

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Aan de Europese Commissie, DG COMP

Datum
15 juli 2008

Geachte heer/mevrouw,

Telefoon
013 466 22 81

Telefax
013 466 23 23

E-mail
I.N.Tzankova@uvt.nl

1. Het onderstaande document bevat een reactie op het Witboek dat de Europese Commissie op 4 april jl. heeft gepubliceerd. De reactie reflecteert mijn studie van het onderwerp collectieve- en groepsacties van de afgelopen zeven jaar en is tot dat (processueel) onderwerp beperkt. Op het terrein van het mededingingsrecht speelt weliswaar een aantal specifieke vraagstukken, waarvan de interactie tussen directe- en indirecte afnemers, en schadebegroting een voorbeeld zijn, maar de vraagstukken die kunnen rijzen in het kader van een collectieve- of een groepsactie zijn soortgelijk, ongeacht of de actie zich nu afspeelt op het terrein van het mededingingsrecht, het intellectuele eigendomsrecht of het consumentenrecht. Een gezamenlijk en eensluidend optreden met DG SANCO dat het onderwerp collective- en groepsacties op de "consumentenagenda" heeft geplaatst, is daarom zeer wenselijk.
2. De reactie is beperkt tot een aantal thema's. Daarbij is ernaar gestreefd om het stuk zo bondig en lezersvriendelijk mogelijk op te stellen, hetgeen concreet betekent dat verwijzingen naar geraadpleegde bronnen en vindplaatsen achterwege zijn gelaten. Desgewenst kan hierover nadere informatie worden verstrekt. De onderwerpen waarop hierna zal worden ingegaan, zijn:

Departement Privaatrecht

- a. Opt in versus opt out-discussies;
- b. De collectieve schikking of de collectieve actie als een primaire afwikkelingsmethode;
- c. Funding van collectieve acties en "no cure no pay";
- d. Strooischade: "een verhaal apart";
- e. "Amerikaanse toestanden"?

ad a. Opt in versus opt out-discussies

3. Om een verantwoorde keuze te kunnen maken voor het opt in, dan wel het opt out-mechanisme is ook enige begrip van het dynamiek dat deze mechanismen teweeg brengen, noodzakelijk. Slachtoffers hebben doorgaans een voorkeur voor opt out. De voorkeuren van (beweerde) veroorzakers voor opt in dan wel opt out wijzigen naar gelang er sprake is van een collectieve schikking dan wel een collectieve actie. In het kader van een collectieve actie hebben veroorzakers over het algemeen een voorkeur voor opt in. Als er eenmaal een schikking is bereikt, willen veroorzakers juist wel gebruik maken van opt out, omdat opt out ze finaliteit garandeert. Omdat zowel slachtoffers als veroorzakers in het kader van een collectieve schikking de voorkeur geven aan opt out, zal ik hierna toelichten waardoor de voorkeuren van slachtoffers en veroorzakers in het kader van een collectieve actie worden bepaald ten einde een verantwoorde keuzebepaling voor het ene dan wel het andere regime te faciliteren.

Opt out in een collectieve actie

4. Waarom hebben slachtoffers in het kader van een collectieve actie baat bij opt in? De aard van massaschade brengt mee dat er een initiële ongelijkheid is tussen veroorzakers en slachtoffers van massaschade. Deze initiële ongelijkheid heeft met het volgende te maken. In de situatie van massaschade maakt het een veroorzaker economische gezien weinig uit of hij met veel individuele of met één collectieve vordering te maken krijgt. Het totaal belang blijft hetzelfde. In de situatie van massaschade is een veroorzaker van massaschade daarom steeds gemotiveerd veel te investeren in expertise en in de onderbouwing en de voorbereiding van zijn verweer. De investeringsbeslissing- en/of afweging ziet er voor een slachtoffer in een situatie van massaschade anders uit.

Het individuele belang van een slachtoffer zal nooit investeringen van dezelfde omvang als bij de veroorzaker rechtvaardigen met als gevolg dat een slachtoffer economisch veel minder geprikkeld wordt om hoogwaardige expertise te betrekken en de vordering zo goed mogelijk te onderbouwen, nog daargelaten of hij daartoe feitelijk in staat is (zie ook hierna onder sub c). Een collectieve actie op basis van opt out beoogt deze initiële investeringsongelijkheid tussen veroorzakers en slachtoffers van massaschade zo veel mogelijk op te heffen.

5. Opt in-regimes handhaven deze ongelijkheid. Opt in maakt het voor slachtoffers lastiger om het expertiseniveau van veroorzakers te evenaren en dus de vordering even goed te onderbouwen, als de veroorzaker dat met zijn verweer kan doen. Hier komt nog bij dat uit ervaringen met landen die een opt in mechanisme kennen (o.a. Engeland met de Group Litigation Order) lastige vragen rijzen bij de toepassing van kostendelingsregels tussen de schadelijders. Het gevolg van dit alles is dat door opt in minder (ook gegronde) collectieve acties kunnen worden ingesteld. Dit effect wordt ook in verband gebracht met het "free rider"-probleem. Dat probleem houdt in dat slachtoffers achterover leunen en wachten dat iemand anders de initiatief neemt (en de kosten maakt), waarna ze met de resultaat kunnen "meeliften".
6. Gelet op het bovenstaande, zou uit oogpunt van toegang tot het recht en "equality of arms" de opt out-methode een logische keuze zijn, zowel bij een collectieve schikking, als bij een collectieve actie, omdat deze methode als enige in staat is om de initiële ongelijkheid tussen massaschadelijders en de massaschadeveroorzakers op te heffen. Waarom hebben veroorzakers bezwaren tegen opt out?
7. De legitieme bezwaren van veroorzakers tegen opt out hebben er vooral mee te maken dat door opt out een groter volume wordt gecreëerd dat ook uit ondeugdelijke claims kan bestaan en dus meer druk op veroorzakers ontstaat om te schikken voor veel te hoge bedragen.

Op basis van dit grotere "opt out- volume" wordt bovendien de fee van de plaintiff advocaten bepaald die optreden op basis van no cure no pay, terwijl naderhand zou kunnen blijken dat de "take up rate" van een schikking te laag is en/of dat er te weinig mensen zich daadwerkelijk hebben aangemeld om van de voorziening te profiteren. Dit heet "misbruik-gevaar".

8. Als de discrepantie tussen het vooraf op basis van de opt out-methode geschatte aantal personen dat van de schikking zal profiteren en de daaraan gerelateerde fee van de advocaat behoorlijk afwijkt van de werkelijke "take up rate" van een schikking, leidt dit tot grote publieke onrust en zorg, dus niet alleen bij veroorzakers. In de literatuur worden dan ook verschillende (combinaties van) voorstellen gedaan om misbruik van de opt out-mechanisme tegen te gaan. Deze zijn nog niet allemaal in een specifiek nationaal rechtssysteem geïmplementeerd en/of "uitgetest". Het gaat om de volgende voorstellen om opt out in goede banen te leiden:
- de fee's van de plaintiff advocaten achteraf corrigeren op basis van de werkelijke take up rates van schikkingen en/of collectieve acties;
 - denkbaar is voorts om "overgebleven fondsen" die niet uitgekeerd worden aan schadelijders, te restitueren aan de veroorzakers, hoewel dit door sommigen weer als problematisch wordt gezien, omdat het veroorzakers zou kunnen bevoordelen;
 - meer in het algemeen toezicht op/regels over fee's in collectieve acties;
 - regels over de "governance" van ad hoc belangenorganisaties die collectieve acties kunnen instellen (zie ook hierna bij sub c);
 - in de initiële fase waarin een groep gedefinieerd wordt ook de mogelijkheid van preliminaire inhoudelijke beoordeling van de gegrondheid van de vordering door een rechter inbouwen, zodat inhoudelijk zwakke zaken geweerd worden;
 - handhaving/invoering van de regel dat de verliezer de proceskosten van de wederpartij vergoedt;
 - het vormen van subgroepen, zodat er meer differentiatie is tussen verschillende soorten massaschadelijders; veroorzakers kunnen zich daardoor ook beter verweren;

- dit vereist wel in case management-technieken opgeleide rechters (zie ook hierna); het vaststellen van schadeplichtigheid per subgroep zou dan wel tot de mogelijkheden behoren en/of het definiëren van de criteria op basis waarvan de schadevergoeding kan worden vastgesteld/berekend (zoals in de recente Italiaanse regeling); dit zou ook in een afzonderlijke (voor)procedure mogelijk kunnen worden gesteld, zodat de totstandkoming van een redelijke collectieve schikking wordt bevorderd (zie hierna sub b);
- het inbouwen van de mogelijkheid dat de rechter reeds in de fase, waarin partijen aan het onderhandelen zijn, kan worden betrokken om hen, mocht daar behoefte aan bestaan, in dat proces te faciliteren (hetzij door prioritering in ontstane geschilpunten aan te brengen, hetzij door voorlopige inhoudelijke oordelen op belangrijke twistpunten te geven etc);
 - regels invoeren over specialisatie en centralisatie bij de rechterlijke macht; niet zozeer specifiek voor mededingingszaken, maar in ieder geval voor de afwikkeling van collectieve acties en/of massaschade. Die dient bij rechters te worden geconcentreerd die adequaat zijn opgeleid en over de nodige kennis en competenties beschikken.
9. Ten aanzien van dat laatste is mijn persoonlijke opvatting overigens dat ook binnen de thans bestaande mogelijkheden zonder ingrijpende wetswijzigingen veel meer bereikt zou kunnen worden als de rechters beter opgeleid worden in het inhoudelijke en logistieke case management van collectieve acties. De EU (DJ Justice) zou een dergelijke uniforme opleiding aan de Lid Staten kunnen faciliteren door deze bijvoorbeeld te ontwikkelen of aan te bieden.
10. Tenslotte zou ik willen opmerken dat het bestaan van een collectieve schadevergoedingsmogelijkheid op opt out-basis niet per se noodzakelijk is voor de wenselijke "stok achter de deur" of "schaduw van het recht", als meerdere van de hiervoor opgesomde maatregelen om opt out in goede banen te leiden, zouden worden geïntroduceerd.

ad b. De collectieve schikking versus de collectieve actie als een afwikkelingsmechanisme

11. De meeste rechtsstelsels gaan uit van de veronderstelling dat massaschade afgewikkeld dient te worden via een civiele actie. Dat is alleen al om praktische redenen niet goed mogelijk. Het is voor de rechterlijke macht ondoenlijk om behoorlijk en/of binnen een redelijke termijn duizenden vorderingen te behandelen, waarbij tevens recht wordt gedaan aan de individuele omstandigheden van de desbetreffende gevallen. Enige mate van buitengerechtelijke afwikkeling en standaardisering is voor de afwikkeling van massaschade derhalve onmisbaar en onvermijdelijk. Wat de standaardisering betreft: de Nederlandse ervaringen met de Dexia-zaak laten zien dat zelfs in de gevallen waarin individueel wordt geprocedeerd sprake is van enige mate van (noodgedwongen) standaardisering die vanuit de rechterlijke macht en de belangenbehartiging van slachtoffers wordt aangestuurd.
12. Met betrekking tot de buitengerechtelijke afwikkeling is het volgende van belang. De ervaringen van stelsels die wel beschikken over een collectieve actie waarin schadevergoeding kan worden gevorderd, laten zien dat circa 90 % van de gevallen die als collectieve actie wordt gestart, met een (door een rechter goedgekeurde ofwel verbindend verklaarde) collectieve schikking wordt beëindigd. Daarin zullen goede, minder goede en slechte schikkingen voorkomen. Wat de verhouding daartussen is, is echter onbekend. De empirische studies die ik hierover gezien heb, wekken de indruk dat het met de percentages "slechte" schikkingen meevalt, maar dit is sowieso heel lastig empirisch te onderzoeken (zie ook hierna "Amerikaanse toestanden").
13. Hoe eerder het bovenstaande wordt onderkend, hoe eerder de aandacht gevestigd kan worden op de kwesties die in staat zijn om het gewenste effect van een effectief toegang tot het recht te waarborgen.

In mijn dissertatie over toegang tot het recht bij massaschade die in 2007 verscheen, heb ik ervoor gepleit dat een buitengerechtelijke afwikkeling van massaschade, mits op een bepaalde manier vormgegeven (ik noem het "maatwerk op macroniveau", bij de totstandkoming waarvan aan de rechter ook een belangrijke rol toekomt) veel meer is en/of kan zijn dan een pragmatische en/of een kostefficiënte aanpak van massaschade. Het kan veel meer betekenen voor de effectieve toegang tot het recht voor rechtzoekenden in de situatie van massaschade dan het huidige "ideaalmodel" volgens welk een ieder recht heeft op een individuele procedure bij de rechter. Ik ben dan ook een grote voorstander van de verbindend verklaarde collectieve schikking, mits deze aan bepaalde eisen voldoet, en probeer in mijn onderzoek vast te stellen welke mate aan rechterlijke interventie minimaal nodig is om een dergelijke schikking tot stand te brengen.

14. Het is verrassend dat niet meer landen de positieve ervaringen met collectieve schikkingen tot uitgangspunt nemen en de verbindend verklaarde schikking in plaats van de collectieve actie als beoogd einddoel nastreven. Een mogelijke verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat dit onderwerp voor Europa nog heel nieuw en onbekend is en/of dat een rechtsstelsel ten principale een afwijzende houding heeft ten opzichte van buitengerechtelijke afwikkelingsmethoden. In de juridische wetenschap is Duitsland als een typerend voorbeeld bekend van een rechtsstelsel waar men de voorkeur geeft aan een uitspraak van het bevoegde gezag boven een uitkomst via een schikking. Ook aan dergelijke - meer cultureel bepaalde - bezwaren kan worden tegemoetgekomen, omdat de mate van rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van de collectieve schikking kan variëren. Dergelijke rechtsstelsels zouden de rechter een grotere rol kunnen geven in de voorfase als de schikking tot stand komt en/of bij de toetsing van de redelijkheid van de schikking. Die toetsing kan meer of minder integraal of marginaal zijn. De verbindendverklaring is tenslotte ook een rechterlijke uitspraak en heeft een rechterlijk gezag. Een betrokkenheid van de rechter in de voorfase kan tevens zorgen voor de nodige "stok achter de deur".

15. Het focussen op de collectieve schikking als een primair afwikkelingsmechanisme zou tot gevolg hebben dat de discussies een ander accent krijgen: hoe creëren we optimale randvoorwaarden voor de totstandkoming van "goede" en/of redelijke collectieve schikkingen die op basis van opt out verbindend verklaard kunnen worden en die zo min mogelijk opt out-verzoeken genereren en des te meer finaliteit. Dat is in het belang van alle betrokkenen, inclusief rechterlijke macht. Hiervoor in 8. somde ik een aantal maatregelen op dat mede tot doel heeft om dergelijke optimale randvoorwaarden te creëren om "goede" collectieve schikkingen tot stand te brengen. Deze maatregelen kunnen gecombineerd worden toegepast. Daaruit blijkt dat er "meerdere wegen zijn die naar Rome leiden", er is geen sprake van "one size fits all"-oplossing. Elk rechtsstelsel kan een systeem van een door de rechter verbindend verklaarde collectieve schikking ontwerpen dat het beste bij haar past. Het is een soort verplicht basispakket dat naar wens kan worden opgetuigd met de gewenste "extra's". Tegelijkertijd kan sprake zijn van een "spontane harmonisatie", omdat buiten Nederland vooralsnog geen ander Europees rechtstelsel over een dergelijke regeling beschikt en eerder volgens een door de EU aangedragen "basismodel" zal werken.
16. De mogelijkheid van een verbindend verklaarde collectieve schikking die veel potentie heeft voor de Europese afwikkeling van massaschade komt in het Witboek naar mijn mening onvoldoende uit de verf, terwijl zij juist de beoogde "eigen" Europese aanpak van de problematiek zou kunnen worden. Een aanpak die de nadelen van het Amerikaanse systeem ondervangt en de voordelen daarvan gebruikt. De Commissie zou meer sturend kunnen optreden door de potentie van deze aanpak uitgebreider in het Witboek te bespreken en door een eventuele regeling van een verbindend verklaarde collectieve schikking explicieter te schetsen. Het is iets nieuws en heeft iets meer uitleg nodig om de voordelen daarvan in te zien. De eerste positieve Nederlandse ervaringen met de WCAM en deze toelichting kunnen daarbij behulpzaam zijn.

17. Als meerdere Europese landen over een dergelijke regeling zouden beschikken, dan zou dat tevens de grensoverschrijdende afwikkeling van Europese massaschade faciliteren, omdat een collectieve schikking rekening kan houden met de nationaliteiten en het recht van de verschillende subgroepen gedupeerden.

Het Nederlandse model

18. Tijdens buitenlandse bijeenkomsten rijst geregeld de vraag in hoeverre het feit dat het in Nederland thans onmogelijk is om collectief een schadevergoeding te vorderen de werking van de Nederlandse WCAM belemmert, omdat de "schaduw van het recht" die nodig is voor de totstandkoming van een (redelijke) collectieve schikking ontbreekt.
19. De "schaduw van het recht" is in Nederland op dit moment niet optimaal en verbeteringen zijn mogelijk, maar het is onjuist te stellen dat in het huidige systeem slachtoffers aan mogelijkheden ontbreekt om druk op veroorzakers uit te oefenen. In de Nederlandse rechtspraak zijn voorbeelden waaruit blijkt dat het gelukt is om gedaagden tot een schikking te bewegen (DES, Dexia, Shell, Vedior, Vie d'Or). Wel is het zo dat de prikkels vooralsnog voornamelijk extern zijn (media, consumentenprogramma's, politiek, class actions in Amerika) en dat veel meer winst kan worden geboekt als er meer aandacht komt voor de opleiding van rechters en advocaten. Bovendien zijn sommige van deze schikkingen het gevolg van langdurige procedures. Dat laatste kan en moet beter (zie onder meer de voorstellen voor maatregelen hiervoor onder 8), maar de problemen lijken zich vooral buiten het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te bevinden en hebben vooral te maken met de problematische financiering van collectieve acties.
20. Voor Nederland geldt dat als de rechter verklaringen voor recht zou faciliteren dat ten aanzien van specifieke en scherp omliggende groepen schadelijders schadeplichtigheid bestaat, althans in het algemeen bereid zou zijn voor bepaalde groepen de wijze vast te stellen waarop de schade zou moeten worden bepaald, de introductie van een collectieve vordering voor

schadevergoeding niet eens nodig zou zijn. Omgekeerd: als de rechters en advocaten niet adequaat opgeleid zijn in het inhoudelijke en procedurele case management van collectieve acties en de financieringsvraag onvoldoende is geregeld (zie ook sub c), is de verwachting dat de introductie van een collectieve schadevergoedingsmogelijkheid weinig praktische betekenis zal hebben, althans niet het effect dat men ervan verwacht.

ad c. Funding/no cure no pay

21. De vraag van de financiering van collectieve acties is cruciaal voor de afwikkeling van massaschade. Mogelijk nog belangrijker dan opt in/opt out discussies, althans het houdt daar nauw verband mee. Tegelijkertijd is dit één van de meest lastige vraagstukken. Er zijn geen kant-en-klare oplossingen voor, wel een paar vuistregels:
- enige vorm van no cure no pay/commercialisering van het collectieve actie-recht lijkt voor de goede inzet van collectieve acties onmisbaar. In, combinatie met de opt out-regel is dit nagenoeg de enige manier waardoor verzekerd kan worden dat niet alleen veroorzakers, maar ook slachtoffers toegang hebben tot hoogwaardige rechtshulp en expertise; als men niet bereid is om dit te accepteren, dan zal men ook moeten accepteren dat het collectieve actie-recht niet van de grond komt;
 - er is toezicht nodig op/normering wenselijk van no cure no pay- afspraken bij het voeren van collectieve acties;
 - no cure no pay-verbod voor advocaten werkt niet. Het wordt omzeild, doordat derden (third party funders) die wel op die basis kunnen opereren, de advocaten kunnen inhuren op basis van uurtarief. Het zijn dan die third party funders die de opbrengsten gaan opstrijken en zij zijn - anders dan advocaten - niet onderworpen aan tuchtrecht o.i.d., hetgeen veel gevaarlijker is;
 - in ieder geval zijn regels wenselijk m.b.t. het governance-structuur van de "ad hoc representatieve organisaties" die collectieve acties kunnen instellen; daarmee wordt bedoeld organisaties die voor het doel van een specifieke collectieve acties worden opgericht.

ad d. Strooischade: "een verhaal apart"

22. Strooischade is massaschade die over veel schadelijders is "uitgestrooid". De individuele bedragen zijn te gering om een afzonderlijke actie te rechtvaardigen. Alles bij elkaar opgeteld, levert de inbreuk een aanzienlijk bedrag aan onregelmatig genoten voordeel op of een aanzienlijk groepsnadeel. Dit type massaschade kent een heel specifieke problematiek, omdat genoegdoening en individuele compensatie bij strooischade redelijkerwijs kostefficiënt niet of nauwelijks te realiseren zijn. Strooischadelijders zijn onvoldoende gemotiveerd en/of financieel geprikkeld om zich bij een actie te voegen (middels opt in). Als de actie op basis van opt out mogelijk zou zijn is het overigens nog steeds de vraag of de schadelijders voldoende gemotiveerd zullen zijn om zich daarna te melden om alsnog hun schadevergoeding te ontvangen, maar de kans lijkt dan tenminste groter.

23. De vraag is daarom of men strooischade niet zou moeten laten voor wat het is, omdat het te kostbaar is om te redresseren volgens de klassieke manier¹ of dat men mechanismen (collectieve acties door belangenorganisaties) in het leven zou moeten roepen om het groepsnadeel dat niet aan de afzonderlijke groepsleden kan worden vergoed alsnog een "next best-besteding" te kunnen geven. Individuele compensatie verdwijnt dan naar de achtergrond, in plaats daarvan is er eerder sprake van "groepscompensatie". De next best-besteding zou wel gereguleerd kunnen en moeten worden. Gelet op de hiervoor uiteengezette funding probleem en investeringsasymmetrieën zou de next best-besteding van strooischade het faciliteren van (andere) collectieve acties kunnen zijn, doordat benodigde kostbare expertise kan worden ingehuurd. Als men hiervoor kiest dan dient er wel aandacht te zijn voor begrotingstechnieken die een verantwoorde schatting en/of berekening van het groepsnadeel mogelijk maken.

¹ Idealiter zou immers een ieder zijn individuele "strooischade" terug moeten kunnen ontvangen, maar dat is bij strooischade in de regel niet haalbaar.

24. Is men niet bereid om een dergelijke aanpak van strooischade via next-best besteding te faciliteren, dan is de consequentie dat strooischade een probleem is waar het civiele recht niets aan doet c.q. wil doen. Het Witboek bevat geen voorstellen die de aanpak van strooischade adequaat faciliteren. Dat zou een bewuste beleidskeuze kunnen zijn.

ad e. "Amerikaanse toestanden"?

25. Bij nader onderzoek blijken de "Amerikaanse toestanden" eerder een perceptie dan werkelijkheid te zijn. Excessen komen verhoudingsgewijs sporadisch voor, maar krijgen in de media wel de meeste aandacht. Overigens worden ze in hoger beroep vaak gecorrigeerd. Exemplarische voorbeelden lijken vooral samen te hangen met de mogelijkheid van punitive damages, de aanwezigheid van jury rechtspraak en de afwezigheid van de regel: de verliezer betaalt de kosten van de wederpartij, in combinatie met no cure no pay en soms ook: gekozen rechter (in de VS in State Court, niet in de Federal Court). De hiervoor in 8. opgesomde maatregelen zullen naar alle waarschijnlijkheid in staat zijn om excessen te voorkomen.

Hoogachtend,

1/0 P. Verwijmeren

Prof. I.N. Tzankova

Universiteit van Tilburg
Vakgroep privaatrecht
Bijzonder hoogleraar comparative mass litigation
Postbus 90153
5000 LE Tilburg
013 466 2308/2281