



Stichting
Massaschade
& Consument

Stichting Massaschade & Consument
Terweeweg 112
2341 CW Oegstgeest
info@massaschadeconsument.nl

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH 's-Gravenhage

Oegstgeest, 31 maart 2021

Betreft: Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten

Geachte heer Dekker,

De Stichting Massaschade en Consument (hierna: “de Stichting”) maakt graag gebruik van de geboden gelegenheid om schriftelijk opmerkingen en vragen in te dienen bij de voorgenomen wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de omzetting van Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 (hierna: “de Richtlijn”) betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG (PbEU 2020, L 409) (Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten), hierna: “de Inbreukrichtlijn”.

De Stichting is op 15 maart 2021 opgericht als een generieke belangenbehartiger voor consumenten met inachtneming van de relevante wettelijke bepalingen. De Stichting heeft een bestuur en een Raad van Toezicht. De leden van het bestuur en de Raad van Toezicht beschikken over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van de belangen zoals omschreven in de doelstelling van de Stichting. Verder voorziet zij in maatregelen om belangenverstremelingen op verschillende niveaus te voorkomen en in inspraakmogelijkheden voor haar achterban, die op dit moment uit kleine 60 duizend consumenten bestaat. De Stichting heeft geen winstoogmerk en heeft als statutair doel, als onafhankelijke organisatie, zonder binding met enige politieke of levensbeschouwelijke stroming of organisatie, de belangen van consumenten in het algemeen en van Deelnemers van de Stichting in het bijzonder in Nederland – en voor zover mogelijk en zo nodig daarbuiten – te behartigen.

De Stichting is opgericht naar aanleiding van een concreet initiatief: de collectieve consumentenclaim tegen de dubbele kosten die aan huurders van accommodaties in rekening worden gebracht door Airbnb. Daarbij maakt de Stichting gebruik van externe procesfinanciering. De Stichting heeft overleg met Airbnb en andere belangenorganisaties gevoerd en een zienswijze in de aanhangige prejudiciële vragen-procedure ingediend ter behartiging van de belangen van alle consumenten: actief en niet-actief. Hoewel de Stichting opgericht is naar aanleiding van dit initiatief, heeft zij het voornemen en de ambitie om zich als een bestendige belangenbehartiger te ontwikkelen op het terrein van consumentenbescherming in brede zin. Zo onderzoekt de Stichting op dit moment met diverse

betrokkenen en deskundigen of zij een constructieve rol zou kunnen spelen bij de oplossing van twee langslappende kwesties: de toeslagenaffaire-affaire en de NAM-procedures in Groningen. Tevens overweegt de Stichting ook op het terrein van privacybescherming op te komen voor consumentenbelangen. Het laatstgenoemde terrein betreft vaak strooischade: dat is massaschade die een groot aantal benadeelden betreft die een financieel relatief geringe schade lijden, dat veelal niet opweegt tegen de kosten en de moeite om dat belang in een individuele procedure te behartigen. In tegenstelling tot andere terreinen gaat het bij privacy inbreuken ook nog eens om fundamentele mensenrechten.

Tegen deze achtergrond wenst de Stichting een aantal opmerkingen te plaatsen bij het voorliggende voorstel. De eerste opmerking heeft betrekking op de aanwijzing als belangenbehartiger in grensoverschrijdende collectieve acties, de tweede op de financiering van collectieve acties en de 'cy pres'-optie in de Richtlijn, waarvan de wetgever heeft aangekondigd geen gebruik te maken. Dit laatste betreft de mogelijkheid om niet opgeëiste schadevergoedingen in collectieve acties aan te wenden voor een ander doel dan uitkering aan de benadeelden. Tot slot heeft de Stichting een opmerking over de verhouding tussen de AVG en de Richtlijn voor wat betreft het opkomen tegen privacy-inbreuken.

Belangenbehartiger in grensoverschrijdende collectieve acties

De Stichting begrijpt dat in de Richtlijn met 'grensoverschrijdende acties' bedoeld wordt op acties die ingesteld zijn voor een gerecht van een andere lidstaat dan die waarin de organisatie is opgericht. Zo is de collectieve actie door de Stichting tegen Airbnb in deze definitie geen grensoverschrijdende actie, terwijl als de Stichting een collectieve actie zou indienen tegen Volkswagen in Duitsland, dat wel een grensoverschrijdende actie in de zin van de Richtlijn zou zijn.

Volgens de Richtlijn mogen alleen organisaties die aan bepaalde formele eisen voldoen en die door de Minister op een lijst (hierna: "de Lijst") zijn geplaatst, als belangenbehartiger in grensoverschrijdende collectieve schadevergoedingsacties optreden. Als de Stichting een collectieve schadevergoedingsactie zou willen instellen in een andere lidstaat, dient zij geregistreerd te zijn op die lijst. De Stichting gaat er van uit dat zij in maart 2022, tijdig voor de implementatiedeadline van de Richtlijn, aan alle formele eisen zal voldoen en dat zich dan dus ook als een belangenbehartiger in collectieve grensoverschrijdende zaken op deze lijst zou kunnen laten inschrijven. De Stichting heeft echter een aantal vragen over het nut van een dergelijke inschrijving voor organisaties die gebruik maken van externe procesfinanciering. De Stichting zou de wetgever erkentelijk zijn als hij deze vragen zou willen adresseren, zodat de Stichting en andere soortgelijke organisaties een afweging kunnen maken van de voor- en nadelen van een inschrijving op de Lijst. De achtergrond van de vraag van de Stichting is het volgende.

De Stichting heeft begrepen dat de Richtlijn de Inbreukrichtlijn 2009/22/EG vervangt.¹ Die richtlijn (en haar voorloper) regelde alleen een verbodsactie, niet een collectieve schadevergoedingsactie. Ook de Inbreukrichtlijn werkte met een lijst van organisaties die bevoegd zijn tot het instellen van een collectieve verbodsactie in een andere lidstaat. Anders dan de Richtlijn, stelde de Inbreukrichtlijn echter geen eisen aan de organisaties op de lijst. Nederland heeft de inschrijvingsverplichting uit hoofde van de Inbreukrichtlijn geregeld in artikel 3:305c BW. Buitenlandse organisaties op de lijst mogen in Nederland een collectieve actie starten als de organisatie aan de eisen van artikel 3:305a BW voldoet. De Richtlijn introduceert nog eens extra eisen ten aanzien van 'de leeftijd' van de desbetreffende organisatie en de afkomst van financieringsbronnen. Alleen organisaties die ten minste 12 maanden hebben bestaan, mogen ingeschreven worden op de Lijst. Hoewel de drempel in de Inbreukrichtlijn voor het instellen van

¹ Richtlijn 2009/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, PBEG 1 mei 2009, L110.

een grensoverschrijdende collectieve actie lager is dan in de Richtlijn, is van deze mogelijkheid in al die jaren dat de Inbreukrichtlijn van kracht was geen gebruik gemaakt. De Stichting heeft begrepen dat dat niet alleen in Nederland het geval is. Toch heeft de Europese wetgever ervoor gekozen om dit systeem, dat procesmonopolies in de hand werkt en kennelijk niet naar behoren functioneert, niet alleen te handhaven voor grensoverschrijdende collectieve schadevergoedingsacties, maar zelfs verder aan te scherpen met aanvullende eisen over onder andere verantwoording over de afkomst van financieringsbronnen, zonder daarbij adequate structurele maatregelen te introduceren voor de financiering van collectieve acties. De Stichting zou het op prijs stellen als de wetgever enige duidelijkheid zou kunnen verschaffen over de volgende vragen. De antwoorden zullen behulpzaam zijn bij het vergroten van het inzicht over de voordelen die de Richtlijn meebrengt voor Nederlandse consumenten in grensoverschrijdende collectieve acties:

- a) Waarom is van de Inbreukrichtlijn al die jaren geen gebruik gemaakt door de organisatie(s) die geplaatst waren op de respectievelijke lijsten? Bestaat daar zicht op, zowel voor Nederland als voor andere lidstaten?
- b) Wat waren de beweegredenen van de (Europese) wetgever om dit (kennelijk niet naar behoren functionerend) systeem voor grensoverschrijdende collectieve acties onder de Inbreukrichtlijn te prolongeren onder de Richtlijn?
- c) Waarop is het vertrouwen van de (Europese) wetgever gestoeld dat de Richtlijn, mede gelet op de antwoorden op de voorgaande vragen, de positie van Nederlandse consumenten in grensoverschrijdende zaken zal verbeteren?

De Stichting zou de visie van de wetgever hierop willen vernemen. Vooral nog lijkt het erop dat het gebrek aan adequate financiering en expertise in collectieve acties van de organisaties die onder de Inbreukrichtlijn op een lijst geplaatst waren, hier debet aan waren en dat zonder structurele verbeteringen op deze punten, de Richtlijn geen werkelijke verbetering voor Nederlandse consumenten meebrengt. Plaatsing op de Lijst door de Minister heeft dan weinig nut en zou louter een symbolische daad zijn. Dat brengt de Stichting op het volgende onderwerp.

Financieringsmogelijkheden onder de Richtlijn

In de visie van de Stichting loopt Nederland voorop in vergelijking met andere lidstaten, zoals bijvoorbeeld Frankrijk en Duitsland, in haar erkenning van de bijzondere financieringsproblematiek bij collectieve schadevergoedingsacties. Het is in Nederland inmiddels gemeengoed (ook in de rechtspraak) dat slagvaardig procederen onmogelijk is zonder een level playing field en zonder dat ook collectieve belangenbehartigers over een adequate 'oorlogskas' beschikken. De bepaling in de WAMCA die in geval van succes een veroordeling van de verweerder in de werkelijke proceskosten mogelijk maakt (waaronder de succes fee van de procesfinancier bovenop de toegewezen schade) is hier een voorbeeld van. De huidige realiteit in Nederland is dat collectieve schadevergoedingsacties niet van de grond kunnen komen, zonder enige vorm van commerciële procesfinanciering. Commerciële procesfinanciering in collectieve acties is in een aantal lidstaten echter problematisch. Tegen deze achtergrond is het de Stichting niet duidelijk of zij, als zij voor inschrijving op de Lijst zou opteren en vervolgens collectieve schadevergoedingsacties in andere lidstaten zou initiëren, niettemin ontvankelijkheidsproblemen dient te verwachten in lidstaten die procesfinanciering in collectieve acties problematisch achten. Als dat het geval is, dan is een plaatsing op de Lijst weinig zinvol en vooral een kwestie van symboliek, nu een grensoverschrijdende collectieve actie voor de Nederlandse consument zonder procesfinanciering niet haalbaar is. Er zijn immers geen andere mogelijkheden voor de financiering van dergelijke acties. Rechtsbijstandverzekeringen verlenen geen dekking voor buitenlandse procedures, nog daargelaten dat zelfs als er dekking is, die in de regel ontoereikend is in de context van massaschade. De van overheidswege gefinancierde rechtsbijstand biedt evenmin soelaas, aangezien zij alleen open staat voor natuurlijke personen. Het ophalen van financiële bijdragen van gedupeerden is herhaaldelijk niet adequaat en ontoereikend gebleken. De Stichting is zich ervan



bewust dat sommige organisaties, zoals de VEB, over de jaren een eigen oorlogskas hebben opgebouwd door in het kader van collectieve schikkingen, met name als zij slechts voor een groep schikken, ook een riante vergoeding voor zichzelf te bedingen, maar een dergelijke praktijk is niet onomstreden. De Stichting heeft begrepen dat dat, zonder een duidelijk wettelijke grondslag, die voorziet in een 'incentive award' voor de lead plaintiff, als problematisch wordt gepercipieerd. Bovendien, het kan even duren voordat een dergelijke oorlogskas is opgebouwd. Er zijn verder ook geen andere speciale fondsen voor collectieve acties in Nederland. Het is in de visie van de Stichting dan ook een gemiste kans dat de wetgever geen gebruik zegt te willen maken van de in de Richtlijn geboden optie van codificatie van de zogeheten *cy pres*-distributie, waarbij niet opgeëiste schadevergoedingen aangewend kunnen worden voor een ander doel dat een voldoende nauwe band heeft met het onderwerp van de collectieve actie. Gedacht kan worden aan het verplicht storten in een fonds voor collectieve acties. *Cy pres*-distributie wordt in Nederland bovendien al toegepast in de collectieve schikkingspraktijk en het zou logisch en zuiver zijn om de proces- en schikkingspraktijk van massaschade gelijk te trekken. Te meer er nu geen andere deugdelijke financieringsalternatieven zijn. Samengevat zou de Stichting van de Minister het antwoord willen vernemen op de volgende vragen:

- a) Verwacht de Minister dat het voor Nederlandse belangenorganisaties die gebruikmaken van commerciële procesfinanciering zinvol is om zich op de Lijst te laten plaatsen en/of kan gebruikmaking van procesfinanciering tot niet-ontvankelijkheid in andere lidstaten leiden ondanks de plaatsing op de Lijst, met name in lidstaten die procesfinanciering doorgaans problematisch ervaren? Anders gezegd: worden dergelijke lidstaten door de Richtlijn verplicht om in grensoverschrijdende collectieve schadevergoedings-consumentenzaken procesfinanciering te dulden?
- b) Als gebruikmaking van procesfinanciering tot niet-ontvankelijkheid in andere lidstaten leidt, ondanks plaatsing op de Lijst, welke andere financieringsbronnen zou de Stichting moeten aanwenden in het licht van de bovengenoemde observaties over de afwezigheid van andere adequate (niet-commerciële) financieringsbronnen? Als op de Lijst alleen organisaties komen die niet over toereikende middelen en expertise beschikken om grensoverschrijdende collectieve acties te voeren (zoals onder de Inbreukrichtlijn), dan zal dit de positie van de Nederlandse consument niet verbeteren en zal de Richtlijn op dat punt vooral een daad van symboliek zijn.
- c) De implementatie van de Richtlijn biedt een uitstekende gelegenheid om brede maatschappelijke discussie te voeren over de (on)mogelijkheden van *cy-pres* distributie, haar inpasbaarheid in het Nederlandse schadevergoedingsrecht en over de structurele uitbreiding van niet-commerciële financieringsbronnen voor collectieve acties. Waarom maakt de wetgever geen gebruik van deze optie in de Richtlijn?

AVG en de Richtlijn

Een belangrijke categorie massaschade waar de komende jaren toenemende behoefte aan consumentenbescherming via privaatrechtelijke handhaving zal zijn, betreft gegevensbescherming en privacy inbreuken. Het verheugt de Stichting dat ook de Europese wetgever hier oog voor heeft gehad. De AVG is opgenomen als bijlage bij de Richtlijn en valt daarmee onder haar toepassingsbereik. Volgens de Richtlijn zijn collectieve schadevergoedingsacties op basis van opt out toegestaan voor alle inbreuken van de regelingen uit de bijlage, waaronder de AVG. Dat is een belangrijke constatering omdat privacy-inbreuken, zoals eerder toegelicht, in de regel strooischade betreffen. De enige economisch haalbare manier om dergelijke inbreuken privaatrechtelijk ten behoeve van consumenten te handhaven is vaak collectief, via een opt out mechanisme.

De Stichting vraagt daarom aandacht voor twee bepalingen uit de AVG en hun interactie met de Richtlijn:



Artikel 80 AVG bepaalt als volgt:

1. De betrokkene heeft het recht een orgaan, organisatie of vereniging zonder winstoogmerk dat of die op geldige wijze volgens het recht van een lidstaat is opgericht, waarvan de statutaire doelstellingen het openbare belang dienen en dat of die actief is op het gebied van de bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene in verband met de bescherming van diens persoonsgegevens, opdracht te geven de klacht namens hem in te dienen, namens hem de in artikelen 77, 78 en 79 bedoelde rechten uit te oefenen en namens hem het in artikel 82 bedoelde recht op schadevergoeding uit te oefenen, indien het lidstatelijke recht daarin voorziet.
2. De lidstaten kunnen bepalen dat een orgaan, organisatie of vereniging als bedoeld in lid 1 van dit artikel, over het recht beschikt om onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene in die lidstaat klacht in te dienen bij de overeenkomstig artikel 77 bevoegde toezichhoudende autoriteit en de in de artikelen 78 en 79 bedoelde rechten uit te oefenen, indien het/zij van mening is dat de rechten van een betrokkene uit hoofde van deze verordening zijn geschonden ten gevolge van de verwerking.

Kort samengevat bepaalt lid 1 dat de betrokken consument opdracht moet geven aan een belangenorganisatie om een schadevergoedingsvordering voor/namens de consument in te stellen als het recht van de lidstaten daarin voorziet. Lid 2 bepaalt dat een dergelijke organisatie ook zonder opdracht van de betrokkene bepaalde handelingen kan verrichten, maar het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie valt daar niet onder.

De Stichting begrijpt dat door verweerders in procedures tegen privacy-inbreuken het verweer wordt gevoerd dat, kort samengevat, uit art. 80 lid 1 AVG zou volgen dat collectieve schadevergoedingsacties op basis van opt out voor inbreuken van de AVG niet mogelijk zouden zijn en dat de Richtlijn en daarmee de WAMCA niet AVG-conform zouden zijn. Ook zouden collectieve schadevergoedingsacties wegens privacy inbreuken en ter bescherming van persoonsgegevens niet commercieel gefinancierd mogen worden. Het mag duidelijk zijn, zeker in het licht van de toelichting die de Stichting hiervoor heeft gegeven, dat het welslagen van dit verweer vergaande gevolgen heeft niet alleen voor grensoverschrijdende schadevergoedingsacties, maar in feite voor elke collectieve schadevergoedingsactie op het terrein van gegevensbescherming en privacy. Afgezien van de onwenselijke maatschappelijke gevolgen van het welslagen van dit verweer, dat in feite consumentenbescherming tegen privacy-inbreuken onder de AVG illusoir maakt, is deze interpretatie van de AVG en de Richtlijn in de visie van de Stichting onjuist. Het desbetreffende vereiste van uitdrukkelijke opdracht van de consument om namens hem een collectieve schadevergoedingsactie voor een privacy-inbreuk in te stellen ligt besloten in de 'goedkeuring' en/of ontvankelijkverklaring van een collectieve actie door de rechter onder WAMCA en/of in de mogelijkheid voor individuele consumenten om zich (via opt out) aan de werking van de collectieve actie te onttrekken. Gelet op de verstreckende gevolgen van een dergelijk verweer, acht de Stichting het wenselijk dat de wetgever, in het kader van de implementatie van de Richtlijn explicieter maakt, dat de WAMCA op dat punt Richtlijn (en/of AVG-) conform is.

Met vriendelijke groet,

Stichting Massaschade&Consument
Lucia Melcherts, voorzitter bestuur