

Het veranderende speelveld voor procesfinanciering

*Mr. J.W. Leedeckerken en mr. E.A.J. Schoenmakers**

1 Inleiding

Er worden momenteel verschillende initiatieven ondernomen tot regulering van procesfinanciering door derden. Zo is in Nederland op 25 juni 2023 de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten¹ in werking getreden, die ook nadere eisen stelt aan procesfinanciering in collectieve acties voor consumenten. Op Europees niveau wordt tegelijkertijd nagedacht over een nieuwe richtlijn inzake de regulering van procesfinanciering door derden. Het Europees Parlement heeft op 25 juli 2022 een ontwerpresolutie ingediend, waarin het hiervoor een voorstel heeft gedaan.²

De aanleiding voor deze initiatieven is de op zichzelf weinig verrassende constatering dat het streven van procesfinanciers naar winstmaximalisatie op gespannen voet kan komen te staan met het belang van de achterliggende groep eisders dat gericht is op het verkrijgen van een adequate schadevergoeding. De gedachte is dat dit potentiële belangenconflict tot problemen kan leiden die kunnen worden voorkomen door verdere regulering van procesfinanciering, met als bijkomend voordeel dat procesfinanciering aantrekkelijker wordt en de toegang tot de rechter wordt vergroot.

In de markt voor procesfinanciering is het niet ongebruikelijk dat financiers rendementen van 300%³ verwachten voor het door hen geïnvesteerde kapitaal.⁴ De economische rationale daarvoor is dat dit rendement pas tot uitkering komt na een finale (positieve) beslissing in rechte, en indien er bovendien verhaal wordt geboden voor de ingestelde vorderingen.⁵ Het

gaat dus om risicodragend kapitaal waarbij er een reële mogelijkheid bestaat dat dit kapitaal langdurig moet worden geïnvesteerd in slepende procedures waarvan de uitkomst naar haar aard altijd in meer of mindere mate onzeker is. Tegenover (of misschien juist: naast) het streven van de financier naar een bepaald rendement staat het belang van de groep achterliggende eisders tot verkrijging van een zo hoog mogelijke schadevergoeding. Zeker in geval van zogenaamde strooischades hebben eisders belang bij procesfinanciering, omdat zij zonder die financiering in feite geen toegang hebben tot de rechter en zij daarmee hun aanspraken in het geheel niet geldend kunnen maken. De belangen van de procesfinancier en de eisders kunnen echter ook uit elkaar (gaan) lopen, bijvoorbeeld wanneer de uitkomst van een procedure of schikking ertoe dreigt te leiden dat de procesfinancier (wel) zijn verwachte rendement behaalt of een ander (economisch) belang van de procesfinancier wordt gediend, maar de eisders er bekaaid vanaf komen.

Tussen het belang van de procesfinancier bij winstmaximalisatie en het belang van de achterliggende groep eisders bij een zo hoog mogelijke schadevergoeding moet dus een zekere balans bestaan. De verschillende initiatieven tot regulering van procesfinanciering door derden gaan ervan uit dat de balans in dit opzicht zoek is en er een (potentieel) probleem is dat moet worden geadresseerd met aanvullende regelgeving. Maar is dat wel zo? En dragen de huidige initiatieven wel bij aan de oplossing van dit kennelijk gepercipieerde probleem? Biedt het huidige juridische instrumentarium niet reeds voldoende middelen om excessen tegen te gaan?

In dit artikel gaan wij nader op deze vragen in. Wij beperken ons daarbij tot collectieve acties op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in Nederland. Eerst schetsen wij de huidige eisen aan procesfinanciering onder de WAMCA (par. 2). In dat verband gaan wij ook in op andere (wettelijke) bepalingen waaraan procesfinanciering kan worden getoetst. Vervolgens bespreken wij de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (par. 3) en de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten, die op 25 juni 2023 in werking is getreden (par. 4). Daarna gaan wij in op de ontwerpresolutie van het Europees Parlement, waarin het een voorstel heeft gedaan voor een richtlijn inzake de regulering voor procesfinanciering door derden (par. 5). In dat verband bespreken wij ook de door het Europees Parlement genoemde problemen die aanlei-

* Mr. J.W. Leedeckerken is partner bij Van Doorne te Amsterdam. Mr. E.A.J. Schoenmakers is advocaat bij Van Doorne te Amsterdam.

1 Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

2 Verslag van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoorde particuliere procesfinanciering (2020/2130(INL)) van 25 juli 2022: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218_NL.pdf.

3 Verslag van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoorde particuliere procesfinanciering (2020/2130(INL)) van 25 juli 2022: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218_NL.pdf, overweging c.

4 Het rendement moet niet worden verward met het percentage dat door de achterliggende groep eisders moet worden afgedragen aan de procesfinancier bij toewijzing van de vordering.

5 Tenzij er uiteraard eerder een schikking wordt getroffen.

ding zouden zijn voor verdere regulering van procesfinanciering. Ten slotte staan wij stil bij de gevolgen van deze initiatieven voor collectieve acties in Nederland op grond van de WAMCA (par. 6). Wij sluiten af met een conclusie (par. 7).

2 Huidige eisen aan procesfinanciering onder de WAMCA

Op 1 januari 2020 is de WAMCA in werking getreden. Op grond van de WAMCA kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd (art. 3:305a lid 1 BW). De rechter wijst uit de eisers die een collectieve vordering hebben ingesteld voor dezelfde gebeurtenis en voldoen aan de eisen voor ontvankelijkheid van art. 3:305a BW de meest geschikte eiser aan als Exclusieve Belangenbehartiger.⁶ De controle op de ontvankelijkheid van de Exclusieve Belangenbehartiger is doorlopend. De rechter kan gedurende de procedure de rechtspersoon die is aangewezen als Exclusieve Belangenbehartiger zijn rol ontnemen en een andere Exclusieve Belangenbehartiger aanwijzen indien blijkt dat de rechtspersoon niet meer aan de eisen van art. 3:305a BW voldoet.⁷

De eis dat de belangen voldoende moeten zijn gewaarborgd, was al in 2013 ingevoerd met de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.⁸ Dit vereiste is blijkens de wetsgeschiedenis niet alleen toegevoegd ten behoeve van gedupeerden, maar ook ten behoeve van hun wederpartijen.⁹

De wetgever schreef een toets voor die uiteenvalt in twee onderdelen:

1. de toets of de gedupeerden baat hebben bij de collectieve actie indien de rechter het gevorderde zou toewijzen; en
2. de toets in hoeverre de belangenorganisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren.¹⁰

In dat kader noemde de wetgever een aantal factoren die hierbij in algemene zin een rol kunnen spelen.¹¹ Omdat de invoering van deze eis er niet toe leidde dat de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie anders werd getoetst, is met de WAMCA een nieuw lid 2 aan art. 3:305a BW toegevoegd.¹² Dat lid bepaalt dat de belangen van de personen tot bescherming wier belangen de rechtsvordering strekt voldoende zijn gewaarborgd indien de rechtspersoon voldoende representatief is, getuigd op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen, en voldoet aan een aantal andere eisen (sub a t/m e).

Ten aanzien van procesfinanciering door derden vereist art. 3:305a lid 2 sub c BW dat de rechtspersoon voldoende middelen heeft om de kosten voor het instellen van de vordering te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt. Volgens de wetsgeschiedenis kan de rechter, waar nodig, inzage vragen in de boeken van de organisatie, zonder dat daarmee de verplichting ontstaat om deze gegevens ook aan de wederpartij te verschaffen.¹³ Indien wordt gekozen voor een constructie met procesfinanciering door derden, kan de rechter op basis van deze eis in combinatie met het algemene vereiste van voldoende gewaarborgde belangen onder meer de financieringsovereenkomst opvragen om te bekijken hoe daarin de invloed van de financier op de procedure is geregeld, en of die regeling niet in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van de benadeelden. De rechter kan dit onderdeel slechts marginaal toetsen. Voldoende is dat een rechtspersoon kan aangeven dat hij, op het moment van toetsing, over voldoende middelen beschikt of kan beschikken om de procedure te kunnen voeren. Daarnaast vereist art. 3:305 lid 2 sub d onder 8 BW dat de rechtspersoon beschikt over een algemeen toegankelijke internetpagina, waarop inzicht wordt gegeven in de berekening van de bijdrage van personen tot wier belangen de rechtsvordering strekt, voor zover deze bijdrage wordt gevraagd. Art. 3:305 lid 2 sub d BW is geïnspireerd op de transparantie-eisen zoals deze zijn opgenomen in de Claimcode 2019.

⁶ Art. 1018e lid 1 Rv.

⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 45 (MvT).

⁸ Stb. 2013, 255 en 256.

⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3, p. 5.

¹⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹¹ Volgens de wetgever kan bijv. acht worden geslagen op de overige werkzaamheden die de organisatie heeft verricht om zich voor de belangen van benadeelden in te zetten, of op de vraag of de organisatie in het verleden ook daadwerkelijk in staat is gebleken de eigen doestellingen te realiseren. Een aanwijzing kan voorts zijn het aantal benadeelden dat aangesloten is bij of lid is van de organisatie en de vraag in hoeverre benadeelden zelf de collectieve actie ondersteunen. Ook kan van betekenis zijn of de eisende organisatie aan de in de Claimcode opgenomen principes voldoet. Voorts kan bij een ad hoc opgerichte stichting van belang zijn of deze is opgericht door reeds bestaande organisaties die in het verleden succesvol de belangen van de betrokkenen hebben behartigd. Ook kan een aanwijzing zijn of de organisatie ter zake van de gebeurtenis waardoor velen gedupeerd zijn niet alleen voor de veroorzaker(s), maar bijv. ook voor de overheid als gesprekspartner is opgetreden. Het optreden als spreekbuis in de media kan ook een aanwijzing zijn. Bij de vraag in hoeverre betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij de collectieve actie ingesteld tegen een buitenlandse gedaagde, is van groot belang of een veroordelend vonnis daadwerkelijk ten uitvoer kan worden gelegd.

¹² Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT).

¹³ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 20 (MvT).

Hoewel de tekst van lid 2 van art. 3:305a BW anders doet vermoeden, heeft de wetgever expliciet benadrukt dat lid 2 van art. 3:305a BW de eis van voldoende gewaarborgde belangen (slechts) nader invult met ‘aanvullende ontvankelijkheidsvoorwaarden’ en deze nadere voorwaarden de ontvankelijkheidseisen uit lid 1 nader ‘preciseren’ en ‘versterken’.¹⁴ Met andere woorden: de eis dat de belangen voldoende moeten zijn gewaarborgd, behoudt een eigen (rest)functie.¹⁵ De rechter kan bij de beoordeling van de vraag of de belangen voldoende zijn gewaarborgd ook andere aspecten meenemen dan die zijn gecodificeerd in art. 3:305a lid 2 BW, zoals de toepassing van de principes van de Claimcode door de rechtspersoon.¹⁶ In collectieve acties op basis van art. 3:305a (oud) BW wordt de Claimcode als relevant gezichtspunt gezien voor de vraag of de belangen voldoende zijn gewaarborgd, maar uiteindelijk beslissend is of de feiten en omstandigheden van het geval, in onderling verband en in samenhang beschouwd, voldoende zijn om het oordeel te rechtvaardigen dat aan het waarborgvereiste is voldaan.¹⁷ Dat heeft ook te maken met het ‘pas toe of leg uit’-principe van de Claimcode. Het is mogelijk dat, hoewel de governance op zichzelf – in het licht van de Claimcode – onvoldoende waarborgen biedt, deze waarborgen op andere wijze worden geboden.¹⁸

Principe III van de Claimcode 2019 gaat over ‘externe financiering’. Dit principe luidt dat het bestuur zich ervan vergewist dat individuele bestuurders en leden van de raad van toezicht alsmede de door de belangenorganisatie ingeschakelde advocaat of andere dienstverleners zelfstandig en onafhankelijk zijn van de externe financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen, alsmede dat de externe financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen onafhankelijk zijn van de wederpartij in de collectieve actie. De financieringsovereenkomst dient te voorzien in een regeling die de zelfstandigheid en onafhankelijkheid waarborgt. Het bestuur dient erop toe te zien dat de financieringsvoorwaarden (waaronder begrepen de omvang en systematiek van de overeen te komen vergoeding) redelijkerwijs niet strijdig zijn met het collectieve belang van de (rechts)personen ten behoeve van wie de belangenorganisatie krachtens haar statutaire doelstelling optreedt. Principe III van de Claimcode 2019 stelt, kortom, strengere eisen aan externe procesfinanciering dan art. 3:305a lid 2 BW. Het lijkt er zelfs op dat principe III van de Claimcode 2019 strengere eisen aan externe procesfinanciering stelt dan de nieuwe richt-

lijn representatieve vorderingen voor consumenten, die wij hierna in paragraaf 3 bespreken. De vraag is wat dit voor gevolgen heeft. Dit bespreken wij in paragraaf 6.

Volgens de wetgever biedt art. 3:305a lid 2 BW in combinatie met het algemene waarborgvereiste als bedoeld in art. 3:305a lid 1 BW de rechter een handvat voor het ‘uitsluiten van gevallen waarin de Third Party Litigation Funding de belangen van de gedupeerden negatief kan beïnvloeden, zoals financieringsconstructies die aan een zorgvuldige belangenbehartiging in de weg staan, bijvoorbeeld omdat de financier volledige beslismacht krijgt over instemmen met een eventueel schikkingsvoorstel’.¹⁹ Uit het woord ‘bijvoorbeeld’ lijkt te volgen dat ook andere financieringsconstructies dan die waarin de financier volledige beslismacht heeft op grond van het huidige WAMCA-regime kunnen worden uitgesloten. Omdat procesfinanciering ten tijde van de totstandkoming van de WAMCA nog niet ‘wijdverbreid’ was in Nederland,²⁰ was er nog geen goed zicht op de positieve en negatieve gevolgen daarvan. Het is waarschijnlijk mede om die reden dat de wetgever de bevoegdheid van de rechter op grond van art. 3:305a lid 2 BW in combinatie met het algemene vereiste van voldoende gewaarborgde belangen in art. 3:305a lid 1 BW in de parlementaire geschiedenis ruim heeft omschreven.

Naast de WAMCA kunnen procesfinanciering en doorschiend claimgedrag ook aan andere wettelijke bepalingen worden getoetst. Denk bijvoorbeeld aan misbruik van (proces) recht (art. 3:13 BW).²¹ Een te hoog rendement zal onder omstandigheden ook kunnen leiden tot strijd met de openbare orde of goede zeden en daarmee tot nietigheid (art. 3:40 lid 1 BW).²² Daarnaast zullen de redelijkheid en billijkheid de afspraken tussen schuldeiser en schuldenaar nader kunnen aanvullen of beperken (art. 6:2 en 6:248 BW). Een beroep op de hiervoor genoemde bepalingen (met uitzondering van art. 3:13 BW) staat echter wel alleen open voor de partijen bij de procesfinancieringsovereenkomst, en dus niet voor de achterliggende groep eisers of hun wederpartij(en). De eisers kunnen uiteraard wel een beroep doen op art. 3:40 lid 1, 6:2 en

19 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11 en 12 (MvT).

20 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11 en 12 (MvT).

21 Zie bijv. Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512, waarin de rechtbank oordeelde dat Loterijverlies misbruik van recht maakte omdat (1) zij om oneigenlijke motieven een collectieve actie tegen de Staatsloterij was gestart en (2) de belangen van de personen voor wie zij zei op te treden bij haar onvoldoende waren gewaarborgd. Deze uitspraak is in hoger beroep bekrachtigd (Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3289). De auteurs van dit artikel zijn bij de procedures die hebben geresulteerd in deze uitspraken betrokken geweest.

22 Vgl. bijv. Hof ’s-Hertogenbosch 5 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3187, r.o. 3.5.3, waarin het hof ter zake een leenovereenkomst oordeelde dat hoewel het partijen vrijstaat om een bepaalde rente overeen te komen en het rentepercentage hoger zal zijn naarmate het risico voor de uitlener stijgt dat de schuld niet of niet geheel zal worden ingelost, een al te hoge rente (woekerrente) onder omstandigheden zal kunnen leiden tot strijd met de openbare orde of goede zeden en daarmee tot nietigheid van de rentebepaling (art. 3:40 lid 1 BW).

14 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT).

15 Zie hierover ook A.J. Meijerink, Procesfinancieringseisen in de Richtlijn representatieve vorderingen en de WAMCA. Niets nieuws onder de zon of werk aan de winkel voor de Nederlandse wetgever?, MvV 2021, afl. 11, p. 377 en voetnoot 33 met de daarin genoemde verwijzingen.

16 Zie hierover bijv. B.M. Katan & D.L. Barbiers, De Richtlijn representatieve vorderingen komt eraan. Wat te doen met de WAMCA?, NTBR 2019/27, voetnoot 26, waarin zij opmerken dat een rol voor de Claimcode 2019 vooral nog weggelegd is in geval van een ‘resttoetsing’ aan het algemene vereiste van ‘voldoende waarborgen’ en (mogelijk) de interpretatie van de concrete vereisten in lid 2 van art. 3:305a BW.

17 Zie bijv. Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157.

18 Zie bijv. Rb. Rotterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9219.

6:248 BW voor zover het gaat om overeenkomsten die zijn gesloten tussen de eisers en de 3:305a-entiteit.

3 Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten

De richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten verplicht lidstaten (1) een collectieve schadevergoedingsactie voor consumenten in te voeren en (2) een lijst op te stellen met organisaties die collectieve acties kunnen beginnen in een andere lidstaat (grensoverschrijdende collectieve acties). Onder ‘consument’ wordt onder de richtlijn verstaan een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit van die persoon.²³ In het kader van de verplichte collectieve schadevergoedingsactie en het verplichte lijstensysteem worden ook eisen gesteld aan procesfinanciering door derden.

3.1 Eisen aan procesfinanciering in verplichte collectieve schadevergoedingsactie

Considerans 10 van de richtlijn bepaalt dat het belangrijk is te zorgen voor de noodzakelijke balans tussen het verbeteren van de toegang voor consumenten tot de rechter en het verschaffen van passende waarborgen voor handelaren tegen misbruik van procesrecht, dat het vermogen van ondernemingen om activiteiten te verrichten op de interne markt zou belemmeren zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Om misbruik van representatieve vorderingen te voorkomen, moeten regels worden vastgesteld inzake bepaalde procedurele aspecten, zoals de financiering van bevoegde instanties.

Art. 10 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat bij representatieve vorderingen die door derden worden gefinancierd belangenconflicten worden voorkomen, en dat de financiering door derden die een economisch belang hebben bij het instellen of het resultaat van de representatieve vordering er niet toe leidt dat de representatieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten. Art. 10 lid 2 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten er *met name* voor zorgen dat (1) de besluiten van bevoegde instanties in het kader van een representatieve vordering niet onrechtmatig door een derde worden beïnvloed ten nadele van de collectieve belangen van de consumenten die bij de representatieve vordering zijn betrokken (sub a), en (2) de representatieve vordering niet wordt ingesteld tegen een verweerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder van wie de financier afhankelijk is (sub b). Uit de woorden ‘met name’ kan worden afgeleid dat art. 10 lid 2 van de richtlijn het vereiste van art. 10 lid 1 van de richtlijn nader invult, maar geen limitatieve opsomming bevat. Art. 10 lid 3 van de richtlijn bepaalt verder dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de rechtbanken of administratieve autoriteiten de bevoegdheid hebben om de naleving van deze verplichtingen te beoordelen in gevallen waarin er over deze naleving gereede twijfel rijst. De bevoegde instanties dienen de rechtbank of de admi-

nistratieve autoriteit daartoe een financieel overzicht met de financieringsbronnen te verstrekken. Art. 10 lid 4 van de richtlijn bepaalt ten slotte dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de rechtbank of de administratieve autoriteit de bevoegdheid heeft om passende maatregelen te treffen. Als voorbeelden worden genoemd:

1. de bevoegde instantie verplichten om de financiering in kwestie te weigeren of te wijzigen; en
2. het verwerpen van de procesbevoegdheid van de bevoegde instantie in het kader van een specifieke representatieve vordering.

De richtlijn noch de parlementaire geschiedenis bij de richtlijn laat zich nader uit over de begrippen ‘concurrent’ en ‘afhankelijk’ in art. 10 lid 2 sub b van de richtlijn. Overweging 52 van de richtlijn bepaalt in dit verband alleen dat ervan uit moet worden gegaan dat de directe financiering van een specifieke representatieve vordering door een handelaar die op dezelfde markt actief is als de verweerder, een belangenconflict impliceert, aangezien de concurrent een economisch belang bij het resultaat van de representatieve vordering zou kunnen hebben dat niet overeenstemt met het belang van de consument.

3.2 Eisen aan procesfinanciering in het kader van het verplichte lijstensysteem

Art. 4 lid 3 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten instanties kunnen aanwijzen als bevoegde instanties voor het instellen van grensoverschrijdende representatieve vorderingen indien zij voldoen aan de in sub a t/m f genoemde criteria. Een aantal van deze criteria ziet ook op procesfinanciering door derden. Sub e vereist onder andere dat de instantie niet afhankelijk is en niet wordt beïnvloed door personen die geen consumenten zijn en die een economisch belang hebben bij het instellen van een representatieve vordering, onder meer in geval van financiering door derden. De instantie dient te beschikken over procedures die dergelijke beïnvloeding voorkomen en die belangenconflicten tussen haar eigen belangen, die van haar financiers en de consumentenbelangen voorkomen. Op grond van sub f dient de instantie via passende middelen en in duidelijke en begrijpelijke taal informatie openbaar te maken waaruit blijkt dat zij aan de criteria in sub a t/m f voldoet. Ook dient zij informatie openbaar te maken over haar financieringsbronnen, haar organisatie-, bestuurs- en lidmaatschapsstructuur, haar statutaire doel en haar activiteiten.

4 Implementatie richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten in Nederland

Met de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten wordt de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten in Nederland geïmplementeerd. Deze wet is op 25 juni 2023 in werking getreden en is van toepassing op collectieve acties ingesteld op of na 25 juni 2023 (voor zover deze onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen).²⁴ Omdat Nederland sinds 2020 al een collectieve scha-

²³ Art. 3 lid 1 van de richtlijn.

²⁴ Art. 22 lid 1 van de richtlijn.

devergoedingsactie kent (de WAMCA), is de WAMCA alleen aangepast waar de richtlijn aanvullende regels stelt.

De wetgever vond het niet nodig om art. 10 lid 1 en 2 sub a van de richtlijn om te zetten. Deze verplichtingen zouden al zijn omgezet in het bestaande art. 3:305a lid 2 sub c BW.²⁵ Dat artikel vereist als gezegd dat een organisatie beschikt over voldoende middelen voor het financieren van de collectieve actie en daarover voldoende zeggenschap heeft. Daarbij moet de zeggenschap over de collectieve actie in voldoende mate bij de organisatie liggen en dus niet bij de financier. De verplichting zoals opgenomen in art. 10 lid 2 sub b van de richtlijn stond volgens de wetgever nog niet in de WAMCA. Voor de omzetting van dat artikel is aan art. 3:305a lid 2 BW een nieuw onderdeel f toegevoegd, dat bepaalt dat een financier geen collectieve actie mag financieren tegen zijn concurrent of tegen iemand van wie de financier afhankelijk is. Sub f is beperkt tot de richtlijngevallen (representatieve vorderingen voor consumenten) om een werklustverzwaring voor de rechterlijke macht te voorkomen.²⁶ Via de schakelbepaling van art. 3:305c lid 2 BW is art. 3:305a lid 2 sub f BW ook van toepassing op een collectieve actie die valt binnen het toepassingsgebied van de richtlijn en die is ingesteld door een buitenlandse organisatie.

De wetgever heeft op verzoek van Stichting Wakkerpolis²⁷ benadrukt dat de termen ‘concurrent’ en ‘afhankelijk’ restrictief moeten worden geïnterpreteerd.²⁸ Het kan zijn dat professionele financiers die zelf geen concurrent zijn van de gedaagde of daarvan afhankelijk zijn, op hun beurt financiering ontvangen van bijvoorbeeld aandeelhouders of investeringsfondsen. Als die aandeelhouders of investeringsfondsen wél concurreren met de gedaagde of daarvan afhankelijk zijn, maakt dit de financiering niet ontoelaatbaar, aldus de wetgever.

Art. 3:305e BW heeft onder andere art. 4 lid 3 van de richtlijn omgezet. Het artikel stelt eisen waaraan Nederlandse organisaties die een grensoverschrijdende collectieve actie willen starten, moeten voldoen. Volgens de wetgever kunnen door de overeenkomsten tussen de eisen van de WAMCA en die van de richtlijn alle eisen voor organisaties uit de WAMCA ook van toepassing zijn om de eisen uit de richtlijn voor grensoverschrijdende collectieve acties om te zetten. Art. 3:305e lid 2 BW verklaart daarom de eisen voor de organisatie zoals neergelegd in art. 3:305a lid 2 sub a, b en d, 3 sub a en 5 BW ook van toepassing op Nederlandse organisaties voor grensoverschrijdende collectieve acties. De eisen in de richtlijn die niet terug te vinden zijn in de WAMCA voegt art. 3:305e lid 2 BW afzonderlijk toe.²⁹ Voor zover het gaat om procesfinanciering

door derden, bepaalt art. 3:305e lid 2 BW dat uit de informatie op de website van de rechtspersoon moet blijken wat de algemene financieringsbronnen van de rechtspersoon zijn (sub b). Omdat deze bijdrage is beperkt tot collectieve acties in *Nederland* op grond van de WAMCA, laten wij dit artikel hierna verder buiten beschouwing.

5 Voorstel Europees Parlement richtlijn inzake regulering van procesfinanciering

Het Europees Parlement heeft op 25 juli 2022 een ontwerp-resolutie ingediend met daarin een voorstel voor een richtlijn inzake regulering van procesfinanciering.³⁰ Dit deed het Europees Parlement op basis van art. 225 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), dat het initiatiefrecht behelst van het Europees Parlement. Op grond daarvan kan het Europees Parlement de Europese Commissie verzoeken een voorstel te doen voor een richtlijn of verordening.

Uit de toelichting bij de ontwerp-resolutie blijkt dat het doel daarvan is Europese burgers te behoeden voor de oneerlijke uitkomst van rechtszaken waarmee kennelijk duizenden Australiërs, en andere mensen wereldwijd, waaronder in Canada en de Verenigde Staten, in de afgelopen jaren zijn geconfronteerd. In dat verband wordt verwezen naar een uitspraak van Attorney-General Martin Pakula van de Australische Labour Party uit 2017:

‘Het is ongelooflijk frustrerend wanneer iemand een zaak wint en vervolgens met bijna lege handen naar huis gaat omdat al het geld naar oneerlijke proceskosten is gegaan. (...) Het moet eindelijk eens afgelopen zijn met de buitensporige tarieven die door procesfinanciers in rekening worden gebracht.’

Naar aanleiding van de door procesfinanciering door derden veroorzaakte problemen zijn procesfinanciers in Australië sinds kort verplicht een Australische vergunning voor financiële dienstverleners aan te vragen.

In de toelichting bij de ontwerp-resolutie wordt het standpunt van bepaalde beleidsmakers verworpen dat Europa immuun is voor problemen in verband met procesfinanciering. Volgens het Europees Parlement hebben de problemen in Australië, Canada, de Verenigde Staten en Europa immers één belangrijk element gemeen: financiers die streven naar winstmaximalisatie ten koste van eisers.³¹ Alleen sterke wettelijke waarborgen in combinatie met een degelijke kennis van de toepassing van procesfinanciering zouden Europa voor de scenario's die zich in andere delen van de wereld hebben voorgedaan, kunnen be-

25 Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3, p. 24.

26 Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3, p. 17 en 19.

27 Stichting Wakkerpolis is een belangenbehartigingsorganisatie die zich focust op het verkrijgen van schadevergoedingen voor mensen met een leggingverzekering.

28 Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3, p. 19 en 24.

29 Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3, p. 29.

30 Verslag van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoorde particuliere procesfinanciering (2020/2130(INL)) van 25 juli 2022: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218_NL.pdf.

31 Verslag van het Europees Parlement met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoorde particuliere procesfinanciering (2020/2130(INL)) van 25 juli 2022: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218_NL.pdf, p. 36.

hoeden. Uit de toelichting bij de ontwerp-resolutie blijkt verder niet waarom redelijkerwijs te verwachten valt dat de kenmerkend in Australië, Canada en de Verenigde Staten levende problemen zullen overwaaien naar Europa. Er worden ook geen concrete voorbeelden genoemd van problemen die zich al zouden voordoen in Europa. Slechts in algemene zin wordt gesteld dat er verschillende voorbeelden zouden zijn van procesfinanciers die feitelijk de controle over een rechtszaak overnemen om een maximaal rendement te behalen of aandringen op een schikking, zonder daarbij rekening te houden met de eerlijkheid van de financiële uitkomst voor de gefinancierde eisende partij. Op basis van ons beperkte onderzoek hebben wij niet kunnen vaststellen of deze problemen zich (ook) structureel in Europa voordoen. Ten tijde van de totstandkoming van de WAMCA waren deze problemen in Nederland in ieder geval nog niet gesignaleerd.³² In theorie zouden deze problemen zich uiteraard wel voor kunnen (gaan) doen.

In de ontwerp-resolutie zelf overweegt het Europees Parlement dat procesfinanciering, indien zij naar behoren zou worden gereguleerd, vaker gebruikt zou kunnen worden als instrument om de toegang tot de rechter te ondersteunen.³³ Het Europees Parlement wijst er tegelijkertijd op dat bij gerechtelijke procedures betrokken procesfinanciers in hun eigen economisch belang kunnen handelen, en niet in het belang van de eisers.³⁴ Het Europees Parlement verwacht dat in de komende jaren procesfinanciering een steeds grotere rol zal gaan spelen.³⁵ Vanwege het huidige gebrek aan regelgeving bestaat er volgens het Europees Parlement een risico dat procesfinanciers op niet-transparante wijze te werk gaan, als gevolg waarvan het kan voorkomen dat rechtbanken vergoedingen aan eisers toekennen zonder te beseffen dat een deel van de vergoeding, dat soms niet in verhouding staat tot de vergoeding, vervolgens naar procesfinanciers zal gaan.³⁶ Volgens het Europees Parlement moeten voor alle soorten vorderingen doeltreffende waarborgen gelden, en niet alleen voor vorderingen namens consumenten waartoe het toepassingsbereik van de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten beperkt is.³⁷

Om de hiervoor genoemde redenen beveelt het Europees Parlement aan een vergunningssysteem voor procesfinanciers tot stand te brengen om ervoor te zorgen dat eisers doeltreffende mogelijkheden worden geboden om gebruik te maken van procesfinanciering, alsook dat passende waarborgen worden ingesteld.³⁸ Het Europees Parlement stelt in dat verband voor om vereisten inzake *corporate governance* in te voeren en toezichthoudende organen in te stellen om eisers te beschermen en te waarborgen dat er alleen financiering wordt verstrekt door entiteiten die zich ertoe verbinden aan minimumnor-

men voor transparantie, onafhankelijkheid, governance en kapitaaltoereikendheid te voldoen en een fiduciaire relatie te onderhouden met eisers en beoogde begunstigden. Verder beveelt het Europees Parlement aan:³⁹

1. procesfinanciers te verplichten een fiduciaire zorgplicht in acht te nemen op grond waarvan zij gehouden zijn in het belang van eiser te handelen;
2. waarborgen vast te stellen om potentiële belangenconflicten te voorkomen, de rechten van eisers neer te leggen en te eisen dat relaties tussen procesfinanciers en andere betrokken partijen openbaar worden gemaakt;
3. procesfinanciers in beginsel niet toe te staan gefinancierde partijen tijdens de procedure in de steek te laten, met als gevolg dat eisers geheel aansprakelijk worden gesteld voor alle kosten van de rechtszaak die mogelijk enkel vanwege de betrokkenheid van de financier is aangespannen;
4. procesfinanciers te verplichten de kosten van de verweerder op zich te nemen indien de eiser het proces verliest;
5. wettelijke limieten te stellen aan het deel van de toegewezen vergoeding waarop procesfinanciers recht hebben in geval van een gunstige uitspraak of schikking en op basis van een contractuele regeling;
6. te verplichten dat transparantie wordt betracht wat betreft de betrokkenheid van procesfinanciers bij gerechtelijke procedures, en dat eisers en hun advocaten onder meer de financieringsovereenkomsten aan de rechtbank openbaar maken op verzoek van de rechtbank of naar aanleiding van een door de verweerder bij de rechtbank ingediend verzoek; en
7. een klachtenmechanisme in het leven te roepen om de handhaving van de vastgestelde wetgeving voor toezichthoudende autoriteiten, rechtbanken en administratieve autoriteiten te vergemakkelijken.

Het Europees Parlement verzoekt de Europese Commissie de ontwikkeling van procesfinanciering door derden in de lidstaten nauwlettend te volgen en daarbij bijzondere aandacht te besteden aan de uitvoering van de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten. Het Europees Parlement zou willen dat na het verstrijken van de termijn voor toepassing van de richtlijn (25 juni 2023) de Europese Commissie een voorstel indient voor een richtlijn tot vaststelling van gemeenschappelijke minimumnormen op EU-niveau voor commerciële procesfinanciering door derden. In die bijlage bij de ontwerp-resolutie zijn de hiervoor beschreven aanbevelingen door het Europees Parlement in een voorstel voor een richtlijn vervat.⁴⁰ Of de Europese Commissie naar aanleiding van de ontwerp-resolutie van het Europees Parlement met een voorstel zal komen voor een richtlijn inzake procesfinanciering is nog onduidelijk. Waarschijnlijk zal de Europese Commissie eerst de implementatie van de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten willen evalueren.

32 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11 en 12 (MvT).

33 Overweging C.

34 Overweging E.

35 Overweging J.

36 Overweging K.

37 Overweging L.

38 Par. 6.

39 Par. 7 t/m 13.

40 Par. 14.

6 Gevolgen van initiatieven voor collectieve acties in Nederland op grond van de WAMCA

Wat betekenen deze initiatieven op Europees niveau voor collectieve acties in Nederland op grond van de WAMCA?

Als gezegd is de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten op 25 juni 2023 in werking getreden en is deze van toepassing op collectieve acties ingesteld op of na 25 juni 2023.⁴¹ Voor collectieve acties die op 25 juni 2023 reeds aanhangig waren, heeft de richtlijn dus geen gevolgen. Het nieuwe art. 3:305a lid 2 sub f BW is dus niet op deze collectieve acties van toepassing. De vraag is echter of een rechter de omstandigheid dat een procesfinancier een collectieve actie financiert tegen zijn concurrent of tegen iemand van wie de financier afhankelijk is niet toch al kan of zou moeten meenemen in de beoordeling of de belangen voldoende gewaarborgd zijn op grond van art. 3:305a lid 1 BW. Zoals gezegd kan de rechter bij die beoordeling ook andere aspecten (dan die zijn opgenomen in art. 3:305a lid 2 BW) meenemen, zoals de toepassing van de principes van de Claimcode door de rechtspersoon. Principe III van de Claimcode 2019 vereist als gezegd dat het bestuur zich ervan vergewist dat de externe financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen onafhankelijk zijn van de wederpartij in de collectieve actie. Dit principe lijkt verder te gaan dan art. 3:305a lid 2 sub f BW. Ten aanzien van dat artikel heeft de wetgever immers uitdrukkelijk verklaard dat indien de procesfinancier zelf niet, maar de aandeelhouders of investeringsfondsen van die financier wel concurreren met de gedaagde of daarvan afhankelijk zijn, de financiering niet ontoelaatbaar is. Principe III lijkt echter te vereisen dat (het bestuur zich ervan vergewist dat) ook de aan de externe financier middellijk verbonden (rechts)personen onafhankelijk zijn van de wederpartij in de collectieve actie. Bovendien is art. 3:305a lid 2 sub f BW beperkt tot vorderingen voor consumenten en principe III van de Claimcode 2019 niet. Aangezien een minder vergaande verplichting is opgenomen in art. 3:305a lid 2 sub f BW, ligt het naar onze mening niet voor de hand dat een rechter principe III uit de Claimcode (zwaar) laat meewegen in de toets op grond van art. 3:305a lid 1 BW of de belangen voldoende zijn gewaarborgd, in geval van collectieve acties die reeds aanhangig waren op 25 juni 2023 en waarop de richtlijn dus niet van toepassing is. Dit hoeft ook niet; als gezegd kent de Claimcode het principe van ‘pas toe of leg uit’ en hoeft aan afwijkingen van de Claimcode dus niet noodzakelijk de voorwaarde te worden verbonden dat de belangen niet voldoende zijn gewaarborgd. Maar de rechter kan dit (in theorie) wel.

Op collectieve acties die op of na 25 juni 2023 zijn of worden ingesteld, zijn de nieuwe bepalingen uit de Implementatiewet van toepassing. (Alleen) voor zover die collectieve actie is ingesteld voor consumenten, geldt de eis dat de financier geen collectieve actie mag financieren tegen zijn concurrent of tegen iemand van wie de financier afhankelijk is. Hoewel de wetge-

ver als gezegd heeft verduidelijkt dat de termen ‘concurrent’ en ‘afhankelijk’ restrictief moeten worden geïnterpreteerd en de financiering niet toelaatbaar is indien de aandeelhouders of investeringsfondsen van de financier concurreren met de gedaagde of daarvan afhankelijk zijn, is er vooralsnog weinig *guidance* voorhanden hoe deze termen moeten worden geïnterpreteerd. Uit de beslisnota valt af te leiden dat in ieder geval niet is toegestaan dat Mercedes optreedt als financier van de stichting in de zaak tegen Volkswagen.⁴² Maar wat wordt precies verstaan onder ‘afhankelijk’? Deze term laat veel ruimte voor interpretatie. Is een procesfinancier bijvoorbeeld ook afhankelijk van de gedaagde indien hij een minderheidsbelang in de gedaagde heeft? Er zal moeten worden gewacht op rechtspraak hierover.

Verder moet er rekening mee worden gehouden dat op enig moment de eisen aan procesfinanciering op Europees niveau nog verder worden aangescherpt door invoering van een nieuwe richtlijn voor commerciële procesfinanciering door derden. Of de Europese Commissie daartoe zal overgaan en of de uiteindelijke richtlijn eruit zal komen te zien zoals thans is voorgesteld door het Europees Parlement is (nog) niet duidelijk. Wel zou de ontwerpresolutie nu al haar schaduw vooruit kunnen werpen, in die zin dat zij mede de open normen zou kunnen inkleuren die de rechter gebruikt bij – bijvoorbeeld – de vraag of bij bepaalde vormen van procesfinanciering de belangen voldoende zijn gewaarborgd als bedoeld in art. 3:305a lid 1 BW.

Ten aanzien van de in de voorgestelde richtlijn voor commerciële procesfinanciering door derden opgenomen transparantieregeling (onder 6 hierboven) is in de literatuur reeds de vrees geuit dat deze regeling zal leiden tot een buitenproportionele belasting van de collectieve actie voor alle partijen, inclusief de rechter.⁴³ De Raad voor de rechtspraak uitte al eerder (in zijn advies inzake de Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten) de zorg dat mogelijk te veel wordt verlangd van de controlerende taak van de rechter op dit terrein.⁴⁴ Door sommigen wordt daarom gepleit voor het behouden van de bestaande praktijk, waarin de rechter alleen in gevallen waarin evident sprake is van (een vergroot risico op) excessen streng en intensief toetst.⁴⁵

7 Conclusie

Het is uiteraard zaak om excessieve vormen van procesfinanciering tegen te gaan. Op basis van ons beperkte onderzoek hebben wij echter niet kunnen vaststellen of er in Europa structurele problemen (te verwachten) zijn, waarbij het stre-

⁴² Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 36034, nr. 3, p. 2.

⁴³ Zie hierover bijv. de noot van T.M.C. Arons bij Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3039, TOR 2022/23.

⁴⁴ Zie www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2021-29-advies-implementatiewet-richtlijn-representatieve-vorderingen-consumenten.pdf. Zie hierover ook B.M. Katan, Toetsing van commerciële procesfinanciering: naar een evenwichtig stelsel, NTBR 2021/33.

⁴⁵ Zie hierover bijv. de noot van T.M.C. Arons bij Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3039, TOR 2022/23.

⁴¹ Art. 22 lid 1 van de richtlijn.

ven naar winstmaximalisatie door procesfinanciers leidt tot inadequate vergoedingen aan eisers. In de toelichting bij de ontwerp-resolutie van het Europees Parlement worden daar ook geen concrete voorbeelden van gegeven. Ten tijde van de totstandkoming van de WAMCA waren deze problemen in Nederland in ieder geval nog niet gesignaleerd. Of de introductie van een vergunningssysteem zoals voorgesteld door het Europees Parlement en daarmee verband houdende kapitaal-eisen en andere voorschriften de toegang tot de rechter zullen vergroten, valt ook nog te bezien.

De Nederlandse rechter beschikt daarnaast al over een juridisch instrumentarium waarbij aan de hand van diverse open normen paal en perk kan worden gesteld aan excessieve financieringsarrangementen en doorschietend claimgedrag. In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever expliciet benadrukt dat de rechter op basis van art. 3:305a lid 2 sub c BW in combinatie met de centrale norm van art. 3:305a lid 1 BW dat de belangen voldoende moeten zijn gewaarborgd, gevallen kan uitsluiten waarin procesfinanciering de belangen van gedupeerden negatief kan beïnvloeden. Deze centrale en open norm is – ook in het kader van procesfinanciering – van groot belang en geeft de rechter reeds een bepaalde mate van flexibiliteit die per casustype nader kan worden ingevuld. De vraag is of de huidige initiatieven hier iets aan toevoegen en niet leiden tot onnodige belasting van de collectieve actie.

Tegelijkertijd is het wat ons betreft goed nieuws dat er nu en in de toekomst (mogelijk) een aantal zaken verduidelijkt wordt, of zal worden. Dat is niet alleen in het belang van eisers en beoogde begunstigden. Ook aangesproken ondernemingen verdienen bescherming tegen financieringsconstructies en daaruit voortvloeiend claimgedrag waarbij hun gerechtvaardigde belangen onvoldoende in acht worden genomen. Dit is door de wetgever expliciet onderkend.⁴⁶ Bij de huidige stand van zaken kunnen ondernemingen worden opgezadeld met onbetaald gelaten proceskostenveroordelingen en overige schade waarvoor geen verhaal wordt geboden omdat het claimvehikel geen andere activa heeft dan een vordering op haar financier en de financier zich niet gehouden voelt de schade veroorzaakt door het vehikel voor zijn rekening te nemen. De huidige initiatieven bieden verdere bescherming op dit punt.

⁴⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3, p. 5.