

## Collectieve actie in Nederland en de EU: *and the winner is...*

33

Redactioneel

Na enkele jaren van studie en wikken en wegen, is er op Europees niveau een belangrijke stap gezet inzake de wijze van omgang met en de afwikkeling van massaschades via collectieve acties. De Europese Commissie is op 11 juni 2013 met een 'Commission Recommendation' naar buiten getreden die, kernachtig verwoord, alle lidstaten aanraadt om zorg te dragen voor de aanwezigheid van een nationaal systeem van 'collective redress', gebaseerd op een aantal 'common European principles'.<sup>1</sup>

Die Aanbeveling gaat vergezeld van een 'Communication' van de Commissie waarin wordt gereflecteerd op de positie van de Commissie in het debat over 'collective redress'.<sup>2</sup> Daarin wordt onder andere duidelijk gemaakt dat men streeft naar meer consistentie en dus gelijksoortige regels – 'a horizontal framework' in Brussels jargon – voor terreinen als het mededingingsrecht, het consumentenrecht, het milieurecht, databescherming, gelijke behandeling en financiële diensten.<sup>3</sup>

De bedoelde gemeenschappelijke beginselen zien op zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke vormen van collectieve actie, op zowel compensatoire vormen van 'redress' als op 'injuncties' ('injunctive collective redress'). Daarnaast beogen zij procedurele bescherming te bieden voor civiele procespartijen zodat een 'abusive litigation culture in mass harm situations' voorkomen wordt.

Deze 'beginselen van collectieve actie', om het beestje maar een naam te geven, bieden een staalkaart van wat er op dit moment binnen Europa, althans in Brussel, belangrijk wordt geacht als het gaat om collectieve afwikkeling van massaschades; het zijn daarom belangrijke lijnpunten in het ongetwijfeld ook hierna nog voort te zetten debat over de vraag of, en zo ja in welke vorm(en), collectieve schadevergoedingsacties nuttig, nodig en/of gewenst zijn, zowel Europees als nationaal en internationaal, en dus buiten de specifieke EU-context.<sup>4</sup> Dit soort principes kan immers laten zien, ook buiten EU-verband, wat de 'state of the art' is in het denken over collectieve schadevergoedingsacties, mede ook omdat deze beginselen gebaseerd zijn op een breed uitgezette publieke consultatieronde door de Commissie.<sup>5</sup> Zo kunnen zij bijvoorbeeld ook enig inzicht bieden in de vraag in hoeverre in Nederland de regelingen van artikel 3:305a BW en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) – op hoofdlijnen – nog voldoende bij de tijd zijn en wellicht zelfs vooroplopen, of toch wat achterop beginnen te raken, internationaal gezien.

- 1 Zie Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, COM(2013) 3539/3, [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2013\\_3539\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_en.pdf), vooral overweging (10) uit de preambule.
- 2 Commission Communication 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress', COM(2013) 401/2, via [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com\\_2013\\_401\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf), m.n. p. 3 en 5.
- 3 Op 11 juni jl. is er overigens ook nog een voorstel voor een richtlijn inzake schadevergoedingsacties voor schendingen van het mededingingsrecht uitgebracht: COM(2013) 404 final, zie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:EN:PDF>.
- 4 'Technisch-juridisch' gelden deze beginselen enkel voor zover de schade gerelateerd is aan schendingen van Europees recht, maar zo'n staalkaart heeft ongetwijfeld een bredere, ook nationale uitstraling.
- 5 Zie Commission Communication 'Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress', COM(2013) 401/2, via [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com\\_2013\\_401\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf), p. 3-6.

Vanuit dit perspectief dient zich al meteen aan dat de Europese Commissie zonder meer ervan uitgaat dat er zo iets bestaat als 'compensatory collective redress' en niet enkel 'injunctive collective redress', zie Aanbeveling 2, hetgeen niet direct te verenigen is met ons artikel 3:305a lid 3 BW waarin is neergelegd dat een schadevergoeding in geld niet te vorderen is voor een stichting of vereniging die opkomt voor een gebundeld collectief belang. Nederland loopt hier achter en begint met een 0-1 achterstand. Niet fijn.

En die achterstand wordt snel groter, want de 0-2 staat direct daarna op het scorebord als bedacht wordt dat de commissie duidelijk kiest, in Aanbeveling 21 uit de Recommendation, voor een 'opt-in'-stelsel, hetgeen wil zeggen dat ieder slachtoffer expliciet kenbaar moet maken mee te willen doen: 'express consent'. De Nederlandse WCAM werkt volgens artikel 7:908 lid 2 BW echter juist met een 'op-out'-systeem.<sup>6</sup> Al, als dat maar goed aflopen gaat...

Gelukkig komt echter ook bij de Commissie de gedachte om de hoek dat de lidstaten moeten verzekeren dat betrokkenen bij een massaschadegeval aangemoedigd worden om te schikken, zowel voorafgaand aan als tijdens een procedure, en dat een rechter een eenmaal getroffen schikking zou moeten verifiëren, zo blijkt uit Aanbeveling 25 en 28. In Nederland is dit uiteraard gesneden koek. De WCAM scoort de 'Anschlussstreffer': 1-2. Zit de gelijkmaker er wellicht ook nog in?

Opvallend is nog dat de Commissie besloten heeft om de mogelijke rechtsvorming in de diverse lidstaten waar het gaat om bepaalde, omstreden leerstukken, niet nader af te wachten. De Commissie grijpt als het ware 'bij voorbaat' in door die lidstaten mee te geven dat 'contingency fees' niet toegestaan zouden moeten worden, aldus Aanbeveling 30. Nog krachtiger wordt verwoord in Aanbeveling 31 dat 'punitive damages', leidend tot overcompensatie van de eisende partij, 'should be prohibited'. Beide leerstukken zijn in Nederland (nog) niet geaccepteerd, dus daarmee lopen we onbedoeld in de Europese pas. Maar ja, op zo'n manier 'in de pas lopen' levert natuurlijk geen score op.

Echter, het Nederlandse recht scoort hier wat mij betreft alsnog de gelijkmaker, omdat ons rechtssysteem dit soort ontwikkelingen *juist niet* bij voorbaat afsluit, zoals de Commissie dat hier doet. Er wordt immers komende jaren geëxperimenteerd met een vorm van 'no cure no pay',<sup>7</sup> en het idee van 'punitive damages' lijkt de laatste tijd in Nederland wat meer steun te krijgen.<sup>8</sup> Ik juich die open houding toe omdat dit soort verboden op verdere rechtsontwikkeling ons privaatrecht, dat van nature veranderlijk en gericht op hetgeen op enig moment op enige plaats nodig is, in de kern aantasten. Ik houd het dus op een gelijkspelletje. Eindstand is 2-2, na een aardige wedstrijd, maar er is nog voldoende werk aan de winkel voor de trainersstaf.

<sup>6</sup> Tenzij een uitzondering gerechtvaardigd is 'by reasons of sound administration of justice'.

<sup>7</sup> Zie [www.advocatenorde.nl/3282/advocaten/no-cure-no-pay.html?thema=thema/toegang-tot-het-recht&themaID=2737](http://www.advocatenorde.nl/3282/advocaten/no-cure-no-pay.html?thema=thema/toegang-tot-het-recht&themaID=2737).

<sup>8</sup> Zie L. Meurkens, E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?*, Intersentia: Cambridge 2012.