

Vergaderjaar 2011–2012

33 126

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)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 14 oktober 2011 en het nader rapport d.d. 15 december 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 19 juli 2011, no. 11.001787, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in de eerste plaats in opnemings in het Burgerlijk Wetboek (BW) van een representativiteitseis voor verenigingen en stichtingen die de belangen van de gedupeerden behartigen in het kader van de collectieve actie.

Voorts wordt een aantal technische wijzigingen van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) voorgesteld die voortvloeien uit een evaluatie van deze wet.¹ Nieuw is de introductie van een preprocesuele comparitie van partijen in het voorgestelde artikel 1018a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Tenslotte strekt het wetsvoorstel ertoe de Faillissementswet (Fw) aan te passen, zodat het met gebruikmaking van de Wcam mogelijk wordt massaclaims binnen een faillissement op een efficiënte wijze af te doen. Voorgesteld wordt in een faillissement gebruik te maken van een verbindend verklaarde Wcam-overeenkomst, waarbij de indiening van de vorderingen op de wijze in de Wcam-overeenkomst bepaald, de indiening ter verificatie vervangt (voorgestelde wijziging van onder meer de artikelen 26, 110 en 138 Fw). Het toepassingsbereik van de Wcam wordt daartoe verruimd, zodat ook andere massaclaims dan vorderingen tot schadevergoeding met gebruikmaking van die wet kunnen worden afgewikkeld.

¹ Kamerstukken II 2008/09, 31 762, nr. 1.

Bij brief van 8 september 2011 heeft de minister van Veiligheid en Justitie medegedeeld dat hij de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak om nader advies heeft gevraagd over de na de consultatie aan het voorstel toegevoegde wijzigingen van de Faillissementswet. Deze adviezen heeft de minister de Afdeling doen toekomen op 29 onderscheidenlijk 30 september 2011.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen met betrekking tot de representativiteitseis, de preprocesuele comparitie en de toepassing van de Wcam-regeling in het faillissement. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel nodig is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 juli 2011, nr. 11.001787, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 oktober 2011, nr. W03.11.0296/II, bied ik U hierbij aan.

1. Representativiteit

Het wetsvoorstel beoogt strengere toegangseisen te stellen voor verenigingen en stichtingen bij het instellen van een collectieve actie in het burgerlijk recht (artikel 3:305a BW). Het voorgestelde artikel 3:305a lid 2, derde volzin, BW bepaalt dat deze rechtspersonen niet ontvankelijk zijn in hun vordering, indien:

- 1. zij, in het geval de omstandigheden van het geval dat verlangen, niet voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de rechtsovereenkomst is ingesteld; of*
- 2. met de rechtsovereenkomst de belangen van de gedupeerden onvoldoende gewaarborgd zijn.*

Soortgelijke eisen gelden in de Wcam (artikel 7:907 lid 2, onder e en f, BW). Daar leidt het niet voldoen aan de representativiteitseis of de omstandigheid dat de belangen van de gedupeerden onvoldoende zijn gewaarborgd, tot afwijzing door de rechter van het verzoek tot verbindendverklaring van een Wcam-overeenkomst.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 3, «De sterke opkomst van claimstichtingen».

² Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel I.

³ De voorwaarde van representativiteit heeft de Hoge Raad gesteld in sommige arresten, gewezen voor de inwerkingtreding van art. 3:305 BW. In art. 3:305a BW komt deze eis niet uitdrukkelijk voor, maar men vindt hem impliciet terug in de verschillende deelaspecten van de regeling. Door een aantal in de wet opgenomen waarborgen wordt voorkomen dat een niet-representatieve organisatie te ver gaande bevoegdheden zou krijgen, hetgeen met name volgt uit de leden 2, 4 en 5 van het wetsartikel. Daarom achtte de wetgever het niet nodig de eis van representativiteit met zoveel woorden te stellen. «Gedachtig het feit dat het een nauwelijks nader inhoud te geven eis betreft is in het wetsvoorstel collectieve actie in het privaatrecht in overeenstemming met de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad gekozen deze voorwaarde voor ontvankelijkheid niet te stellen.» Kamerstukken I, 1993/94, 22 486, nr. 103b, blz. 3.

⁴ In de dissertatie van I.N. Tzankova wordt in dit verband slechts in het algemeen gesproken over «de representativiteitseisen». «Toegang tot het recht bij massaschade», Deventer: Kluwer 2007, blz. 162.

Doel van de voorgestelde wijziging is maatregelen te treffen om rechtspersonen te ontmoedigen zich op te werpen als belangenbehartigers van gedupeerden in gevallen waarin getwijfeld kan worden aan de zuiverheid van de motieven van deze rechtspersonen. De toelichting¹ wijst op de vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter bij een collectieve actie en de sterke opkomst van claimstichtingen die worden opgericht na een gebeurtenis die massaschade heeft veroorzaakt en die niet in alle gevallen primair op belangenbehartiging gericht zijn, maar op commercieel gewin. De introductie van beide eisen in artikel 3:305a BW biedt de rechter een handvat om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid in een collectieve actie, indien hij twijfelt aan de motieven voor het instellen van deze actie, aldus de toelichting.²

Met de voorgestelde hierboven als eerste aangeduide eis van representativiteit wordt een open norm geïntroduceerd. «Representativiteit» is een onvoldoende helder omlind en uitgekristalliseerd begrip.³ Daaronder kunnen uiteenlopende betekenissen schuilgaan.⁴ Zo kan representativiteit zien op de kwaliteit van een rechtspersoon om in voorkomende gevallen ter bescherming van een collectief belang in rechte op te treden, op de kwaliteit om op te treden voor een specifieke groep belanghebbenden, op de acceptatie van de rechtspersoon door de overheid als gesprekspartner en op de feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon ter behartiging van de belangen van de benadeelden.

De representativiteitseis, zoals voorgesteld, geldt voorts niet in alle gevallen, maar slechts indien de omstandigheden van het geval dat verlangen en als de rechter twijfelt aan de beweegredenen van de rechtspersoon. Het laatste komt evenwel ook aan de orde in de eis van voldoende waarborging van de aan de orde zijnde belangen. In tegenstelling tot de commercieel gedreven rechtspersonen, behoeven blijkens de toelichting ideële organisaties en milieu- en dierenwelzijnsorganisaties niet aan de representativiteitseis te voldoen, ook al zijn deze niet uitdrukkelijk uitgesloten. Gegeven het voorgaande kan de toevoeging van genoemde eis aan artikel 3:305a BW naar het oordeel van de Afdeling in de praktijk tot sterk uiteenlopende beoordelingen van de ontvankelijkheid en daarmee tot rechtsonzekerheid en, onder omstandigheden, zelfs willekeur leiden. De Afdeling acht dit onwenselijk.

De tweede, inhoudelijke eis namelijk dat met de rechtsvordering de belangen van de vertegenwoordigde personen voldoende gewaarborgd dienen te zijn, biedt ruimte voor een materiële beoordeling van de motieven van de rechtspersoon en van de waarborgen die de rechtspersoon biedt ten aanzien van de belangen van de gedupeerden. De Afdeling merkt in dit verband op dat de toelichting ervan uit lijkt te gaan dat commercieel gewin impliceert dat de motieven van de rechtspersoon niet helemaal zuiver zijn. Rechtspersonen als hier bedoeld, die (mede) uit commercieel gewin handelen, hoeven evenwel geen onzuivere motieven te hebben.

De tweede eis biedt de rechter een ruim toetsingskader, indien hij twijfelt aan de motieven van de rechtspersoon voor het instellen van de actie. Die toets leent zich er naar het oordeel van de Afdeling goed toe om het gesignaleerde probleem – het weren van uit onzuivere motieven handelende rechtspersonen en het bieden van houvast aan de gedupeerden – het hoofd te bieden. Daarnaast biedt deze eis ruimte voor een weging van factoren die volgens de toelichting een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de representativiteit van de rechtspersoon.¹ Naar het oordeel van de Afdeling kan het gesignaleerde probleem met een voldoende inhoudelijke toetsing aan het tweede criterium worden opgelost.

Gelet op de rechtsonzekerheid die de eerste eis met zich brengt en op de hiervoor getrokken conclusie dat met het tweede criterium het in de toelichting geschetste probleem kan worden opgelost, adviseert de Afdeling de eerste eis «voldoende representatief indien de omstandigheden van het geval dat verlangen» te schrappen en te volstaan met het stellen van de eis dat met de rechtsvordering de belangen van betrokkenen voldoende gewaarborgd dienen te zijn.

1. Representativiteit

¹ In de toelichting wordt op de volgende factoren gewezen: «De representativiteit van de organisatie kan bijvoorbeeld afgeleid worden uit de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft om zich voor de belangen van de benadeelden in te zetten, of uit het aantal benadeelden dat aangesloten is bij of lid van de organisatie, dan wel uit de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden. Ook kan de representativiteit afgeleid worden uit het gegeven dat de organisatie ter zake van de schadeveroorzakende gebeurtenis(sen) niet alleen ten opzichte van de schadeveroorzaker(s), maar bijvoorbeeld ook ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden. Het optreden als spreekbuis in de media kan ook een belangrijke aanwijzing zijn.»
Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting bij Artikel I.

De Afdeling advisering merkt op dat de in het wetsvoorstel in artikel 3:305a BW geïntroduceerde eis van «representativiteit» een open norm is die onvoldoende omljnd en uitgekristalliseerd is. Uiteenlopende betekenissen kunnen daaronder schuil gaan. De Afdeling merkt voorts op dat deze eis, zoals voorgesteld, niet in alle gevallen geldt. Blijkens de toelichting behoeven ideële organisaties en milieu- en dierenwelzijnsorganisaties niet aan deze eis te voldoen. De Afdeling merkt op dat dit in de praktijk tot sterk uiteenlopende beoordelingen en daarmee tot rechtsonzekerheid en, onder omstandigheden, zelfs tot willekeur kan leiden. De Afdeling acht dit onwenselijk.

De Afdeling wijst er voorts op dat het doel van de voorgestelde wijziging is om de rechter een handvat te bieden om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid in een collectieve actie, indien hij twijfelt aan de zuiverheid van de motieven voor het instellen van deze actie, met name

indien die louter commercieel gedreven zijn. De Afdeling merkt evenwel terecht op dat de tweede aan artikel 3:305a BW toegevoegde inhoudelijke eis, namelijk dat de belangen van de vertegenwoordigde personen voldoende gewaarborgd dienen te zijn, ook ruimte biedt voor een materiële beoordeling van de motieven van de rechtspersoon. Die toets leent zich er naar het oordeel van de Afdeling goed toe om het gesignaleerde probleem – het weren van uit onzuivere motieven handelende rechtspersonen en het bieden van houvast aan de gedupeerden – het hoofd te bieden.

Gelet op deze door de Afdeling terecht opgeworpen bezwaren en gelet op het feit dat met de laatstgenoemde eis het zojuist genoemde probleem ook kan worden opgelost, heb ik het advies van de Afdeling opgevolgd om de representativiteitseis te schrappen en te volstaan met de eis dat met de rechtsvordering de belangen van de betrokkenen voldoende gewaarborgd dienen te zijn.

2. Preprocessuele comparitie

Het voorgestelde artikel 1018a Rv strekt tot de invoering van een nieuwe rechtsfiguur, de preprocesuele comparitie van partijen. Indien zich een massaschadeveroorzakende gebeurtenis heeft voorgedaan, kan de rechter, voordat een zaak daaromtrent aanhangig is, op gezamenlijk verzoek van partijen of van een van hen, verschijning van de partijen ter terechtzitting bevelen. De sanctie op het niet verschijnen ter terechtzitting is de veroordeling tot vergoeding in de door de wederpartij aangewende kosten.

De toelichting vermeldt dat de preprocesuele comparitie tot doel heeft partijen en de rechter de gelegenheid te bieden te bezien of een collectieve schikking kan worden getroffen. Daarnaast dient de comparitie ertoe partijen te ondersteunen in buitengerechtelijke onderhandelingen, zodat zij zelf een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten.¹

De rechter heeft volgens de toelichting in de preprocesuele comparitie een faciliterende en begeleidende functie. Tijdens de comparitie kan aan de orde gesteld worden de wenselijkheid van het aanspannen van een collectieve actie of mediation, de vraag hoe partijen verder zullen trachten een vaststellingsovereenkomst te bereiken, dan wel hoe de verdere wijze van behandeling van geschillen over de massavorderingen plaats zal vinden.¹

De Afdeling merkt op dat de introductie van de preprocesuele comparitie een substantiële verandering in de rol van de civiele rechter betekent. De primaire rol van de rechter in het civiel recht, die van geschilbeslechter, verschuift naar die van een begeleider en bemiddelaar in een fase dat er nog geen procedure is. Deze ondersteunt in die fase partijen bij de totstandkoming van een collectieve schikking, waarbij getracht wordt een onwillige partij over de streep te trekken. Onderkend wordt dat de rechter in de fase van een civielrechtelijke procedure soms een bemiddelende rol kan vervullen of een schikking kan bevorderen, maar dit alles gebeurt met de nodige terughoudendheid in het kader van een geschil, waarvan de omvang door partijen wordt bepaald. Het kenmerkende verschil met de preprocesuele comparitie is dat er dan nog geen geschil is, maar dat een onafhankelijke en onpartijdige derde op grond van zijn positie als rechter een rol gaat vervullen. Het gaat naar het oordeel van de Afdeling te ver om deze ingrijpende en principiële verandering van de positie en rol van de rechter, die nog wordt versterkt door de voorgestelde «sanctie» voor een niet verschijnende partij en die de regering eerder afwees, in zaken als hier aan de orde voor te stellen zonder enige overweging gewijd aan de rol en positie van de rechter. De Afdeling is van oordeel dat, voordat een voorstel als hier bedoeld wordt gedaan, eerst een nader standpunt nodig is omtrent de rol en positie van de rechter, mede in het licht van het

¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op artikel 1018a Rv.

geheel van ontwikkelingen die op de rechtspraak afkomen. De Afdeling adviseert daarom af te zien van de introductie van de preprocesuele comparitie van partijen in het kader van de Wcam-procedure.

2. Preprocesuele comparitie

De Afdeling adviseert om af te zien van de introductie van de preprocesuele comparitie van partijen in het kader van de WCAM-procedure. De Afdeling merkt op dat de introductie van de preprocesuele comparitie een substantiële verandering in de rol van de civiele rechter betekent. De primaire rol van de rechter in het civiel recht, die van geschilbeslechter, verschuift volgens de Afdeling naar die van een begeleider en bemiddelaar in een fase dat er nog geen procedure is. Deze ondersteunt in die fase partijen bij de totstandkoming van een collectieve schikking. De Afdeling onderkent dat de rechter in de fase van een civielrechtelijke procedure soms een bemiddelende rol kan vervullen of een schikking kan bevorderen, maar dit alles gebeurt volgens de Afdeling met de nodige terughoudendheid in het kader van een geschil, waarvan de omvang door partijen wordt bepaald. Volgens de Afdeling is het kenmerkende verschil met de preprocesuele comparitie dat er dan nog geen geschil is. Het gaat naar het oordeel van de Afdeling te ver om deze ingrijpende en principiële verandering van de positie en rol van de rechter in zaken als hier aan de orde voor te stellen zonder enige overweging te wijden aan de rol en positie van de rechter.

Het advies van de Afdeling om af te zien van de introductie van de preprocesuele comparitie, neem ik niet over. Alvorens in te gaan op de bezwaren die de Afdeling heeft tegen deze introductie, hecht ik eraan op te merken dat uit de ook door de Afdeling genoemde evaluatie van de WCAM is gebleken dat er behoefte is aan aanvullende maatregelen ter vergroting van de onderhandelingsbereidheid van partijen en ter ondersteuning van de totstandkoming van een collectieve schikking. Zie de brief aan de Tweede Kamer van 23 oktober 2008 (Kamerstukken II 2008/09, 31 762, nr. 1). In deze brief worden genoemd de invoering van een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad en de mogelijkheid tot het houden van een preprocesuele comparitie. Een wetsvoorstel dat voorziet in de invoering van een prejudiciële procedure, is op 28 januari 2011 bij de Tweede Kamer ingediend en op 4 oktober 2011 door de Tweede Kamer aanvaard (Kamerstukken II 2010/11, 32 612, nrs. 1–3). Het onderhavige wetsvoorstel voorziet in de invoering van een preprocesuele comparitie. Met het oog op het goede functioneren van de WCAM hecht ik dan ook aan de invoering van de preprocesuele comparitie. Dit is vooral van belang indien het niet lukt om een WCAM-overeenkomst tot stand te brengen. De preprocesuele comparitie biedt partijen dan de bevoegdheid om de bijstand van de rechter in te roepen om hen behulpzaam te zijn bij het tot stand brengen van een collectieve regeling. De rechter kan de partijen tijdens een dergelijke comparitie assisteren bij de formulering van de belangrijkste geschilpunten en hen vervolgens stimuleren bijvoorbeeld via de inschakeling van een bemiddelaar tot overeenstemming te komen. De gedachte daarbij is ook dat een «onwillige» partij met tussenkomst van de rechter mogelijk eerder bereid zal zijn over een schikking te praten. In de consultatie is in het algemeen steun uitgesproken voor de invoering daarvan. Zo ziet de Raad voor de rechtspraak de introductie van een preprocesuele comparitie als een interessante procesrechtelijke vernieuwing, die haar waarde in de praktijk zal moeten bewijzen. De Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht is dezelfde mening toegedaan. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak noemt het een gewenste verbetering.

Over de bezwaren die de Afdeling advisering heeft tegen de introductie van een preprocesuele comparitie, wil ik het volgende opmerken. De Afdeling noemt als eerste bezwaar dat de rol van de rechter in het civiel recht verschuift van geschilbeslechter naar die van een begeleider en bemiddelaar in een fase dat er nog geen procedure is. De Afdeling onderkent dat de rechter in de fase van een civielrechtelijke procedure soms een schikking kan bevorderen, maar dit alles gebeurt volgens de Afdeling in het kader van een geschil, waarvan de omvang door partijen wordt bepaald. Deze ondersteunt in die fase partijen bij de totstandkoming van een collectieve schikking, waarbij getracht wordt een onwillige partij over de streep te trekken. De Afdeling doelt hier waarschijnlijk op de schikkingscomparitie (artikel 87 Rv) en de comparitie na antwoord (artikel 131 Rv). De Afdeling zij toegegeven dat de rechter in de voorgestelde preprocesuele comparitie een andere rol vervult dan die van geschilbeslechter. Die rol is de rechter echter niet vreemd. Een ondersteunende rol in een fase dat er nog geen procedure is, heeft de rechter ook in het kader van een voorlopig getuigenverhoor. Dit ook met de bedoeling om een schikking tot stand te brengen. De rechter heeft de mogelijkheid om na afloop van een voorlopig getuigenverhoor een schikking te beproeven, al dan niet op verzoek van een partij of van een van hen (artikel 191 Rv). De rechter bevordert in dat geval de totstandkoming van een schikking, zonder dat er een procedure aanhangig is. Dit gebeurt derhalve niet in het kader van een geschil, waarvan de omvang door partijen wordt bepaald. Voort zij gewezen op de deelgeschilprocedure. Ook in deze procedure wordt de hulp van de rechter ingeroepen met de bedoeling om een schikking tot stand te brengen. Zie daarbij in het bijzonder artikel 1019ij Rv, dat de rechter de bevoegdheid geeft een schikking te beproeven, ook indien de rechter het verzoek afwijst om een beslissing te nemen over het aan hem voorgelegde deelgeschil.

Naar mijn mening is er dan ook met de introductie van de preprocesuele comparitie geen sprake van een ingrijpende en principiële verandering van de positie en rol van de rechter. De primaire rol van de rechter in het civiele recht is, zoals de Afdeling opmerkt, die van geschilbeslechter. Maar de rol van begeleider en bemiddelaar zonder dat de rechter verzocht is een geschil te beslechten, is hem niet vreemd. Daarover zij ten slotte nog opgemerkt dat de taak van de rechter ook niet alleen is het beslechten van geschillen. Het geven van bepaalde in de wet genoemde voorzieningen, die alleen door de rechter kunnen worden gegeven, is ook een belangrijke taak van de rechter (de zogenaamde oneigenlijke rechtspraak of volontaire jurisdictie). Te denken valt aan een ondercuratelestelling.

3. Wijziging Faillissementswet

Doel voorstel

Aanleiding voor de voorgestelde wijziging van de Faillissementswet zijn problemen die verband houden met de afwikkeling van het faillissement van DSB Bank N.V. (DSB Bank). Bij dat faillissement is een grote hoeveelheid concurrerende crediteuren (ongeveer 200 000) met relatief kleine vorderingen op DSB Bank betrokken. De verificatie van die massavorderingen is bewerkelijk en kostbaar, aldus de toelichting.¹ Het gevolg daarvan is dat de vereffening van de boedel vertraging zou oplopen, zodat andere schuldeisers niet uit de boedel kunnen worden voldaan. Dit betreft onder meer rekeninghouders die een tegoed aanhielden dat niet gedekt wordt door het depositogarantiestelsel.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4. «Toepassing van de Wcam in geval van faillissement», tweede alinea.

Schets van de voorgestelde regeling

De curator en de rechtspersonen¹ die de belangen van de schuldeisers vertegenwoordigen, sluiten een Wcam-overeenkomst, waarin de vorderingen, waarop de schuldeisers aanspraak maken², worden vastgesteld en in verschillende groepen ingedeeld («damage scheduling»). De vordering van elke afzonderlijke schuldeiser, gerechtigde onder de Wcam-overeenkomst, behoeft niet ter verificatie te worden ingediend. De indiening op de in de overeenkomst bepaalde wijze treedt in de plaats van de verificatie.³

Het voorstel leidt ertoe dat rechtsvorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, gedurende het faillissement op de volgende wijze kunnen worden ingediend:

- a. *door overlegging van bewijsstukken door de schuldeisers bij de curator ter verificatie, waarbij de eis van indiening ter verificatie ook geldt voor gerechtigden onder de Wcam-overeenkomst die de opt out-mededeling hebben gedaan als bedoeld in artikel 7:908 lid 2, BW, dan wel*
- b. *door de gerechtigden onder de Wcam-overeenkomst op de wijze zoals in de Wcam-overeenkomst bepaald (daartoe wordt een nieuw derde lid aan artikel 110 Fw toegevoegd).*

De aanspraken krachtens de Wcam-overeenkomst en de geverifieerde vorderingen worden door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de regeling van de vereffening voldaan.

Een gevolg van het feit dat de gerechtigden onder de Wcam-overeenkomst hun vordering niet ter verificatie behoeven in te dienen, is dat zij geen gebruik kunnen maken van de zeggenschapsrechten van schuldeisers in het faillissement. Voorts zijn de mogelijkheid van betwisting van hun vorderingen door andere schuldeisers en de renvooiprocedure uitgesloten.⁴

De schuldeisers wier aanspraken niet in een Wcam-overeenkomst zijn opgenomen, kunnen de in een Wcam-overeenkomst opgenomen aanspraken betwisten door middel van een verweerschrift in de Wcam-procedure (voorgestelde wijziging van artikel 1013, vijfde lid, Rv).

Het voorstel betreffende de toepassing van de Wcam in het faillissement kan naar het oordeel van de Afdeling vergaande implicaties hebben voor de afwikkeling van faillissementen. De Afdeling meent dat een aantal aspecten van de voorgestelde regeling onduidelijk is. Deze aspecten zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of de regeling, vastgelegd in een Wcam-overeenkomst, in een faillissement uiteindelijk een aanvaardbare doorbreking van de Faillissementswet betekent. Op aspecten van deze doorbreking is ingegaan in de nadere adviezen van de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. De Afdeling gaat ervan uit dat op de door hen gemaakte opmerkingen in de toelichting alsnog wordt gereageerd.

De Afdeling gaat op de strekking en gevolgen van het voorstel als volgt in.

a. Nadere doordenking; alternatieven

De Faillissementswet is gestoeld op individuele behandeling van de vorderingen die ter verificatie worden ingediend. De Wcam is in het leven geroepen voor collectieve afwikkeling van grote aantallen schadevorderingen die uit een schadeveroorzakende gebeurtenis voortvloeien. De toepassing van de Wcam in het faillissement leidt ertoe dat de voor de Faillissementswet kenmerkende individualisering van de vorderingen wordt uitgeschakeld. De Afdeling wijst op het belang van een goede doordenking van de implicaties van de voorgestelde regeling voor de positie van alle schuldeisers in een faillissement. Ook de Raad voor de Rechtspraak maakt in deze zin opmerkingen.

¹ Ook anderen dan de failliet kunnen partij zijn bij de Wcam-overeenkomst, bijvoorbeeld een partij die naast de gefailleerde hoofdelijk aansprakelijk is.

² In de toelichting wordt ook vermeld dat de schuldeisers op grond van de Wcam-overeenkomst aanspraak maken op een vergoeding.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 4. «Toepassing van de Wcam in geval van faillissement, tweede alinea.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 4. «Toepassing van de Wcam in geval van faillissement».

Een goede doordenking van een ingrijpende doorbreking van de Faillissementswet als hier bedoeld, brengt mee dat ook alternatieven worden overwogen waarmee hetzelfde doel geheel of grotendeels kan worden bereikt. Dat is temeer van belang nu de voorgestelde regeling algemeen luidt en ook voor andere situaties dan die aan de orde in het faillissement van DSB Bank, gaat gelden. Het lijkt de bedoeling te zijn dat de verificatieprocedure en de renvooiprocedure worden verplaatst naar de Wcam. De vraag is of hiermee de beoogde versnelde afdoening kan worden bereikt en of een dergelijke afdoening niet ook met een minder ver strekkende aanpassing van de Faillissementswet kan worden bereikt. In de toelichting wordt in een voetnoot verwezen naar de bijzondere regeling voor groepen van schuldeisers in het kader van de surseance van betaling (artikelen 281a–281f Fw). Deze regeling houdt vereenvoudigingen in van formaliteiten bij surseances van betaling waarbij meer dan 5 000 (respectievelijk 10 000) schuldeisers zijn betrokken. Daarin volstaat de vermelding van de verschillende groepen van crediteuren, al naar gelang de aard van de vorderingen, en van het (globale) aantal en bedrag van de gezamenlijke vorderingen van iedere groep.

De Afdeling vraagt waarom niet het voorbeeld van de regeling voor grote groepen schuldeisers in het kader van de surseance is gevolgd. De Afdeling acht niet uitgesloten dat die regeling aanknopingspunten biedt voor de afwikkeling van massaclaims in een faillissement.

Voorts zou onderzoek gedaan kunnen worden naar de mogelijkheid om een schikkingsovereenkomst als in deze zaak bedoeld, ter verificatie in te dienen en in het kader van de afwikkeling van het faillissement de rechter-commissaris over de verschillende elementen van deze overeenkomst in het licht van de belangen van alle schuldeisers te laten oordelen. De Afdeling adviseert nader onderzoek te doen naar alternatieven voor het thans voorliggende voorstel met als doel een efficiënte en effectieve afwikkeling van faillissementen waarin een groot aantal schuldeisers zijn en waarin de belangen van alle schuldeisers in het faillissement op evenwichtige wijze worden gewaarborgd, en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

b. Positie schuldeisers

De Afdeling merkt op dat in de toelichting de aandacht met name uitgaat naar (de belangen van) de schuldeisers in het faillissement onder een Wcam-overeenkomst, terwijl gevolgen van de (verbindendverklaring van de) Wcam-overeenkomst voor de rechtspositie van andere schuldeisers onderbelicht blijven. Onduidelijk is derhalve, of de gelijkheid van alle schuldeisers (paritas creditorum) gewaarborgd blijft.

Over de mogelijkheden van betwisting van vorderingen bevat de toelichting weinig gegevens. Het voorstel houdt in dat een schuldeiser wiens aanspraak niet in de Wcam-overeenkomst is opgenomen, de andere vorderingen kan betwisten door middel van een verweerschrift in de Wcam-procedure. Zoals de Raad voor de Rechtspraak in zijn advies opmerkt, moet dan wel duidelijk zijn welke individuele vorderingen deel uitmaken van de Wcam-overeenkomst. Nu deze overeenkomst uitgaat van groepen van vorderingen, staat dat niet op voorhand vast. Als alleen betwisting in de Wcam-procedure mogelijk is, rijst de vraag of de gronden voor afwijzing van een verzoek tot verbindendverklaring van een schikkingsovereenkomst voldoende zijn toegesneden op de bijzondere situatie dat in het kader van de verbindendverklaring de betwisting van individuele of groepen van vorderingen aan de orde is. Onduidelijk is verder welke gronden voor betwisting aangevoerd kunnen worden.

De Afdeling meent dat nader dient te worden ingegaan op de verhouding tussen de Faillissementswet, de Wcam-overeenkomst en de Wcam-procedure tot verbindendverklaring alsmede op de positie van schuldeisers in dit verband die geen deel uitmaken van een

Wcam-overeenkomst. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

c. Inhoud overeenkomst

In de toelichting wordt vermeld dat in de Wcam-overeenkomst (groepen van) geleden schades dan wel vorderingen worden opgenomen waarop schuldeisers aanspraak maken.¹ Ook wordt gesproken over (indiening van) vorderingen die gerechtigden onder de Wcam-overeenkomst toekomen.²

De Afdeling is van oordeel dat de toelichting onvoldoende duidelijkheid biedt over de precieze inhoud van een Wcam-overeenkomst, in het bijzonder ten aanzien van de rechten die uit de overeenkomst voor de schuldeisers voortvloeien. Uit de toelichting zou kunnen worden afgeleid dat in de Wcam-overeenkomst niet slechts de bestaande vorderingen van de deelnemende schuldeisers worden vastgesteld, die vervolgens een recht op uitdeling impliceren, maar ook afspraken worden gemaakt over de hoogte van de vergoedingen voor (groepen van) schuldeisers gedurende het faillissement. Die afspraken kunnen invloed hebben op de boedelverdeling, in het bijzonder de hoogte van de vergoeding voor de buiten de Wcam-overeenkomst staande schuldeisers. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de precieze inhoud van de Wcam-overeenkomst.

d. Aantastbaarheid overeenkomst

De Afdeling vraagt aandacht voor het vraagstuk van de aantastbaarheid van de verbindend verklaarde Wcam-overeenkomst. Voorstelbaar is dat zich buiten die overeenkomst bijzondere omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat de curator dan wel de schuldeisers in redelijkheid niet aan de overeenkomst kunnen worden gehouden. De toelichting op dit punt ontbreekt.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting in te gaan.

e. Rechter-commissaris

In het wetvoorstel is voorzien in de verbindendverklaring van de Wcam-overeenkomst in het faillissement door het gerechtshof Amsterdam, zoals thans geschiedt in zaken betreffende de Wcam. De Afdeling wijst in dit verband op de specifieke deskundigheid en de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris in faillissementen. De curator legt via de rechter-commissaris verantwoording af. Voor veel handelingen van de curator is een machtiging, toestemming of goedkeuring van de rechter-commissaris vereist.

De Afdeling geeft in overweging om het oordeel over een verzoek tot verbindendverklaring van de Wcam-overeenkomst in handen te leggen van de rechter-commissaris.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

3. Wijziging Faillissementswet

a. Nadere doordenking; alternatieven

De Afdeling advisering merkt terecht op dat toepassing van de WCAM in het faillissement ertoe leidt dat de voor de Faillissementswet kenmerkende individualisering van vorderingen wordt uitgeschakeld. De Afdeling wijst op het belang van een goede doordenking van de implicaties daarvan. Een goede doordenking brengt volgens de Afdeling mee dat ook alternatieven worden overwogen waarmee hetzelfde doel kan worden

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4. «Toepassing van de Wcam in geval van faillissement».

² Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel IV.

bereikt. De Afdeling vraagt zich af of dit doel ook met minder verstrekkende aanpassingen van de Faillissementswet kan worden bereikt en wijst daarbij op de in de toelichting genoemde bijzondere regeling voor groepen van schuldeisers in het kader van de surseance van betaling (artikelen 281a–281f Fw). De Afdeling vraagt waarom niet het voorbeeld van deze regeling is gevolgd. De Afdeling acht niet uitgesloten dat de regeling aanknopingspunten biedt voor de afwikkeling van massaclaims in een faillissement.

Het voorbeeld van deze regeling is niet gevolgd omdat, anders dan het faillissement, de surseance niet gericht is op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar en dus niet op de afwikkeling van vele vorderingen. Surseance is juist integendeel erop gericht om de schuldenaar door het verlenen van een algemeen uitstel van betaling, enige tijd te gunnen om orde op zaken te stellen. Dit verschil in karakter maakt het dat deze regeling niet kon worden gevolgd. Daarover valt nog op te merken dat met deze regeling weinig ervaring is opgedaan omdat de regeling in de praktijk nauwelijks is toegepast. Dit laat onverlet dat, zoals de Afdeling terecht opmerkt, deze regeling wel aanknopingspunten kan bieden voor de afwikkeling van massaclaims in een faillissement.

Daarover zij opgemerkt dat reeds bij de totstandkoming van de WCAM inspiratie is geput uit onder meer deze regeling. Zoals de Afdeling opmerkt houdt deze regeling een vereenvoudiging in van de formaliteiten bij surseances van betaling waarbij meer dan 5 000 (respectievelijk 10 000) schuldeisers zijn betrokken. In dat geval volstaat ten aanzien van de door de schuldenaar te overleggen staat van baten en schulden de vermelding van de verschillende groepen van crediteuren, al naar gelang van de aard van de vordering, en van het globale aantal en het bedrag van de gezamenlijke vorderingen van iedere groep. Dit is vergelijkbaar met de vereiste vermelding in een WCAM-overeenkomst (zie artikel 7:907 lid 2, onderdelen a, b en c BW). Verder is in de standaard surseance-procedure de oproeping bij brief van de schuldeisers voorgeschreven en kan in dit geval worden volstaan door een aankondiging in nieuwsbladen. Ook de WCAM biedt in artikel 1013 lid 5 Rv. de mogelijkheid om te volstaan met een oproeping door aankondiging in nieuwsbladen.

Hieruit mag worden afgeleid dat ook indien in geval van faillissement een zelfstandige regeling zou worden getroffen voor de afwikkeling van massaclaims, deze regeling in veel opzichten weer zal lijken op die van de WCAM. Uit de door de Afdeling ook genoemde evaluatie van de WCAM is gebleken dat deze wet voorziet in een efficiënte en effectieve methode om zaken van massaclaims af te wikkelen. Ook bleek dat de wet op verschillende rechtsgebieden waar deze zaken zich voor kunnen doen, goed inzetbaar is. Daarom heb ik ervoor gekozen om niet een geheel nieuwe regeling in de Faillissementswet op te nemen maar om voor de afwikkeling van massaclaims in een faillissement gebruik te maken van de inmiddels beproefde WCAM. Niet alleen is immers gebleken dat deze regeling in de praktijk goed werkt, ook heeft de praktijk inmiddels de nodige ervaring met deze regeling. En geheel nieuwe regeling biedt niet de zekerheid dat deze in de praktijk ook zal voldoen. Het voordeel van de WCAM is voorts dat ook anderen dan de curator partij kunnen zijn bij de WCAM-overeenkomst, bijvoorbeeld een partij die naast de gefailleerde hoofdelijk aansprakelijk is. Bovendien zal een geheel nieuwe regeling onverlet laten dat de curator ervoor kan kiezen om toch de weg van de WCAM te bewandelen, en reeds met het oog daarop verdient het aanbeveling om de Faillissementswet zodanig aan te passen dat schuldeisers die krachtens de WCAM-overeenkomst aanspraak maken op een vergoeding, niet alsnog hun vordering ter verificatie moeten indienen.

De Afdeling wijst voorts op een alternatief inhoudende de mogelijkheid om een schikkingsovereenkomst ter verificatie in te dienen en vervolgens de rechter-commissaris te laten oordelen over de verschillende elementen van deze overeenkomst in het licht van de belangen van alle schuldeisers. Bij nadere doordenking van dit alternatief, geef ik er toch de voorkeur aan om voor de afwikkeling van massaclaims in een faillissement gebruik te maken van de WCAM. In de eerste plaats omdat er niet bij voorbaat op vertrouwd kan worden dat deze aanpak in de praktijk ook goed zal werken, terwijl de ervaringen met de WCAM mij dat vertrouwen wel geven. In de tweede plaats omdat met dit alternatief de curator er toch voor kan kiezen om de na het bereiken van een schikking de WCAM-procedure te volgen. In de derde plaats omdat betwijfeld kan worden of de rechter-commissaris voldoende geëquipeerd is om te beoordelen of een WCAM-overeenkomst verbindend kan worden verklaard. De taak van de rechter-commissaris is immers primair het uitoefenen van toezicht op de curator. Bedacht zij in dat verband dat de rechter-commissaris bij geschillen in de verificatiefase over vorderingen partijen weliswaar tracht te verenigen, maar indien dat niet lukt ook niet zelf een beslissing neemt. Hij verwijst de zaak dan naar de renvooiprocedure. Een inhoudelijke toetsing van een schikkingsovereenkomst is ook in dat licht bezien voor de rechter-commissaris een oneigenlijke taak.

b. Positie schuldeisers

De Afdeling merkt op dat in de toelichting de aandacht met name uitgaat naar (de belangen van) de schuldeisers in het faillissement die onder de WCAM-overeenkomst vallen, terwijl de gevolgen van de verbindendverklaring van deze overeenkomst voor de rechtspositie van de andere schuldeisers onderbelicht blijven. Onduidelijk is volgens de Afdeling of de gelijkheid van alle schuldeisers (*paritas creditorum*) gewaarborgd blijft. Het advies van de Afdeling om de toelichting aan te vullen en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen, is overgenomen. In de toelichting is uitgebreid ingegaan op de positie van deze andere schuldeisers, waarbij ook de door de Afdeling genoemde punten aan de orde komen.

c. Inhoud overeenkomst

De Afdeling is van oordeel dat de toelichting onvoldoende duidelijkheid biedt over de precieze inhoud van een WCAM-overeenkomst, in het bijzonder ten aanzien van de rechten die uit de overeenkomst voor de schuldeisers voortvloeien. Uit de toelichting zou volgens de Afdeling kunnen worden afgeleid dat in de WCAM-overeenkomst niet slechts de bestaande vorderingen van de deelnemende schuldeisers worden vastgesteld, maar ook afspraken worden gemaakt over de hoogte van de vergoedingen voor (groepen van) schuldeisers gedurende het faillissement. Dit laatste is niet het geval. De WCAM-procedure is, evenals de verificatieprocedure die het vervangt, niet gericht op daadwerkelijke betaling van een bepaald bedrag, maar strekt ertoe om vast te stellen op welk bedrag de vordering van de gerechtigden gewaardeerd moeten worden (vergelijk HR 21 november 2003, NJ 2004, 72). Het advies van de Afdeling om hier in de toelichting op in te gaan, is opgevolgd.

d. Aantastbaarheid overeenkomst

De Afdeling vraagt aandacht voor het vraagstuk van de aantastbaarheid van de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst. Volgens de Afdeling is voorstelbaar dat zich buiten die overeenkomst bijzondere omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat de curator dan wel de schuldeisers in redelijkheid niet aan de overeenkomst kunnen worden gehouden. Het

advies van de Afdeling om hierop in de toelichting in te gaan, is opgevolgd.

e. Rechter-commissaris

De Afdeling wijst op de specifieke deskundigheid en de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris in faillissementen. De curator legt via de rechter-commissaris verantwoording af. Voor veel handelingen van de curator is een machtiging, toestemming of goedkeuring van de rechter-commissaris vereist. De Afdeling geeft in overweging om het oordeel over een verzoek tot verbindendverklaring van de WCAM-overeenkomst in handen te leggen van de rechter-commissaris. Indien de Afdeling in overweging geeft om in plaats van het gerechtshof Amsterdam de rechter-commissaris de bevoegdheid te geven om een dergelijke overeenkomst al dan niet verbindend te verklaren, ben ik van mening dat hij daarvoor om bovengenoemde redenen onvoldoende geëquipeerd is. Indien de Afdeling er evenwel op doelt dat de rechter-commissaris een oordeel moet geven over de indiening van een verzoek tot verbindendverklaring, zij gewezen op artikel 68 lid 2 Fw. Indien de curator een WCAM-overeenkomst heeft gesloten, behoeft hij, voor het indienen van het verzoek tot een verbindend verklaring van die overeenkomst, de toestemming van de rechter-commissaris. In de toelichting is ingegaan op de rol van de rechter-commissaris bij het al dan niet verlenen van toestemming voor indiening van het verzoek.

4. Artikel 7:907 lid 7 BW

De Wcam-regeling is in het leven geroepen tegen de achtergrond van een collectieve afwikkeling van aanspraken op schadevergoeding. Thans doet zich de wens voor de werkingssfeer van de Wcam uit te breiden, zodat andersoortige aanspraken dan die op schadevergoeding, zoals kwijtschelding van schulden, op grond van die wet kunnen worden afgehandeld.

Daartoe wordt onder meer voorgesteld aan artikel 7:907 BW een zevende lid toe te voegen¹. Daarin wordt uitdrukkelijk bepaald dat een beroep kan worden gedaan «op de overeenkomst op een andere dan de in lid 1 (van artikel 907) bedoelde wijze». Het eerste lid van artikel 907 blijft ongewijzigd.

Naar het oordeel van de Afdeling biedt de voorgestelde redactie van het zevende lid onvoldoende houvast, omdat dit te onbepaald is. De Afdeling geeft in overweging het voorgestelde artikel 7:907 lid 7 BW te verduidelijken.

4. Artikel 7:907 lid 7 BW

Het voorgestelde artikel 7:907 lid 7 BW brengt tot uitdrukking dat de artikelen 907 tot en met 910 van overeenkomstige toepassing zijn op overeenkomsten die eveneens de strekking hebben om voor personen die door een gebeurtenis benadeeld zijn, een recht te scheppen om een beroep op de overeenkomst te doen, maar dan een ander recht dan een aanspraak op schadevergoeding. Te denken valt bijvoorbeeld aan een kwijtschelding van een schuld. Dit lid beoogt buiten enige twijfel te stellen dat de WCAM een ruim toepassingsbereik heeft en dus ook andere massaclaims dan ter zake van massaschades met gebruikmaking van deze wet kunnen worden afgewikkeld. De Afdeling is van oordeel dat de redactie van dit lid onvoldoende houvast biedt, omdat dit te onbepaald is. Zij geeft in overweging de redactie van dit lid te verduidelijken. Aan dit advies is gevolg gegeven. In de aangepaste redactie is nauwer aansluiting gezocht bij de redactie van artikel 6:253 lid 1 BW.

¹ Het voorgestelde zevende lid luidt als volgt: «Dit artikel en de artikelen 908 tot en met 910 zijn van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten die voor personen die door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen zijn benadeeld, een recht scheppen op een andere dan de in lid 1 bedoelde wijze een beroep op de overeenkomst te doen.»

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Aan de redactionele kanttekeningen van de Afdeling is gevolg gegeven.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.11 0296/II met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.

- In Artikel III, onderdeel A, onder 7, in de eerste volzin van het nieuw voorgestelde artikel 1013, zesde lid, «overlegd» vervangen door: overgelegd.
- In artikel III, onderdeel F, in artikel 1018a, eerste lid, verwijzen naar artikel 7:907 lid 3, onder f, BW teneinde te verzekeren dat de rechtspersoon die om een preprocesuele comparitie verzoekt, representatief is ter zake van de belangen van de benadeelden.