

Nota naar aanleiding van het verslag bladzijde 1 en 2 voorzien van commentaar

1. *“De belangenorganisatie kan namelijk geen schadevergoeding vragen en de uitspraak van de rechter is niet bindend voor de consumenten en bedrijven enerzijds en schadeveroorzaker anderzijds.”*

Een belangenorganisatie kan wèl (zelfs op eigen naam!) een schadevergoeding vorderen. Dat gebeurt ook regelmatig in de praktijk. Deze uitspraak is een gewoon een bindend vonnis. Om dit vonnis te krijgen heeft de belangenorganisatie slechts een opdracht van de gedupeerde nodig. In de praktijk wordt daarvoor de ‘cessie ter incasso’ gebruikt (ook wel het ‘cessiemodel’ genoemd). Dat is een eenvoudige verklaring van de consument waarin hij of zij de belangenorganisatie verzoekt de schade voor haar te incasseren. Niets meer en niets minder. Deze methode wordt veel gebruikt in mededingingszaken en bijvoorbeeld in de recent geschikte Fortis-zaak. Het kan op alle zaken worden toegepast en is door de rechter erkend.

Wat men dus in deze alinea bedoelt is dat de belangenorganisatie uitsluitend schade kan vorderen voor consumenten die zich daarvoor bij haar hebben aangemeld.

Dat is een fundamenteel ander probleem. Het probleem is dus niet dat de belangenorganisatie geen schade kan vorderen. Het probleem is dus dat consumenten zich voor sommige claims niet of nauwelijks aanmelden. Het is de vraag of een opt-out systeem de juiste oplossing is voor dit probleem.

Wat zegt het dat mensen zich niet aanmelden? Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat mensen het niet eens zijn met de claim, er geen interesse voor hebben, het bedrijf juist een warm hart toedragen, niet weten van de claim, de belangenorganisatie niet fijn vinden, etc. Veel eigenaren van een VW diesel hebben zich nog niet aangemeld voor een claim tegen VW. Dat is hun goed recht.

Voortaan wordt verondersteld dat iedere eigenaar van een VW wil meedoen met deze schadeclaim, ongeacht of hij of zij het ermee eens is. Iedereen heeft van de VW diesel-claim gehoord. Het feit dat iemand zich daarvoor niet heeft aangemeld, is een uiting van mijn wil om (nog) niet mee te doen.

Deze stelselwijziging heeft ingrijpende gevolgen en leidt ook tot zeer ingrijpende waarborgen voor beide procespartijen. Deze beperken de rechten van het individu. Het is goed om je af te vragen of deze stelselwijziging (opt-out) het waard is en proportioneel is om het probleem op te lossen dat mensen zich niet uit zichzelf aanmelden. De prijs is namelijk zeer hoog.

2. *“De schadeveroorzaker kan worden geconfronteerd met vele honderden en soms tienduizenden individuele procedures van consumenten en bedrijven die hun recht proberen te halen. De kosten daarvan liggen in de regel vele malen hoger dan de kosten voor deelname aan een collectieve procedure.”*

Dat is inderdaad een (zeldzaam) feit. Het moet echter wel in de juiste context worden geplaatst. Vaak kan een probleem helemaal niet door een 305a-actie worden opgelost. Bijvoorbeeld in het dossier van de MKB-derivaten zijn alle collectieve claims afgewezen. De reden daarvoor is dat er teveel individuele kenmerken aan een dossier kleven. Voor de duidelijkheid: het huidige collectieve actierecht wordt niet verbreed. Het is dus niet zo dat er straks zaken wèl collectief kunnen worden behandeld die nu niet collectief kunnen worden behandeld. De wet wordt op dit punt niet gewijzigd.

Het voorbeeld dat wordt genoemd is een bijzonder uitzonderlijke situatie die zich ééns in de 5 jaar voordoet (Dexia, Woekerpolis, MKB-derivaten). Voor die situaties moet nu het stelsel worden omgegooid.

Zelf in die grote zaken is het maar de vraag of het wetsvoorstel toegevoegde waarde heeft. Dexia is onder de WCAM geschikt en MKB-derivaten kunnen niet collectief worden geprocedeerd. Blijft over het Woekerpolis-dossier, waarin voornamelijk al collectief in geprocedeerd. Het probleem daar is meer de diversiteit van eisers (alle verzekeringsmaatschappijen) en producten.

De praktijk bewijst dat waar het kan, collectief wordt geprocedeerd. Mensen procederen niet individueel voor hun plezier. Dat is noodgedwongen en daar verandert het wetsvoorstel dus niets aan.

- 3. Wanneer deze zaken in dergelijke aantallen worden aangebracht bij de rechter leidt dit tot een onevenredige belasting van de rechterlijke macht. Ook is dan moeilijk te voorkomen dat rechters onderling tegenstrijdig oordelen over de rechtsvragen in deze zaken. Dit maakt een echte collectieve afwikkeling van massaschade voor de schadeveroorzaker en de betrokken consumenten en bedrijven ingewikkeld en kostbaar.*

Zoals bij het vorige punt gesteld, houdt het wetsvoorstel niet in dat zaken die eerst niet collectief konden worden behandeld, voortaan wel collectief kunnen worden behandeld. Het zal daarom de belasting van de rechterlijke macht in deze zaken niet verminderen. Verder hoort het bestaan van tegenstrijdige vonnissen van rechters geen reden te zijn voor een opt-out systeem. Het bestaan van tegenstrijdige vonnissen wordt in de praktijk bijvoorbeeld opgelost door het stellen van prejudiciële vragen en coördinatie door rechtbanken. Ook zij hebben in de loop der jaren een ontwikkeling doorgemaakt.

Het is niet ondenkbaar, dat door het verhogen van de toetredingsdrempels voor collectieve acties zoals in het wetsvoorstel vervat, eerder méér zaken individueel zullen moeten worden behandeld dan minder (zie ook punt 8).

- 4. Consumenten kunnen worden geconfronteerd met onwillige schadeveroorzakers en missen een stok achter de deur om hen te dwingen om mee te werken.*

De wet voorziet in het huidige stelsel al in gelegenheid voor de belangenorganisatie om schade te vorderen (cessiemodel, zie punt 1). Dus de stok achter de deur is al aanwezig in het huidige stelsel en veel zaken worden daardoor opgelost.

Het verschil is dat de mensen die zich niet hebben aangemeld in het huidige model niet meedoen. Dat vermindert de druk. Men zou zich eerst moeten afvragen wat de reden daarvoor is en daarvoor een oplossing proberen te vinden. Bijvoorbeeld zouden bedrijven in bepaalde gevallen moeten worden gedwongen een actie aan hun achterban te communiceren. Daarvoor hoeft het stelsel niet om te draaien.

- 5. Daarnaast kunnen op dit moment verschillende collectieve procedures naast elkaar worden gevoerd over dezelfde gebeurtenis en voor ongeveer dezelfde gedupeerden. De schadeveroorzaker weet op deze manier niet met wie hij moet overleggen om tot een afwikkeling te komen van de schade. Ook is voor de gedupeerde vaak onduidelijk welke belangenorganisatie over voldoende kwaliteit en integriteit beschikt om een collectieve procedure tot een goed einde te brengen en voldoende op te komen voor de belangen van de achterban.*

Het gaat hier weer over die uiterst zeldzame dossiers die niet het hele stelsel behoren te bepalen.

Verder zijn in het algemeen maar weinig belangenorganisaties die daadwerkelijk procederen. Als er één van hen gaat procederen, wacht de rest meestal dankbaar af op de uitspraak van de rechter. Het

gebeurt niet zelden dat de betrokken belangenorganisaties daarna (dus na de verklaring voor recht) alsnog gezamenlijk met de wederpartij in gesprek gaan. Dat is bijvoorbeeld in het Fortis-dossier gebeurd.

Verder gaat het in het wetsvoorstel om het recht van een individu om een eigen belangenbehartiger te kiezen en eventueel zelf te procederen of een actie op te zetten. Dat wordt in het wetsvoorstel generiek beperkt, ten behoeve van enkele zaken. Soms staat de burger staat inderdaad (als er al meer belangenorganisaties zijn voor een bepaald probleem) voor een lastige keuze. Let wel: dat verandert niet door het wetsvoorstel. Belangenorganisaties moeten immers ook aantonen dat ze representatief zijn. Dat doen ze o.a. door hun achterban.

Ontvankelijkheidseisen helpen het niveau van belangenorganisatie te verbeteren. Maar dat is in het huidige stelsel ook al zo. In de laatste 5 jaar is vrij uitvoerige ontvankelijkheidsjurisprudentie ontwikkeld op basis van de Claimcode. Het verschil is dat de rechter in het huidige stelsel mogelijkheden heeft de belangenorganisatie proportioneel te toetsen en eventueel af te wijzen. Dat gebeurt ook in de praktijk. De rechter waakt ook over de belangen van alle partijen en dat werkt prima. En lost het 'probleem' al voor 95% op.

Het wetsvoorstel houdt daarentegen een zeer rigide stelsel in met hoge toetredingseisen. Het beroep op de uitzondering van 305a lid 6 is beperkt tot zeer kleine schades. Daardoor kunnen alleen nog de hele grote (zeldzame) en hele kleine claims in de toekomst efficiënt worden georganiseerd. Voor alle andere zaken is de burger voortaan op zichzelf aangewezen. Er zijn veel voorbeelden van zaken die straks niet meer collectief kunnen worden geprocedeerd. De burger verliest daardoor een efficiënt middel om toegang te krijgen tot de rechter.

6. *Al deze verschillende omstandigheden leiden ertoe dat de schadeveroorzaker minder bereid zal zijn om te schikken met een belangenorganisatie en dat de gedupeerde langer op zijn schadevergoeding moet wachten. De bereidheid om te schikken wordt nog verder belemmerd doordat na een eventuele schikking een andere belangenbehartiger kan opstaan die een soortgelijke procedure start voor een soortgelijke groep gedupeerden voor wie de schikking niet geldt. Dit zorgt ervoor dat een procedure eindeloos kan voortduren.*

Het wetsvoorstel voorziet in veel termijnen waarin de zaak stilligt. Aanvullend op de huidige collectieve actie worden o.a. toegevoegd een registratieperiode, een EB aanwijzingsproces, buitenlandse opt-ins, bevoegdheidsvraagstukken, meerdere belangenbehartigers in het proces, 2 opt-out periodes en bovendien het (verder in de toelichting onbesproken) ingewikkelde afwikkelingsproces.

In hele grote zaken waar meer belangenbehartigers optreden, kan het een voordeel zijn dat de EB namens alle gedupeerden spreekt. Het verhoogt de druk op de wederpartij en dus de schikkingsbereidheid. Maar die druk is er ook wel als er meerdere partijen zijn in het huidige stelsel. Dat blijkt ook wel uit de praktijk (vgl. Fortis-schikking). Het is de vraag of het principieel juist is om die druk te laten komen van mensen die zich niet hebben uitgesproken.

In het huidige stelsel heeft de verweerder de keuze om een schikking te treffen met een of meer betrokken partijen of deze voor iedereen te laten gelden. De plicht voor verweerder altijd met iedereen te schikken kan juist ook de bereidheid om te schikken verminderen. Bijvoorbeeld kan het continuïteit van de onderneming in gevaar brengen.

Het voorschrift dat altijd met iedereen een schikking worden getroffen verhoogt het schikkingsbedrag aanzienlijk, maakt de omvang van de schade onduidelijk en kan in bepaalde gevallen de onderhandelingen ernstig bemoeilijken.

Een ander groot nadeel is dat de afwikkeling van de schade ingewikkeld en kostbaar is. De ongeïnteresseerden, onwetenden en onwillenden moeten namelijk na de procedure nog wel worden opgespoord en aangespoord om zich voor de uitkering aan te melden. Dat kost zowel tijd als geld. In Amerika is daar een hele industrie rondom ontstaan. Over de (overigens zeer kostbare) problematiek rond de afwikkeling lees ik niets in de toelichting.

7. *Dit voorkomt dat de schadeveroorzaker wordt geconfronteerd met een veelheid aan individuele procedures over schadevergoeding die samenhangen met dezelfde aansprakelijkheid voor dezelfde gebeurtenis. Zo kan de schadeveroorzaker gebeurtenissen uit het verleden sneller en beter juridisch afsluiten en zich op de toekomst richten. Dit zoveel mogelijk voorgoed afronden van een zaak, er een punt achter kunnen zetten, heet finaliteit.*

De verweerder die finaliteit wil, kan in het huidige stelsel zelf de WCAM voorstellen. Hij bereikt dan hetzelfde als in het wetsvoorstel. Zie verder bovenstaande punten.

8. *Voor de betrokken consumenten en bedrijven heeft het introduceren van een collectieve schadevergoedingsactie tot voordeel dat de kosten voor het voeren van een juridische procedure verminderen. Door gezamenlijk op te treden met hulp van een belangenbehartiger kunnen gedupeerden daardoor effectiever hun schade verhalen, waardoor de toegang tot de rechter wordt vergroot.*

De verhoogde toetredingsdrempel, langere procedure, grotere onzekerheden en complexe afwikkeling zullen de kosten aanzienlijk verhogen. Het aantal collectieve zaken zal daardoor eerder afnemen. Daardoor wordt de toegang voor gedupeerden tot het collectieve actierecht juist verkleind. De kleinere collectieve acties zullen verdwijnen, daar zijn bedrijven alvast van verlost. In veel gevallen loont het niet om een organisatie met 6 deskundige bestuurs- en toezichtsleden en een complete backoffice op te tuigen die aantoonbaar budget hebben voor 5-10 jaar procederen.

De procedures die overblijven kosten op dit moment al tussen de EUR 3 en 7 miljoen¹. Verwacht wordt dat deze kosten door het nieuwe stelsel verder oplopen. Om de hoge kosten te dragen zal vrijwel iedere belangenorganisatie in de toekomst de steun van een commerciële procesfinancier nodig hebben. De Consumentenbond bijvoorbeeld, heeft daartoe vooruitlopend op dit wetsvoorstel, al een overeenkomst met een commerciële procesfinancier gesloten².

In de praktijk komt het erop neer dat pas vanaf zaken met een belang groter dan EUR 200 miljoen interessant is om dit collectieve actierecht te gebruiken. De oplossing is om voor zaken met een kleiner belang het huidige systeem te laten gelden. Door het wetsvoorstel worden de mogelijkheden om in kleinere zaken effectief gezamenlijk op te trekken dus juist beperkt, waardoor de toegang tot het recht juist wordt verkleind.

¹ Zie het bijgevoegde artikel van Prof I.N. Tzankova, "Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?" TVP 2017, nr. 4

² <https://www.telegraaf.nl/financieel/2285373/consumentenbond-in-zee-met-claimclub>. Zie verder is het de vraag of deze bestaande belangenorganisaties, die een duidelijke voorkeurspositie krijgen, goede vertegenwoordigers zijn. Zij hebben immers meerdere belangen. Ze sluiten bovendien ook commerciële deals met marktpartijen en zijn feitelijk gewoon een commerciële organisaties. Lees meer hierover in: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/01/11/je-moet-je-continu-afvragen-wie-op-straat-geeft-er-iets-om-a3495668>. Een onafhankelijke ad hoc organisatie kan door het opt-out systeem geen steun meer verwerven.