

Nederlandse reactie op de openbare consultatie over een coherent Europees kader voor collectief verhaal

I. INTRODUCTIE

Nederland heeft met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument "*Naar een coherente aanpak op het gebied van collectief verhaal*" dat de Europese Commissie op 4 februari jl. op haar website heeft gepubliceerd. Zij verwelkomt de mogelijkheid via dit consultatiedocument haar opmerkingen te kunnen maken over eventuele Europese initiatieven op het gebied van coherent verhaal. De consultatie is een vervolg op eerdere initiatieven van de Europese Commissie op het gebied van schadevergoedingen voor mededingingsinbreuken en collectief verhaal voor consumenten. Het Nederlandse standpunt in deze consultatie moet in het verlengde worden gezien van haar eerdere reacties op het Groenboek in 2005, het Witboek in 2008 voor schadevergoedingen op het gebied van mededingingsrecht alsmede haar reactie op het Groenboek voor collectief verhaal voor consumenten uit 2008.¹[**Bijlage 1**]

Deze reactie volgt bij de beantwoording van de vragen niet strikt de volgorde van het consultatiedocument, maar geeft een eigen uiteenzetting. Het beschrijft eerst welke algemene uitgangspunten naar de mening van Nederland moeten gelden voor een systeem van collectief verhaal. Daarna geeft het een beschrijving van het Nederlandse systeem om vervolgens in te gaan op de vraag wanneer en op welke wijze Europese maatregelen een rol kunnen spelen bij de verwezenlijking van mogelijkheden tot collectief verhaal voor de Europese consument.

II. INLEIDING

Nederland verwelkomt de horizontale benadering die de Europese Commissie heeft gekozen in haar consultatiedocument "*Naar een coherente aanpak op het gebied van collectief verhaal*". Uitgangspunt van mogelijke toekomstige initiatieven van de Europese Commissie moet zijn dat inderdaad sprake is van een coherente Europese aanpak voor collectief verhaal voor gedupeerden bij massaschade. Sectorspecifieke aanpak leidt tot versnippering, wat ten koste gaat van de interne samenhang van de nationale systemen van burgerlijk procesrecht die ingebed zijn in de nationale rechtscultuur. Dit is bovenal een praktisch probleem. Zo kan in een zaak waarin sprake is van overtreding van een

¹ COM(2005) 672 van 19.12.2005, COM(2008) 165 van 2.4.2008, COM(2008) 794 van 27.11.2008.

consumentenbepaling, eveneens sprake zijn van schending van het mededingingsrecht (bijvoorbeeld een oneerlijke handelspraktijk, die tegelijkertijd mededingingsbeperkend is). Versnippering kan daarnaast een negatief effect hebben op de toegang tot het recht voor Europese burgers. Een veelheid aan mogelijkheden per rechtsgebied voor gerechtelijke, buitengerechtelijke, individuele en collectieve geschilbeslechting zorgt er voor dat het voor een gedupeerde onoverzichtelijk wordt wanneer hij welke vorm van geschillenbeslechting kan gebruiken. Een coherente aanpak is derhalve gewenst.

III. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN BIJ MOGELIJKHEDEN VOOR COLLECTIEF VERHAAL (Q7/Q8)

Effectief en efficiënt collectief verhaal is van belang om individuele rechten van consumenten goed te kunnen handhaven. Bij de inrichting van een systeem voor collectieve acties dienen behalve een aantal uitgangspunten twee belangrijke randvoorwaarden in acht te worden genomen. Ten eerste moet collectief verhaal niet worden beschouwd als alternatief voor publiekrechtelijke handhaving. Daarnaast moet een systeem voor collectief verhaal geen ongewenste claimcultuur in de hand werken.

Hieronder zullen eerst de uitgangspunten voor een effectief en efficiënt systeem voor collectief verhaal beschreven worden. Daarna zullen de twee randvoorwaarden besproken worden.

Efficiënt en effectief collectief verhaal is in het belang van gedupeerden (Q7/Q11/Q12/Q15).

Nederland ziet de mogelijkheden voor collectief verhaal als middel voor gedupeerden om hun individuele rechten te handhaven. Op deze manier kunnen consumenten of bedrijven die slachtoffer zijn van rechtsinbreuken hun krachten bundelen zodat de inbreuk kan worden gestopt of de veroorzaakte schade kan worden vergoed.

Systemen voor collectief verhaal dienen zoals aangegeven zowel effectief als efficiënt te zijn. Dit betekent dat ze enerzijds voldoende adequate mogelijkheden moeten bieden voor gedupeerden om gezamenlijk verhaal te halen en anderzijds dat de afwikkeling van deze verhaalsmogelijkheden niet dermate lang duurt dat de betrokken ondernemingen en consumenten hiervan hinder ondervinden.

Belangrijke uitgangspunten voor het bereiken van een effectief en efficiënt systeem van collectief verhaal zijn:

- Lage financieringskosten voor deelname aan het systeem voor collectief verhaal.

- Vermijden van langdurige juridische procedures.
- Een zorgvuldige en efficiënte wijze van vaststelling van de omvang van de schade, de onrechtmatigheid van de gedraging per individu en het causaal verband.
- De mogelijkheid van belangenbehartiging, inclusief waarborgen voor voldoende kwaliteit en representativiteit.

Van belang is dat de effectiviteit en efficiëntie van een systeem van collectief verhaal in zijn totaliteit worden gezien. Daarom onderschrijft Nederland het uitgangspunt van de Commissie dat collectief verhaal niet alleen betrekking heeft op rechtsgedingen, maar dat collectief verhaal verschillende verschijningsvormen kan aannemen zoals bijvoorbeeld buitengerechtelijke afdoening via geschillenbeslechting.

Collectief verhaal is geen vervanging van publiekrechtelijke handhaving. (Q2)

Nederland ziet de mogelijkheid tot collectief verhaal door gedupeerden (private handhaving) niet als een handhavinginstrument dat in de plaats kan treden van publiekrechtelijke handhaving bij inbreuken op het (mededingings- of consumenten)recht. Collectief verhaal kan wel een aanvullende rol spelen ten opzichte van publiekrechtelijke handhaving. Naar de mening van Nederland moet collectief verhaal daarom niet gericht zijn op verlaging van de lasten van publieke toezichthouders.

Publiekrechtelijke toezichthouders hebben een andere rol in ons rechtssysteem die niet kan worden ondervangen door privaatrechtelijk optreden via collectief verhaal. Het optreden van publiekrechtelijke toezichthouders heeft namelijk tot doel rechtsinbreuken te bestraffen. Daarnaast heeft hun optreden tot doel potentiële overtreders af te schrikken. Gezien hun bijzondere rol is hun optreden onderworpen aan de waarborgen zoals deze bijvoorbeeld zijn vastgelegd in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.

Collectief verhaal heeft primair tot doel op een effectieve en efficiënte wijze de schade te compenseren die een rechtsinbreuk heeft veroorzaakt of de inbreuk te staken. Het heeft niet (primair) tot doel ondernemingen te bestraffen en af te schrikken door een bepaalde norm te stellen. Dit geldt te meer nu de Commissie in het consultatiedocument heeft aangegeven geen ruimte te zien voor het toekennen van *punitive damages*, een standpunt dat Nederland overigens deelt. Bovendien kent het publiekrecht betere waarborgen voor willekeur dan het privaatrecht, omdat grondrechten bijvoorbeeld in veel gevallen slechts beperkt tussen particulieren kunnen worden toegepast. Ten slotte geldt dat publieke toezichthouders vaak beter geëquipeerd zijn om daders van inbreuken op te

sporen. Vooral bij kleine schades (zoals bijvoorbeeld schade door sms-diensten) zijn de schadeveroorzakers vaak moeilijk traceerbaar en daarmee moeilijk te vervolgen met privaatrechtelijke middelen.

Publiekrechtelijke toezichthouders zijn niet gericht op schadevergoeding, maar toezichthouders kunnen wel een andere rol spelen. Een mogelijkheid is de afwikkeling van de schade via collectief verhaal als een boeteverlagende omstandigheid mee te nemen bij het opleggen van boetes. In Nederland past de Nederlandse Mededingingsautoriteit dit in voorkomende gevallen toe bij het vaststellen van boetes voor inbreuken op het mededingingsrecht.² Met het oog op de hoogte van de boetes voor bijvoorbeeld inbreuken op het mededingingsrecht lijkt een bepaalde mate van interactie tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instrumenten wenselijk. Publiekrechtelijke toezichthouders kunnen hierin een positieve rol spelen door de privaatrechtelijke belangen niet te negeren, maar juist in hun afwegingen mee te nemen. Dit te meer omdat ondernemingen vaak ook aanzienlijke reputatieschade lijden naar aanleiding van hun vervolging.

Ten slotte is van belang dat effectieve publiekrechtelijke handhavinginstrumenten zoals het clementieprogramma's van de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten niet worden ondergraven door de verbreding van de mogelijkheden voor collectief verhaal. Clementieprogramma's zijn van belang voor de opsporing van bijvoorbeeld kartels. De inhoud van clementiedossiers moet worden beschermd tegen toegang voor gedupeerden, omdat ondernemingen anders geen zelfincriminerende gegevens meer in het kader van een clementieaanvraag zullen overhandigen.³ Dit moet uiteraard niet zover gaan dat ondernemingen daarmee informatie kunnen afschermen die benadeelden zonder het bestaan van een clementieprogramma wel langs civielrechtelijke weg hadden kunnen verkrijgen.

Vermijd een claimcultuur; zet in op waarborgen ter voorkoming misbruik (Q20/Q21/Q22/Q25)

Een tweede belangrijke randvoorwaarde bij het opzetten van een systeem voor collectief verhaal is dat een claimcultuur moet worden voorkomen. Waarborgen ter voorkoming van een claimcultuur liggen vooral in beperking van de mogelijkheid tot "no cure no pay" en de vastlegging van het principe dat de verliezer betaalt.

² Art. 14c, Boetebeleidsregels NMa, Stcr. 2009, nr. 14079.

³ AG Mazak, 16 december 2009, zaak C-360/09 (*Pfeiderer*).

Daarnaast kunnen kwaliteitseisen worden gesteld aan representatieve organisaties met betrekking tot de *governance* van hun organisatie en het winstoogmerk. Dergelijke kwaliteitseisen kunnen ook worden gesteld met betrekking tot de externe financiering van representatieve organisaties die een collectieve verhaalsactie hebben ingesteld. Een andere mogelijkheid is collectief verhaal te beperken tot het vaststellen van de inbreuk en de schade via een individuele regeling af te doen.

IV. Het Nederlandse systeem: Een evenwicht tussen adequate genoegdoening en voorkomen van een claimcultuur. (Q8/Q10)

Uitgangspunt in het Nederlands recht en andere continentale rechtssystemen is dat schade individualiseerbaar is en dat gedupeerden moeten aantonen dat de aansprakelijkheid, de causaliteit tussen en de schade en de rechtsinbreuk voldoende vaststaat om in aanmerking te komen voor genoegdoening. Sinds 1994 kent het Nederlandse recht echter de mogelijkheid voor representatieve organisaties zoals stichtingen om een verklaring voor recht te vragen namens een collectief, zonder dat een schadevergoeding kan worden toegekend.

Sinds 2005 bestaat ook de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (Wcam) waarin is vastgelegd dat schadeveroorzakers collectief kunnen schikken met gedupeerden. Vaak vormen aanhangige zaken in de verschillende individuele of groepsprocedures een aanleiding voor schadeveroorzakers om te komen tot deze schikking om zodoende alle procedures gelijktijdig af te handelen. De Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (Wcam) vindt daarmee een evenwicht tussen adequate genoegdoening enerzijds en het voorkomen van een claimcultuur anderzijds.⁴

De Wcam wordt op dit moment in de volle breedte van het civiele recht ingezet. De wet heeft al aantoonbaar gewerkt in het personenschaderecht en productaansprakelijkheidsrecht (*DES*), het effecten- en ondernemingsrecht (*Shell, Vedior*) en bij aansprakelijkheid voor financiële producten (*Dexia*).⁵ Dit wordt ondersteund door de conclusies uit het collectief verhaal onderzoek van de Europese Commissie waaruit blijkt dat het Nederlandse systeem van collectieve acties voor consumenten het meeste resultaat heeft bereikt van alle onderzochte systemen voor collectief verhaal:

⁴ European Commission, DG SANCO, 26 augustus 2008, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*. http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf.

⁵ TK 2008-2009, 31762, nr. 1. Tomas Arons and Willem H. van Boom, Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from the Netherlands, *European Business Law Review* 2010/6, p. 857-883

"The most positive experiences from a consumer viewpoint are reported from [...] the Netherlands [...]."

"The assesement of consumer detriment indicates a very limited reduction in consumer detriment resulting from the mechanisms evaluated [...] the notable exception being the Dutch mechanism provided so far higher direct benefit to affected consumers.⁶"

Van de in de onderzochte landen uitgekeerde schadevergoedingen op basis van collectief verhaal blijkt bijna 100% van het totaalbedrag in Nederland te zijn uitgekeerd.

Daarnaast zorgt de Wcam voor een snelle afdoening van een collectieve actie waarbij de kosten voor procederen relatief beperkt zijn voor consumenten.⁷ Bovendien gaat van een schikking een zekere preventieve werking uit en houdt het de kosten voor gedupeerden laag in verhouding tot individuele gerechtelijke procedures. Uit het rapport van de Europese Commissie blijkt dan ook dat het Nederlandse systeem in het algemeen als positief wordt beoordeeld:

"[...] most interview partners considered the WCAM to be a success or a "great act".⁸"

Ten slotte worden deze ervaringen onderstreept doordat inmiddels verschillende buitenlandse schadeveroorzakers aanknopingspunten hebben gezocht om hun schade via het Nederlandse recht te laten afhandelen.⁹ Hieronder zal de Wcam kort worden toegelicht.

Het Nederlandse systeem (Wcam): een effectieve geïntegreerde aanpak

Sinds 2005 biedt de Wcam de mogelijkheid een schikking over massaclaims tussen de schadeveroorzaker en een of meer organisaties die de benadeelden voldoende vertegenwoordigen, door de rechter verbindend te laten verklaren voor alle benadeelden. De rechter toetst of de organisaties voldoende representatief zijn voor alle benadeelden en of de schikking redelijk is. In die procedure bij de rechter worden benadeelden in de gelegenheid gesteld zich uit te spreken over de schikking. Na verbindendverklaring kan elke benadeelde aangeven niet aan de schikking gebonden te willen zijn (opt out). De

⁶ European Commission, DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, p. 9.

⁷ Ibid, p. 19.

⁸ Country Report, The Netherlands, p. 35. European Commission, DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*.

⁹ Gerechtshof Amsterdam, 12 november 2010, Converium, LJN BO3908. Gerechtshof Amsterdam, 29 mei 2009, Shell, LJN NI5744.

benadeelden die van hun mogelijkheid tot opt out gebruik maken, zijn vrij om alsnog een individuele procedure tegen de aangesproken partij te starten.

Sinds de inwerkingtreding van de Nederlandse Wcam zijn inmiddels ruim vijf jaar verstreken. Opgezet als een algemeen beschikbaar mechanisme ter oplossing van één specifiek geval van letselschade bij productaansprakelijkheid, blijkt dat de Wcam in de praktijk wordt gebruikt op diverse rechtsgebieden en bij de afwikkeling van verschillende typen massavorderingen wordt toegepast. Het gaat dus niet alleen om massavorderingen ter vergoeding van schade maar bijvoorbeeld ook om massavorderingen tot vernietiging van een (standaard)overeenkomst.

Nu deze wet inmiddels heeft bewezen een succesvol instrument te zijn, wil Nederland zich vooral inzetten voor de verbetering daarvan, zodat nog meer massaclaims met gebruikmaking van deze wet kunnen worden afgewikkeld. Het systeem van de Wcam is in 2008 geëvalueerd. Uit de evaluatie is onder andere gebleken dat de wet in een behoefte voorziet, maar dat als de onderhandelingsbereidheid ontbreekt, aanvullende prikkels nodig zijn. Deze problemen zijn ook gesignaleerd in het onderzoek van de Europese Commissie.¹⁰

Dit heeft geleid tot een aantal voorstellen voor aanpassing. De belangrijkste daarvan is de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad door de rechter in een individuele of collectieve procedure over een vordering als sprake is van massaschade. De snellere duidelijkheid over belangrijke (rechts)vragen die hiervan het gevolg is, kan bijdragen aan de onderhandelings- en schikkingsbereidheid van vooral de aangesproken partij. Voor nadere toelichting op de evaluatie van de Nederlandse Wcam verwijst Nederland naar de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer over deze evaluatie (d.d. 23 oktober 2008) [**Bijlage 2**].

Daarnaast wordt ook geopteerd voor invoering van een preprocesuele comparitie. Dit biedt partijen en de rechter de gelegenheid om te bezien of een collectieve schikking kan worden getroffen dan wel om verdere afhandeling van de zaak te bespreken. Doel van deze regeling is partijen te ondersteunen in de buitengerechtelijke onderhandelingen. Ten slotte wordt een voorstel gedaan om de kwaliteit van belangenbehartigers te verbeteren.

¹⁰ Country Report, The Netherlands, p. 35, European Commission, DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*.

V. Europese rol op het gebied van collectieve acties: Bevorder best practices en de coördinatie tussen lidstaten. (Q1/ Q4/ Q6)

Nederland ziet een toegevoegde waarde voor een rol van de Europese Commissie met name op het terrein van het creëren van best practices. Op dit moment bestaan in veel lidstaten uiteenlopende initiatieven. De Commissie kan door middel van *soft law* er aan bijdragen dat de verschillende nationale mogelijkheden tot collectief verhaal beter op elkaar aansluiten. Daarnaast kan zij een rol spelen in het aanmoedigen van lidstaten, die nog geen systeem van collectief verhaal bij massaschade kennen, tot het instellen van een dergelijk systeem. Op deze manier wordt ook een *level playing field* gecreëerd voor ondernemingen die betrokken raken bij collectief verhaal in Europa.

Geen one size fits all: Faciliteer de nationale systemen maar probeer ze niet te vervangen. (Q3/ Q7/ Q8/Q9/Q10/Q13/Q14/Q29/30/31)

Nederland is voorstander van een aanpak van collectief verhaal die lidstaten de ruimte laat voor het ontplooiën van nationale initiatieven. Deze nationale initiatieven zijn veelal toegesneden op het eigen nationale rechtssysteem. Er is veel bekend over mogelijkheden voor collectief verhaal, maar het ideale mechanisme bestaat niet. Een combinatie van verschillende prikkels en mechanismen ligt daarom voor de hand. Voor Nederland is met name van belang dat de onderlinge rechtssystemen beter met elkaar gaan communiceren zonder dat dit leidt tot een apart Europese systeem dat ten koste gaat van nationale systemen. Dit kan door betere coördinatie en door het ontwikkelen van *best practices*.

Een van de aspecten dat daarbij van belang is dat lidstaten gedupeerden uit andere lidstaten kunnen toelaten tot hun systeem van collectieve afdoening. Een vraag die hierbij meegenomen moet worden is hoe de oproeping van benadeelden in andere lidstaten dient plaats te vinden. Vervolgens dient ook de erkenning en de tenuitvoerlegging van het resultaat van een collectieve afdoening in een lidstaat, niet op beperkingen te stuiten in de lidstaat van de gedupeerde. Daarnaast is van belang dat er een duidelijk antwoord is op de vraag welk recht moet worden toegepast bij de collectieve afdoening van een massavordering van gedupeerden uit verschillende lidstaten. Op al deze punten kan de Europese Commissie een faciliterende rol spelen. Nederland heeft naar de internationaal privaatrechtelijke aspecten van haar eigen systeem inmiddels een onderzoek laten uitvoeren [**Bijlage 3**].

Het is daarmee van belang dat de Europese systemen van collectief verhaal in de toekomst beter op elkaar worden afgestemd zonder dat deze worden geharmoniseerd. In dit kader kan de Commissie inzetten op het bevorderen van *best practices* op basis waarvan lidstaten kunnen komen tot gezamenlijke beginselen voor de inrichting van een systeem van collectief verhaal. Deze beginselen kunnen onder andere pleiten voor het toekennen van dwingende bewijslast aan beschikkingen van nationale toezichthouders alsmede de nadere voorwaarden die aan representatieve organisaties kunnen worden gesteld om namens een groep gedupeerden op te treden.