vernietigingsbevoegdheid waarop een beroep werd gedaan, namelijk die van artikel 1:88 BW. Kennelijk omdat die bepaling ertoe strekt de echtelieden tegen elkaar te beschermen en niet tegen de wederpartij bij de overeenkomst, oordeelde de rechter dat de stichting niet namens de echtgenoten een beroep op de vernietigingsmogelijkheid kon doen. Voor collectieve belangenbehartiging in echtelijke twisten is mijns inziens inderdaad geen plaats.⁸

Wordt aangenomen dat collectieve aantasting van overeenkomsten die door de leden van de groep zijn gesloten inderdaad inzet van een actie ex artikel 3:305a BW kan zijn, dan verdient lid 5 van deze bepaling bijzondere aandacht. Een lid van de groep kan zich tegen de werking van een collectieve uitspraak in zijn individuele geval verzetten, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat het niet mogelijk is een individueel lid van de groep van de uitspraak uit te zonderen. Voor de gebruikelijke vordering die enkel op een verklaring voor recht ziet, is deze bepaling zonder belang, want een dergelijke uitspraak heeft voor het individuele lid van de groep toch geen rechtstreeks effect. Dat is anders bij een ge- of verbod en is ook anders indien bij een uitspraak in een collectieve actie alle beleggingsovereenkomsten van een bepaalde soort worden vernietigd of ontbonden. Met een beroep op lid 5 kan een individuele contractant zich aan die uitspraak onttrekken en de rechtsgeldigheid van zijn overeenkomst dus herstellen. Een dergelijke verklaring heeft dus het omgekeerde effect van een vernietigings- of ontbindingsverklaring. Veel is op dit punt echter ongeregeld, met name of de wederpartij voor het afleggen van een dergelijke verklaring een termijn kan stellen. Kan zij dat niet, dan zou het bestaan van de overeenkomsten die onderwerp van de collectieve

7 Dat deze mogelijkheid niet zou bestaan, wordt soms afgeleid uit HR 14 juni 2002, NJ 2003/689. Het standpunt dat dit geen juiste uitleg van dit arrest is, wordt onder meer verwoord door: J.H. Lemstra, 'De (on)begrensde mogelijkheden van collectieve acties in het ondernemingsrecht', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2004/2005, p. 306.

8 Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de auteur dezes destijds als advocaat van Dexia bij de zaak was betrokken.

vernietiging zijn lange tijd in het ongewisse kunnen blijven. Met name zou dit onredelijk kunnen zijn waar het resultaat van een beleggingsproduct dat onderwerp van de actie was afhankelijk is van toekomstige koersontwikkelingen. Een opportunistische gedupeerde zou rustig het koersverloop kunnen afwachten en bij een gunstig verloop alsnog een verklaring volgens lid 5 kunnen afleggen.

1.2.3

Verjaringsproblemen

Een probleem dat noch in artikel 3:305a BW, noch elders in de wet voldoende is geregeld, is de mogelijkheid dat vorderingen van gedupeerden hangende een collectieve actie verjaren. Volgens artikel 3:316 BW stuit een daad van rechtsvervolgning de lopende verjaring. Daarvoor kwalificeert niet alleen een daad van rechtsvervolgning door de gedupeerde zelf, maar ook een daad van rechtsvervolgning 'van de zijde van de gerechtigde'. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 3:305a BW blijkt dat daaronder ook het uitbrengen van een dagvaarding door een belangenorganisatie valt, ongeacht de aard van de vordering.⁹ Het uitbrengen van een dagvaarding door een belangenorganisatie stuit dus de verjaring van de schadevergoedingsvordering van de individuele gedupeerde die binnen de groep valt, ook al strekt die dagvaarding niet tot het verkrijgen van schadevergoeding, maar bijvoorbeeld alleen tot het verkrijgen van een verklaring voor recht dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld. Daarmee is het probleem echter niet opgelost. Met de stuiting van de verjaring begint namelijk een nieuwe verjaringstermijn te lopen en de toepasselijke verjaringstermijn van vijf jaar is – helaas – korter dan de gebruikelijke duur van een collectieve rechtszaak. Het is derhalve mogelijk dat de schadevergoedingsvordering van de individuele gedupeerde waar het allemaal om te doen is in de loop van de collectieve rechtszaak verjaart.

Het hierboven geschetste scenario was concreet aan de orde in Rechtbank Alkmaar 22 april 2009, NJF 2009/323. Het ging om een individuele gedupeerde die schade had geleden als gevolg van de legionellabesmetting te Bovenkarspel in 1999. Die besmetting was onderwerp van een collectieve actie van de Consumentenbond, aangevangen in februari 2000. De procedure mondde uit in een arrest van het Hof Amsterdam van 25 oktober 2007 (NJF 2007/523), waarbij een eerder vonnis van de rechtbank werd bekrachtigd waarin voor recht was verklaard dat een standhouder onrechtmatig had gehandeld. Het onderhavige slachtoffer deed exact wat de wetgever verwacht: hij wachtte de

9 Kamerstukken II 1992/93, 22 486, nr. 5, p. 3

uitkomst van de collectieve zaak af, om vervolgens met het arrest van het Hof in de hand de standhouder tot vergoeding van zijn individuele schade aan te spreken, om tegengeworpen te krijgen dat zijn vordering inmiddels verjaard was. De laatste stuitingshandeling (namelijk de dagvaarding in de collectieve actie) dateerde immers uit februari 2000 en sindsdien waren meer dan vijf jaar verstreken. De rechtbank redde het slachtoffer met de redenering dat de wet een leemte vertoont, maar dat uit de strekking van artikel 3:305a BW voortvloeit dat de verjaring gestuit blijft totdat de collectieve procedure is afgesloten en nog tot een 'redelijke termijn' nadien, waarin de individuele gedupeerde zijn vordering kan instellen. Dat oordeel is sympathiek, maar het vindt geen steun in de wet en het is vrij dubieus of de Hoge Raad een dergelijke redenering zal willen volgen.

Naast de mogelijkheid een lopende verjaring met het aanvangen van een procedure te stuiten, kent de wet ook stuiting door een schriftelijke aanmaning of andere mededeling waarin het recht op betaling uitdrukkelijk wordt voorbehouden (art. 3:317 BW). Een belangenorganisatie kan echter niet op basis van artikel 3:305a BW namens de groep van gedupeerden met een eigen buitengerechtelijke sommatie of mededeling de lopende verjaring stuiten. Artikel 3:305a BW strekt er slechts toe dat een belangenorganisatie ten behoeve van derden kan procederen, maar geeft de organisatie daarbuiten geen rechten. Een belangenorganisatie doet er derhalve goed aan om de gedupeerden steeds op de verjaringsproblematiek te wijzen en op te roepen zelf de verjaring te stuiten en daartoe bijvoorbeeld modelbrieven via een website ter beschikking te stellen. Een andere tactiek zou zijn om hangende de eerste collectieve actie desnoods maar een identieke tweede actie te beginnen, om met de dagvaarding in die tweede collectieve actie de verjaring van de individuele schadevergoedingsvorderingen (wederom) te stuiten. Probleem is dat die tweede actie wellicht niet tot toewijzing zal leiden, juist omdat zij identiek is aan de eerste. In dat geval moeten de individuele gedupeerden gaan procederen binnen zes maanden nadat de tweede vordering definitief afgewezen is (art. 3:316 lid 2 BW). Dat belangenorganisaties aldus genoopt zouden kunnen worden tot het beginnen van voor het overige volkomen nutteloze procedures illustreert wel dat de wet inderdaad een leemte laat.

1.2.4

De (te) lange duur van de collectieve acties

Een andere vraag is waarom collectieve acties zo lang plegen te duren. Het bovengenoemde voorbeeld is helaas niet extreem. De collectieve acties over het faillissement van verzekeringsmaatschappij Vie d'Or in 1993 zijn pas in

2006 afgerond, dertien jaren na dato. De collectieve actie omtrent de beursintrodactie van World Online in 2000 is thans in cassatie aanhangig. In al deze acties ging (c.q. gaat) het uiteindelijk alleen om de vraag naar de onrechtmatigheid en niet om de (omvang van) de aansprakelijkheid. Een deel van de verklaring voor de lange duur van collectieve acties is uiteraard de omvang van de belangen die op het spel staan, waardoor de verliezende partij zich van beroep en vervolgens beroep in cassatie voorziet. De onduidelijkheden rond artikel 3:305a BW zijn een ander deel van de verklaring. In collectieve acties wordt doorgaans niet alleen gedebatteerd over de onrechtmatige daad of de tekortkoming waar het om zou moeten gaan, maar ook over de juiste uitleg van artikel 3:305a BW en de vraag of de eiser aan die bepaling voldoet. Ten derde zal in het verleden een rol gespeeld hebben dat artikel 3:305a BW wel de mogelijkheid biedt om collectief te procederen, maar niet om collectief te schikken. Wie de strijd niet kan staken is immers genoopt haar voort te zetten. In deze lacune voorziet sinds 2005 de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, die elders in deze bundel aan de orde komt. Overigens stelt die wet de eis dat de belangenorganisatie representatief is, een eis die artikel 3:305a BW niet stelt. De paradoxale situatie blijft derhalve mogelijk dat eenzelfde partij wel over een geschil kan procederen, maar daarover geen schikking kan treffen.

De belangrijkste reden van de lange duur van collectieve acties is echter dat een oordeel in een collectieve actie geen gezag van gewijsde heeft in een vervolgpprocedure tussen de bank en een individuele gedupeerde. Stel dat een belangenorganisatie een collectieve actie aanvangt – wat zij bij de rechtbank moet doen – en in het gelijk wordt gesteld: er resulteert een vonnis dat de bank jegens elk van de gedupeerden onrechtmatig heeft gehandeld. De bank stelt geen appel in. Vervolgens gaat een individuele gedupeerde met dat vonnis in de hand proberen in een individuele zaak zijn schade te verhalen. Omdat het eerdere vonnis geen gezag van gewijsde heeft, kan de bank ook in deze procedure de onrechtmatigheid betwisten. Vermoedelijk zal zij daarmee bij de rechtbank weinig succes hebben, want in de praktijk zal de rechtbank het eerdere vonnis wel volgen. Dat ligt echter anders als de bank van het vonnis in de individuele zaak appel instelt. Een Gerechtshof bestaat bij de gratie van het feit dat rechtbanken fouten maken. Het Gerechtshof is niet gehouden om enig gezag toe te kennen aan een eerder vonnis van een rechtbank in een collectieve actie en zal dat in de praktijk vermoedelijk slechts in beperkte mate doen. Met andere woorden: de belangenorganisatie is wel genoopt om tot de Hoge Raad door te procederen teneinde een uitspraak te verkrijgen waaraan de individuele gedupeerden werkelijk iets hebben. Een belangenorganisatie zou zelfs in de problemen kunnen komen als haar vordering bij de

rechtbank integraal wordt toegewezen, want dan kan zij de zaak niet zelf aan een hogere rechter voorleggen.

1.3

DE BELANGENORGANISATIE

1.3.1

Eisen van de wet en van de praktijk

De wet stelt geen hoge eisen aan de belangenorganisatie. Zij moet een stichting zijn of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (derhalve een vereniging die bij notariële akte is opgericht). Daarnaast moet zij de belangen van de groep waarvoor zij in rechte wil opkomen ingevolge haar statuten behartigen. De doelomschrijving in haar statuten moet derhalve (mede) inhouden dat de belangenorganisatie zich richt op de behartiging van de desbetreffende belangen. Niets verzet zich ertegen dat de statuten speciaal met het oog op een aanhangig te maken collectieve actie worden aangepast. Nu de gang naar de notaris snel gemaakt is, vormt deze voorwaarde dus weinig meer dan een formaliteit.

Niettemin gaat het in de praktijk wel eens mis. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 8 augustus 2007, NJ 2007/557, Vereniging Consument & Geldzaken/Groeivermogen. Dit betrof een actie met een soortgelijke strekking als de hierboven (§ 1.2.2) genoemde actie van Stichting Eegalease tegen Dexia, dit maal gericht tegen Groeivermogen N.V.. De vereniging was echter vergeten haar statutaire doelomschrijving zodanig aan te passen dat daaronder ook de behartiging van de belangen van echtgenotes van afnemers van aandelenlease-producten viel. Op die grond was zij niet ontvankelijk.

Uit de wetsgeschiedenis is niet duidelijk of met de woorden 'ingevolge haar statuten behartigt' ook wordt bedoeld dat de belangenorganisatie daadwerkelijk werkzaamheden ter bevordering van de belangen waarvoor zij in rechte wil opkomen moet ontplooiën of ontplooid moet hebben, of dat de enkele statutaire doelomschrijving voldoende is. In de memorie van toelichting staat van wel,¹⁰ maar in de nota naar aanleiding van het eindverslag¹¹ staat dat het stellen van de eis van feitelijke werkzaamheden overbodig is naast de

¹⁰ Kamerstukken II 1991/1992, 22 486, nr. 3, p. 21.

¹¹ Kamerstukken II 1992/1993, 22 486, nr. 8, p. 3/4.

eis van voorafgaand overleg (lid 2). Mij zijn geen gevallen bekend dat op dit punt succesvol verweer is gevoerd.¹²

De wet stelt niet de eis dat de belangenorganisatie een achterban van een bepaalde omvang heeft: niet hoeft te blijken dat een minimum aantal individuele gedupeerden de actie ondersteunt en de vereniging die als belangenorganisatie optreedt hoeft geen ledenlijst te overleggen. In theorie is het zelfs mogelijk dat bij de collectieve actie geen enkele gedupeerde betrokken is. Er is echter een praktische reden waarom een collectieve actie slechts mogelijk is indien een significant aantal gedupeerden de actie ondersteunt. De belangenorganisatie zal immers de kosten van de procedure moeten opbrengen. Ook omdat het bij collectieve acties eerder regel dan uitzondering is dat in meerdere instanties wordt geprocedeerd, zijn de advocaatkosten zeer aanzienlijk. Indien de procedure wordt gewonnen wordt daarvan slechts een fractie door de wederpartij vergoed,¹³ terwijl de advocaat van de belangenorganisatie bij de huidige stand van de regelgeving niet mag werken op basis van *quota pars litis* ('no cure, no pay'). De belangenorganisatie is derhalve aangewezen op contributies en donaties van gedupeerden. Een probleem waarop zij daarbij stuit is dat de collectieve actie op basis van artikel 3:305a BW slechts in uitzonderingsgevallen voor de donateurs van groter nut is dan voor andere gedupeerden. De precedentwerking van een verklaring voor recht die in een collectieve actie is uitgesproken, is voor de gedupeerde die gedoneerd heeft aan de belangenorganisatie niet groter dan voor de gedupeerde die dat niet gedaan heeft. De calculerende gedupeerde zou op deze grond zijn financiële steun aan een collectieve actie kunnen onthouden. In de praktijk blijkt dit probleem overwinbaar en slagen belangenorganisaties erin voldoende financiering aan te boren, mits de kwestie die met een collectieve actie wordt aangekaart een voldoende groot aantal gedupeerden kent. De noodzaak om de procesvoering te financieren vormt daarmee een nuttige rem op onwenselijke of bemoeizuchtige belangbehartiging door collectieve acties, een rem waarin de tekst van de wet niet voorziet.

De lichte eisen die de wet aan de belangenorganisatie stelt, brengen mee dat collectieve acties in de praktijk vaak worden ingesteld door een stichting die

12 Een dergelijk verweer blijkt uit Vزر. Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2007, LJN BB2297. De Voorzieningenrechter oordeelde impliciet dat de wet wel de eis van feitelijke belangenbehartiging stelt, maar dat daaraan door de desbetreffende belangenorganisatie is voldaan. In Vزر. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, NJ 2007/458 is geoordeeld dat de wet deze eis niet stelt.

13 Kosten ter vaststelling van de omvang van de schade en aansprakelijkheid, zoals de kosten van deskundigenonderzoek, kunnen echter wel voor volledige vergoeding in aanmerking komen. De belangenorganisatie zal dergelijke kosten echter altijd moeten voorfinancieren, zonder de zekerheid te hebben dat de wederpartij tot vergoeding daarvan veroordeeld zal worden.

enkel is opgericht met het oog op die procedure. De praktijk kent voorbeelden van dergelijke stichtingen die luttele weken voorafgaand aan het uitbrengen van de dagvaarding zijn opgericht. Nu ook een dergelijke 'ad hoc stichting' haar proceskosten zal moeten financieren en aldus moet beschikken over een voldoende draagvlak onder de gedupeerden, is deze praktijk mijns inziens niet bezwaarlijk. Vraagtekens kunnen wel geplaatst worden bij de tendens dat het initiatief tot oprichting van de ad hoc stichting niet uitgaat van de gedupeerden, maar van de advocaat die de zaak gaat behandelen. Het belang van de advocaat loopt immers niet zonder meer parallel met dat van de gedupeerden, want de advocaat heeft financieel belang bij het voeren van de procedure (en soms bij de publiciteit waar de procedure aanleiding toe geeft) en de gedupeerden slechts bij de uitkomst daarvan. Tot op zeker hoogte bestaat er in de Nederlandse rechtspraak altijd een dergelijk spanningsveld, maar bij een collectieve actie meer dan anders: de advocaat is immers alleen verantwoording verschuldigd aan de door hemzelf opgerichte stichting, niet aan de gedupeerden. Om te verzekeren dat het belang van de advocaat ook in dit opzicht geheel parallel loopt met dat van de gedupeerden zou echter het huidige verbod op *quota pars litis* geschrapt moeten worden, maar de angst voor 'Amerikaanse toestanden' en voor een toename van 'de claimcultuur' staat daaraan in de weg. Of die angst gerechtvaardigd is, laat ik hier in het midden. Voor zover met 'claimcultuur' wordt bedoeld op een cultuur waarin gerechtvaardigde claims ook effectief vervolgd kunnen worden, deel ik die angst in ieder geval niet.

Naast de categorie van ad hoc stichtingen worden collectieve acties ingesteld door reeds langer bestaande organisaties met een gevestigde reputatie op het gebied van belangenbehartiging in en buiten rechte. Met name de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en de Consumentenbond zijn veelvuldige spelers in acties op de voet van artikel 3:305a BW. Ten opzichte van ad hoc stichtingen hebben dergelijke institutionele spelers het voordeel van een bestaande administratieve organisatie, financiële stootkracht en ervaring met collectieve procesvoering. Opvallend is dat dergelijke institutionele spelers vrijwel steeds de rechtsvorm van een vereniging hebben en ad hoc spelers de rechtsvorm van een stichting. De reden zal onder meer zijn dat het oprichten van een vereniging meer voeten in de aarde heeft dan van een stichting, omdat voor een stichting geen leden geworven behoeven te worden. Nadeel van de stichtingsvorm is dat het bestuur in beginsel aan niemand verantwoording verschuldigd is, ook niet aan de gedupeerden. Het bestuur van de vereniging is verantwoording aan haar leden verschuldigd, al zijn die leden niet noodzakelijkerwijze dezelfde als de gedupeerden.

1.3.2

Concurrerende belangenorganisaties

Eisers in collectieve acties kunnen dus worden onderscheiden in institutionele spelers en ad hoc spelers (waarbij binnen de laatste groep weer kan worden onderscheiden tussen ad hoc stichtingen die zijn opgericht door de gedupeerden en ad hoc stichtingen die voortkomen uit het initiatief van een rechtsbijstandverlener). Het recht maakt thans geen onderscheid tussen deze soorten spelers. De vraag of dergelijk onderscheid wel gemaakt zou moeten worden komt aan de orde wanneer meerdere collectieve acties worden ingesteld ten behoeve van dezelfde groep van gedupeerden. Dat laatste komt veelvuldig voor: in verband met de beursgang van World Online, de aandelenleaseaffaire en de nationalisatie van Fortis hebben zich meerdere collectieve belangenbehartigers opgeworpen. Inherent aan het systeem van de wet is immers dat de belangenorganisatie geen toestemming van de gedupeerden nodig heeft voor het aanhangig maken van een actie: de wet voorziet met leden 4 en 5 van artikel 3:305a BW slechts in de mogelijkheid voor een individuele gedupeerde zich aan (de gevolgen van) een collectieve actie te onttrekken. De mogelijkheid van meerdere collectieve acties over hetzelfde onderwerp brengt het gevaar van tegenstrijdige uitspraken mee. Daarmee zou artikel 3:305a BW van haar nuttig effect berooft kunnen worden, omdat in een individuele vervolgsaak zowel de gedupeerde als de bank zich zou kunnen beroepen op een voor haar gunstige uitspraak in een collectieve actie. Onoplosbaar worden de problemen zelfs indien een vordering tot collectieve vernietiging van beleggingsovereenkomsten in de ene collectieve procedure wordt afgewezen en in de andere wordt toegewezen. Een wettelijke voorrangregeling tussen collectieve acties wordt node gemist.

Het probleem was concreet aan de orde in Hof Amsterdam 7 oktober 2004, JOR 2004/329, Stichting Lipstick Effect e.a./ABN Amro. De zaak betrof de beursintroductie van World Online, terwijl gelijktijdig een collectieve actie van de VEB over hetzelfde onderwerp aanhangig was. Het Hof oordeelde dat Stichting Lipstick Effect – een ad hoc speler – een lijst had moeten overleggen van de beleggers waar zij voor opkwam. Omdat zij dat niet gedaan had werd zij niet-ontvankelijk verklaard. De stichting had dit oordeel in de hand gewerkt door te stellen dat zij niet opkwam voor alle beleggers in World Online, maar alleen voor de beleggers die zich hadden 'verenigd in Stichting Lipstick Effect', waarmee zij zelf de noodzaak creëerde de desbetreffende beleggers te identificeren. Zou zij deze restrictie niet in haar vordering hebben opgenomen, dan was de door het Hof gekozen oplossing mijns inziens onmogelijk geweest.

Indien meerdere belangenorganisaties verschillende vorderingen instellen, komt ook de vraag in beeld of de desbetreffende belangen nog wel voldoende gelijksoortig zijn, ook al is voor de beoordeling van de vorderingen geen onderzoek naar de individuele omstandigheden van het geval vereist. Indien de vorderingen van de ene belangenorganisatie zijn gericht op schadeplechtigheid en de andere op collectieve vernietiging, dan blijkt daaruit dat elke individuele gedupeerde een verschillende inschatting kan hebben van zijn belang, zodat de belangen niet meer gelijksoortig zouden zijn. Gevolg zou dan zijn dat beide belangenorganisaties niet ontvankelijk worden verklaard. Dat gevolg moet beperkt blijven tot onderdelen van de vorderingen die daadwerkelijk onverenigbaar zijn. Een vaststelling in de ene procedure dat de aanbieder van een beleggingsproduct bijvoorbeeld tekortgeschoten is in haar zorgplicht, kan bestaan naast de vaststelling in een andere procedure dat de desbetreffende overeenkomsten aan vernietiging of ontbinding blootstaat¹⁴.

Geen gelijktijdige aanhangigheid van meerdere collectieve acties maar wel verschil van inzicht binnen de groep was aan de orde in Hof Amsterdam 13 december 2007, LJN BC0125, Plazacasa/Stichting Baas in Eigen Huis. Laatstgenoemde vorderde ten behoeve van alle Nederlandse makelaars een verbod op de publicatie van woningaanbod op de website van eerstgenoemde. Het bleek echter dat circa één derde van de makelaars juist voor dergelijke publicatie was. In beginsel is het belang van elke handelaar immers gediend met zo veel mogelijk publiciteit voor zijn waar. Nu er binnen de groep waar de stichting voor opkwam sprake was onderling tegenstrijdige belangen, waren de belangen niet gelijksoortig en dus was de stichting niet ontvankelijk.

1.4

ALTERNATIEVEN

Hierboven is gebleken dat artikel 3:305a BW knellende beperkingen kent, waarvan de voornaamste is dat geen schadevergoeding gevorderd kan worden. Onderstaand bespreek ik daarom beknopt procedurele alternatieven die kunnen worden ingezet ter verkrijging van compensatie van massaschade.

¹⁴ Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de auteur als advocaat betrokken is bij een collectieve actie terzake van de nationalisatie van Fortis, waarin de wederpartij aan de aanhangigheid van een andere collectieve actie over hetzelfde onderwerp een verweer meent te ontleen.

Een deel van de problemen die kleven aan een procesgang op basis van artikel 3:305(a) BW kan worden opgelost door de collectieve actie te combineren met een aantal individuele voorbeeldzaken. Eisers zijn dan de belangenorganisatie en een aantal individuele gedupeerden. De vordering van de belangenorganisatie is beperkt tot zodanige verklaringen voor recht als onder leden 1 en 3 toelaatbaar zijn, terwijl de individuele eisers concrete schadevergoeding vorderen. Aldus komen vragen omtrent causaal verband en eigen schuld in de procedure toch aan de orde, ook als de rechter de voorwaarde van gelijksoortige belangen streng toetst. Door de voorbeeldzaken zorgvuldig te selecteren zou aldus een uitspraak verkregen kunnen worden die ten opzichte van alle individuele gedupeerden precedentwerking heeft. Strikt genomen is het zelfs zo dat de collectieve actie geen meerwaarde heeft naast de voorbeeldzaken. Een uitspraak in een collectieve zaak heeft in beginsel geen grotere precedentwaarde dan een uitspraak in een proefprocedure. Dat de belangenorganisatie toch de moeite neemt ook een vordering op basis van artikel 3:305a BW aanhangig te maken heeft in mijn waarneming vooral te maken met de relatie met haar achterban. Met de 3:305a BW procedure kan zij zeggen dat zij reeds concrete actie ten behoeve van alle gedupeerden heeft ondernomen, wat bij een bundeling van proefprocedures minder eenvoudig uit te leggen is.

De tactiek van de combinatie van een 3:305a BW procedure met een bundel van proefprocedures lost niet alle problemen op. Aan het einde van de rit heeft de individuele gedupeerde wel een uitspraak waaruit duidelijker valt af te leiden waarop hij recht heeft, maar hij heeft nog steeds geen uitspraak waarin de wederpartij tot betaling van schadevergoeding veroordeeld wordt. Andere processuele tactieken kunnen wel tot een dergelijk resultaat leiden. Die tactieken vergen alle dat de individuele gedupeerden actief medewerking aan de actie verlenen en zijn in zoverre geen alternatief voor een vordering op basis van artikel 3:305a BW. De advocaat die een dergelijke tactiek wil inzetten, moet goed beseffen waaraan hij begint. Een vordering tot schadevergoeding ten behoeve van vele individuele gedupeerden vergt dat terzake van elke gedupeerde concrete stellingen worden ingenomen (en bij betwisting worden bewezen) over de omvang van de schade en over het causaal verband met de gestelde oorzaak daarvan. Dat kan reeds bij een betrekkelijk gering aantal gedupeerden een onbeheersbare informatiestroom opleveren.

Een triest voorbeeld is Rechtbank Arnhem 23 november 2005, JOR 2006/2. De zaak betrof de ondergang van Baan Company en daarin werd door 460 teleurgestelde beleggers individuele schadevergoeding gevorderd. Hoewel daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld, slaagden eisers er niet in con-

crete stellingen te betrekken over het verband tussen de aan de gedaagden gemaakte verwijten en de schade die elk van gedupeerden daardoor geleden zou hebben. Eisers werden daarom niet ontvankelijk verklaard, zonder dat de rechtbank aan enige inhoudelijke behandeling van die verwijten toekwam. (In hoger beroep hebben eisers hun vordering zodanig gewijzigd dat het niet langer nodig was stellingen omtrent causaal verband te betrekken. De vorderingen faalden toen op inhoudelijke gronden (Hof Arnhem 16 oktober 2007, JOR 2007/299).)

De wet verzet zich er niet tegen dat namens een groot aantal individuele eisers bij één dagvaarding evenzovele individuele schadevergoedingseisen worden ingesteld. Procesrechtelijk is het dus mogelijk een collectieve zaak op dezelfde wijze te behandelen als een normale rechtszaak. Een dergelijke zaak zal echter telkenmale vertraging oplopen wanneer een individuele eiser overlijdt of failleert (art. 225 Rv, art. 27 Fw), wat bij een groot aantal eisers in de lijn der verwachting ligt. Bovendien is het in de praktijk voor de advocaat onwerkbaar zich met honderden of zelfs duizenden cliënten te verstaan, cliënten die hem allemaal instructies kunnen geven en waarmee hij overleg zou moeten voeren over de inrichting van processtukken. In beginsel zou de advocaat bovendien aan elke individuele eiser moeten declareren. Om deze reden is het ook buiten het kader van artikel 3:305a BW noodzakelijk dat de procedure wordt gevoerd op naam van een rechtspersoon en niet op naam van de eigenlijke gedupeerden.

Teneinde de procedure op naam van een rechtspersoon te kunnen voeren, kan ervoor worden gekozen dat de gedupeerden hun schadevergoedingsvorderingen overdragen aan een daartoe opgerichte rechtspersoon, waarbij wederom de rechtsvorm van een stichting voor de hand ligt. De eigendoms-overdracht aan de stichting brengt geen wijziging in de vordering of in de argumenten die ter onderbouwing daarvan aangedragen kunnen worden. De procedure over een aldus gecedeerde vordering zou identiek moeten zijn aan de procedure door de gedupeerde zoals die zonder de cessie gevoerd had kunnen worden. Aan de cessie zal wel een titel ten grondslag moeten liggen. Het ligt voor de hand dat de vorderingen ten titel van koop worden overgedragen, waarbij de koopsom gelijk is aan de opbrengst van de gecedeerde vordering en de betaling wordt uitgesteld totdat de opbrengst daadwerkelijk geïncasseerd wordt. Deze aanpak kan overigens gecombineerd worden met een actie op basis van artikel 3:305a BW: de stichting treedt dan op in de dubbele hoedanigheid van cessionaris van concrete vorderingen en als belangenorganisatie.

De cessie vergt een akte tussen de gedupeerde en de stichting en vergde tot 1 oktober 2004 voorts mededeling van de cessie aan de wederpartij. (Sedertdien is cessie ook zonder mededeling mogelijk; art. 3:94 lid 3 BW.) In Hof Amsterdam 3 mei 2007, JOR 2007/154 m. nt. Den Boogert had Stichting VEB-Actie-WOL dat nagelaten omdat zij vreesde gedupeerden bloot te stellen aan juridische (tegen)acties van een der gedaagden. De stichting was daarom niet ontvankelijk. Ook naar het huidige recht lijkt het mij niet mogelijk om de identiteit van de gedupeerden voor de wederpartij geheim te houden.

Nadeel van de overdrachtsconstructie is dat deze een groot vertrouwen van de gedupeerde in de stichting vergt. De gedupeerde geeft zijn vordering uit handen en krijgt daar een voorwaardelijke vordering op de stichting voor terug. De gedupeerde loopt het risico van insolventie van de stichting. Behoudens andersluidende bepaling kan de gedupeerde niet meer terug, ook niet als de stichting onvoldoende werk van de vordering maakt. Aan deze problemen kan ten dele tegemoet gekomen worden door de vorderingen niet aan de stichting over te dragen, maar te werken met een 'cessie ter incasso'. De naam van deze figuur is verwarrend, want het gaat niet om een overdracht (cessie) maar om een lastgeving waarbij de gedupeerde aan de stichting opdraagt om de vordering in eigen naam te innen. Hoewel de vordering dus aan de gedupeerde blijft toebehoren, is de stichting procespartij en niet de gedupeerde. Dat het mogelijk is vordering die aan een ander toebehoort op eigen naam ingevolge een lastgeving te innen, is dogmatisch merkwaardig maar is door de Hoge Raad herhaaldelijk bevestigd.¹⁵ Wel zal de lasthebber (in ons geval: de stichting) in de dagvaarding duidelijk moeten maken in welke hoedanigheid zij optreedt.

Wordt er gebruik gemaakt van de lastgevingsfiguur dan zou zich het probleem kunnen voordoen dat de procesvoering wordt gecompliceerd wanneer gedupeerden hangende de procedure de lastgeving onverhoeds intrekken of wanneer lastgevingen onverhoeds eindigen door dood of faillissement van gedupeerden. De wettelijke bepalingen terzake van het einde van een lastgeving worden gemitigeerd als de lasthebber een 'rechtspersoon is die zich ingevolge zijn statuten ten doel stelt de gezamenlijke belangen van meer lastgevers door uitoefening van de aan hen toekomende rechten te behartigen' (art. 7:423 lid 2 BW). Hoewel de tekst van dit artikel doet denken aan die van artikel 3:305a lid 1 BW, is deze bepaling niet opgenomen met het oog op collectieve acties, maar met het oog op organisaties als Buma/Stemra. Zij lijkt echter ook bruikbaar voor de stichting die met een lastgevingsconstruc-

15 HR 21 oktober 1983, NJ 1984/254, HR 28 oktober 1988, NJ 1989/83 en HR 3 mei 1991, NJ 1992/229.

tie een collectieve actie voert. In afwijking van wat voor andere lasthebbers geldt ter zake van het einde van de lastgeving, kan een dergelijke rechtspersoon bedingen dat de lastgeving slechts op termijn van een jaar kan worden opgezegd en niet eindigt door de dood of het faillissement van de lastgever. Wel blijft in de laatste gevallen gelden dat de erfgenamen of de curator de lastgeving op termijn van één maand kunnen opzeggen. Niettemin zal het probleem van tussentijds wegvallende lastgevers langs deze route beter beheersbaar zijn.