

Mr. B.B. Duivenvoorde*

The future of collective redress in Europe

Op 11 juni 2013 presenteerde de Europese Commissie een aanbeveling waarin zij haar visie op collectief verhaal in Europa uiteenzette.¹ Na tevergeefse pogingen om tot Europese wetgeving te komen op dit vlak gooit de Commissie het nu voorzichtig over een andere boeg, namelijk door aanbevelingen te doen aan lidstaten die kunnen dienen als leidraad voor het ontwerpen van nationale wetgeving.² De Commissie doet aanbevelingen over bijvoorbeeld de reikwijdte van de collectieve actie (bij overtreding van welke regels kan de collectieve procedure worden ingeroepen?), maar ook over bijvoorbeeld de vraag of deelname aan een collectieve procedure moet worden beheerst door een systeem van *opt-in* of *opt-out*. Reden genoeg voor Christopher Hodges, Astrid Stadler, Willem van Boom en Gerhard Wagner van de Erasmus Universiteit Rotterdam om op 20 september jongstleden een congres over dit thema te organiseren. De nadruk in het congres lag op de vraag hoe de huidige regelingen en praktijken in de lidstaten zich verhouden tot de aanbevelingen van de Commissie.

Christopher Hodges (Oxford/Rotterdam) trapte de dag af met een korte introductie, waarin hij onder meer benadrukte dat het van belang is om de discussie over collectieve procedures breder te benaderen dan alleen vanuit privaatrechtelijk perspectief. Onder meer consumentenorganisaties en publiekrechtelijke handhavers kunnen bij collectief verhaal een belangrijke rol spelen. De handhavingsarchitectuur verschilt sterk tussen lidstaten op dit punt. Verder benadrukte hij dat het van groot belang is om in de discussie steeds in het oog te houden welk doel collectief verhaal voor ogen heeft: gaat het bij collectief verhaal alleen om het verlenen van compensatie aan slachtoffers of, zoals het geval is in de Verenigde Staten, ook om de handhaving van publieke normen en dus om het sturen van gedrag?

De Communicatie van de Commissie

Burkhard Hess (Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Luxemburg) ging verder in op de Communicatie van de Commissie. Dat het gaat om een *horizontal framework* betekent dat het voorstel van de Commissie ziet op een collectieve actie met een breed toepassingsbereik, dus niet specifiek voor een bepaalde sector of voor bepaalde regelgeving. Het feit dat het hier gaat om een niet-bindende Communicatie in plaats van een voorstel tot bindende wetgeving kan gezien worden als een zwak punt, maar Hess merkte op dat op deze manier de aanbevolen regelgeving wel minder onderhevig is geweest aan compromissen, hetgeen het voorstel ook sterker maakt. Bovendien heeft een

vergelijkbare procedure op het gebied van *alternative dispute resolution* (ADR) bijgedragen aan het creëren van draagvlak voor de introductie van bindende Europese regelgeving. In die zin kan de Communicatie van de Commissie gezien worden als een belangrijke stap om over enkele jaren alsnog tot Europese regelgeving te komen.

België

Stefaan Voet (Gent) liet vervolgens als eerste zijn licht schijnen op het nationale recht. België kent tot dusver geen collectieve actie tot het verkrijgen van schadevergoeding. In de afgelopen jaren hebben diverse voorstellen de revue gepasseerd, maar geen van deze voorstellen bleek politiek haalbaar. Dit veranderde in 2011 met het coalitieakkoord van de regering-Di Rupo, waarin de invoering van een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding werd overeengekomen. Dit heeft geleid tot een wetsvoorstel voor een collectieve actie voor consumenten, dat naar verwachting tegen het einde van dit jaar de wetgevingsprocedure doorlopen zal hebben en dat mogelijk in 2015 of 2016 in werking zal treden. In tegenstelling tot de Europese aanbeveling is de voorgestelde Belgische actie beperkt tot consumentengeschillen. Verder zullen alleen consumentenorganisaties en de consumentombudsman consumenten kunnen vertegenwoordigen. Er is dus bijvoorbeeld geen plaats voor initiatieven van advocaten die op basis van *contingency fees* kunnen profiteren van een succesvolle afloop van de zaak, zoals het geval is in de Verenigde Staten. Bovendien moeten organisaties die opkomen voor de belangen van consumenten aan kwalitatieve eisen voldoen, zodat geen wildgroei van belangenbehartigers ontstaat. Voor een collectieve procedure zal zogenaamde certificatie (d.w.z. goedkeuring voor het procederen namens de benadeelden) vooraf door de rechter moeten plaatsvinden. Wat betreft de al dan niet automatische geldigheid van de uitkomst voor consumenten voorziet het voorstel in zowel een *opt-in*-mogelijkheid (alleen aangemelde benadeelden zijn gebonden aan de uitkomst) als een *opt-out*-mogelijkheid (alle benadeelden zijn gebonden aan de uitkomst). Partijen zullen verplicht zijn om te onderhandelen en zo mogelijk tot een schikking te komen. Een uiteindelijke schikking zal, overeenkomstig de aanbevelingen van de Europese Commissie en in lijn met de Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM), moeten worden goedgekeurd door de rechter. Voet benadrukt dat een belangrijk onderwerp voor mogelijk succes van de voorgestelde procedure, namelijk de financiering van de collectieve acties, niet geregeld is. In die zin wordt het afwachten in hoeverre

* Promovendus bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Universiteit van Amsterdam en redactiesecretaris van dit tijdschrift

1. Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *PbEU* 2013, L 201/60.
2. Overigens is het de bedoeling dat, ondanks het feit dat de aanbevelingen niet-bindend zijn, lidstaten binnen twee jaar voorzien in een nationaal mechanisme voor collectief verhaal en/of verzekeren dat bestaande mechanismen in overeenstemming brengt met de Europese beginselen.

de aangewezen procesvertegenwoordigers daadwerkelijk actief kunnen en zullen optreden.

Frankrijk

Hélène van Lith (Sciences Po, Parijs) merkte op dat men in Frankrijk al jaren praatte over een mogelijke *class action à la Française*, maar dat het, net als in België, maar niet kwam tot een wetsvoorstel. Ook in Frankrijk lijkt het tij nu te keren, aangezien de Senaat op vrijdag 13 september jongstleden het voorgestelde nieuwe consumentenwetboek heeft aangenomen, met daarin een collectieve verhaalprocedure (*action de groupe*). Ondanks dat de procedure zal worden opgenomen in het consumentenwetboek, kan de procedure door zowel consumenten als door concurrenten worden ingeroepen. De voorgestelde procedure zal alleen kunnen worden gevoerd door in de wet aangewezen organisaties en dus niet door op *ad-hoc*basis opgerichte entiteiten. Het wetsvoorstel ziet verder op mediation en schikkingen, maar dit zijn vooralsnog geen verplichte procedures. In verhouding met de aanbevelingen van de Commissie merkt Van Lith op dat hoewel het voorstel op veel punten bij de Communicatie lijkt aan te sluiten, het niet waarschijnlijk is dat het wetsvoorstel naar aanleiding van de aanbevelingen nog zal worden aangepast.

Duitsland

Minder positief nieuws werd gemeld door Astrid Stadler (Konstanz/Rotterdam) over de situatie in Duitsland. Mede door de lobby van het bedrijfsleven kent Duitsland geen algemene collectieve procedure. Dit lijkt in de toekomst ook niet te gaan veranderen, hoewel bij geschillen met betrekking tot de kapitaalmarkt via de *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG) sinds vorig jaar de mogelijkheid bestaat van een door de rechter goedgekeurde *opt-out*-schikking, gebaseerd op de Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM). De reactie van het bedrijfsleven op de aanbevelingen van de Commissie was negatief. De overkoepelende consumentenorganisatie *Verbraucherzentrale Bundesverband* heeft het beleid echter verwelkomd en de Duitse regering opgeroepen om na de verkiezingen stappen te ondernemen.

Italië

Italië kent verschillende mogelijkheden voor collectieve procedures, waaronder een *azione di classe*, waarin collectief schadevergoeding verkregen kan worden. Elisabetta Silvestri (Pavia) gaf aan dat hoewel de verwachtingen hooggespannen waren, de uiteindelijke resultaten ronduit teleurstellend zijn. De consumentenorganisaties die de mogelijkheid hebben om benadeelde consumenten te vertegenwoordigen lijken weinig interesse te hebben om deze taak op zich te nemen. Daarbij zijn de procedures – zoals algemeen in Italië – lang en ingewikkeld en is er geen duidelijkheid over de financiering van de procedures. Op dit laatste punt is door de wetgever dan ook geen regeling getroffen. In het algemeen geldt dat de collectieve acties in het Italiaanse recht op papier veel gemeen hebben met de aanbevelingen van de Commissie, maar dat de regels in de praktijk niet het gewenste resultaat hebben.

Silvestri verwachtte dan ook niet dat de aanbevelingen van de Commissie enige verandering zal kunnen brengen in Italië: hiervoor is veel meer nodig, namelijk een algemene koerswijziging van het Italiaanse justitiële systeem.

Nederland

Ilya Tillema (Rotterdam) gaf aan dat in Nederland collectief verhaal floreert. De collectieve-actie-regeling en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) voorzien beide in de mogelijkheid om massaschadezaken af te wikkelen. Dit najaar zal waarschijnlijk worden giconsulteerd over een voorontwerp van wet tot openstelling van de collectieve actie voor een vordering tot schadevergoeding. Per 1 juli 2013 zijn reeds andere wetwijzigingen doorgevoerd die de afwikkeling van massaschade beogen te bevorderen. Zo kan de rechter via een preprocesuele comparitie al in een vroeg stadium van de onderhandelingen worden betrokken bij het proces. Verder is de Faillissementswet aangepast, zodat vorderingen die voortvloeien uit een WCAM-schikking niet in de kostbare en tijdrovende verificatievergadering hoeven worden ingediend en goedgekeurd. Ook is een aanvullende ontvankelijkheidstoets ingevoerd voor representatieve organisaties die een collectieve actie instellen. In een eerste reactie op de aanbeveling en mededeling heeft Nederland aangegeven vraagtekens te zetten bij de bevoegdheid van de EU om op dit punt regels te stellen voor zover het niet gaat om grensoverschrijdende gevallen. Volgens de Nederlandse overheid zouden Europese initiatieven niet in de weg moeten staan aan effectieve en efficiënte nationale instrumenten. Met inachtneming van deze aarzelingen heeft Nederland vragen gesteld over bepaalde onderdelen van de aanbevelingen. Tillema besprak twee daarvan: de eisen van ontvankelijkheid en de financiering van massaschadezaken door derden, en sprak de verwachting uit dat deze onderwerpen opnieuw aan de orde zullen komen bij het komende debat over de openstelling van de collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding.

Spanje

De Spanjaard Cristian Oro (Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Luxemburg) schaamde zich enigszins over de situatie in zijn land. Er is weliswaar een regeling voor de collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding, maar deze is zo minimaal geregeld dat bijvoorbeeld zelfs een essentiële vraag of er een *opt-in*- of een *opt-out*-regime geldt, onbeantwoord blijft. Ook zijn er bijvoorbeeld geen regels gesteld over de vraag welk gerecht in welk geval bevoegdheid is. Rechters weten hierdoor niet hoe ze met de regels moeten omgaan. Consumentenorganisaties hebben een aantal procedures in gang gezet, maar deze hebben tot nu toe weinig succes gehad. Een bijkomend probleem is dat de verliezer in de procedure betaalt, waardoor de consumentenorganisaties groot risico lopen. Oro stelde dat de aanbevelingen van de Commissie Spanje zouden kunnen helpen bij het verhelder van de huidige regeling. Hij stelde bovendien dat in het licht van de financiële crisis er genoeg aanleiding is om tot een goede collectieve procedure te komen. Er zijn echter vooralsnog

geen tekenen dat de Spaanse regering actie zal ondernemen.

Zweden

Antonina Bakardjieva Engelbrekt (Lund) gaf aan dat hoewel Zweden vaak als voorbeeld wordt genoemd van een land met goede mogelijkheden tot collectief verhaal, de praktijk wat tegenvalt. Sinds 2002 kent Zweden de *Lag om grupprättegång*. Deze wet kende een moeizame ontstaansgeschiedenis, die zich kenmerkt door de op belangrijke punten gesloten compromissen. Het gaat om een *opt-in*-procedure waarbij de benadeelden vertegenwoordigd kunnen worden door een belangenorganisatie (via de *organisational group action*), een overheidsinstantie (via de *public group action*) of door een van de benadeelden (via de *private group action*). De regering heeft destijds willen voorkomen dat er te veel prikkels zouden zijn om collectieve acties te beginnen, om zo het aantal procedures binnen de perken te houden. Bakardjieva Engelbrekt stelde dat men uiteindelijk wellicht iets té voorzichtig is geweest, aangezien het aantal procedures (15-20 rechtszaken sinds 2002, exclusief schikkingen) tamelijk laag is. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat *contingency fees* niet mogelijk zijn en dat de verliezer betaalt, waardoor betrokkenen de nodige risico's lopen. Overigens zijn er wel mogelijkheden om zogenaamde *risk agreements* af te sluiten met advocaten, waardoor de advocaten afhankelijk van het resultaat meer of minder betaald worden. Bakardjieva Engelbrekt merkte tot slot op dat de aanbevelingen van de Commissie grotendeels in lijn zijn met het Zweedse model. Daarmee ziet ze meteen een punt van kritiek op de aanbevelingen van de Commissie: ook deze zijn wellicht te voorzichtig om echt effectief te zijn.

Verenigd Koninkrijk

Rebecca Money-Kyrle (Oxford) gaf aan dat Engeland en Wales op dit moment *representative claims* en *group litigation orders* kennen. Beide procedures zijn echter geen echte *class actions* en worden amper gebruikt. Begin dit jaar bleek uit een consultatie over de mogelijkheid om een collectieve actie in te voeren in het mededingingsrecht dat er brede steun is voor een dergelijke actie. Dit leidt mogelijk in de toekomst tot een *opt-out*-procedure voor benadeelden bij het *Competition Appeal Tribunal* (CAT).

Discussie

Als afsluiter van de dag gingen Xandra Kramer (Rotterdam), Astrid Stadler (Konstanz/Rotterdam), Gerhard Wagner (Berlijn/Rotterdam), Roger van den Bergh (Rotterdam), Christopher Hodges (Oxford/Rotterdam) en Burkhard Hess (Max Planck Luxemburg) met elkaar en met het publiek in discussie over de aanbevelingen van de Europese Commissie. Een terugkerende thema in deze discussie was dat de Europese Commissie niet helder voor ogen lijkt te hebben welk doel of welke doelen de collectieve actie moet nastreven. Wagner merkte op dat het voorstel het risico loopt om geen van de mogelijke doelen te bereiken als deze niet eerst goed doordacht worden en er een heldere keuze wordt gemaakt. Hodges

gaf aan dat deze keuze ook van belang is in relatie tot de keuze voor en de balans tussen publieke en private handhaving. In die context merkt hij op dat het van belang is dat de aanbevelingen zijn geschreven door het DG COMP (*Directorate-General for Competition*) en dat de voorstellen daarom aansluiten bij de bestaande publiekrechtelijke handhaving in het mededingingsrecht. Overigens verschilden de panelleden van mening of het onderwerp van collectieve acties Europees geregeld moet worden. Hoewel bijvoorbeeld Hess voorstander was van een Europese regeling, merkte Van den Bergh op dat het niet voor niets is dat de ontwikkelingen in lidstaten uiteenlopen en dat het niet vanzelfsprekend is dat Brussel op overtuigende wijze de dilemma's op korte termijn kan oplossen. Hij pleitte dan ook voor de voortzetting van de proeftuinen in de verschillende lidstaten.