

Tilburg University

Collectieve acties in België

Tzankova, Ianika

Published in:

De levenscyclus van bank-, beleggings-, en verzekeringsproducten

Publication date:

2014

Document Version

Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tzankova, I. (2014). Collectieve acties in België: Een reflectie uit een buurland. In V. Colaert, & A. Lecocq (Eds.), *De levenscyclus van bank-, beleggings-, en verzekeringsproducten* (pp. 231-245). [13] Larcier.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

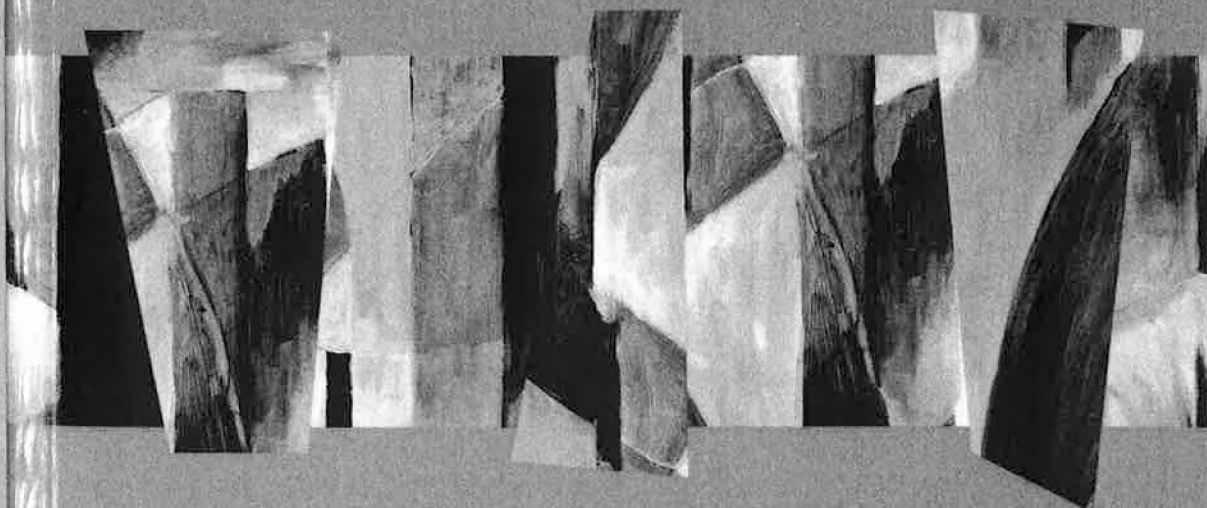
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DE LEVENSCYCLUS VAN BANK-, BELEGGINGS-, EN VERZEKERINGSPRODUCTEN

LE CYCLE DE VIE DES PRODUITS BANCAIRES, D'INVESTISSEMENT ET D'ASSURANCE

Veerle Colaert en/et
Arnaud Lecocq (ed.)

Voorwoord van/Préface de Koen Geens



larcier

Sommaire

Voorwoord – Préface	7
Koen GEENS	
Inleiding – Avant-propos	9
Veerle COLAERT - Arnaud LECOCO	

DEEL I INFORMATIE OVER FINANCIËLE PRODUCTEN

PARTIE I L'INFORMATION SUR LES PRODUITS FINANCIERS

La réglementation des produits financiers complexes : de l'exemple belge à l'initiative européenne	15
Laurent VERCAUTEREN	
Matthieu DUPLAT	
Hervorming van de spaarboekjes	37
May BOLLAERT	
Tjeerd WICHERS	
Beleggersbescherming door informatieverstrekking: post-crisistendenzen in de regulering en de (civiele) handhaving	57
Michel TISON	

DEEL II ADVIES EN DISTRIBUTIE

PARTIE II CONSEILS ET DISTRIBUTION

Een praktische kijk op de zorgplicht	69
Els VERHOYEN	
Capita selecta inzake advies en distributie	85
Inez DE MEULENEERE	
Advies en distributie van verzekeringsproducten na Twin Peaks Aandachtspunten vanuit verzekeringsperspectief	99
Kurt TERMOTE	

Naar een veralgemeend zorgplichtmodel Hein LANNROY	119
---	-----

**DEEL III
BELANG VAN HET WETBOEK ECONOMISCH
RECHT VOOR DE FINANCIËLE SECTOR**

**PARTIE III
IMPORTANCE DU CODE DE DROIT
ÉCONOMIQUE POUR LE SECTEUR FINANCIER**

De toepassing van Boek VI van het Wetboek Economisch Recht op de financiële sector Veerle COLAERT	127
---	-----

Compétences d'enquête et de sanction de la FSMA et de la DGCM dans le contexte du nouveau livre VI du Code de droit économique Philippe LAMBRECHT Arnaud LECOCQ	163
--	-----

L'articulation entre la réglementation des pratiques du marché et le droit financier – la compétence de la FSMA en matière de pratiques du marché Clarisse LEWALLE	177
---	-----

**DEEL IV
ASPECTEN VAN BURGERLIJK RECHT EN PROCEDURE**

**PARTIE IV
ASPECTS CIVILS ET DE PROCÉDURE**

Twin Peaks II - Sanctions Civiles Xavier DIEUX	189
La <i>class action</i> belge ou l'action de groupe en droit bancaire et financier Grégory RENIER	199
Collectieve acties in België: een reflectie uit een buurland Ianika N. TZANKOVA	231
Aspects civils et de procédure. Une réponse Françoise SWEERTS	245

Collectieve acties in België: een reflectie uit een buurland

Ianika N. TZANKOVA

*Hoogleraar massaschade aan de Universiteit van Tilburg
en advocaat bij BarentsKrans N.V. te Den Haag*

I. Hoofdpijnen van de Belgische regeling

Op 5 juli 2013 werd het voorontwerp van wet tot invoeging van titel 2 “De rechtsvordering tot collectief herstel”¹ goedgekeurd door de regering-Di Rupo (de “regeling”). Op 17 januari 2014 werd het wetsontwerp aangenomen in de kamer². Publicatie in het Belgisch Staatsblad moet echter nog plaatsvinden, zodat de exacte datum van inwerkingtreding op het tijdstip van het definitief maken van deze publicatie nog onbekend is. Artikel 4 van de overgangsbepalingen leert dat de regeling in elk geval niet zal kunnen worden ingeroepen ten aanzien van schadeveroorzakende gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de wet, dus het zal vermoedelijk een aantal jaren duren, voordat men de werking van deze wet in de praktijk zal kunnen toetsen.

De belangrijkste onderdelen van de regeling kunnen als volgt worden samengevat. Een vordering tot collectief herstel kan slechts worden ingesteld in consumentenkwesies³, doch deze blijken meer te bestrijken dan de beperking op het eerste gezicht doet vermoeden. De vordering kan haar grondslag vinden in onder andere het mededingingsrecht, het productaansprakelijkheidsrecht, het recht dat de financiële dienstverlening regelt of de intellectuele eigendom⁴.

De vordering kan uitsluitend worden ingesteld door een enkele groepsvertegenwoordiger, die hetzij een van overheidswege aangewezen consumentenorganisatie is, hetzij een door de minister erkende vereniging met rechtspersoonlijkheid die geen commerciële doelstelling nastreeft en op het

¹ De volledige titel is een mondvul: “In een boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht”.

² Wetsontwerp tot invoeging van titel 2 “Rechtsvordering tot collectief herstel” in boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3300/001.

³ Art. XVII.29 onder 1.

⁴ Voor een volledig overzicht zie art. XVII.30.

moment dat zij de vordering instelt, ten minste drie jaar over rechtspersoonlijkheid beschikt⁵. Als de groepsvertegenwoordiger in de loop van de procedure niet meer aan de ontvankelijkheidsvereisten voldoet en er geen geschikte plaatsvervangende groepsvertegenwoordiger kan worden gevonden, wordt de procedure beëindigd⁶. De Federale Ombudsdienst is bevoegd om zich in een eventuele onderhandelingsfase te mengen als over een collectieve oplossing wordt onderhandeld⁷. Tot slot dient de collectieve vordering een procesalternatief te zijn dat doeltreffender is en daarom te prefereren is boven de gebruikelijke (individuele) wijze van procederen⁸.

In het kader van de ontvankelijkheidsbeslissing dient de rechter te bepalen of de actie op basis van opt-in, dan wel opt-out plaatsvindt, waarbij in het geval van letsel of immateriële schade alleen het opt-inmodel kan worden toegepast. Hetzelfde geldt overigens ook voor consumenten die niet in België woonachtig zijn. Ook zij mogen alleen op basis van opt-in betrokken worden in de collectieve vordering. De beslissing dat de vordering ontvankelijk is verklaard, dient te worden gepubliceerd op de door de wetgever gespecificeerde wijze⁹.

Vermeldenswaardig is voorts dat na de ontvankelijkheidsbeslissing partijen verplicht in onderhandelingen moeten treden¹⁰ en dat de rechter met instemming van partijen een erkend bemiddelaar kan benoemen die partijen zou kunnen assisteren bij de totstandkoming van een collectieve schikking¹¹. Dat strookt met het Europese beleid op het terrein van het consumentenrecht dat moet leiden tot een vergrote inzet van ADR bij de oplossing van geschillen¹² en lijkt, zeker op het eerste gezicht, in potentie effectiever te kunnen zijn dan de Nederlandse bepaling die vergt dat overleg met de wederpartij heeft plaatsgevonden voor een oplossing in der minne, voorafgaandelijk aan het initiëren van de collectieve actie. In de praktijk lijkt deze bepaling echter vooral een formaliteit te zijn. Voor een oplossing in complexe en omvangrijke kwesties is enige schikkingsdruk nodig en die is redelijkerwijs eerder te verwachten na een rechterlijke interventie, dan voorafgaandelijk daaraan.

Bij de vormgeving van de collectieve schikking is inspiratie geput uit de Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)¹³: ook in België dient elke collectieve schikking door de rechter te worden goedgekeurd. Wat beter geregeld lijkt te zijn in de regeling dan in de WCAM, is de "tussentijdse" rapportageplicht aan de rechter door de schadeafwikkelaar. Pas nadat alle uitkeringen hebben plaatsgevonden, volgt een verslag aan de rechter en

⁵ Art. XVII.29 onder 2 *jo* art. XVII.32. onder 1 en 2.

⁶ Art. XVII.33.

⁷ Art. XVII.32 onder 3 *jo* art. XVII.38 tot XVII.44.

⁸ Art. XVII.29 onder 3.

⁹ Art. XVII.36 par 3.

¹⁰ Art. XVII.38 par 1.

¹¹ Art. XVII.38 par 2.

¹² ADR-Richtlijn 2013/11/EU en ODR-Verordening (EU) Nr. 524/2013.

¹³ Stb. 2005, nr. 380.

formele sluiting van de procedure. Ook de mededeling van de sluiting wordt overigens officieel bekendgemaakt¹⁴.

Een ander opvallend verschil met de Nederlandse regeling betreft de zeer korte wettelijke termijnen waarbinnen de rechter en partijen op elkaar dienen te reageren¹⁵. Gelet op de Nederlandse ervaringen met collectieve schikkingen tot zover, die allemaal complexe kwesties betroffen, lijkt enige flexibiliteit bij de hantering van de termijnen wenselijk. Er is gekozen voor specialisatie aan de zijde van de rechterlijke macht: de hoven en rechtbanken in Brussel zijn bij uitsluiting bevoegd om van de collectieve vordering kennis te nemen¹⁶. Naar verwachting zal specialisatie ten goede komen aan de effectiviteit en efficiëntie van het rechterlijke optreden.

II. Focus van deze bijdrage

De regeling bevat vele belangwekkende elementen die een meer gedetailleerde bespreking verdienen¹⁷. Deze bijdrage is beperkt tot één daarvan en dat is de bepaling van de entiteit die bevoegd is om de vordering tot collectief verhaal in te stellen of uit te onderhandelen. Als deze bepaling niet adequaat is, zullen in het geheel geen collectieve acties worden ingesteld en komt men dan ook niet toe aan een toepassing van de overige elementen van de wet. In het verlengde van de vraag naar de ontvankelijke organisatie ligt de even cruciale vraag naar de financiering van de actie. Deze vraag blijft hier echter buiten beschouwing¹⁸.

Volgens de regeling kan de vordering uitsluitend worden ingesteld door een enkele groepsvertegenwoordiger, die hetzij een van overheidswege aangewezen consumentenorganisatie is, hetzij een door de minister erkende vereniging met rechtspersoonlijkheid, die geen commerciële doelstelling nastreeft en op het moment dat zij de vordering instelt ten minste drie jaar over rechtspersoonlijkheid heeft beschikt. Het zijn de zogenoemde "duurzame" belangenorganisaties¹⁹ die de regeling prefereert. Deze keuze voor de duurzame ideële belangenorganisatie als belangenbehartiger van het collectief boven de indivi-

¹⁴ Art. XVII.52-55. Over de zin van een dergelijke rapportageplicht zie ook D. OZMIS & I.N. TZANKOVA, "De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht", *TCR* 2012 (2), p. 33-42.

¹⁵ Bv. art. XVII.36 par. 1 bepaalt dat de rechter binnen een maand na het indienen van het verzoekschrift tot collectief verhaal moet beslissen of aan de formele ontvankelijkheidseisen is voldaan, terwijl art. XVII.35 par. 3 bepaalt dat een verzoeker binnen acht dagen het verzoekschrift dient aan te vullen.

¹⁶ Art. XVII.28.

¹⁷ Zo rijst bv. de vraag in hoeverre de bepaling dat het opt-outregime alleen van toepassing is ten aanzien van binnenlandse benadeelden, niet discriminatoir is. Voor een uitgebreide bespreking van de regeling zie de bijdrage van G. RENIER elders in deze bundel.

¹⁸ Zie hierover I.N. TZANKOVA, "Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands", *Journal of Law, Economics & Policy*, (2012) vol. 8.3.

¹⁹ I.N. TZANKOVA, *Strooischade: Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, SDU Uitgevers (Allen & Overy Onderzoeksreeks) 2005, p. 89 introduceerde de term duurzame belangenorganisatie in de context van collectieve acties.

dule benadeelde als groepsbelangenbehartiger strookt met de "institutionele" traditie in vele Europese (continentale) rechtsstelsels. Als één van de meest problematische aspecten van de Amerikaanse "class action"-regeling²⁰ wordt in Europa immers gezien het feit dat het collectief vertegenwoordigd kan worden door een enkele individuele benadeelde en zijn op "no cure no pay"-basis opererende advocaat. Rechtseconomische analyses wijzen uit dat dit tot zogenoemde "agency problems" leidt, waarbij het belang van de advocaat niet altijd parallel loopt met het belang van het collectief. Rechtseconomen hebben onderzocht wat dergelijke *agency problems* inhouden in de context van een Amerikaanse collectieve actie (*class action*) en hoe dergelijke problemen het beste geadresseerd zouden kunnen worden. Er is echter weinig bekend over de vertegenwoordiging van een groep of een collectief door een ideële duurzame belangenorganisatie en de *agency problems* die in dat kader ontstaan of zouden kunnen ontstaan. De stilzwijgende aanname is kennelijk dat bij een vertegenwoordiging door een ideële belangenorganisatie geen sprake is van dergelijke vraagstukken. Uit een aantal empirische casestudies²¹ naar de afwikkeling van massaschade in landen die het collectieve actierecht hebben geschoeid naar het institutionele model, blijkt dat ook aan de belangenbehartiging door ideële of non-profitbelangenorganisaties nadelen kleven die niet onderschat mogen worden. Uit de casestudies vallen lessen te leren, ook voor het Belgische wetgevingsinitiatief, en daarom zullen deze hierna kort worden besproken. Ik sta echter uitgebreider stil bij één casestudie, de Nederlandse Vie d'Or²², die gaat over de schadeafwikkeling van polishouders naar aanleiding van het faillissement van de Eindhovense levensverzekeraar Vie d'Or.

Het faillissement of de nationalisatie van een financiële instelling in moeilijkheden verbaast tegenwoordig niemand meer, maar het financiële landschap zag er in 1993, het jaar waarin levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or failliet ging, heel anders uit. Financiële instellingen gingen nauwelijks failliet in die

²⁰ Zie S. VOET, Stefaan Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, diss. Gent, Antwerpen, Intersentia 2012, waarin hij ook het Amerikaanse model uitgebreid bespreekt.

²¹ Sinds 2010 onderzocht een samenwerkende team van wetenschappers uit Azië, het Midden-Oosten, Noord- en Zuid-Amerika en West-Europa de werking van een aantal mechanismen voor de afwikkeling van massaschade. De onderzoekers maakten gebruik van een casestudiemethode, waarbij hetzelfde onderzoeksprotocol en aanpak werden gevolgd om tot een analyse te komen van het ontstaan, de ontwikkeling en uitkomst van een collectieve of groepsacties in een desbetreffend land. De resultaten van dit gezamenlijke onderzoeksproject zullen worden gepubliceerd in D.R. HENSLER, Ch. HODGES & I.N. TZANKOVA (ed.), *Class Actions in Context*, te verschijnen in Edward Elgar Publishers 2014. Het boek zal meer dan twaalf casestudies bevatten uit twaalf landen (Australië, België, Brazilië, Canada, Chili, Engeland, Duitsland, Israël, Nederland, Taiwan en de Verenigde Staten). Eindresultaten van het onderzoek werden gepresenteerd tijdens de jaarlijkse vergadering van de Law and Society Conference in Honolulu, Hawaii in juni 2012.

²² Voor een uitgebreidere bespreking van Vie d'Or zie I.N. TZANKOVA, *De WCAM: een stok achter de deur?* in C.J.M. KLAASSEN (Ed.), LSA 24, "In de schaduw van het slachtoffer", p. 59-69, SDU Uitgevers en I.N. TZANKOVA, *Resolving Mass Claim Disputes: Lessons from the Netherlands*, IADC Committee Newsletter, februari 2013, 2de editie. Voor de financiering in Vie d'Or wordt verwezen naar I.N. TZANKOVA, "Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands", *Journal of Law, Economics & Policy*, (2012) vol. 8.3, p. 580, voetnoot 104.

tijd en de levensverzekeringsmarkt werd beschouwd als een veilige onderneming. Bovendien bestond in die tijd in Nederland, net als in andere Europese landen, een sterk vertrouwen in overheidstoezicht en handhaving. De heersende gedachte was en is nog steeds dat de taak van de Staat en toezichhouders is om het omvallen van financiële instellingen te voorkomen. Wanneer iets ingrijpends zich voordoet, wordt van de overheid verwacht dat zij voor een oplossing zorgt, waardoor slachtoffers op een of andere manier worden gecompenseerd. Dat hoeft overigens niet steeds via het aansprakelijkheidsrecht te gaan, maar in het geval van Vie d'Or hadden de consumenten geen andere keus. Door het faillissement van Vie d'Or kwamen zowat 11.000 Nederlandse consumenten zonder een levensverzekering te zitten, hetgeen resulteerde in een schade voor deze polishouders van (destijds) naar schatting 177 miljoen gulden (exclusief rente). De kwestie trok veel media- en politieke aandacht. De collectieve schikking werd na jarenlang procederen door het Gerechtshof te Amsterdam goedgekeurd en verbindend verklaard in april 2009. Pas in 2011, na 16 jaar collectief procederen en een collectieve schikking, vonden de laatste uitkeringen plaats en kon de kwestie definitief worden afgesloten. De consumenten kregen circa 50% van de door hen geleden schade vergoed. Hoewel deze uitkomst volgens critici als *"too little too late"* zou kunnen worden aangemerkt, dient tegelijkertijd te worden bedacht dat deze uitkomst vermoedelijk geheel zou zijn uitgebleven als de Nederlandse collectieveactieregeling de in de regeling vervatte beperkingen zou bevatten over organisaties die een collectieve vordering zouden kunnen instellen. Ik licht dat hierna onder 5. toe.

III. Achtergronden: de Opkomst en Ondergang van Vie d'Or

In 1985 werd verzekeringsmaatschappij Vie d'Or opgericht door de heren Frans Maes en Gerard van Santen. Zij richtten samen een verzekeringsmaatschappij op die gestoeld was op een innovatief businessmodel. Maes had een bancaire achtergrond, Van Santen had ervaring in de verzekeringsbranche. De nieuwe aanpak zou resulteren in een levensverzekering die vele malen goedkoper was dan bestaande producten. De Amerikaanse zakenbank Merrill Lynch was op de achtergrond betrokken bij het ontwikkelen van het product. Het betrof een beleggingsverzekering.

En inderdaad, de Vie d'Or-levensverzekering was goedkoper dan die van de concurrenten en was vooral populair onder kleine zelfstandigen. Zij waren een relatief vermogende groep particulieren, die tegelijkertijd kwetsbaar was, omdat zij minder goed kon gebruikmaken van het wettelijke stelsel van sociale voorzieningen en sterk afhankelijk was van producten als de Vie d'Or-levensverzekering. Omdat die relatief goedkoop was, was deze levensverzekering aantrekkelijk voor deze groep en was ze aanvankelijk een groot succes. Dit leidde tot irritatie en achterdocht bij de gevestigde verzekeraars die immers een deel van hun clientèle zagen weglopen. Zij volgden de plotselinge groei en

populariteit van Vie d'Or met argwaan. Het was verdacht dat een levensverzekering onder dergelijke gunstige financiële voorwaarden kon worden aangeboden. Een andere reden voor wantrouwen en zorg was dat Vie d'Or geen lid was van het Verbond van Verzekeraars (hierna 'het Verbond')²³, een machtige lobbyorganisatie met verreikende zelfregulerende bevoegdheden, die de belangen behartigt van de private verzekeringsmaatschappijen die actief zijn op de Nederlandse markt.

Geleidelijk aan kwamen steeds meer kritische signalen vanuit de markt dat het Vie d'Or-product te mooi was om waar te zijn. Men drong erop aan dat de toezichthouder²⁴ een onderzoek zou starten naar de Vie d'Or-producten, -administratie en -financieringsmodel. Aanvankelijk zag de toezichthouder weinig aanleiding daartoe, maar toen ook polishouders van Vie d'Or gingen klagen, greep de toezichthouder in. In oktober 1993 werd de directie van Vie d'Or vervangen. Deze maatregel kwam echter te laat. Al snel werd duidelijk dat de financiële huishouding van Vie d'Or er dramatisch aan toe was. De noodregeling als bedoeld in artikel 66 lid 1 Wet toezicht verzekeringsbedrijf werd van toepassing verklaard in december 1993 en in december 1995 werd het faillissement van de verzekeraar officieel uitgesproken. Wat overgebleven was van Vie d'Or werd in augustus 1994 overgenomen door een andere verzekeraar²⁵. Het resultaat van dit alles was een korting op de polissen en een schade van (destijds) naar schatting 177 miljoen gulden (exclusief rente) voor de 11.000 polishouders.

Uit de interviews, de processtukken in de verschillende civiele, tuchtrechtelijke en strafrechtelijke procedures, en de onderzoeken die werden uitgevoerd na het omvallen van Vie d'Or, kwam het beeld naar voren dat het faillissement was veroorzaakt door een verscheidenheid aan factoren. Er was overduidelijk sprake van wanbeleid: Vie d'Or was niet opgewassen tegen het succes van haar product en wist niet op adequate wijze de grote toeloop van polishouders administratief te verwerken. Vie d'Or vertrouwde tevens op een financieringsmodel dat niet toereikend bleek. De beloning voor de tussenpersonen was te hoog, terwijl de bedrijfsreserven te laag waren. De solvabiliteit van het bedrijf was bovendien afhankelijk van onzekere toekomstige winsten. Daarbij kwam

²³ De leden van het Verbond vertegenwoordigen samen meer dan 95% van de Nederlandse verzekeringsmarkt. Het Verbond wordt regelmatig geraadpleegd door de overheid en toezichthouders over marktgerelateerde onderwerpen en regelgeving.

²⁴ In eerste instantie de Verzekeringskamer, later de Pensioen- en Verzekeringskamer die uiteindelijk in oktober 2004 fuseerde met De Nederlandsche Bank. De Verzekeringskamer werd opgericht in 1923 als onafhankelijk lichaam van het Ministerie van Justitie. Met ingang van 1 januari 1987 opereerde de Kamer als zelfstandig lichaam van het Ministerie van Financiën. Op 1 september 1992 werd de Kamer geprivatiseerd tot Zelfstandig Bestuursorgaan (ZBO) onder de statutaire naam Stichting Verzekeringskamer. Deze werd op 1 januari 2001 gewijzigd in de Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer. Op 30 oktober 2004 fuseerde de Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer met De Nederlandsche Bank. Door de wijziging van de Bankwet in 1998, werd DNB formeel bestuurlijk geheel onafhankelijk van de Nederlandse staat. De Staat is nog wel enig aandeelhouder.

²⁵ Twenteleven N.V., dat later fuseerde met Avéro Achmea.

ook nog dat één van de directeuren bedrijfsmiddelen had gebruikt om (risicovolle) privéaangelegenheden te financieren. De balans van het bedrijf en de jaarrekeningen lieten niet de werkelijke financiële situatie van Vie d'Or zien en het was bovendien de vraag of de Verzekeringskamer die tekortkomingen niet veel eerder had moeten zien, vooral gezien de vroege signalen vanuit de markt. Het zogenoemde toezichhoudersdilemma stond mogelijk eraan in de weg dat de toezichthouder eerder ingreep: toezichhouders zouden niet te snel mogen ingrijpen en nieuwkomers een kans moeten geven. Wat de motieven van de toezichthouder om al dan niet op te treden ook geweest mogen zijn, het resultaat van dit alles was dat 11.000 consumenten aanzienlijke schade ondervonden, waarvoor zij niet gecompenseerd werden.

IV. De Stichting Vie d'Or en de Collectieve Afwikkeling

Nederland was één van de eerste Europese landen waar een collectieveactieregeling werd geïntroduceerd. De Nederlandse collectieveactieregeling van artikel 3:305a e.v. van het Burgerlijk Wetboek was per april 1994 in werking getreden²⁶, toevalligerwijs kort na het faillissement van Vie d'Or. Overeenkomstig de collectieverhaaltraditie in vele Europese landen, is het ook in Nederland uitsluitend aan non-profitorganisaties die aan bepaalde eisen voldoen toegestaan om een collectieve actie in te stellen. Aan die laatste voorwaarde kan in Nederland relatief eenvoudig worden voldaan: er is geen afzonderlijke of formele certificatiefase, zoals in sommige andere jurisdicties en in de regeling. De organisatie kan een stichting of een vereniging zijn, en dus niet een commerciële entiteit of een individu. De statuten daarvan moeten uitdrukkelijk toestaan dat de organisatie collectieve acties initieert ten behoeve van de collectieve bescherming van individuen of bedrijven die in vergelijkbare situaties verkeren en op wier rechten inbreuk is gemaakt. Sinds 1 juli 2013 geldt bovendien de eis dat de belangen van de achterban met de vordering voldoende gewaarborgd moeten zijn. Anders dan in de regeling kan de desbetreffende organisatie in Nederland ook een zogenaamd "*special purpose vehicle*" ofwel een *ad-hoc*belangenorganisatie zijn die is opgericht met het oog op een specifieke procedure of kwestie en dus vlak voor het initiëren van de collectieve actie. In de praktijk treden dergelijke *ad-hoc*belangenorganisaties vaak autonoom op, maar regelmatig ook in samenwerking met gevestigde of duurzame belangenorganisaties, zoals de Consumentenbond of de Vereniging voor Effectenbezitters.

De Consumentenbond heeft zich echter in het geheel niet gemengd in de Vie d'Or-kwestie, vermoedelijk omdat hij beperkte financiële middelen had en prioriteiten moest stellen in zijn activiteiten. Het was vanaf het begin duidelijk dat de Vie d'Or-zaak complex was, zowel vanuit feitelijk, alsook juridisch perspectief en dat een adequate aanpak van de kwestie substantiële financiële

²⁶ Zie Stb. 1994, nr. 269.

middelen zou vereisen. Belangrijker nog was vermoedelijk dat de Vie d'Or-polishouders niet werden gezien als hulp- en bijstandbehoevende consumenten, maar als relatief welvarende individuen die wel voor zichzelf konden zorgen. In werkelijkheid behoorden zij tot de middenklasse die juist jarenlang de grootste financiële hinder ondervond in haar zoektocht naar toegang tot het recht.

Al vrij snel na de inwerkingtreding van de noodregeling, in april 1994, richtte de toezichthouder een "*special purpose vehicle*" op om de belangen van de gedupeerde polishouders te behartigen: de Stichting-Vie d'Or (de "Stichting"). De statuten van de Stichting bepaalden dat de leden van het bestuur benoemd werden door de toezichthouder en dat er een rapportageplicht was aan de toezichthouder. De toezichthouder vergoedde dan ook de initiële kosten van de Stichting, die bestonden uit de administratie/secretariaat en het initiële feitenonderzoek door een onafhankelijke accountant. Het bestuur werkte onbezoldigd. Vanwege de kritiek op zijn rol in het faillissement van Vie d'Or, wilde de toezichthouder duidelijk maken dat hij de zaak niet alleen voortvarend, maar ook objectief zou aanpakken. Een meer sceptische uitleg zou kunnen zijn dat de toezichthouder invloed wilde kunnen uitoefenen op het onderzoek en daarop volgende acties door zeggenschap te hebben over het bestuur en zijn werkwijze.

Dat de toezichthouder de kwestie serieus opvatte, bleek in elk geval uit het feit dat voor het bestuur van de Stichting (hierna het 'Bestuur') niet de eerste de besten werden benaderd. Jaap van Rijn, oud ING-topman, was voorzitter van het Bestuur van 1994 tot 2005. Van Rijn nam de benoeming aan en zag zijn taak als een maatschappelijke plicht. Hij stond bekend als een indrukwekkende persoonlijkheid: een groot strateeg, een charismatische leider, communicatief vaardig en zeer integer bovendien. In die periode gebruikte Van Rijn zijn kennis, ervaring en deskundigheid uitsluitend ten behoeve van de polishouders. Hij werd in 2005 opgevolgd door Jan Holsboer, ook een voormalige ING-bestuurder. Holsboer, die werd voorgedragen door Van Rijn, werd gezien als een waardige opvolger. De overige leden van het Bestuur waren even toegewijd.

Eén van de eerste besluiten van het Bestuur na de benoeming in augustus 1994 was het inschakelen van een advocaat en een onafhankelijke accountant die namens de Stichting onderzoek deden naar de feiten en oorzaken van het faillissement van Vie d'Or, waaronder de rol van de toezichthouder. Het Bestuur won het vertrouwen van de polishouders vooral met zijn tweede besluit. Na de afronding van een aantal onderzoeken besloot het Bestuur in 1998 om rechtszaken aan te spannen tegen de accountant en de actuaaris van Vie d'Or, waarbij de toezichthouder evenmin gespaard zou worden. Omdat de toezichthouder geen eigen middelen had om eventuele schadevergoedingen te voldoen en de Staat garant staat voor de toezichthouder, zou ook de Staat in de procedure worden betrokken. Omdat de toezichthouder niet alleen de oprichter, maar ook de geldschieter van de Stichting was aan wie de Stichting formeel nog altijd verantwoording verschuldigd was, dienden de statuten te worden gewijzigd, die immers nog steeds bepaalden dat het Bestuur door de toezichthouder werd

benoemd en aan deze rapporteerde. De Stichting wilde niet dat de toezichthouder inzicht zou hebben in haar financiële positie, omdat zij op deze manier de processtrategie van de Stichting zou kunnen dwarsbomen. De toezichthouder vond een statutenwijziging echter niet nodig. De patstelling die hierdoor ontstond, werd pas doorbroken toen een notaris werd gevonden die bereid was om de statuten te wijzigen zonder de toestemming van de toezichthouder. Dat leverde de notaris wel een tuchtklacht op, maar de Stichting kon in elk geval door met de procedure.

In de collectieve actie die speelde tussen 1998 en 2006, van eerste aanleg tot Hoge Raad, stond de Stichting voor vele uitdagingen. De procedure werd geïnitieerd voor de rechtbank Den Haag (en niet Amsterdam), omdat de inschatting van de Stichting was dat de Haagse rechtbank gewend was gebleven om procedures tegen de Staat te beoordelen en uitspraken tegen de Staat te wijzen. De Stichting hield er ook rekening mee dat de Staat en de toezichthouder de zaak tot en met de Hoge Raad zouden uitprocederen om duidelijkheid te krijgen over een principiële rechtsvraag die tot op dat moment onbeantwoord was gebleven: de geldende toetsingsmaatstaf voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een toezichthouder. En hoewel de Stichting gunstige resultaten boekte in eerste aanleg en in hoger beroep, oordeelde de Hoge Raad in 2006²⁷ in een veelbesproken uitspraak dat de toezichthouder een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt en dat het gerechtshof Den Haag niet de juiste maatstaf had toegepast bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder voor vermeend falend toezicht. De zaak werd verwezen naar een ander gerechtshof dat de zaak opnieuw moest beoordelen, nu met toepassing van de juiste maatstaf. De nieuwe maatstaf was minder strikt en hierdoor nadelig voor de Stichting.

De uitspraak van de Hoge Raad over de aansprakelijkheidsmaatstaf die was gebruikt voor de accountant, bood betere kansen voor de Stichting, maar haar feitelijke en wettelijke positie ten opzichte van de actuaris was een uitdaging. Het feit dat twee verschillende actuarissen betrokken waren bij Vie d'Or in de relevante periode maakte het lastig om het causaal verband vast te stellen, nog los van het feit dat slechts één actuaris in de procedure betrokken was. Overigens oordeelde de Hoge Raad dat zelfs als zou komen vast te staan dat de actuarissen de gedragsregels hadden overtreden, dat feit op zichzelf onvoldoende was voor een verklaring voor recht dat zij onrechtmatig hadden gehandeld ten opzichte van de polishouders waarvoor zij aansprakelijk gehouden konden worden, zonder ook rekening te houden met de maatregelen die de actuarissen namen om de belangen van de polishouders te beschermen. Een en ander impliceerde nog jaren doorprocederen na de uitspraak in cassatie.

Inmiddels waren al zowat twaalf jaren voorbijgegaan sinds de problemen bij Vie d'Or zich hadden geopenbaard, waren miljoenen gespendeerd aan de verschillende procedures en overige kosten van de Stichting, en zowat 600 polishouders sindsdien overleden. Doorprocederen was geen reële optie voor

²⁷ HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 295.

de Stichting. Dit voegde een nieuwe dimensie toe aan het Vie d'Or-schandaal. Hoewel achter de coulissen politieke druk werd uitgeoefend om de zaak te schikken, was de officiële positie van de Staat – bij monde van de toenmalige minister van Financiën, Wouter Bos – in juli 2007 nog dat er geen enkele aanleiding was om de polishouders tegemoet te komen. Bij de beantwoording van Kamervragen op 12 juli 2007 stelde hij:

“Er is echter geen aanleiding voor het beëindigen van de procedures door een erkenning van aansprakelijkheid of een eventuele schikking met DNB en Financiën. Juridische adviseurs achten de kans gering dat de Staat en DNB – zeker na het arrest van de Hoge Raad – aansprakelijk worden gehouden. Een schikking zou daarom een ongewenste precedentwerking met zich brengen omtrent de schikkingsbereidheid van de Staat en de financieel toezichthouder(s) in andere gevallen. Er is daarover regelmatig contact geweest met de Stichting Vie d'Or. Verder zouden de kosten voor een eventuele schikking doorberekend worden aan de sector of zelfs bekostigd worden met publieke middelen. Overigens geldt dat een schikking in deze zaak geen finaal einde aan de procedure(s) inzake Vie d'Or zal bewerkstelligen. De Stichting vertegenwoordigt immers niet alle gedupeerde polishouders, en de individuele polishouders die wel vertegenwoordigd zijn, kunnen – indien ze niet akkoord gaan met een eventuele schikking – doorprocederen. Een definitieve oplossing kan alleen al om die reden niet op korte termijn tot stand komen”²⁸.

Wat hierna gebeurde, is niet geheel duidelijk, maar kennelijk hebben verschillende factoren, waaronder politieke druk en de tussenstand na de uitspraak van de Hoge Raad, de schikkingsbereidheid van een aantal partijen vergroot. Het Verbond lijkt in het schikkingsproces een doorslaggevende rol te hebben gespeeld. Het Verbond kwam begin 2008 met een verklaring dat, hoewel geen partij in de procedures, het bereid was om vrijwillig 6,5 miljoen euro bij te dragen aan een eventuele schadevergoedingsfonds. Het gebaar van het Verbond had een strategische achtergrond. Het Verbond had in die periode te kampen met een negatief imago rondom de beleggingsverzekeringsportefeuille, hetzelfde type product dat ook het gefailleerde Vie d'Or aanbood. De branche kon de positieve media-aandacht goed gebruiken. Daarnaast stond vast dat als de toezichthouder in de procedures na cassatie aansprakelijk zou worden bevonden, de eerste 20 miljoen euro aan schadevergoedingen sowieso door de sector dienden te worden voldaan. Pas daarna zou de Staat een financiële bijdrage moeten leveren. Deze afspraak was al eerder gemaakt, bij de privatisering van het toezicht op de sector.

²⁸ www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/07/28/antwoorden-op-kamervragen-over-vie-d-or.html.

Wat de reden voor het gebaar van het Verbond ook is geweest, feit is dat het bij de andere partijen een *momentum* en goodwill voor een definitieve afwikkeling heeft gecreëerd. De accountant en actuaaris wilden slechts meedoen aan een regeling onder de voorwaarde dat geheim zou blijven hoeveel elke partij had bijgedragen aan het fonds. Tot slot verklaarde de Staat zich bereid om alle kosten te voldoen die de Stichting door de jaren heen had gemaakt aan gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten en administratie, in totaal 8,5 miljoen euro, waardoor eerdere schikkingsbedragen²⁹ die opgegaan waren aan de procedure alsnog ten goede konden komen aan de polishouders. In mei 2008 werd bekend gemaakt dat partijen een schikking hadden bereikt met de oprichting van een schadevergoedingsfonds van 45 miljoen euro³⁰. Een WCAM-procedure werd opgestart om er zeker van te zijn dat de kwestie definitief zou worden afgewikkeld en de verbindendverklaring door het Gerechtshof te Amsterdam volgde in april 2009³¹. De uitkeringen vonden plaats in 2011 en in 2012 werd de Stichting ontbonden. Zestien jaar na het faillissement kon het Vie d'Or-hoofdstuk eindelijk worden afgesloten.

V. Lessen uit Vie d'Or en elders

A. Vie d'Or³²

Zoals eerder werd gesuggereerd, zouden critici van de Vie d'Or-regeling kunnen beweren dat de uitkomst “*too little too late*” was. Men dient zich echter te realiseren dat het alternatief evengoed “geen regeling” had kunnen zijn geweest als de Nederlandse collectieveactieregeling, gelijk de regeling thans doet, niet de mogelijkheid zou hebben gekend om een collectieve actie te laten instellen door een *ad hoc* opgerichte belangenorganisatie voor het doel van de specifieke actie. De duurzame ideële belangenorganisatie die hiervoor in aanmerking kwam, de Consumentenbond, was niet bereid om de Vie d'Or-actie te leiden en/of te financieren. Duurzame belangenorganisaties kunnen verschillende, overigens zeer legitieme, redenen hebben om een dergelijke procesbeslissing al dan niet negatief te laten uitvallen.

In het onderhavige geval speelden vermoedelijk een combinatie aan factoren een rol, waaronder het feit dat de polishouders in Vie d'Or relatief vermogende

²⁹ In eerdere fase en voordat de collectieve actie werd geëntameerd, waren schikkingen getroffen met onder andere commissarissen van Vie d'Or en Merrill Lynch, de bank die had meegeholpen aan de ontwikkeling van de Vie d'Or-levensverzekering. Hiermee en met bijdragen van een aantal rechtsbijstandsverzekeraars werd een oorlogskas gevormd, waarmee de collectieve acties en de procedures gevoerd zijn.

³⁰ www.ed.nl/economie/3196108/Eindelijk-schikking-zaakVie-dOr.ece.

³¹ Hof Amsterdam, 29 April 2009, *NJ* 2009, 448 (LJN BI2717) (Vie d'Or).

³² Zie ook I.N. TZANKOVA, “Collective redress” in *Vie d'Or: a reflection on a European cultural phenomenon* in D.R. HENSLE, Ch. HODGES & I.N. TZANKOVA (eds.), *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishing, te verschijnen in 2014.

individuen waren van wie verwacht werd dat zij voldoende in staat zouden zijn om voor zichzelf op te komen. Optreden voor die groep behoorde niet tot de prioriteiten van de Consumentenbond die zelf immers beperkte middelen had (en heeft). De zaak was complex, zowel juridisch als feitelijk, zodat een adequate aanpak substantiële financiële middelen zou vereisen om de actie voor te bereiden en op te starten. Bovendien was er een ad-hocstichting opgericht waarin de nodige bancaire expertise en verzekeringstechnische ervaring verenigd waren in het Bestuur. Zonder de mogelijkheid dat de belangen van de gedupeerde polishouders vertegenwoordigd konden worden door een ad-hoc-belangenorganisatie, zouden de polishouders vermoedelijk aanzienlijk meer problemen hebben ondervonden bij het verkrijgen van compensatie.

Deze ervaringen laten zien dat de beschikbaarheid van een alternatief dat toestaat dat een collectieve of groepsactie wordt geïnitieerd door een ad-hoc-belangenorganisatie de sleutel kan zijn voor een tastbare oplossing, zelfs in consumentenzaken waar gevestigde consumentenbelangenorganisaties traditioneel een leidende actieve rol spelen en doorgaans geacht mogen worden om over de nodige kennis, expertise en ervaring te beschikken.

B. Elders

Ook andere (buitenlandse) casestudies laten zien waarom een aanvullend alternatief voor de duurzame ideële belangenorganisatie nodig en wenselijk is om een collectieveactieregeling in de praktijk adequaat te laten functioneren³³.

De Nederlandse ervaringen in Dexia³⁴ laten zien dat gevestigde of duurzame belangenorganisaties mogelijk niet bereid zullen zijn op te treden in een specifieke situatie, wanneer een intern belangenconflict speelt binnen de groep. Het voorhanden zijn van een alternatieve optie die toestaat dat een collectieve of groepsactie wordt geïnitieerd door een ad hoc opgerichte belangenorganisatie is dan de sleutel tot een effectieve geschillenbeslechting. In de Dexia-zaak ondersteunde de Consumentenbond een collectieve schikking die gunstig was voor één groep consumenten, maar minder voor een andere groep. Toen dit later bevestigd werd in een uitspraak van de Hoge Raad, raakte de Consumentenbond vele leden kwijt. Na Dexia is de Consumentenbond nog voorzichtiger geworden waar het gaat om leiding nemen of zich te zeer committeren aan collectieve acties. In Nederland kunnen echter ook ad hoc opgerichte stichtingen collectieve acties starten, zodat de handhaving van consumentenrechten niet uitsluitend afhankelijk is van organisaties, zoals de Consumentenbond.

³³ De lessen die hierna besproken worden, zijn ook een onderdeel van een working paper gepresenteerd door I.N. Tzankova tijdens de UNIDROIT/ELJ Conference in oktober 2013 in Wenen, Oostenrijk. De working paper zal worden ingediend voor publicatie in een in 2014 te verschijnen uitgave van *Uniform Law Review*.

³⁴ Dexia was de eerste grote consumentenmassaschadezaak in Nederland. Voor een uitgebreide beschrijving van de Dexia-zaak wordt verwezen naar I.N. TZANKOVA, "Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands", *Journal of Law, Economics & Policy*, (2012) vol. 8.3, p. 577-583.

De casestudie van de Chileense La Polar-zaak³⁵ laat zien dat gevestigde of duurzame non-profitorganisaties als de Chileense SERNAC, die van overheidswege gefinancierd worden en een monopoliepositie hebben om collectieve acties die door anderen zijn gestart, over te nemen, een eigen institutionele agenda kunnen ontwikkelen die uiteindelijk de effectieve handhaving van consumentenrechten ontmoedigt, omdat zij van private partijen vergt om zelf veel te investeren in het initiëren van een actie, zonder dat zij op enige manier daarvoor gecompenseerd worden. SERNAC heeft de praktijk ontwikkeld om individuele acties aan te kijken en als het ernaar uit ziet dat deze succesvol zullen zijn, de acties van de private partijen over te nemen. Men zou kunnen stellen dat SERNAC "freeridet" op het private initiatief. Zodoende loopt SERNAC zelf geen enkel procesrisico. Men hoeft niet over veel verbeeldingskracht te beschikken om zich voor te stellen dat private partijen op den duur ervan zullen afzien om collectieve acties te initiëren, met name als deze complexer zijn en meer risicovol, met als gevolg dat SERNAC de facto een monopoliepositie verkrijgt.

De derde les die volgt uit de casestudies uit Taiwan (the Parking-Lots-Attendant Union v. Taipei Government)³⁶, Nederland (Vie d'Or) en Chili (SERNAC), is dat belangenorganisaties voor de financiering van collectieve acties of anderszins niet afhankelijk zouden moeten zijn van overheidsmiddelen. Niet alleen omdat overheden altijd worstelen met budgetten voor rechtshulp en maar zelden voldoende middelen beschikbaar stellen, maar ook omdat toezichthoudende en semitoezichthoudende instanties gedaagde zouden kunnen blijken te zijn in een collectieve actie. Overheden zijn een machtige tegenstander die de gang van zaken in een civiele procedure eenvoudig in hun voordeel zouden kunnen beïnvloeden, bijvoorbeeld door kortingen toe te passen op de financiering van de organisatie of door benoemingen van bestuursleden van de organisatie te proberen te bewerkstelligen die hen welgevallig zijn en zij als "onveerbaarlijk" beschouwen³⁷.

Samengevat kan worden gesteld dat hoewel de *agency problems* met betrekking tot duurzame belangenorganisaties ondergewaardeerd zijn en meer systematisch onderzocht dienen te worden³⁸, kan worden gesteld dat variëteit en diversiteit, in tegenstelling tot monopolies, niet alleen doorgaans nastrevenswaardig zijn, maar ook in de context van collectieve acties en schikkingen. Het

³⁵ A. BARROILHET, "Gatekeeper or hijacker? Public versus private enforcer" in *Chilean class actions*, in D.R. HENSLER, Ch. HODGES & I.N. TZANKOVA, *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishing, te verschijnen in 2014.

³⁶ KC HUANG, "Using associations as vehicles for class actions: the case of Taiwan" in D.R. HENSLER, Ch. HODGES & I.N. TZANKOVA, *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishing, te verschijnen in 2014.

³⁷ In de eerder genoemde casestudie uit Taiwan werden de vakbondsleiders die de uiteindelijk succesvolle actie initieerden, later ontslagen.

³⁸ Zie ook B.G. STIER & I.N. TZANKOVA, "Collective litigation in cultural context: a comparative analysis" in D.R. HENSLER, Ch. HODGES & I.N. TZANKOVA, *Class Actions in Context*, Edward Elgar Publishing, te verschijnen in 2014.

is te prefereren om de mogelijkheid open te stellen om ook *ad hoc* opgerichte en door een rechter gecertificeerde stichtingen tot de collectieve actie toe te laten. Op dat cruciaal punt lijkt de Belgische regeling tekort te schieten. De tijd zal leren hoe ernstig deze omissie is.