

De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste onder de loep

C.G. van der Plas*

Abstract

On 19 March 2019, the Dutch Senate dealt with the bill for reformed collective action as a formality, after it had been unanimously adopted by the Dutch Lower House on 29 January 2019. The new law contains important changes compared to the current collective action. One of those changes concerns the introduction of a territorial admissibility requirement to guarantee a sufficient close connection with the Dutch legal sphere. It seems likely that the territorial admissibility of the claimant must be determined per defendant and per claim. However, the examples used in the legislative history of this new provision offer room for discussion on this point.

To meet the second part of the territorial admissibility requirement, it is insufficient if the defendant is domiciled in the Netherlands; there must be 'additional circumstances' from which it follows that the Dutch legal sphere is sufficiently connected. It is especially this part of the requirement that seems to be inconsistent with EU law. Not only does the territorial admissibility requirement undermine the effectiveness of Brussels I recast (and also Lugano), it is also done in a way that seems to be discriminatory and therefore contrary to Article 18 TFEU. It will only be a matter of time before the Court of Justice is referred for a preliminary ruling on the compatibility of the territorial admissibility requirement with EU law. Moreover, bearing in mind the recent establishment of the Netherlands Commercial Court and the unfounded fear of a claim culture, one may wonder – from a political point of view – what cases the legislator is actually trying to prevent with this new requirement.

1. Inleiding

Op 19 maart 2019 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel voor de collectieve actie 2.0 (het 'Wetsvoorstel') als hamerstuk afgedaan, nadat het op 29 januari 2019 met algemene stemmen was aangenomen door de Tweede Kamer.¹ De datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet (de 'WAMCA')² is op het moment van het schrijven van dit artikel nog niet bekend. Eerdere

* De auteur is advocaat te Amsterdam en universitair docent Internationaal Privaatrecht aan de UvA. Zij dankt Emma van der Minne en Aukje van Hoek voor hun bijdrage.

1 *Kamerstukken I* 2018-2019, 34608, A, Gewijzigd Voorstel van Wet tot Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie).

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

versies van het Wetsvoorstel hebben al veel auteurs in de pen doen klimmen.³ Vlak voordat het Wetsvoorstel in de Tweede Kamer in stemming werd gebracht, is nog een aantal amendementen aangenomen. Eén van die amendementen betreft een aanscherping van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste. Deze aanscherping vormt de aanleiding om in dit artikel het vereiste van een nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer onder de loep te nemen. Daarbij zal allereerst worden gezien hoe de internationale bevoegdheid van de rechter en de toetsing van de ontvankelijkheid van de claimorganisatie zich in tijd tot elkaar verhouden (par. 2). Daarna zullen de drie onderdelen van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste inhoudelijk nader worden beschouwd (par. 3). Tot slot wordt stilgestaan bij de vraag of het territoriale ontvankelijkheidsvereiste verenigbaar is met het Unierecht (par. 4), gevolgd door de conclusie (par. 5).

2. Verloop procedure: toetsing internationale bevoegdheid en territoriale ontvankelijkheid

Om een goed beeld te krijgen van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste wordt hieronder eerst onderzocht wanneer in de procedure dit vereiste aan de orde komt en hoe dat zich in tijd verhoudt met een eventueel rechtsmachtverweer.

2.1 Loskoppeling conclusie van antwoord en ‘preliminaire’ verweren

De dagvaarding waarmee de nieuwe collectieve actie wordt ingeleid dient binnen twee dagen na betekening ter griffie te worden ingediend en gelijktijdig te worden aangetekend in het (nieuwe)⁴ centraal register voor collectieve vorderingen.⁵ Dan volgt een periode van in beginsel⁶ drie maanden waarbinnen zich andere claimorganisaties kunnen melden.⁷ Na het verstrijken van deze ‘aanmeldtermijn’ wordt de procedure verwezen naar de rol voor het nemen van de conclusie van antwoord door de gedaagde partij. Uit de WAMCA volgt dat de gedaagde op dat moment – in plaats van het nemen van een conclusie van antwoord – ook mag volstaan met het

3 Zie o.a. J. Kortmann, ‘Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie (34608)’, *NJB* 2018/407; W.H. van Boom en F. Weber, ‘Collectief Procederen, ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, *WPNR* 2017/7145, p. 291-299; J. de Bie Leuveling Tjeenk en J.B. van de Velden, ‘Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij’, *Ondernemingsrecht* 2017/85; I.N. Tzankova, ‘Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?’, *Tijdschrift voor Vergoeding Persoonschade* 2017, p. 107-119; M.W.F. Bosters, ‘Het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: de scope rule nader bekeken’, *NTHR* 2017-5; T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, ‘Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht’, *Ondernemingsrecht* 2017/86; C.M.D.S. Pavillon en D.G.J. Althoff, ‘Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig daad?’, *MvV* 2017/3; E. Bauw en S. Voet, ‘Van stok achter de deur tot keurslijf?’, *NJB* 2017/206.

4 WAMCA, art. 3:305a lid 7 BW.

5 WAMCA, art. 1018c lid 2 Rv.

6 Deze termijn kan door de rechter met maximaal drie maanden worden verlengd, als binnen een maand na de aantekening in het centraal register een andere claimorganisatie ter griffie heeft laten aantekenen dat het voor dezelfde gebeurtenis(sen) een collectieve vordering wil instellen over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen, maar daarvoor meer tijd nodig heeft. WAMCA, art. 1018d Rv.

7 WAMCA, art. 1018c lid 3 Rv.

voeren van een aantal ‘preliminaire’ verweren, waaronder het verweer dat niet is voldaan aan de ontvankelijkheidsvereisten⁸ van de artikelen 3:305a lid 1 tot en met 3 BW.⁹

Indien inderdaad meerdere eisers een collectieve vordering blijken te hebben ingesteld, zal de rechter eerst een zogeheten ‘Exclusieve Belangenbehartiger’¹⁰ aanwijzen.¹¹ De rechter kan dat echter pas doen, nadat hij heeft vastgesteld of de eisers voldoen aan de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 3:305a lid 1 tot en met lid 3 BW.¹² Naar mijn verwachting zal dat er in de praktijk toe leiden dat de gedaagde er in beginsel steeds voor zal kiezen de ‘preliminaire’ verweren los te koppelen van de conclusie van antwoord.

2.2 *Combinatie ‘preliminaire’ verweren en rechtsmachtverweer*

De vraag die vervolgens rijst is hoe de ‘preliminaire’ verweren zich in tijd verhouden met een rechtsmachtverweer in een grensoverschrijdende collectieve actie. De WAMCA en de memorie van toelichting zwijgen daarover.¹³ Als de gedaagde ervoor kiest de preliminaire verweren aan de conclusie van antwoord vooraf te laten gaan, is er dan nog ruimte om in de (latere) conclusie van antwoord een exceptie van onbevoegdheid op te werpen? In een recent arrest heeft de Hoge

8 Pas nadat de rechter heeft beslist dat aan die voorwaarden is voldaan, vindt de inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering plaats. Zie WAMCA, art. 1018c lid 5 Rv.

9 In de WAMCA is vormgegeven aan de wens om de ontvankelijkheidseisen van de collectieve actie verder aan te scherpen. Naast het in dit artikel centraal staande territoriale ontvankelijkheidsvereiste, worden bijvoorbeeld de claimorganisaties verplicht tot het instellen van een toezichthoudend orgaan, het hebben van een algemeen toegankelijke internetpagina met informatie over het bestuursverslag, de statuten, de bestuursstructuur en het bezoldigingsbeleid. Daarnaast dienen de claimorganisaties te beschikken over voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt. Verder dient de claimorganisatie, net zoals in het huidige stelsel, voorafgaand aan het instellen van een procedure in voldoende mate te hebben getracht om met de schadeveroorzaker tot een minnelijke regeling te komen.

10 Om te voorkomen dat een veelvoud van collectieve acties, gestart door verschillende claimorganisaties, naast elkaar lopen, voorziet de WAMCA in een zogenaamde ‘Exclusieve Belangenbehartiger’. Indien zich meerdere claimorganisaties hebben gemeld als belangenbehartiger, wijst de rechter een Exclusieve Belangenbehartiger aan. De Exclusieve Belangenbehartiger treedt in de procedure op voor de belangen van alle personen in de – door de rechter – nauw omschreven groep en vertegenwoordigt ook de niet als exclusieve belangenbehartiger aangewezen eisers (die ook partij blijven in de procedure). WAMCA, art. 1081e Rv.

11 De uitspraak waarin de Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen, omvat ook een beoordeling van wat de collectieve vordering precies inhoudt, voor welke nauw omschreven groep personen de Exclusieve Belangenbehartiger de belangen in deze collectieve vordering behartigt en of de aan een bepaalde plaats gebonden aard van de collectieve vordering aanleiding geeft voor behandeling van de zaak bij een ander gerecht. WAMCA, art. 1018e lid 2 Rv.

12 WAMCA, art. 1018e lid 1 Rv.

13 Zie echter het voorontwerp motie Dijkzma waarin expliciet werd bepaald dat de verweren inzake rechtsmacht, niet-ontvankelijkheid van claimorganisatie of strijd met de *scope rule* van art. 3:305a lid 6 BW op straffe van verval van het recht daartoe worden gevoerd vóór alle weren ten gronde en dat daar ook als eerste op wordt beslist. (Ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie ter uitvoering van de motie Dijkzma, voorgesteld art. 1018 e lid 3 en lid 4 Rv, en de MvT daarbij (p. 38), beide gepubliceerd als consultatieversie op 7 juli 2014 – <https://www.internetconsultatie.nl/motiedijkzma/details>.)

Raad bevestigt dat ‘vóór alle weren ten gronde’ in artikel 11 Rv geen afzonderlijke incidentele conclusie vereist en dat een exceptie van onbevoegdheid als bedoeld in artikel 11 Rv kan worden gecombineerd met het verweer ten gronde. Met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis voegt de Hoge Raad daaraan echter toe dat ‘wel is vereist dat de gedaagde de onbevoegdheid inroept in het eerste namens of door hem genomen processtuk dan wel in zijn mondelinge antwoord’.¹⁴ Uit deze laatste overweging volgt mijns inziens dat bij de nieuwe collectieve actie de gedaagde op het moment waarop hij zijn ontvankelijkheidsverweer voert eveneens een eventueel bevoegdheidsincident op zal moeten werpen. Ook vanuit dogmatisch oogpunt lijkt me dat de juiste benadering: de rechter zal eerst moeten beslissen of hij internationaal bevoegd is om kennis te nemen van het geschil, voordat hij kan toekomen aan de beoordeling van de andere verweren.¹⁵ In praktische zin zou het echter kunnen wringen wanneer de rechter zich enkel bevoegd zou kunnen achten als *Erfolgsort*-rechter; op dat moment is in het geval van meerdere eisers namelijk nog niet duidelijk voor welke nauw omschreven groep personen de (nog aan te wijzen) Exclusieve Belangenbehartiger de belangen in de collectieve vordering zal behartigen en waarvoor deze personen de schade is ingetreden. Dienen de rechter en de gedaagde(n) dan uit te gaan van de achterban van de betreffende eisers, ook al verschilt die achterban mogelijk van de uiteindelijke achterban? Of zou in dat geval, al dan niet tijdens een regiezitting, om proceseconomische redenen ervoor kunnen worden gekozen (toch) eerst de preliminaire verweren te voeren en (dat onderdeel van) de bevoegdheid pas te behandelen nadat de rechter de nauw omschreven groep personen heeft vastgesteld? Ik weet het antwoord niet, maar het illustreert dat de *Erfolgsort*-bevoegdheid in een collectieve actie (ook vanuit dit perspectief) lastige vragen oproept.

3. Het territoriale ontvankelijkheidsvereiste nader beschouwd

Nu duidelijk is geworden dat het verweer ten aanzien van de territoriale ontvankelijkheid in de regel gelijktijdig zal (moeten) worden gevoerd met een eventueel rechtsmachtverweer, kom ik toe aan een inhoudelijke bespreking van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste. Waarom is het opgenomen in de WAMCA, en wat houdt het precies in? In deze paragraaf wordt getracht daarop zicht te krijgen.

3.1 Ratio

Het territoriale ontvankelijkheidsvereiste in de WAMCA strekt ertoe de internationale reikwijdte¹⁶ van de nieuwe collectieve actie aldus af te bakenen dat deze uitsluitend openstaat

14 HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:732, *NIPR* 2019, 335 (*CBI/Siemens*), r.o. 4.1.3.

15 Zie Advies Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht van 17 november 2016, par. 3.4.1. Zie voorts Bosters 2017, p. 251 (zie noot 3).

16 Ongelukzigerwijs wordt het territoriale ontvankelijkheidsvereiste ook wel aangeduid als de *scope rule* van de nieuwe collectieve actie. Zoals geadviseerd door de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht verdient het echter de voorkeur om ter voorkoming van verwarring de term *scope rule* niet in deze procesrechtelijke context te gebruiken. Een *scope rule* is namelijk een eenzijdige conflictregel die pleegt te worden gekoppeld aan een (materieelrechtelijke) voorrangregel (zoals bedoeld in art. 9 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni

voor zaken die een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben. Daarmee is beoogd te voorkomen dat de invoering van de nieuwe collectieve actie een aanzuigende werking heeft voor zaken die een onvoldoende band met de Nederlandse rechtssfeer hebben. Een dergelijke aanzuigende werking zou volgens de wetgever namelijk een negatief effect kunnen hebben op de belasting van de rechterlijke macht en het Nederlandse vestigingsklimaat.¹⁷

Bij deze vrees voor een aanzuigende werking zijn wel wat kanttekeningen te plaatsen. Allereerst staat zij in schril contrast met de recente oprichting van de *Netherlands Commercial Court*, dat specialistische overheidsrechtspraak biedt voor grote internationale handelsgeschillen. Nederland gaat daarmee de concurrentie aan met andere *commercial courts*, zoals die in Londen, Dublin, Delaware, Singapore en Dubai.¹⁸ Een toename van dát soort geschillen voor de Nederlandse rechter is kennelijk juist wel gewenst. Een band met Nederland is voor die geschillen geen vereiste. Daarbij komt dat – zolang de effecten van het nieuwe territoriale ontvankelijkheidsvereiste op de economie niet zijn onderzocht – niet duidelijk is of een ruimer territoriaal bereik van de nieuwe collectieve actie zonder meer nadelig zou zijn voor het Nederlandse vestigingsklimaat.¹⁹

Een andere kanttekening die geplaatst kan worden, betreft de onderliggende angst voor een claimcultuur, waarin overmatig of ongegrond zou worden geprocedeerd. Die angst voor ‘Amerikaanse toestanden’ blijkt op veel misverstanden te berusten. Zo volgt uit onderzoek²⁰ dat het in de Verenigde Staten reuze meevalt met de hoeveelheid lichtvaardig ingestelde *class action claims*. De hardnekkige perceptie van *frivolous class actions* blijkt het resultaat van een jarenlange, zorgvuldig geplande en uitgevoerde pr-campagne van de Amerikaanse businesslobby. Deze lobby heeft tot doel de toegang van benadeelden tot de overheidsrechter en/of *class actions* in consumenten-, arbeids- en mededingingsgeschillen uit te sluiten of sterk aan banden te leggen ten gunste van gedwongen arbitrages, waarin geen collectieve afdoening mogelijk is.²¹

2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6–16). Advies Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht van 1 april 2016, par. 3.3.1 en 3.3.2. Zie voorts L. Strikwerda en S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 151.

17 *Kamerstukken II* 2016–2017, 34608, nr. 3, p. 11 en 25 en *Kamerstukken II* 2018–2019, 34608, nr. 12. De gedachte bij de nadelige gevolgen voor het vestigingsklimaat is kennelijk dat ondernemingen zich minder snel in Nederland zullen vestigen als ze hier makkelijker dan in andere jurisdicties geconfronteerd kunnen worden met een grensoverschrijdende collectieve actie. Zie ook Bosters 2017, p. 254 (zie noot 3).

18 Zo wordt in het plan tot oprichting als *unique selling point* naar voren gebracht dat het NCC zich van andere *commercial courts* onderscheidt in de toepassing van het Nederlandse procesrecht dat onder andere door het Nederlandse bedrijfsleven en de advocatuur als zeer pragmatisch wordt ervaren en mogelijkheden biedt om de procedure optimaal in te richten voor deze categorie van geschillen. Plan tot oprichting van de *Netherlands Commercial Court*, Raad voor de rechtspraak, November 2005, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-netherlands-commercial-court.pdf>. Zie voorts: D.J. Oranje, ‘De plussen van de Netherlands Commercial Court’, in Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018–2019* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 157), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 303–310.

19 Zie in deze zin Pavillon en Althoff 2017, p. 110 (zie noot 3).

20 Zie het zeer leeswaardige artikel van Tzankova, waarin zij het concept claimcultuur aan een nader onderzoek onderwerpt; Tzankova 2017, p. 107–119 (zie noot 3). Zie eveneens kritisch: Arons en Koster 2017, par. 5.1 (zie noot 3).

21 In deze zin Tzankova 2017, p. 110–111 (zie noot 3).

3.2 *De drie onderdelen van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste ontleed*

Van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer is op grond van het nieuwe artikel 3:305a lid 3 sub b BW sprake in de volgende drie gevallen:

1. de rechtspersoon maakt genoegzaam aannemelijk dat het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft; of
2. degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, heeft woonplaats in Nederland en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer; of
3. de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, heeft of hebben in Nederland plaatsgevonden.'

Alvorens in te gaan op ieder van deze drie onderdelen, merk ik op dat in het wetgevingsproces onbenoemd is gebleven of de rechter per gedaagde en per vordering/verwijt²² (hierna tezamen aangeduid als 'vordering') dient vast te stellen of voldaan is aan het territoriale ontvankelijkheidsvereiste. Dat verbaast, omdat uit de gepubliceerde rechtspraak volgt dat een collectieve actie vaak niet is beperkt tot één vordering jegens één gedaagde. Ik zou menen dat de rechter, net zoals bij zijn internationale bevoegdheid, de (territoriale) ontvankelijkheid van de claimorganisatie per gedaagde en per vordering dient te beoordelen.²³ Zoals hieronder zal blijken, zou echter uit het tweede en derde onderdeel ook het tegendeel kunnen worden afgeleid.

3.2.1 Merendeel achterban Nederlands ingezetene

De eerste manier om aan het territoriale ontvankelijkheidsvereiste te voldoen betreft de achterban; de claimorganisatie is ontvankelijk als het merendeel van de achterban in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld gegeven van een collectieve actie tegen een Frans bedrijf op grond van productaansprakelijkheid waarbij de benadeelden, op een paar Nederlandse ingezetenen na, allemaal in Frankrijk wonen.²⁴ De Nederlandse rechter zou dan op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I bis²⁵ rechtsmacht hebben ten aanzien van de in Nederland geleden (primaire) schade. Voor het geval de Nederlandse rechter in de collectieve actie (toch) ook bevoegd zou zijn ten aanzien van de in Frankrijk

22 Het komt regelmatig voor dat de vordering zoals geformuleerd in het petitum van de dagvaarding meerdere verwijten bestrijkt. Denk bijvoorbeeld aan de vordering tot verklaring voor recht dat partij x onrechtmatig heeft gehandeld, waarbij de (beweerdelijke) onrechtmatige daad uit verschillende handelingen en omisdadigheden bestaat, die in verschillende landen en in een ander tijdvak te situeren zijn. Mijns inziens dient in zo'n geval de rechter voor zijn bevoegdheid onderscheid te maken tussen de verschillende verwijten die samen zijn genomen in de formulering van de vordering.

23 Zie ook De Bie Leuveling Tjeenk en Van de Velden 2017, par. 4 (zie noot 3).

24 *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 3, p. 26-27.

25 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2012, L 351/1.

geleden schade,²⁶ struikelt de claimorganisatie over de territoriale ontvankelijkheidsdrempel. Dit wordt redelijk geacht, omdat de benadeelde personen uit Frankrijk zonder het bestaan van een collectieve actie ook niet in Nederland terecht kunnen met hun vordering jegens een Franse gedaagde jegens een gebrekkig product.²⁷

Uit het gebruikte voorbeeld volgt dat dit onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste een duidelijke link heeft met (een vrees voor) de bevoegdheid van de Nederlandse rechter als *Erfolgsort*-rechter. Voor zover mij bekend is het echter nog niet voorgekomen dat de Nederlandse rechter bevoegdheid heeft aangenomen als *Erfolgsort*-rechter in een collectieve actie waarbij sprake is van een internationale achterban,²⁸ al valt niet uit te sluiten dat in de toekomst zo'n geval zich wel voordoet.²⁹ In sommige literatuur wordt zelfs het standpunt ingenomen dat in het geval van een collectieve actie de Nederlandse rechter überhaupt geen bevoegdheid kan aannemen op die grond, omdat de claimorganisatie zelf geen schade heeft geleden.³⁰ Dat standpunt lijkt echter niet houdbaar. In een recent arrest formuleert de Hoge Raad prejudiciële vragen over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter als *Erfolgsort*-rechter in een collectieve actie, maar die vragen zien op de problemen bij de lokalisering van zuivere financiële vermogensschade in het algemeen en voor de collectieve actie (waarin immers wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de achterban)³¹ in het bijzonder.³²

26 In de MvT wordt hierover opgemerkt dat dit een vraag is van uitleg van Brussel I bis; *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 3, p. 27.

27 Hierbij geldt uiteraard de premisse dat bij deze groep van benadeelden het gebrek zich in Frankrijk heeft geopenbaard bij het normale gebruik van het product voor het doel waarvoor het bestemd was (zie HvJ EU 16 juli 2009, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, *NIPR* 2009, 207, *NJ* 2011/349 m.nt. Th.M. de Boer (*Zuid-Chemie*)), alsook dat er geen sprake is van een (expliciete of impliciete) forumkeuze.

28 Een voorbeeld van een collectieve actie met een internationale achterban waarin geen bevoegdheid op die (maar wel op een andere) grond werd aangenomen, betreft Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852, *NIPR* 2019, 382 (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras c.s.*), r.o. 5.23-24. Ook in collectieve acties met een Nederlandse achterban is de bevoegdheid als *Erfolgsort*-rechter problematisch vanwege de *Kolassa/Universal Music/Löber*-problematiek. Zie bijvoorbeeld de *VEB/BP*-zaak waarin door de rechtbank en het hof geen of onvoldoende bijkomende omstandigheden aanwezig werden geacht naast de Nederlandse beleggingsrekeningen waarop de zuivere vermogensschade was ingetreden (Rb. Amsterdam 28 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6593, *NIPR* 2017, 71 en Hof Amsterdam 7 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4588), en waarin de Hoge Raad heeft voorgesteld hierover prejudiciële vragen te stellen (HR 14 juni 2019 ECLI:NL:HR:2019:925, *NIPR* 2019, 337).

29 Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een Frans cruiseschip met een internationaal gezelschap door Nederlandse wateren vaart op het moment dat het internationale gezelschap (aan boord) een voedselvergiftiging oploopt door producten van de Franse cateraar die in Frankrijk zijn vervaardigd. De Nederlandse rechter zou in dat geval als *Erfolgsort*-rechter bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering jegens de Franse cateraar; dat de vordering via een collectieve actie wordt ingesteld zou dat mijns inziens niet anders maken.

30 In deze zin: Bosters 2017, p. 253 (zie noot 3); MvT bij voorontwerp motie Dijkema, p. 27.

31 Vgl. Van Hoek die opmerkt dat art. 7 Brussel I bis enkel bundeling van nationale vorderingen lijkt toe te staan; A.A.H. van Hoek, 'David en Goliath in cyberspace: de kruistocht van Max Schrems en het Europees bevoegdheidsrecht', *AAe* 2018, p. 1038.

32 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:925 (*VEB/BP*), daarmee de Conclusie van A-G Vlas (8 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:115) volgend.

Als aan dit onderdeel is voldaan, is de claimorganisatie territoriaal ontvankelijk ten aanzien van alle vorderingen en alle gedaagden. Bij dit onderdeel speelt dus niet de vraag of de ontvankelijkheid van de claimorganisatie per gedaagde en per vordering dient te worden getoetst.

3.2.2 Woonplaats gedaagde en bijkomende omstandigheden

Het tweede onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste betreft de woonplaats van de gedaagde, op de valreep uitgebreid met het vereiste van ‘bijkomende omstandigheden’. De zinsnede ‘en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer’ is toegevoegd vlak voordat het Wetsvoorstel in stemming werd gebracht in de Tweede Kamer.³³ Zonder deze zinssnede zou namelijk aan het territoriale ontvankelijkheidsvereiste zijn voldaan als de gedaagde woonplaats heeft in Nederland, hetgeen volgens de indieners van dit amendement alsnog zou kunnen leiden tot rechtszaken die nauwelijks een band hebben met de Nederlandse rechtssfeer. Het eerste voorbeeld dat hierbij wordt genoemd, doet vooral vragen rijzen. Het voorbeeld ziet op een grote onderneming die voornamelijk in het buitenland opereert en slechts één dochteronderneming in Nederland heeft, die enkel voor fiscale redenen in Nederland is gevestigd, slechts een beperkt aantal activiteiten uitoefent en niet rechtstreeks betrokken is bij de schadeveroorzakende gebeurtenis.³⁴ Wat wordt hier precies bedoeld? De fiscale redenen voor de vestiging van de dochter in Nederland lijken erop te duiden dat de moeder niet in Nederland is gevestigd. Als alleen de moeder gedaagde is, loopt dit onderdeel al mis op het vereiste dat de gedaagde woonplaats in Nederland moet hebben; aan het vereiste van bijkomende omstandigheden wordt dan niet eens toegekomen. Dat verandert niet als de dochter mede-gedaagde zou zijn en de ontvankelijkheid per gedaagde moet worden vastgesteld; de moeder heeft dan immers nog steeds woonplaats buiten Nederland. Bovendien kan men zich afvragen of de Nederlandse rechter in dat geval internationaal bevoegd is ten aanzien van de moeder³⁵ en dus überhaupt wordt toegekomen aan de ontvankelijkheidsvraag. Mogelijk is dus bedoeld dat ook de moeder in Nederland is gevestigd, maar wat is dan de functie van de dochter in het voorbeeld? Of moeten we uit dit voorbeeld afleiden dat de territoriale ontvankelijkheid van de claimorganisatie niet per gedaagde en per vordering wordt getoetst? Dan zou het erom gaan dat de casus in zijn geheel voldoende band heeft met Nederland, en dat daar dan sprake van zou zijn als ten aanzien van één van de gedaagden aan dit onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste is voldaan. Wie het weet mag het zeggen.

Het tweede voorbeeld ziet op *litigation funders* die alleen in Nederland willen procederen omdat zij menen dat de schadevergoeding dan het hoogst zou zijn. Ook dit voorbeeld lijkt wat ongelukkig gekozen. In een grensoverschrijdende zaak wordt de hoogte van de schadevergoeding immers in principe vastgesteld met toepassing van de *lex causae*; dat is dus niet noodzakelijkerwijs Nederlands recht. Dit kan weliswaar anders zijn bij een collectieve actie gebaseerd op

33 *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 12.

34 *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 12, p. 2.

35 De ankergedaagde moet immers hetzelfde verwijt kunnen worden gemaakt als de buitenlandse gedaagde ten aanzien van wie wordt aangeknoopt bij de bevoegdheid ten aanzien van de ankergedaagde; zie Rb. Rotterdam, 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7852 (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras c.s.*). Zie voorts HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:443, *NIPR* 2019, 195, r.o. 4.2.2.

schending van het mededingingsrecht,³⁶ maar uit de toelichting op het amendement blijkt niet dat het voorbeeld op die gevallen is gebaseerd. Hoe het ook zij, de kern lijkt mij dat de wetgever wil voorkomen dat er voor wordt gekozen om in Nederland te procederen tegen een gedaagde die behalve zijn woonplaats voor het overige geen band met Nederland heeft. Irrelevant is daarbij welke reden aan die keuze ten grondslag ligt; die reden zou ook (of eerder) gelegen kunnen zijn in de kwaliteit/neutraliteit van de Nederlandse rechtspraak of in de mogelijkheden die de Nederlandse collectieve actie biedt.

Wel zou volgens de indieners van het aangenomen amendement sprake kunnen zijn van ‘bijkomende omstandigheden’ als een substantieel deel van de omzet van een groot internationaal bedrijf specifiek via de Nederlandse dochteronderneming loopt. Bij dit voorbeeld kunnen dezelfde vragen worden gesteld als bij het eerste voorbeeld. Ziet het voorbeeld op de situatie dat ook de moeder in Nederland zit, of juist op de situatie dat de moeder in het buitenland is gevestigd? Het laatste lijkt bedoeld te zijn, maar dat zou impliceren dat 1) naast de moeder er andere gedaagden zijn waarvan er tenminste één woonplaats heeft in Nederland, en 2) de territoriale ontvankelijkheid niet per gedaagde (en per vordering) hoeft te worden vastgesteld. Dat zou goed nieuws zijn voor claimorganisaties die ten behoeve van een overwegend internationale achterban een vordering instellen met betrekking tot een schadeveroorzakende gebeurtenis in het buitenland, maar waarbij wel substantiële geldstromen via Nederland lopen.

Wat verder onder ‘bijkomende omstandigheden’ moet worden begrepen, is onduidelijk. De wetgeschiedenis geeft daarvoor geen (verdere) handvatten. Daar ligt dus een taak voor de rechter. Dat is geen sinecure getuige de trits aan arresten van het Hof van Justitie over de ‘bijkomende omstandigheden’ die zijn vereist voor bevoegdheid als *Erfolgsort*-rechter bij financiële schade.³⁷

3.2.3 Gebeurtenis heeft of gebeurtenissen hebben in Nederland plaatsgevonden

Het laatste onderdeel lijkt te zijn toegesneden op de onrechtmatige daad. Allereerst betreft het voorbeeld dat in de memorie van toelichting wordt gegeven een onrechtmatige daad. Voorts wordt verhelderd dat dit onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste alleen ziet op het *Handlungsort* en niet op het *Erfolgsort*, en daarin dus verschilt van de territoriale aanknopingscriteria van artikel 7 lid 2 Brussel I bis. Maar wat als de vordering(en) in de collectieve actie zijn gebaseerd op overeenkomst(en)?³⁸ Valt daarmee dit onderdeel van het territoriale

36 Zie art. 6 lid 3 onder b Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40-49 dat in het geval de markt (waarschijnlijk) beïnvloed wordt in meer dan één land bepaalt dat de eiser die schadevergoeding vordert bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder onder voorwaarden ervoor kan kiezen zijn vordering te gronden op de *lex fori*.

37 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, *NIPR* 2015, 50, *NJ* 2015/332 m.nt. Strikwerda (*Kolassa/Barclays Bank*); HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, *NIPR* 2016, 298, *NJ* 2018/38 m.nt. Strikwerda (*Universal Music*); HvJ EU 12 september 2018, C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701, *NIPR* 2018, 423, *NJ* 2018/419 (*Löber/Barclays Bank*).

38 Zo zijn bijvoorbeeld in de door de Stichting Volkswagen Car Claim aangehangig gemaakte collectieve actie (een deel van) de vorderingen gebaseerd op overeenkomst. Overigens is in die zaak sprake van een Nederlandse achterban, en zijn de gedaagde autohandelaren eveneens in Nederland gevestigd. Zie

ontvankelijkheidsvereiste weg? Of kan de claimorganisatie die zijn ontvankelijkheid niet kan baseren op de eerste twee onderdelen van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste, toch door met de procedure als bijvoorbeeld de overeenkomst in Nederland is uitgevoerd, of de tekortkoming zich in Nederland heeft gemanifesteerd? Dat laatste lijkt het meest aannemelijk.³⁹ Een andere vraag die zich opdringt is hoe dit onderdeel wordt ingevuld als de vordering(en) is/zijn gebaseerd op meerdere (samenhangende) gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden op verschillende momenten in tijd en in verschillende jurisdicties. Is de claimorganisatie reeds ontvankelijk als één van die gebeurtenissen in Nederland kan worden gelokaliseerd, of moeten alle (relevante) gebeurtenissen in Nederland te lokaliseren zijn? Afgaand op de tekst van dit onderdeel lijkt het laatste het geval te zijn. Maar hoe werkt het dan als de vordering is gericht tegen meerdere gedaagden en de relevante gebeurtenis niet voor alle gedaagden dezelfde is? Is de claimorganisatie dan alleen ontvankelijk ten aanzien van de in Nederland te lokaliseren gebeurtenis(sen) en de daaraan gerelateerde vordering(en) en gedaagde(n)? We zijn daarmee weer terug bij de vraag of de ontvankelijkheid van de claimorganisatie per gedaagde en per vordering moet worden vastgesteld. Ook bij dit onderdeel kan dat nogal verschil maken.

4. (On)verenigbaarheid met het Unierecht

De ontvankelijkheid van de claimstichting wordt door de toevoeging van het vereiste van ‘bijkomende omstandigheden’ aan het tweede onderdeel van het nieuwe artikel 3:305a lid 3 sub b BW verder beperkt. De woonplaats van de gedaagde wordt internationaal algemeen beschouwd als het ‘natuurlijke forum’.⁴⁰ Dit *forum rei* vormt ook onder de verordening Brussel I bis de eerst bevoegde rechter. Deze toevoeging versterkt mijn aarzeling of het territoriale ontvankelijkheidsvereiste van de nieuwe collectieve actie verenigbaar is met het Unierecht.

4.1 Wetgevingstraject

Over die verenigbaarheid is in het wetgevingstraject wel nagedacht. Zo gaan de Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht (hierna gezamenlijk aangeduid als de ‘Commissies’) er in hun gezamenlijk advies over het voorontwerp motie Dijkma⁴¹ aan de minister van Veiligheid en Justitie van uit dat Brussel I bis in beginsel

<https://www.akd.nl/o/Paginas/Persberichten/Persberichten%202017/Stichting-Volkswagen-Car-Claim-lanceert-massaclaim-tegen-Volkswagen-c-s.aspx>. Vgl. voorts Bosters 2017, p. 254, vn. 73 (zie noot 3), die hetzelfde opmerkt, maar ervan uitgaat dat in het wetsvoorstel rekening is gehouden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie op basis waarvan hij het onwaarschijnlijk acht dat een rechter in een collectieve actie rechtsmacht kan ontleen aan art. 7 lid 1 Brussel I bis in contractuele geschillen.

39 Mede gezien de MvT (p. 24) bij het voorontwerp motie Dijkma, waarin in het kader van het in het voorontwerp voorgestelde art. 3:305a lid 6 sub c BW (‘de gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, hebben in Nederland plaatsgevonden’) wordt gerefereerd aan de alternatieve bevoegdheid van de rechter waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd. Een dergelijke verwijzing naar een overeenkomst ontbreekt in de MvT bij de WAMCA (*Kamerstukken II* 2016-2017, 34608, nr. 3).

40 Strikwerda en Schaafsma 2019, nr. 43 (zie noot 16).

41 Ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel dat strekt tot invoering van een collectieve schade vergoedingsactie ter uitvoering van de motie Dijkma, gepubliceerd als consultatieversie op 7 juli 2014.

van toepassing is op vorderingen die zijn ingesteld als collectieve actie, ook al zijn de bevoegdheidsbepalingen van Brussel I bis niet toegesneden op de figuur van de collectieve actie. Dat betekent dat de Nederlandse rechter gehouden is zijn internationale bevoegdheid vast te stellen op basis van het gesloten stelsel van bevoegdheidsgronden van die verordening. De Commissies lichten in hun advies toe dat – voor zover de geografisch-territoriale aanknopingsfactoren in het voorontwerp zouden moeten worden opgevat als een regel van algemeen internationaal bevoegdheidsrecht en afwijken van het Unierecht – zij slechts effect zouden kunnen sorteren in situaties die niet vallen binnen het toepassingsgebied van de verordening. Dat zou dan leiden tot een regel van algemeen internationaal bevoegdheidsrecht die slechts beperkt toepasbaar zou zijn, hetgeen zich slecht verhoudt met het door de wetgever beoogde doel dat de nieuwe collectieve actie uitsluitend openstaat voor zaken die een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtsfeer hebben. Mede om die reden hebben de Commissies geadviseerd om de geografisch-territoriale aanknopingsfactoren in het voorontwerp motie Dijkema het rechtskarakter te geven van een ontvankelijkheidsdrempel. Daarbij hebben zij tegelijkertijd onderkend dat het gebruik van geografisch-territoriale aanknopingspunten in het voorontwerp van de wet spanning oproept met Brussel I bis omdat de daarin vervatte bevoegdheidsbepalingen ook op dergelijke aanknopingsfactoren zijn gebaseerd. De duiding van de geografisch-territoriale aanknopingspunten als ontvankelijkheidsdrempel laat onverlet dat zij (als *lex fori processus*) geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van de instrumenten van Unierecht, waaronder Brussel I bis. Daarbij is het aan het Hof van Justitie om te oordelen of de ontvankelijkheidsdrempel verenigbaar is met het gesloten stelsel van Brussel I bis.⁴² De Commissies merken voorts nog op dat het ‘wellicht’ te beperkend zou zijn wanneer een claimorganisatie vanuit territoriaal oogpunt alleen ontvankelijk zou zijn als de achterban voor het merendeel in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.⁴³ Een (ruimer) territoriaal ontvankelijkheidsvereiste waaraan is voldaan indien de achterban overwegend Nederlands is, de gedaagde in Nederland woonplaats heeft of de gebeurtenis(sen) in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden, doet volgens de Commissies geen afbreuk aan het recht op effectieve rechtsbescherming en leidt evenmin tot een ongeoorloofd onderscheid, en lijkt ook te stroken met de Brussel I bis, Rome I en Rome II.⁴⁴ De afdeling van de Raad van State onderschrijft het advies van de Commissies en adviseert om in de toelichting bij het wetsvoorstel in te gaan op de vraag hoe het nuttig effect van Brussel I bis verzekerd blijft en waar nodig het wetsvoorstel aan te passen.⁴⁵

Uit verschillende kamerstukken volgt vervolgens dat de minister van mening is dat de mogelijkheden voor het instellen van een collectieve actie te zeer zouden worden beperkt wanneer uitsluitend zou worden vereist dat het merendeel van de achterban zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, maar dat het ruimere territoriale ontvankelijkheidsvereiste niet afdoet aan

42 Advies Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht van 1 april 2016, par. 3.2.2., 3.4.1 en 3.4.2.

43 Advies Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht van 1 april 2016, par. 4.3. Het is mij overigens niet helemaal duidelijk waarop deze opmerking is gebaseerd, nu ook de aan de Commissies voorgelegde tekst van art. 3:305a lid 6 BW in het voorontwerp motie Dijkema niet beperkt is tot een (overwegend) Nederlandse achterban en de toelichting daar evenmin over rept.

44 Advies Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht van 1 april 2016, par. 4.4.

45 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, nr. 4, p. 3.

de goede werking van Brussel I bis.⁴⁶ Daartoe wordt enerzijds overwogen dat uit de jurisprudentie⁴⁷ van het Hof van Justitie volgt dat het Hof belang hecht aan de goede werking van de bevoegdheidsregels van Brussel I bis en dat deze niet opzij kunnen worden gezet door een regel van nationaal procesrecht, en anderzijds dat uit het *Kolassa*-arrest (ook) volgt dat het vereiste van het nuttig effect niet betekent dat voor het nationale (proces)recht geen enkele ruimte bestaat voor nadere invulling; het gaat erom dat de werking van Brussel I bis voldoende is verzekerd. Dat zou bij het (toenmalige) wetsvoorstel het geval zijn; als de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is om van een bepaalde vordering kennis te nemen, belet het wetsvoorstel niet dat de partij die de vordering heeft ingesteld bij de Nederlandse rechter terecht kan. Het 'enige effect' is dat die partij geen gebruik kan maken van de collectieve actie wanneer niet is voldaan aan het territoriale ontvankelijkheidsvereiste.⁴⁸ De indieners van het 'bijkomende omstandigheden-amendement' menen dat ook de door hen voorgestelde aanscherping van de nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer binnen de geoorloofde nadere invulling valt.⁴⁹

Dat gaat best ver. Een deel van het Nederlandse procesrecht wordt dus afgesloten voor een groep benadeelden die een vordering heeft ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter wel internationaal bevoegd is. Zelfs wanneer de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid baseert op de hoofdregel van Brussel I bis; de woonplaats van de gedaagde.⁵⁰

4.1.1 Relevantie *Kolassa*?

Overigens wordt mij ook niet duidelijk welke passage uit het *Kolassa*-arrest de minister op het oog had wanneer hij overweegt dat het vereiste van het nuttig effect niet betekent dat voor het nationale (proces)recht geen enkele ruimte bestaat.⁵¹ In *Kolassa* vraagt de verzoekende Oostenrijkse rechter onder andere of hij in het kader van zijn bevoegdheid verplicht is om betwiste feiten

46 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 23-26 en nr. 4, p. 7.

47 Verwezen wordt naar de volgende arresten: HvJ EG 15 november 1983, zaak 288/82, ECLI:NL:XX:1983:AC7764, *NJ* 1984/695 (*Duijnstee/Godenbauer*); HvJ EG 15 mei 1990, C-365/88, ECLI:EU:C:1990:203, *NIPR* 1991, 190 (*Kongress Agentur Hagen/Zeehaghe*) en HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, *NJ* 2015/332 m.nt. Strikwerda (*Kolassa/Barclays Bank*). Ook wordt verwezen naar HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1765, *NIPR* 2011, 226, *NJ* 2011/219 m.nt. Polak (*Szajak-Combé en Szczeciniarz/Bialek*).

48 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 25.

49 *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 12, p. 2.

50 Zo overwoog recent de Engelse *Supreme Court* in de *Vedanta*-zaak met betrekking tot art. 4 lid 1 Brussel I bis: 'That basic provision is designed not only for the protection of EU domiciliaries, but also to enable a claimant to know, with reasonable certainty, where he may sue.' Zie *Supreme Court* 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*), r.o. 16 met verwijzing naar HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, *NIPR*, 2005, 152 (*Owusu/Jackson*).

51 Vgl. Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1899, *NIPR* 2014, 299, *JBPR* 2014/46 m.nt. M. Freudenthal, r.o. 4.4 en 4.5 waarin de rechtbank tot het oordeel komt dat de regel in art. 110 lid 3 Rv dat de rechter naar wie de zaak is verwezen aan die verwijzing gebonden is, afbreuk doet aan het nuttig effect van Brussel I. De rechtbank laat deze regel derhalve buiten toepassing en beoordeelt zelf haar internationale bevoegdheid in plaats van uit te gaan van de beoordeling daarvan door de rechtbank Alkmaar die de zaak op grond van art. 110 lid 2 Rv (welke bepaling naar het oordeel van de rechtbank Rotterdam geen afbreuk doet aan het nuttig effect van Brussel I) naar haar heeft doorverwezen.

die zowel voor de bevoegdheidsvraag als voor het bestaan van het ingeroepen vorderingsrecht relevant zijn ('dubbel relevante feiten') te onderwerpen aan een uitgebreide bewijsprocedure of dat hij bij de beoordeling van zijn bevoegdheid uit moet gaan van de stellingen van de eiser. Dat laatste is het geval op grond van het Oostenrijks procesrecht; de Oostenrijkse rechter hoeft zich voor zijn internationale bevoegdheid uitsluitend te vergewissen van de gegrondheid van de stellingen van de verzoekende partij zonder acht te slaan op eventueel door de verwerende partij aangevoerde gegevens.⁵² Uit het arrest van het Hof volgt dat deze regel van Oostenrijks procesrecht afbreuk doet aan het nuttig effect van de verordening. Een bewijsprocedure in de fase van bevoegdheid loopt echter teveel vooruit op het onderzoek naar de gegrondheid van de vordering,⁵³ maar zowel het doel als de aan de verordening ten grondslag liggende goede rechtsbedeling 'vereisen dat het aangezochte gerecht zijn internationale bevoegdheid kan toetsen aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder'.⁵⁴ Ik zie daarin geen ruimte voor een nadere invulling van de betreffende Oostenrijkse procesregel. Dat laat overigens onverlet dat Brussel I bis het interne procesrecht niet unificeert, maar dat zal de minister niet hebben bedoeld want dat volgt ook uit de andere door hem aangehaalde arresten.⁵⁵

Mijns inziens ondermijnt het territoriale ontvankelijkheidsvereiste van de nieuwe Nederlandse collectieve actie wel degelijk de effectiviteit van het systeem van Brussel I bis; er wordt immers evenals in Brussel I bis gebruik gemaakt van territoriale aanknopingsfactoren, waarbij bovendien – onder de noemer van ontvankelijkheid – aan de hoofdregel van Brussel I bis een extra territoriaal vereiste wordt gekoppeld. Hetzelfde geldt overigens voor het Verdrag van Lugano;⁵⁶ het territoriale ontvankelijkheidsvereiste doet naar mijn mening om dezelfde redenen afbreuk aan de effectiviteit van het systeem van dat verdrag.

4.2 *Verbod van discriminatie*

Er is nog een andere reden waarom ik denk dat het territoriale ontvankelijkheidsvereiste van de nieuwe Nederlandse collectieve actie niet door de EU-beugel kan. Het territoriale ontvankelijkheidsvereiste lijkt me ook in strijd met het in artikel 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) neergelegde verbod van discriminatie.⁵⁷ Krachtens

52 Conclusie A-G Szpunar van 3 september 2014, C-375/13, ECLI:EU:C:2014:2135, par. 79.

53 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*), r.o. 63.

54 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*), r.o. 64.

55 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 1990, C-365/88, ECLI:EU:C:1990:203 (*Kongress Agentur Hagen/Zeebaghe*), r.o. 17; HvJ EG 7 juni 1984, C-129/83, ECLI:EU:C:1984:215, *NIPR* 1985, 456 (*Zelger/Salinitri*), r.o. 15.

56 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L 339/3.

57 Vgl. HvJ EG 15 mei 1990, C-365/88, ECLI:EU:C:1990:203 (*Kongress Agentur Hagen/Zeebaghe*), dictum: '2) Artikel 6, aanhef en sub 2, moet aldus worden uitgelegd, dat het de nationale rechter niet verplicht de oproeping in vrijwaring toe te staan, en dat die rechter de ontvankelijkheid van de vordering mag toetsen aan de procesregels van zijn nationale recht, mits hij daarbij geen afbreuk doet aan het nuttig effect van het Executieverdrag en, in het bijzonder, de weigering om de oproeping in vrijwaring toe te staan, niet baseert op de omstandigheid dat de waarborg zijn verblijf – of woonplaats heeft op het grondgebied van een andere verdragsluitende staat dan die van het gerecht waarbij de oorspronkelijke vordering aanhangig is [cursivering auteur].'

deze bepaling is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden. Artikel 18 VwEU heeft directe werking, hetgeen onder andere betekent dat burgers er voor de nationale rechter een beroep op kunnen doen. De rechter dient met het discriminatieverbod strijdige nationale wetgeving buiten toepassing te laten in alle door het VwEU bestreken gevallen. Nu zullen niet alle collectieve acties die in Nederland onder het nieuwe regime zullen worden gevoerd, zien op gevallen die door het VwEU bestreken worden,⁵⁸ maar een deel zal dat zeker wel zijn. Denk bijvoorbeeld aan de huidige Dieselsegate.⁵⁹ Het discriminatieverbod ziet niet alleen op directe discriminatie, maar ook op indirecte discriminatie. Daarvan is sprake als het gehanteerde onderscheid niet is gebaseerd op de nationaliteit zelf, maar op een ander criterium dat in de praktijk leidt tot benadeling van met name buitenlandse deelnemers van de interne markt. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een onderscheid gebaseerd op woonplaats.⁶⁰

Wanneer het territoriale ontvankelijkheidsvereiste in deze context wordt beschouwd, valt op dat een claimorganisatie met een achterban waarvan het merendeel buiten Nederland zit pas ontvankelijk is als de gebeurtenis of de gedaagde in Nederland zit, terwijl dat niet geldt voor een claimorganisatie met een overwegend Nederlandse achterban. In de eerdere tekst van het Wetsvoorstel – waarin het vereiste van ‘bijkomende omstandigheden’ nog niet was toegevoegd aan het tweede onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste – zou er bij een collectieve actie tegen één gedaagde mogelijk nog niet zoveel aan de hand zijn geweest. Als de gedaagde en de handeling niet in Nederland zijn gelegen, zou de Nederlandse rechter waarschijnlijk niet eens internationaal bevoegd zijn.⁶¹ Problematischer zou die tekst al zijn bij een collectieve actie tegen een Nederlandse gedaagde en een buitenlandse medegedaagde, althans ervan uitgaande dat het ontvankelijkheidsvereiste per gedaagde moet worden beoordeeld. Denk bijvoorbeeld aan een collectieve actie ingesteld in een effectenzaak door een claimorganisatie met een achterban bestaande uit overwegend beleggers in andere EU-lidstaten tegen een Nederlandse entiteit en één of meerdere buitenlandse entiteiten, waarbij de gebeurtenis in het buitenland moet worden gelokaliseerd. De claimorganisatie wordt dan buitengesloten op basis van de woonplaats van de achterban voor zover de collectieve actie is gericht tegen de buitenlandse medegedaagde(n), terwijl een Nederlandse achterban wel de buitenlandse medegedaagde(n) kan meenemen in die collectieve actie.

58 Zie hierover – nog in de context van art. 12 EG-Verdrag – uitgebreid: A.A.H. van Hoek, ‘Artikel 12 EG-Verdrag en het (internationale) procesrecht; hernieuwde kritiek op de *cautio iudicatum solvi*’, *NIPR* 2000, p. 251 e.v. Zie voorts W.W. Geursen, ‘Non-discriminatie onder het EU- en Euratom-Verdrag: de doorwerking van artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VwEU)’, *NtEr* 2010, 17 e.v.; F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Boom juridisch 2017, p. 228-229.

59 Met Dieselsegate wordt bedoeld op de fraude met emissiewaarden van dieselauto's door sjoemelsoftware van het Duitse bedrijf Volkswagen AG, naar aanleiding waarvan (ook) binnen Europa veel procedures zijn gestart door of namens gedupeerde autobezitters, waaronder de reeds eerder aangehaalde collectieve actie van de Stichting Volkswagen Car Claim (zie hiervoor noot 38).

60 R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 676. Zie ook <https://europadecentraal.nl/onderwerp/vrij-verkeer/grondbeginselen-vrij-verkeer/>. Vgl. Amtenbrink en Vedder 2017, p. 229 (zie noot 58) waarin een onderscheid op basis van woonplaats zelfs als directe discriminatie lijkt te worden aangemerkt.

61 In geval van een onrechtmatige daad zou de Nederlandse rechter mogelijk wel bevoegd kunnen zijn als *Erfolgsort*, maar dat is bij een overwegend Nederlandse achterban dan weer waarschijnlijker dan bij een overwegend buitenlandse achterban.

De nieuwe toevoeging van ‘bijkomende omstandigheden’ in het tweede onderdeel vergroot het probleem. Deze toevoeging raakt immers de (overwegend) buitenlandse achterban ook in een procedure tegen een Nederlandse gedaagde, terwijl deze toevoeging voor de claimorganisatie met een (overwegend) Nederlandse achterban niet beperkend werkt. Een dergelijk indirect onderscheid kan gerechtvaardigd zijn op basis van de zogenaamde *rule of reason*,⁶² indien de inbreukmakende maatregel noodzakelijk is ter bescherming van zwaarwegende, legitieme belangen en voldoet aan het proportionaliteits- en het subsidiariteitsvereiste. Als het belang⁶³ dat het territorialiteitsvereiste dient door het Hof zou worden gezien als voldoende zwaarwegend en legitiem,⁶⁴ moet vervolgens dus nog worden vastgesteld of het territoriale ontvankelijkheidsvereiste geschikt is om het gewenste resultaat te bereiken, niet verder gaat dan noodzakelijk is en niet vervangen kan worden door een andere minder belemmerende maatregel. Ik waag te betwijfelen of het territoriale ontvankelijkheidsvereiste die test doorstaat.

5. Conclusie

De WAMCA is een feit. De nieuwe wet bevat belangrijke wijzigingen ten opzichte van de huidige collectieve actie. Eén van die wijzigingen betreft de introductie van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste in artikel 3:305a lid 3 sub b BW. Dit ontvankelijkheidsvereiste is op het laatste moment in het wetgevingsproces aangescherpt. Om te voldoen aan het tweede onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste is het onvoldoende dat de gedaagde woonplaats heeft in Nederland; er moeten ‘bijkomende omstandigheden’ zijn waaruit volgt dat de Nederlandse rechtssfeer in voldoende mate is verbonden.

Het lijkt waarschijnlijk dat de territoriale ontvankelijkheid moet worden vastgesteld per gedaagde en per vordering, al was het maar omdat een ruimere benadering veel minder effectief zou zijn in het garanderen van een nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer en om die nauwe band is het de wetgever nu juist te doen. De in de memorie van toelichting gebruikte voorbeelden bij het tweede en derde onderdeel van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste bieden echter ruimte voor discussie op dit punt. Een ruimere benadering van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste kan echter niet geheel voorkomen dat het vereiste een overwegend buitenlandse achterban meer beperkt dan een overwegend Nederlandse achterban. Er moet derhalve rekening mee worden gehouden dat het territoriale ontvankelijkheidsvereiste buiten toepassing moet blijven in zaken met een EU-context. Niet alleen wordt door het territoriale ontvankelijkheidsvereiste de effectiviteit van Brussel I bis (en ook van het Verdrag van Lugano) aangetast, het gebeurt op een manier die ook nog eens discriminatoir en daarmee in strijd met artikel 18 VwEU lijkt te zijn. Het zal slechts een kwestie van tijd zijn dat het Hof van Justitie prejudiciële vragen worden gesteld over de verenigbaarheid van het territoriale ontvankelijk-

62 De geschreven rechtvaardigingsgronden zijn hier evident niet van toepassing, zodat alleen de – in de jurisprudentie over het vrij verkeer ontwikkelde – *rule of reason* als rechtvaardigingsgrond overblijft. Zie hierover Ambtenbrink en Vedder 2017, p. 335-337 (zie noot 58).

63 Zie par. 4.1.

64 Daarbij geldt dat het Nederlandse vestigingsklimaat in ieder geval niet kan dienen als zwaarwegend en legitiem belang, nu de rechtvaardigingsgrond niet van economische aard mag zijn. Zie Ambtenbrink en Vedder 2017, p. 336-337 (zie noot 58).

heidsvereiste met het Unierecht. Indachtig de oprichting van het NCC en de ongefundeerde⁶⁵ angst voor een claimcultuur, kan men zich bovendien – vanuit politiek oogpunt – afvragen welke zaken de wetgever met het territoriale ontvankelijkheidsvereiste nu eigenlijk probeert tegen te houden.⁶⁶

Hoe het ook zij, het nieuwe territoriale ontvankelijkheidsvereiste en de toelichting daarop doen veel vragen rijzen. Hoe eng of ruim de verschillende onderdelen van het territoriale ontvankelijkheidsvereiste moeten worden uitgelegd, zal uiteindelijk in de rechtspraak moeten uitkristalliseren. In de tussentijd zal het territoriale ontvankelijkheidsvereiste de gemoederen in de rechtszaal bezig houden. Zowel de claimorganisatie als de gedaagde partij(en) kunnen daarbij hun voordeel doen met de onduidelijkheden die er nu zijn. Het zal dus wel even duren voordat aan de inhoudelijke beoordeling van de eerste collectieve actie 2.0 wordt toegekomen. Dit geldt eens te meer, nu tegelijkertijd met het ontvankelijkheidsverweer in de regel ook een bevoegdheidsincident zal worden opgeworpen.

65 Zie noot 20 en 21 hierboven. In deze zin ook M. van Maanen die in zijn voordracht tijdens het Ucall-congres ‘25 jaar collectieve actie in Nederland’ (gehouden op vrijdag 28 juni 2019) erop wijst dat de afgelopen 25 jaar bij zijn weten geen *frivolous claims* in een collectieve actie zijn ingesteld, hetgeen mede verklaard kan worden doordat *litigation funders* dergelijke claims niet willen *funden*.

66 Vgl. de recente uitspraak van de Engelse *Supreme Court* in de *Vedanta*-zaak; een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure ingesteld door een groep van zo’n 1800 Zambiaanse dorpelingen tegen het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde mijnbedrijf Vedanta Resources Plc. en haar Zambiaanse dochtermaatschappij Konkola Copper Mines. Onderwerp van de procedure is de vervuiling van de waterbronnen en landbouwgronden als gevolg van de kopermijnbouwactiviteiten van de gedaagde ondernemingen in Zambia, waardoor de eisers stellen schade te hebben geleden. Ondanks dat de zaak (veel) nauwer verbonden is met Zambia dan met het Verenigd Koninkrijk en de Engelse rechter derhalve niet het ‘proper forum’ is, is de *Supreme Court* van oordeel dat de Engelse rechter bevoegd is, omdat er een risico bestaat dat voor eisers geen ‘substantial justice’ beschikbaar is in Zambia. Het zou namelijk praktisch onmogelijk zijn om financiering te vinden voor een procedure aldaar terwijl de eisers allemaal zeer arm zijn. Bovendien zouden er in Zambia geen ‘sufficiently substantial and suitably experienced legal teams’ beschikbaar zijn om een procedure van dit formaat en complexiteit te voeren, temeer daar de gedaagde een track record heeft waaruit kan worden afgeleid dat het een geduchte tegenstander zou zijn. Zie *Supreme Court* 10 april 2019, [2019] UKSC 20 (*Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*), r.o. 88 e.v.