

# Collectieve acties – verslag jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht

NTBR 2016/18

**Het blijft een actueel thema: collectieve acties. De Vereniging voor Burgerlijk Recht plaatste het onderwerp daarom op de agenda en wijdde hier haar preadviezen van 2015 aan. In deze bijdrage worden deze preadviezen kort belicht waarna verslag wordt gedaan van de jaarvergadering, waar de preadviezen werden verdedigd. Onder meer het Voorontwerp van het wetsvoorstel Afwikkeling Massaschade, de financiering van collectieve acties, de balans tussen schade dragen en schade verhalen, en de vraag naar adequate remedies komen aan bod.**

## 1. Het onderwerp

Het is een thema dat actueel blijft: collectieve acties. In Nederland is het sinds 1994 mogelijk dat belangenorganisaties namens een groep schuldeisers een collectieve actie starten (art. 3:305a BW). Dat zou, zo dacht de wetgever, vooral in een (maatschappelijke) behoefte voorzien in zaken waarin de belangen van een individuele schuldeiser slechts beperkt zijn aangetast bijvoorbeeld omdat per individu slechts geringe schade is toegebracht. In een dergelijke situatie zal de individuele schuldeiser niet snel de schadeveroorzaker aanspreken: het belang is te klein, en het procesrisico en de juridische kosten te hoog. Een collectieve actie, waarin de belangen van velen kunnen worden samengebracht, maakt de toegang tot de rechter eenvoudiger, zo is het idee. Die gedachte is in de praktijk juist gebleken: collectieve acties worden regelmatig geëntameerd, bijvoorbeeld in de aandelen lease-affaire, ten aanzien van de gevolgen van het DSB faillissement en bij de Staatsloterijvordering. Meer recent zijn collectieve acties aangekondigd ter zake van NS-vervoer, mobiele telefonie en de sjoemelsoftware bij Volkswagen.

Een dik decennium na de introductie van collectieve acties in het Nederlandse procesrecht, is de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) ingevoerd, die het mogelijk maakt een collectieve schikking algemeen verbindend te verklaren. Weer een decennium later, in 2014, zag een voorontwerp tot wetswijziging van de collectieve actie-regeling het licht.<sup>2</sup> Waar de collectieve actie van art. 3:305a BW thans nog de mogelijkheid ontbeert om collectieve schadevergoedingsacties in te stellen, is het voorontwerp tot wetswijziging er onder meer op gericht om dit wel mogelijk moeten maken.

Collectieve acties zijn dus *alive and kicking* in het Nederlandse recht. De Vereniging voor Burgerlijk Recht plaatste het onderwerp daarom op de agenda en wijdde hier haar preadviezen aan. Het Rotterdams/Maastrichtse hooglerarenduo Faure en Visscher verzorgde een rechtseconomisch deel, de Tilburgse hoogleraar Tzankova (ook werkzaam bij een procesfinancier) stelde zich in haar deel van het preadvies de vraag hoe “globaliseringsproof” het Nederlandse collectieve actierecht is.<sup>3</sup> Ter jaarvergadering van 11 december 2015 werden aan de Amsterdamse Zuid-as, in het hart van de Nederlandse procespraktijk, de preadviezen verdedigd. Alvorens kort verslag te doen van deze jaarvergadering, eerst een impressie van de beide preadviezen.

## 2. De preadviezen

### 2.1 *Het preadvies van Faure & Visscher: rechtseconomische bespiegelingen*

Faure & Visscher geven in hun preadvies een rechtseconomische rechtvaardiging voor collectieve acties. In veel gevallen bestaat een marktfalen, onder meer door informatie asymmetrie bij schadeveroorzaker en schuldeiser. Bij zogenaamde strooischade (schade wordt verspreid over vele slachtoffers, zodat veel slachtoffers relatief weinig schade lijden) blijven individuele civiele vorderingen in veel gevallen achterwege, onder meer omdat de kosten en risico's van het entameren van een procedure niet opwegen tegen de verwachte opbrengst en de individuele claimant vaak over onvoldoende middelen beschikt om noodzakelijk feitenonderzoek te doen. Omdat slachtoffers mede vanwege de geringe schade niet vaak een vordering instellen, worden schadeveroorzakers niet geconfronteerd met de maatschappelijke kosten van hun handelen. Rechtseconomisch heet dit dat “een negatieve externaliteit door de veroorzaker niet wordt geïnternaliseerd” (zie Preadvies, p. 9-10). Faure & Visscher betogen dat vanuit dat perspectief een collectieve actie vele voordelen heeft. Doordat de kosten van een procedure over een (groot) aantal individuele claimanten wordt gedeeld, bestaat er een grotere prikkel om een procedure te starten. Omdat de kosten niet langer door een individuele schuldeiser worden gedragen en worden gedeeld, is het bezwaar van *freeriders*, die niet deelnemen aan een procedure maar daar wel de vruchten van kunnen plukken als die gunstig uitvalt, minder groot, zo betogen Faure & Visscher (p. 12 en 13). Daarnaast kan de schaalvergroting die door een collectieve actie ontstaat ertoe leiden dat meer onderzoek kan worden gedaan naar de feiten en de informatie asymmetrie tussen eiser en schadeveroorzaker wordt genivelleerd. De vraag of een collectieve actie inderdaad tot dergelijke voordelen leidt, is in belangrijke mate afhankelijk

1 Citeerwijze: H.N. Schelhaas, ‘Collectieve acties – verslag jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht’, NTBR 2016/18, afl. 4. H.N. Schelhaas is bestuurslid van de Vereniging voor Burgerlijk Recht.

2 Voorontwerp van het wetsvoorstel Afwikkeling Massaschade in een Collectieve Actie: zie <https://www.internetconsultatie.nl/motiedijksma>.

3 M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Paris 2015.

van de precieze vormgeving van de collectieve actie en de vraag hoeveel en op welke wijze slachtoffers gebonden zijn aan een collectieve actie. In de visie van Faure & Visscher dient geen opt in-, maar een opt out-systeem te worden gevolgd want op die wijze zullen meer slachtoffers deelnemen aan een collectieve actie. In de woorden van Faure & Visscher (Preadvies, p. 14):

“Vanuit een vermindering van maatschappelijke kosten (...) en een verhoging van de maatschappelijke welvaart, is derhalve een opt-outsysteem te verkiezen aangezien dit vereist dat het slachtoffer een stap moet zetten om uit de groepsvordering te treden,”

Faure & Visscher constateren echter ook nadelen: zo kan het feit dat de groep moet worden vertegenwoordigd door een (rechts)persoon problemen opleveren. Het preadvies gaat verder vanuit rechtseconomisch perspectief in op de toegang tot de rechter, de financiering van collectieve acties, de diverse collectieve actiemogelijkheden die het Nederlandse recht erkent en het hiervoor al genoemde nieuwe wetgevingsinitiatief.

## 2.2 Het preadvies van Tzankova

Tzankova bekijkt in haar preadvies de collectieve actiemogelijkheden met een andere blik: zij vraagt zich af of de Nederlandse collectieve actie “globalisering proof” is en beantwoordt dat met een duidelijk ‘nee’. Tzankova beschrijft in haar preadvies dat de afwikkeling van massaschade steeds vaker een transnationaal karakter heeft en citeert ten bewijze daarvan Ralf Michaels:

“We face an increasing number of problems that are essentially global in nature because they affect the world in its entirety: global cartels, climate change, crimes against humanity; to name a few. These problems require world courts, yet world courts in the institutional sense are largely lacking. Hence, domestic courts must function, effectively, as world courts. (...)”<sup>4</sup>

Het preadvies signaleert in een helicopterview de belangrijkste internationale ontwikkelingen van de afgelopen tien jaar (Preadvies, p. 66-75), zoals de door de Europese Commissie uitgevaardigde niet-bindende aanbeveling over principes die de lidstaten in acht zouden moeten nemen bij het ontwerpen van nationale collectieve acties, de Europese richtlijn die de (collectieve) handhaving van het mededingingsrecht zou moeten bevorderen, ontwikkelingen in de Verenigde Staten die er op zijn gericht om het bereik van de *class actions* te beperken, en wetgeving in Canada die er juist op is gericht om collectieve acties te promoten. Vervolgens belicht Tzankova drie kernthema’s van de Nederlandse collectieve acties: de aard van de groepsvertegenwoordiger, de financiering van collectieve acties en de wisselwerking

tussen publieke en privaatrechtelijke collectieve acties. Volgens Tzankova is de Nederlandse collectieve actieregeling “gedateerd en aan grondige renovatie toe” (Preadvies, p. 94). Met name de toegang tot het recht bij strooischade zou beter moeten worden gewaarborgd, en ook moet meer aandacht worden besteed aan de kwaliteit van de vertegenwoordiger van de groepsbelangen, alsmede aan de financieringsproblematiek van collectieve acties. Slechts dan wordt de Nederlandse regeling inzake collectieve acties volgens Tzankova beter “globaliseringsproof”.

## 3. De verdediging van de preadviezen

### 3.1 Vier thema’s

Ter vergadering spitste de discussie zich toe op vier kernthema’s: het Voorontwerp van het wetsvoorstel dat collectieve schadevergoedingsacties mogelijk beoogt te maken, de financiering van collectieve acties, de balans tussen schade dragen en schade verhalen, en de vraag naar mogelijkheden indien schadevergoeding geen goede remedie is.

### 3.2 De toegevoegde waarde van het beoogde wetsvoorstel

In de eerste plaats richtte Tomas Arons (Radboud Universiteit) zich op het Voorontwerp van het wetsvoorstel Afwikkeling Massaschade, en met name op de beoogde afschaffing van het verbod om in een collectieve actie schadevergoeding te eisen. Hij vroeg zich af hoe Faure & Visscher dat vanuit rechtseconomische hoek waarderen. Ofschoon Faure & Visscher het doel van het wetsvoorstel positief vinden – het stimuleren van een goede schikking, hetgeen wat betreft juridische kosten efficiënter is dan juridische procedures en vanuit rechtseconomisch perspectief daarom de voorkeur verdient boven een procedure – formuleerden zij de nodige kanttekeningen: zo komt het wetsvoorstel met een ingewikkeld vijfstappenplan om een schikking te forceren, wordt een te grote rol toegekend aan de rechter – wiens belangen niet altijd synchroon lopen aan die van partijen – en kunnen partijen ervoor kiezen om niet gebonden te zijn aan deze collectieve schikking. Vanuit rechtseconomisch perspectief zou de regeling er verder meer gericht op moeten zijn om zoveel mogelijk eisers te binden.

### 3.3 De financiering van collectieve acties

Een tweede onderwerp dat voeding gaf aan de discussie, was de financiering van collectieve acties. Geregeld worden collectieve acties ingesteld door een specifiek daarvoor opgerichte rechtspersoon. Deze rechtspersoon voert samen met een advocaat de daadwerkelijke procedure en de benadeelde partijen hebben hier verder geen directe betrokkenheid bij. Een en ander wordt regelmatig gefinancierd uit een deel van de winst van deze procedure. Dat laatste kan een dilemma opleveren en kan leiden tot belangenverstrengeling. Zo heeft de rechtspersoon belang bij het genereren van een zo hoog mogelijke opbrengst, terwijl een andere oplossing (een goede schikking voor een weliswaar lager bedrag, of een korting) voor eisers in voorkomende gevallen wellicht beter is. Ook hier speelt de *free rider* problematiek: de

4 R. Michaels, ‘Global Problems in Domestic Courts’, in: S. Muller e.a. (red.), *The Law of the Future and the Future of Law*, FICHL Publication Series No. 11, 2011, p. 165.

rechtspersoon komt op voor een collectief belang en voert de procedure, op voorwaarde dat door degenen die zich hebben verenigd een deel van de uiteindelijke uitkomst wordt afgedragen. Deze uiteindelijke uitkomst geldt echter ook voor eisers die zich niet hebben verenigd – tenzij ze gebruik maken van de opt out – maar zij behoeven geen deel van de opbrengst af te staan. Deze *free riders* laten anderen dus het werk doen en kunnen profiteren van een goede uitkomst, zonder bij te dragen aan de financiering. Volgens Tzankova (Preadvies, p. 84) besteedt de wetgever te weinig aandacht aan het heikele punt van de financiering, maar dat werd tijdens de discussie bestreden door Paulien van der Grinten (directie wetgeving ministerie van V&J): de wetgever heeft dit wel degelijk in het vizier, maar de verschijningsvormen van financieringsconstructies van private partijen zijn heel divers, de meningen over de problemen met deze financieringsconstructies lopen zeer uiteen en wettelijk ingrijpen is daarom niet per se de oplossing. Ilja Tillema (EUR) vroeg zich ter vergadering af: (i) op welke wijze deze vorm van financiering volgens Tzankova zou moeten worden gereguleerd; en (ii) of het volgens de preadviseurs niet beter is om een *free rider* niet te laten profiteren van de activiteiten van belangenbehartigers als zij aan de financiering daarvan niet bijdragen, zodat moet worden geaccepteerd dat belangenbehartigers steeds vaker hun werk uitsluitend verrichten voor de betalende leden. Kortom, in de woorden van Tillema: “Moeten we de *free rider* niet gewoon in zijn sop gaar laten koken”? Tzankova heeft geen sterke voorkeur voor de wijze van regulering van financieringsconstructies, zolang transparantie bestaat en het voor schuldeisers maar mogelijk blijft om een collectieve actie te starten, want dat zorgt ervoor dat een *level playing field* wordt gecreëerd voor individuele claimanten. Faure & Visscher voegden daar aan toe dat het vanuit rechtseconomisch perspectief belangrijk is dat de schadeveroorzaker de volledige schade vergoedt, ook dat van *free riders*, anders zou de schadevergoeding in wezen terugvloeien naar de schadeveroorzaker en zou deze daar beter van worden.

### 3.4 De balans tussen schade dragen en schade verhalen

Ter vergadering vroeg Bas Pries (Shell) aandacht voor de premisse die zijns inziens ten grondslag ligt aan het preadvies van Faure & Visscher, te weten dat bedrijven een bewuste afweging maken tussen het veroorzaken van schade aan derden ten gunste van bedrijfseconomische resultaten en de kans dat daarvoor in of buiten rechte (collectieve) acties voor worden ingesteld met als gevolg een reëel risico om schadevergoeding te moeten betalen. In zijn visie is dat een onjuiste premisse, omdat in de *board rooms* een dergelijke bewuste afweging tussen wetsovertreding en winstmaximalisatie niet wordt gemaakt. In zijn visie dient verder een goede balans te bestaan tussen schade dragen en schade verhalen, en dient te worden voorkomen dat te veel procedures worden ingesteld: dat leidt alleen maar tot hoge juridische kosten, waar alleen advocaten garen bij spinnen. Een onterechte visie, aldus Faure: het is nu eenmaal een feit dat bedrijven de schadelijke gevolgen van hun bedrijfs-

economische keuzes afwentelen op de maatschappij en dat daar menigmaal wel degelijk bedrijfseconomische afwegingen bij worden gemaakt, zoals bij Eternit of meer recent de sjoemelsoftware bij Volkswagen. Omdat er nog steeds *serious barriers for access to justice* voor individuele schuldeisers bestaan, worden bedrijven vaak onvoldoende geprikkeld om optimale zorg aan te wenden met het oog op de preventie van ongevallen. De balans tussen het veroorzaken van schade en een reële mogelijkheid om die schade te verhalen op de veroorzaker is dan ook zoek, en daarom moet het starten van een collectieve actie vereenvoudigd worden ook al leidt dat tot meer juridische procedures. Bedrijven mogen de maatschappelijke kosten die zij veroorzaken niet afwentelen op derden, maar zij moeten die simpelweg zelf dragen en daar zijn collectieve acties noodzakelijk voor, zo vatte Faure zijn respons samen.

### 3.5 Wat te doen als schadevergoeding geen goede remedie is?

Eén van de punten die eveneens de aandacht van de vergadering had, was de zogenaamde *cy-pres doctrine*. Die komt in beeld wanneer het toekennen van schadevergoeding aan benadeelden niet of nauwelijks mogelijk is, bijvoorbeeld omdat het gaat om een heel laag schadebedrag of omdat (niet alle) benadeelden kunnen worden geïdentificeerd. In plaats van het overgebleven schadebedrag ongebruikt te laten en zo in wezen aan de schadeveroorzaker te laten toevloeien, kan ook worden gekozen voor een verdeling die recht doet aan de benadeelden, bijvoorbeeld door de schadevergoeding uit te keren aan een fonds voor belangenorganisaties, zodat de benadeelde partijen op indirecte wijze alsnog profiteren van de schadevergoeding.<sup>5</sup> Volgens Tzankova<sup>6</sup> wordt een dergelijke *cy-pres* uitkering in de Nederlandse rechtspraak weliswaar geaccepteerd zolang partijen met elkaar overeenstemming bereiken over de bestemming van de overgebleven fondsen, maar wordt een *cy-pres* uitkering ten onrechte geen plaats in het wettelijke systeem gegeven. Erik-Jan Zippro (advocaat in Amsterdam) richtte zich onder meer op dit aspect van het preadvies en vroeg zich af of een wettelijk kader wel zo nodig is omdat er een andere mogelijkheid bestaat voor de situatie dat schadevergoeding vanwege bewijsproblemen of de geringe hoogte geen werkelijke remedie vormt: schadevergoeding in natura. Art. 3:305a BW laat die mogelijkheid open, en verbiedt slechts schadevergoeding in geld. Het verlagen van de (bier)prijs bij een bierkartel strekt bijvoorbeeld meer ten voordele van de individuele consument dan het storten van een bedrag in een fonds. Tzankova bracht daar tegenin dat een dergelijke methode nog altijd de schadeveroorzaker bevoordeelt: door een dergelijke oplossing genereert hij nog steeds omzet en een werkelijke prikkel om zich in het vervolg te onthouden van schadeveroorzakend gedrag biedt dat dan ook niet. Daarom is, aldus Tzankova, een *cy-pres* methode in de zin van het storten van geldbedragen in een fonds beter, zij het dat daar volledige transparantie

5 Zie nader preadvies Tzankova, p. 89 e.v. met verdere verwijzingen.

6 Preadvies, p. 89.

in moet worden betracht. Faure & Visscher benadrukten in dit verband dat hun vizier vooral is gericht op het creëren van prikkels voor de schadeveroorzaker: hij moet worden aangespoord om af te zien van schadeveroorzakend gedrag, zodat de maatschappij niet wordt belast met de financiële consequenties van zijn gedrag. Dat kan alleen als collectieve acties goed toegankelijk zijn en/of goede schikkingen kunnen worden getroffen, zodat de schade wordt gedragen door degene die haar heeft veroorzaakt.

#### 4. **Conclusie**

Een levendige discussiemiddag over een nog altijd actueel onderwerp. Over de precieze inrichting van een goede collectieve actie-regeling en de diverse elementen daarvan kon geen *communis opinio* worden bereikt. Wel was de vergadering het erover eens dat een goed werkende regeling een (rechtseconomische) waarde kan hebben, en dat een schadeveroorzaker zijn schade moet dragen, ook al zijn de individuele geschonden belangen klein. Dat is toch een mooie collectieve conclusie.