

## WETENSCHAP

# Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?

*A. van der Krans*

## 1 Inleiding

Op 19 maart 2019 is de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) door de Eerste Kamer aangenomen. Inwerkingtreding wordt verwacht voor 1 oktober 2019. Deze wet maakt het eenvoudiger om massaschadegevallen collectief af te wikkelen via de Nederlandse rechter. Nederland loopt op het gebied van collectieve acties al sinds jaar en dag voorop in Europa. Sinds begin jaren negentig kan een belangenorganisatie met een collectieve actie een verklaring voor recht vorderen. Op dit moment is een collectieve vordering tot schadevergoeding echter niet mogelijk. Na de inwerkingtreding van de WAMCA zal het collectief vorderen van schadevergoeding wel mogelijk zijn, een belangrijke ontwikkeling op het gebied van het collectief schadevergoedingsrecht in Europa. In dit artikel zal ik eerst kort de huidige situatie schetsen, waarna ik de WAMCA zal bespreken en een aantal kritische noten zal plaatsen en aanbevelingen zal doen.

## 2 Huidig recht: art. 3:305a BW en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)

### 2.1 *Collectieve actie onder Nederlands recht*

Collectieve acties zijn onder het huidige Nederlandse recht mogelijk. Art. 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) regelt namelijk dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Collectieve acties kunnen worden onderscheiden in groepsacties en in algemeen-belangacties. Art. 3:305a BW spreekt namelijk over ‘andere personen’. Het kan dus zowel gaan om belangen van gedupeerden die zijn te individualiseren, als om belangen met een algemeen karakter.

### 2.2 *Geen collectieve actie tot schadevergoeding*

Deze collectieve actie kan echter niet strekken tot een rechtsvordering tot schadevergoeding te voldoen in geld.<sup>1</sup> Het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is namelijk dat schadevergoeding dient te worden uitgekeerd aan de personen die deze schade hebben geleden, en dus niet aan een organisatie die de belangen van deze personen behartigt. Bovendien is de gedachte dat de vraag of jegens een

1 Art. 3:305a lid 3 BW.

A. van der Krans

bepaald persoon onrechtmatig is gehandeld, en of die persoon daardoor schade heeft geleden, slechts individueel is te beantwoorden. Een collectieve actie strekkende tot schadevergoeding in geld zou daarom niet wenselijk zijn. Een collectieve actie strekkende tot schadevergoeding niet in geld, maar in natura is wel mogelijk onder art. 3:305a BW. Hierbij kan worden gedacht aan een natuurgebied dat door een organisatie is vervuild, waarbij een belangenorganisatie namens naaste bewoners van de betreffende organisatie vordert dat het vervuilde natuurgebied wordt hersteld. Daarnaast is het mogelijk om een verklaring voor recht te vorderen dat een gedraging onrechtmatig is, waarmee in beginsel schadeplichtigheid vaststaat. Met een dergelijke verklaring voor recht in de hand hebben individuele benadeelden een sterke positie in schikkingsonderhandelingen met de aansprakelijke partij over de afwikkeling van de schade.

### 2.3 *Wet collectieve afwikkeling massaschade*

In 2005 is de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) in werking getreden. Aanleiding voor het in het leven roepen van de WCAM was de DES-zaak.<sup>2</sup> In de DES-zaak ging het om niet-vermelde bijwerkingen van het gebruik van het geneesmiddel DES tijdens de zwangerschap. Dit geneesmiddel veroorzaakte lichamelijke aandoeningen bij kinderen – met name meisjes – die uit die zwangerschap werden geboren. Een aantal van deze ‘DES-dochters’ heeft enkele farmaceutische bedrijven die het geneesmiddel verkochten aansprakelijk gesteld voor de geleden schade. Na het arrest van de Hoge Raad, dat bepaalde dat iedere fabrikant hoofdelijk kon worden aangesproken voor de geleden schade, is uiteindelijk een schikking tot stand gekomen tussen de belangenbehartiger van de DES-dochters en de farmaceutische bedrijven (en hun verzekeraars). Na inwerkingtreding van de WCAM is de getroffen schikking in 2006 door het hof algemeen verbindend verklaard.<sup>3</sup>

De WCAM voorziet in de mogelijkheid om een tussen een collectieve belangenbehartiger en een aansprakelijke partij gesloten vaststellingsovereenkomst over de afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige schadevorderingen door de rechter verbindend te laten verklaren voor de hele groep benadeelden. Na de algemeenverbindendverklaring is de vaststellingsovereenkomst ook van toepassing op de benadeelden die geen partij waren bij deze overeenkomst, tenzij zij kiezen voor een opt-out. De WCAM is in het leven geroepen om een aantal redenen. De WCAM biedt namelijk voor zowel de benadeelden als de aansprakelijke partij voordelen. Voor benadeelden heeft de WCAM het voordeel dat zij geen lange individuele gerechtelijke procedure hoeven te voeren om hun schade vergoed te krijgen. Voor de aansprakelijke partij en haar verzekeraar geldt dat zij niet worden betrokken in een veelheid van individuele procedures.<sup>4</sup> Naast deze voordelen voor partijen zijn er ook nog algemene voordelen. Door de WCAM wordt de kans op tegenstrijdige uitspraken, door verschillende rechters die verschillend oordelen

2 HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535 (DES-dochters).

3 Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461.

4 Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 1 (MvT).

over individuele vorderingen, verkleind.<sup>5</sup> Daarnaast heeft het feit dat minder individuele procedures worden gevoerd tot gevolg dat er minder kosten worden gemaakt en er minder inspanningen hoeven te worden geleverd voor de beantwoording van identieke vragen.

Niet iedere individuele benadeelde hoeft onderdeel uit te maken van het collectief. De WCAM kent de mogelijkheid tot opt-out. Indien een individuele benadeelde van deze mogelijkheid gebruikmaakt, dan geldt de algemeen verbindend verklaarde vaststellingsovereenkomst niet voor hem of haar. Die individuele benadeelde is in dat geval vrij zelf onderhandelingen te voeren met de aansprakelijke partij, en eventueel alsnog een individuele procedure te starten.

### 3 Wetsvoorstel Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie

#### 3.1 Hoofdlijnen WAMCA

Op 12 januari 2018 stuurde de minister voor Rechtsbescherming een nota van wijziging bij het wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie naar de Kamer.<sup>6</sup> Het wetsvoorstel is inmiddels ruim zes jaar in voorbereiding. De onmiddellijke aanleiding voor het wetsvoorstel was de motie Dijkema van 3 november 2011. Daarin verzocht de Tweede Kamer de minister om ‘een stappenplan om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen’.<sup>7</sup> Na een eerste voorontwerp,<sup>8</sup> dat op veel kritiek stuitte,<sup>9</sup> heeft een groep van praktijkjuristen uit de massaschadepraktijk een aantal concrete aanbevelingen gedaan.<sup>10</sup> Op basis van deze aanbevelingen bood het ministerie de Tweede Kamer op 15 november 2016 een volledig nieuw wetsvoorstel aan (hierna: het Wetsvoorstel).<sup>11</sup>

Het Wetsvoorstel voorziet in één regime voor collectieve vorderingsprocedures op grond van art. 3:305a BW, ongeacht of ze strekken tot schadevergoeding in geld. Alle collectieve acties worden aangetekend in een centraal register. Als meer belangenorganisaties een collectieve vordering willen instellen naar aanleiding van dezelfde gebeurtenis(sen), wijst de rechter uit hun midden de meest geschikte

5 C.W.M. Lieveerse, *Collectieve afwikkeling van massaschade*, TvE 2004, afl. 5, p. 88.

6 Kamerstukken II 2017/18, 34608, 7.

7 Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, 14.

8 Ontwerp-MvT, consultatieversie juli 2014, p. 50 (te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/motiedijkema](http://www.internetconsultatie.nl/motiedijkema)).

9 M.F.W. Bosters, R.M. Hermans, J.W. de Jong, A. Knigge, J.S. Kortmann, A.F.J.A. Leijten, J.F. Ouwehand, A. Raaijmakers, D.F. Lunsingh Scheurleer, J. de Bie Leuveling Tjeenk, B.W.G. van der Velden & G.J.M. Verburg, *Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie*, NJB 2015/1138. Zie voor een overzicht van de verschillende reacties J.M.L. van Duin & R.S.I. Lawant, *Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?*, TCR 2015, afl. 1, p. 7-15.

10 De aanbevelingen van 7 december 2015 waren gevoegd als bijlage bij het nader rapport *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie van 10 november 2016*, Kamerstukken II 2016/17, 34608, 4.

11 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 2.

A. van der Krans

organisatie aan als ‘exclusieve belangenbehartiger’. De ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties worden daarbij aangescherpt op het punt van governance, financiering en representativiteit. Na aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger kunnen gedupeerden zich aan de collectieve belangenbehartiging onttrekken door gebruik te maken van een (in het Wetsvoorstel van 2016: eenmalige) mogelijkheid tot ‘opt-out’. De latere uitspraak van de rechter in de collectieve vorderingsprocedure is vervolgens bindend voor alle gedupeerden die geen gebruik hebben gemaakt van die mogelijkheid.

### 3.2 *De stadia van de collectieve schadevergoedingsactie*

- 1 Uitnodiging tot overleg in de zin van art. 3:305a lid 3 sub c BW. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde is daarvoor in elk geval voldoende. De huidige wet bevat een vergelijkbare bepaling.
- 2 De 305a-organisatie dient vervolgens de procesinleiding op te stellen en in te dienen.<sup>12</sup> De procesinleiding dient onder andere het volgende te bevatten: (1) een omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft, (2) een omschrijving van de personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt, (3) een omschrijving van de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn, (4) een omschrijving van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW, en (5) de gegevens die de rechter (zo nodig) in staat stellen om voor deze collectieve vordering een exclusieve belangenhartiger (hierna: EB) aan te wijzen.
- 3 De 305a-organisatie dient vervolgens over te gaan tot aantekening in het register voor collectieve acties.<sup>13</sup> Hierop volgt een wachtermijn van drie maanden. Eventueel kan de rechter deze periode verlengen met drie maanden. Andere 305a-organisaties die voor dezelfde gebeurtenis met gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen een collectieve vordering zouden willen instellen, kunnen dit doen binnen de hiervoor gestelde termijn van drie maanden na aantekening van de eerst ingestelde vordering in het register (behoudens de verlenging). Deze collectieve vordering dient te worden ingesteld bij dezelfde rechtbank als waar de eerste collectieve vordering is ingesteld.
- 4 De rechter toetst of de 305a-organisaties die zich hebben gemeld in het register voldoen aan de eisen van ontvankelijkheid.<sup>14</sup> De inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering vindt slechts plaats indien en nadat de rechter heeft beslist: (1) dat de eiser voldoet aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW; (2) dat de eiser voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het voeren van deze collectieve procedure efficiënter en effectiever is dan het instellen van individuele vorderingen; en (3) dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt op het moment van indienen van de procesinleiding. Doel van deze bepaling is om in uitzonder-

<sup>12</sup> Conform art. 1018c lid 1 Rv.

<sup>13</sup> Art. 1018c lid 2 Rv.

<sup>14</sup> Art. 1018c lid 5 sub a Rv.

lijke gevallen een collectieve vordering al voor de inhoudelijke behandeling van tafel te krijgen omdat de vordering niet deugt. De gedaagde kan in deze fase volstaan met verweren die betrekking hebben op het hiervoor onder 1 t/m 3 genoemde, totdat hierover is beslist. In de memorie van toelichting wordt een vergelijking getrokken met de in het Amerikaanse recht bekende *motion to dismiss*.<sup>15</sup>

- 5 De rechter wijst vervolgens de EB aan.<sup>16</sup> Daarbij kijkt de rechter naar: (1) de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt, (2) de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang, (3) andere werkzaamheden die de eiser verricht voor zijn achterban, en (4) eerder door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open. De eiser die als EB wordt aangewezen, treedt in deze procedure op voor de belangen van alle personen in de nauw omschreven groep én als vertegenwoordiger van de niet als EB aangewezen eisers. De niet als EB aangewezen eisers blijven dus partij in de procedure. De EB verricht echter de proceshandelingen. De rechter kan bepalen dat ook de niet-aangewezen eisers proceshandelingen mogen verrichten. Eventueel kan de rechter meerdere EB's gezamenlijk aanwijzen als de belangen van de verschillende achterbannen daartoe aanleiding geven. Het gegeven dat naast de EB ook de niet als EB aangewezen eisers een rol spelen in het proces, is een interessant procesrechtelijk fenomeen. Het is de vraag hoe dit in de praktijk zal uitwerken. Ook is het opmerkelijk dat de wetgever hiervoor kiest; niet als EB aangewezen eisers hebben immers ook de mogelijkheid om te kiezen voor een opt-out (zowel in het beginstadium als na bekendmaking van een schikking).
- 6 Vervolgens hebben de individuele gedupeerden de mogelijkheid tot opt-out tot één maand na de aankondiging van de uitspraak onder 5 (te weten de uitspraak waarin de EB wordt bepaald, wat de collectieve vordering precies inhoudt en voor welke nauw omschreven groep personen de EB optreedt).<sup>17</sup> Voor buitenlandse gedupeerden geldt dat zij de mogelijkheid hebben tot opt-in door binnen een door de rechter vast te stellen termijn van ten minste één maand na de uitspraak onder 5, door middel van een schriftelijke mededeling aan de griffie, aan te geven dat zij instemmen met het laten behartigen van hun belangen in de collectieve vordering.<sup>18</sup>
- 7 Hierna volgt een korte pauze, waarin partijen de gelegenheid krijgen voor het beproeven van een schikking.<sup>19</sup> Als geen schikking wordt bereikt, kan de EB de gronden aanvullen van de vordering en de verweerder de gronden van zijn verweer.

15 In US securities class actions wordt ongeveer de helft van de *motion to dismiss* toegewezen. NERA Economic Consulting (NERA), Recent trends in securities class action litigation: 2016 full-year review, januari 2017, 2, 24.

16 Art. 1018e Rv.

17 Art. 1018f lid 1 Rv.

18 Art. 1018f lid 5 Rv.

19 Art. 1018g Rv.

A. van der Krans

- 8 Komen partijen niet tot een schikking, dan gaat de procedure verder. De rechter kan partijen bevelen tot het overleggen van de voorstellen tot afhandeling van de collectieve schadeafwikkeling, in feite de schikkingsvoorstellen van partijen.<sup>20</sup>
- 9 De rechter stelt een regeling voor collectieve schadevergoeding vast, mede aan de hand van de onder 8 bedoelde schikkingsvoorstellen.<sup>21</sup>
- 10 Per brief volgt hierna een mededeling aan de bekende achterban van de 305a-organisatie over de uitspraak waarin de collectieve schadeafwikkeling is vastgesteld.<sup>22</sup> Tenzij de rechter anders bepaalt, draagt de verweerder zorg voor de mededeling. De EB draagt zorg voor de aankondiging van de uitspraak op de internetpagina van de EB.
- 11 Indien partijen tot een schikking komen, hebben de individuele gedupeerden een tweede mogelijkheid tot opt-out tot één maand na de aankondiging van de uitspraak waarin de schikking door de rechter is goedgekeurd.<sup>23</sup>

## 4 Kritische noten en aanbevelingen

### 4.1 Finaliteit

De wetgever kiest duidelijk voor het opt-outmodel. Ik juich deze keuze toe omdat het voor de gelaedeerden grote voordelen biedt, mits het systeem goed werkt. Gelaedeerden hebben immers drie keuzes: (1) EB (proberen te) worden, of (2) kiezen voor een opt-out en een individuele procedure instellen, of (3) passief onderdeel van de collectieve actie blijven. Ervaringen uit het buitenland wijzen op een grote populariteit van passief onderdeel van de collectieve actie blijven.<sup>24</sup> De inzet van de WAMCA-procedure is de collectieve vordering van de hele groep personen voor wie de belangenorganisatie opkomt. De uitspraak in de procedure bindt alle in Nederland woonachtige personen, behoudens degenen die kiezen voor een opt-out. Voor personen in de groep die niet in Nederland wonen of verblijven, geldt in beginsel een opt-inregeling: zij kunnen na de uitspraak vrijwillig verklaren in te stemmen met de behartiging van hun belangen in de collectieve vordering. De rechter kan in de procedure bepalen dat voor een nauw omschreven groep personen die niet in Nederland wonen of verblijven toch de opt-outregeling geldt. Het is onduidelijk hoe de rechter hiermee in de praktijk zal omgaan en in hoeverre dit aan gedaagden finaliteit biedt.

De gedaagde partij is terughoudend om zich te committeren aan een bepaald bedrag per gedupeerde, omdat dat bij een hoge opkomst resulteert in een te hoog

20 Art. 1018i Rv.

21 Art. 1018i lid 2 Rv.

22 Art. 1018j Rv.

23 Art. 1018h jo. art. 1018f lid 1-4 Rv.

24 Uit een dataset van 1458 US securities class actions over de periode 1996-2014 blijkt dat er in 48 zaken sprake is van een of meer opt-outs. A. Rozen & Chr. Harris, Opt-out cases in securities class action settlements, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/10/28/opt-out-cases-in-securities-class-action-settlements/>.

totaalbedrag. Als zij zou weten hoeveel gedupeerden daadwerkelijk aanspraak zullen maken op een uitkering, dan zou zij eerder bereid zijn een (hoger) bedrag per gedupeerde aan te bieden. Zolang de onzekerheid voortduurt, wenst de gedaagde alleen te onderhandelen over een totaalbudget. Andersom is echter de belangenorganisatie minder geneigd een aangeboden schikkingsbudget te aanvaarden, zolang een hoge opkomst kan leiden tot een verwatering van de uitkeringen aan de eigen achterban. In de loop der jaren kunnen er op basis van ervaringen redelijk betrouwbare voorspellingen worden gedaan over het percentage gelaedeerden dat niet claimt, maar in de eerste jaren kan dit leiden tot grote onzekerheid. Een mogelijke oplossing had het Australische model kunnen zijn, waarbij de rechter een zogenoemde ‘class closure order’ kan uitvaardigen. Door middel van zo’n order wordt aan de leden van de *class* een termijn gesteld waarbinnen zij zich moeten aanmelden als zij wensen te kunnen profiteren van de uitkomst van de *class action*. Wie zich niet aanmeldt, mag niet deelnemen aan een nog uit te onderhandelen collectieve schikking. Na het verstrijken van de opt-intermijn bestaat er voor de betrokkenen duidelijkheid over de daadwerkelijke animo onder de gedupeerden. De rechter heeft daarmee een nu nog ontbrekend instrument om een gestagneerd schikkingsoverleg vlot te trekken. Dat is uiteindelijk in het belang van alle bij de collectieve schadevergoedingsactie betrokken partijen.

#### 4.2 *Aangescherpte ontvankelijkheidseisen belangenorganisatie*

Een belangenorganisatie is uitsluitend bevoegd een collectieve actie in te stellen indien zij de door haar behartigde belangen voldoende waarborgt. Voor een belangenorganisatie gelden onder de WAMCA ook specifieke aanvullende ontvankelijkheidseisen voor de governance, financiering en representativiteit. De belangenorganisatie moet (1) een toezichthoudend orgaan hebben, (2) een passend mechanisme voor de besluitvorming van de personen wier belangen zij behartigt, (3) voldoende financiële middelen voor de kosten van de collectieve actie, en (4) voldoende ervaring en deskundigheid voor de collectieve actie.

Het wetsvoorstel heeft de eisen voor de governance van claimorganisaties overgenomen uit de Claimcode, een niet-bindende regeling die probeert wildgroei en misbruik op de claimmarkt te voorkomen.<sup>25</sup> Het is zeer waarschijnlijk dat de WAMCA zal zorgen voor extra bureaucratie en hogere kosten.<sup>26</sup> Ook Tzankova

25 Commissie Claimcode, Claimcode 2019, Den Haag: Boom juridisch 2019.

26 Uit een inventarisatie van ruim honderd claimstichtingen bleek dat slechts zes volledig compliant waren aan de Claimcode. Een daarvan is de Volkswagen Investor Settlement Foundation, die ook haar jaarrekening tot in detail publiceert. Hieruit blijkt dat een Claimcode-compliant claimorganisatie ongeveer een ton per jaar kwijt is aan bestuur, toezicht, accountant, bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, website en beperkte juridische bijstand.



A. van der Krans

waarschuwt hiervoor.<sup>27</sup> Op zich zijn de governance-eisen mijns inziens niet irrealistisch en vormen zij inderdaad een redelijke waarborg tegen mogelijke misstanden. Het probleem zit in de beperkte mogelijkheden om deze kosten terug te verdienen.

#### 4.3 Financiering

Bij sterke zaken zullen waarschijnlijk verschillende partijen proberen om EB te worden. Dit betekent dat een aantal partijen deze kosten voor niets maakt. De eisen aan de EB worden zo streng, dat de vraag rijst of er nog organisaties overblijven die moeite, tijd en risico nemen om zo'n actie überhaupt te beginnen. Daarnaast blijkt uit eerdere ervaringen met Fortis, DSB en Vie d'Or dat het langdurig collectief procederen over een complex onderwerp dat tot een schadevergoeding zou moeten leiden, voor één groep benadeelden al snel tussen € 3 miljoen en € 7 miljoen kost en meer indien de Claimcode strikt wordt gevolgd en langer dan vijf tot zeven jaar wordt geconcludeerd.<sup>28</sup>

De mogelijkheden om deze bedragen te financieren zijn beperkt. Een eigen bijdrage vragen van gedupeerden is lastig en is afhankelijk van de grootte van de groep en de betalingsdiscipline en bereidheid van groepsleden om bij te dragen aan de actie. Een belangenorganisatie zal een behoorlijke inspanning moeten leveren – met een onzekere uitkomst – om voldoende benadeelden aan zich te binden, die tijdig de eigen bijdrage willen betalen, om aan de ondergrens van € 3 miljoen te komen. Dat zal niet makkelijk gaan, aangezien de Nederlandse consument ook kan freeriden.<sup>29</sup> Ook een rechtsbijstandsverzekeraar biedt geen soelaas: de polisdekking en -voorwaarden zijn in geval van massaschade vaak zodanig beperkt en bovendien versnipperd, dat het treffen van een adequate financie-

- 27 I.N. Tzankova, *Massaclaim zonder massa – twijfel over plan collectieve schadevergoeding*, Mr. magazine november 2017: 'Je hebt zó een ton aan initiële kosten om eraan te voldoen en dan heb je nog geen zaak onderzocht of aanhangig gemaakt. Je moet een bestuur hebben van drie deskundige en onafhankelijke mensen. Je hebt een raad van toezicht nodig, ook met drie onafhankelijke en deskundige leden. Je moet een accountant hebben, een website bijhouden en op andere manieren communiceren. Al die mensen doen het niet voor niets, zeker als zij ervaren en deskundig zijn. En dan heb ik het nog niet eens over de advocaat en de expert die ook betaald moeten worden.'
- 28 I.N. Tzankova, *Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?*, TVP 2017, afl. 4, p. 113.
- 29 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, OR-Updates.nl 2017-0191, NTHR 2017, afl. 5, p. 302, r.o. 8.22-8.24. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, *Meer kans in de staatsloterij?* (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl), AA 2015, p. 784-793.



ringsregeling met rechtsbijstandsverzekeraars lastig is.<sup>30</sup> *Full contingency fees* (no cure, no pay) zijn advocaten in Nederland nog steeds niet toegestaan, dus ook deze optie valt af.

Wat resteert is *third party litigation funding* (hierna: TPLF).<sup>31</sup> Procesfinanciering door derden definieer ik als de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in het vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een eiser in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken. TPLF lijkt op procesfinanciering door middel van ‘no cure, no pay’ (resultaatafhankelijke beloning) en ‘contingency fee’ (beloning in de vorm van een percentage van de opbrengst van de vordering; ook wel *quota pars litis* genaamd). Het verschil tussen TPLF en no cure, no pay ligt in de partij waarnaar de kosten worden overgeheveld: bij TPLF worden de kosten van de procedure overgeheveld van een eiser naar een derde, terwijl bij no cure, no pay de proceskosten worden overgeheveld naar de advocaat. Omdat bij procesfinanciering alleen in geval van succes een terugbetalingsverplichting bestaat en het onzeker is of en wanneer dat gerealiseerd wordt, wordt een hogere risico-opslag overeengekomen dan bij een banklening het geval zou zijn. De risico-opslag in het kader van procesfinanciering kan, mede afhankelijk van procesrisico en schadeomvang, al snel tussen 20 en 40% van de uitkomst van de procedure zijn, al dan niet gecombineerd met een multiplier van de investering, in een enkel geval hoger, zelden lager. Tegelijkertijd blijkt uit het Fortis-arrest dat de Nederlandse rechtspraak gemengde gevoelens lijkt te hebben bij het toekennen van vergoedingen aan partijen die proceskosten voorgefinancierd hebben en een non-profitkarakter hebben.<sup>32</sup>

Het is essentieel dat rechters met een economische blik kijken naar de financiering van collectieve processen en de risico’s die dergelijke procesfinanciers nemen. Een voorbeeld kan worden genomen aan de financiering van *US securities class actions*. Advocaten of *litigation funders* financieren daar de gehele zaak namens de class en ontvangen na afloop een percentage van de totale opbrengst. Dit percentage wordt vooraf overeengekomen met de *lead plaintiff*. Vaak is er sprake van een matrix waarbij de percentages degressief aflopen naarmate de opbrengst

- 30 Een verzekerde krijgt in gevallen van massaschade doorgaans de dekking uitgekeerd naar rato van zijn aandeel in de groep. Dat is een maatregel die beoogt het freeriderprobleem bij rechtsbijstandsverzekeraars te adresseren en het verdienmodel van de verzekeraars zeker te stellen: de premie heeft geen rekening gehouden met de kosten van een eventuele collectieve actie. Bijv.: als in een dossier sprake is van in totaal 500.000 benadeelden, zal in beginsel per verzekerde 1/500.000 van de juridische kosten onder de, doorgaans ook in financieel opzicht beperkte, polisdekking worden uitgekeerd. Dat veronderstelt niet alleen wetenschap over de omvang van de groep, maar vereist ook medewerking en identificatie van alle groepsleden met een rechtsbijstandsverzekering en hun bereidheid tot samenwerking. Bereidheid tot samenwerking door hun verzekeraars zou onvoldoende zijn en overigens problematisch, omdat het tot een verstoring van de mededinging zou kunnen leiden.
- 31 Zie uitgebreid over procesfinanciering A. van der Krans, *Third party litigation funding*, in: T.M.C. Arons e.a. (red.), *Collectief schadeverhaal* (Serie Onderneming en Recht, deel 105), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 141-156.
- 32 Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, OR-Updates.nl 2017-0191, NTHR 2017, afl. 5, p. 302 (VEB/Fortis), r.o. 8.34.

A. van der Krans

voor de class hoger is. Welk percentage ook wordt afgesproken, de rechter moet de vergoeding voor de advocaat (die op full contingency fee werkt) of een litigation funder goedkeuren. De rechter heeft daar immers de plicht om over de belangen van de passieve class members te waken. De rechter beoordeelt het verzoek tot toekennen van een percentage van de opbrengst onder andere op geleverde kwaliteit en redelijkheid. De redelijkheid wordt onder andere bepaald door de *lodestar*, het totaal aan uren en kosten dat de advocaat heeft gemaakt. Over de *lodestar* wordt een multiplier gedaan, om het advocatenkantoor/de funder te compenseren voor het gelopen risico.

Het bovenstaande komt voort uit de *common fund*-doctrine. Dit houdt in dat in het geval van een geslaagde collectieve actie en/of schikking de 'success fee' van de advocaat en/of de risico-opslag van de financier door de rechter bepaald worden op basis van het totale schikkingsbedrag, ook voor zover het vergoedingen betreft van de niet-actieve leden en ook al bestaat er geen contractuele relatie tussen hen en de financier en/of de belangenorganisatie. Op deze manier wordt ervoor gezorgd dat zowel de actieve als de niet-actieve leden die van het resultaat profiteren in gelijke mate financieel bijdragen aan de actie en de actieve leden niet gestraft worden voor hun activisme. In de desbetreffende jurisdicties is de 'common fund'-doctrine ontwikkeld in de rechtspraak. Dat is in die jurisdicties, die vooral op precedents en *case law*-vorming steunen, niet ongewoon. In de Nederlandse setting is het echter de vraag of een rechter, zonder inmenging van de wetgever, tot de ontwikkeling en toepassing van een dergelijke 'common fund'-doctrine zou kunnen overgaan. Het was daarom beter geweest om de mogelijkheid van deze wijze van berekening van de 'success fee' van de financier die op 'contingency fee'-basis opereert, en een oplossing realiseert voor de gehele groep, expliciet in de wet te regelen. Dat vereist op zijn beurt het openstellen van de mogelijkheid om bij collectieve acties de schadevergoeding cumulatief vast te stellen, omdat het uitrekenen, administreren en uitbetalen van de 'success fee' per individueel geval voor extra vertraging in de individuele uitbetalingen zullen zorgen.<sup>33</sup>

#### 4.4 Hoger beroep en overige punten

De wetgever laat rondom het hoger beroep eveneens onduidelijkheden bestaan. Het is onduidelijk of een of meer andere belangenorganisaties in appel kunnen als de EB akkoord is met de uitspraak. Ook is onduidelijk of in de omgekeerde situatie de EB appel instelt ook namens de achterban van organisaties die niet appelleren. Voorts is onduidelijk wat de reikwijdte is van de beslissing in appel en of er na de beslissing in appel ook een opt-out wordt geboden. De wetgever laat voorts onduidelijkheid bestaan over de stelplicht en bewijslast, de wijze van schadeberekening en de toerekening van onrechtmatigheid.<sup>34</sup>

33 Tzankova 2017, p. 118.

34 Zie uitgebreid A.J. Rijsterborgh, Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie, *MvV* 2017, afl. 11, p. 325-331.

## 5 Slot

Wat mij opvalt is dat de wetgever slechts beperkt leent bij de Verenigde Staten, waar de Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA) al sinds 1995 is ingevoerd. Sinds 1995 (en daarvoor) is in de Verenigde Staten veel ervaring opgedaan met de werking van een class action system en het bereiken van een balans tussen de belangen van de eisers en de gedaagde.<sup>35</sup> Ik denk dat de WAMCA minder zwaktes had gekend als het wiel niet opnieuw zou zijn uitgevonden, maar als de wetgever meer inspiratie uit de lange ervaring in de Verenigde Staten had gehaald. Zo lijkt mij dat er in de Verenigde Staten beter is nagedacht over de financierbaarheid van een collectieve actie. Een eiser zal immers pas echt kosten gaan maken als hij is benoemd als lead plaintiff en er een *amended complaint* uitgebracht moet worden. De kosten voor de gedaagde zijn beperkt, doordat toegang tot *discovery* aan de lead plaintiff wordt onthouden zolang de motion to dismiss (van de gedaagde) nog niet is afgewezen. In plaats van governance-eisen te stellen aan de potentiële EB's en de EB hoge kosten te laten maken, kiest de wetgever in de Verenigde Staten voor een snelle benoeming van de lead plaintiff en het onthouden van toegang tot *discovery* totdat de motion to dismiss is afgewezen. Ook lijkt mij dat er in de Verenigde Staten meer is nagedacht over de wijze van schadeberekening (FIFO, LIFO) en de toerekening van verwijtbaarheid.

Met het aannemen van de WAMCA neemt Nederland in Europees perspectief een koppositie in. Een aantal andere Europese landen (zoals Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk) kent soortgelijke regelingen, maar die zijn beperkt tot bepaalde rechtsgebieden, zoals consumentenrecht of kartelschade. Als het gaat om securities litigation, waar ook de WCAM voornamelijk voor is gebruikt, is Nederland het eerste Europese land dat een class action kent. Met de WAMCA wordt de collectieve actie in Nederland nog aantrekkelijker. Er blijft tegelijkertijd veel te verbeteren, vooral op het terrein van finaliteit, governance-eisen, financiering en hoger beroep.

35 Zie voor een uitgebreide beschrijving van class actions in het Amerikaanse financieel recht O.A. Haazen, Class actions en class settlements in het Amerikaanse financieel recht, in: T.M.C. Arons e.a. (red.), Collectief schadeverhaal (Serie Onderneming & Recht, deel 105), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 219-242.