



**Erasmus
School of
Law**

The Erasmus School of Law logo, which is a stylized, handwritten-style script of the word "Erasmus" in a dark red color.

**Nut, noodzaak, vormgeving en kosten van een (revoluerend) processenfonds
voor collectieve acties**

Rapport tbv het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum

Xandra Kramer, Ianika Tzankova, Jos Hoevenaars & Karlijn van Doorn

Mmv Michael FitzGerald en assistentie van Edine Apeldoorn

25 JUNI 2023

© 2023; X.E. Kramer, I. Tzankova, J. Hoevenaars & C.J.M. van Doorn. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

INHOUDSOPGAVE

ONDERZOEKSTEAM.....	7
BEGELEIDINGSCOMMISSIE.....	8
SAMENVATTING.....	9
ENGLISH SUMMARY	21
1. INLEIDING	30
1.1 Achtergrond en aanleiding.....	30
1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen	32
1.2.1 Probleemstelling	32
1.2.2 Onderzoeksvragen	33
1.2.3 Definities en afbakening.....	37
1.3 Onderzoeksopzet en methoden.....	39
1.3.1 Deskresearch.....	39
1.3.2 (Rechts)vergelijkend onderzoek.....	40
1.3.3 Empirisch onderzoek.....	40
1.4 Leeswijzer.....	42
2. COLLECTIEVE ACTIES, FINANCIERING EN REGULERING	44
2.1 Ontwikkeling collectieve actie in Nederland	44
2.1.1 WCA, WCAM en WAMCA	45
2.1.2 Enkele kernpunten van de WAMCA-procedure	47
2.1.3 Verzwaarde ontvankelijkheidseisen WAMCA en aanvulling Richtlijn.....	49
2.2 Financieringsmogelijkheden voor collectieve acties	52
2.2.1 Traditionele eigen bijdrage van de benadeelden	52
2.2.2 Publiek gefinancierde rechtsbijstand	53
2.2.3 Rechtsbijstandsverzekering.....	53
2.2.4 Institutionele financiering voor proefprocessen	56
2.2.5 Resultaatgerelateerde beloning advocatuur	56
2.2.6 Crowdfunding	57
2.2.7 Private fondsen/donaties.....	58
2.2.8 Cessiemodel.....	59

2.3	Private procesfinanciering door derden (TPLF)	60
2.3.1	Theorie TPLF	61
2.3.2	Voordelen	62
2.3.3	Kritiek	62
2.3.4	TPLF in de praktijk	64
2.3.5	Ontwikkeling TPLF in internationaal perspectief	65
2.3.6	Internationale ontwikkeling van TPLF samengevat	69
2.4	Ontwikkeling van de Nederlandse markt voor derdenfinanciers	70
2.4.1	TPLF in Nederland	70
2.4.2	Marktontwikkelingen in Nederland	70
2.4.3	Marktpartijen	71
2.4.4	Werkwijzen financiers	73
2.4.5	Andere marktreacties	73
2.5	Nationale en Europese regulering	75
2.5.1	Regulering in Nederland	75
2.5.2	Regulering in Europa: Richtlijn Representatieve Vorderingen	76
2.5.3	Resolutie Europees Parlement: Verantwoorde Particuliere Procesfinanciering	78
2.5.4	Soft law in Europa: ELI-Unidroit Model Rules en ELI project	80
2.6	Conclusie	81
3.	INHOUDELIJKE ANALYSE WAMCA-ZAKEN	83
3.1	Inleiding	83
3.2	Methode van onderzoek	83
3.3	Inhoudelijke bevindingen	84
3.3.1	Aantal zaken, lopende en afgeronde vorderingen, collectieve niet-schadevergoeding-acties en collectieve schadevergoedingsacties	84
3.3.2	Collectieve schadevergoedingsacties	85
3.3.3	Niet-schadevergoedingsacties: schending van het IE-recht	87
3.3.4	Niet-schadevergoedingsacties: schending van grondrechten en mensenrechten	88
3.3.5	Niet-schadevergoedingsacties: schending van het arbeidsrecht	89
3.3.6	Corona gerelateerde niet-schadevergoedingsacties	90
3.3.7	Niet-schadevergoedingsacties betreffende privacy schendingen	91
3.3.8	Niet-schadevergoedingsacties: schending van het verbintenissenrecht	91
3.3.9	Restcategorie	92
3.4	Conclusie	93

3.4.1. Totaal aantal zaken, doorlooptijden en invloed op financiering	93
3.4.2. Niet-schadevergoedingszaken	94
3.4.3. Schadevergoedingszaken	96
3.4.4. Tot slot	96
4. KWALITATIEVE ANALYSE FINANCIERING COLLECTIEVE ACTIES: INTERVIEWS	98
4.1 Inleiding	98
4.2 Methode van onderzoek	98
4.2 Totstandkoming WAMCA-zaken	99
4.2.1 Totstandkoming niet-schadevergoedingsacties	99
4.2.2 Totstandkoming collectieve schadevergoedingszaken	100
4.3 Kostenopbouw en financiering WAMCA-zaken	101
4.3.1 Kostenopbouw niet-schadevergoedingsprocedures	102
4.3.2 Kostenopbouw schadevergoedingsprocedures	102
4.4 Knelpunten financiering	104
4.4.1 Financiering niet-schadevergoedingszaken.....	104
4.4.2 Financiering schadevergoedingszaken	105
4.4.3 Beoordelingscriteria financiers	106
4.5 Procedurele knelpunten WAMCA-praktijk	108
4.5.1 Lange voorfase	109
4.5.2 Representativiteitseis.....	109
4.5.3 Inschrijving in het register en drie maanden termijn	109
4.5.4 Overlegverplichting	110
4.6 Kort geding versus bodemprocedure	111
4.7 ‘Chilling effect’ onzekerheden WAMCA voor niet-commerciële markt.....	112
4.8 Commerciële financieringsmarkt en onzekerheden WAMCA	112
4.9 Opvattingen over nut en noodzaak processenfonds.....	114
4.9.1 Beschikbare markt voor specifiek type schadevergoedingszaken.....	115
4.9.2 Financiering voorfase schadevergoedingsacties	115
4.9.3 Behoefte bij commercieel niet haalbare claims	116
4.9.5 Bijdrage aan rechtsontwikkeling	117
4.9.6 Ruimere budgetten repeat players	117
4.9.7 Beperkingen commerciële context derdenfinanciering	118
4.10 Conclusies	119
4.10.1 Kosten van procedures onder de WAMCA	119

4.10.2 Problemen bij de financiering onder de WAMCA.....	120
5. BEVINDINGEN FOCUSGROEP EN EXPERTMEETING	123
5.1 Inleiding en methode	123
5.2 Focusgroep.....	123
5.2.1 Voorgelegde vragen	123
5.2.2 Rapportage bevindingen	124
5.3 Expertmeeting.....	126
5.3.1 Inleiding	126
5.3.2 Rapportage bevindingen	126
5.4 Conclusies	129
6. FINANCIERING EN PROCESSENFONDSEN COLLECTIEVE ACTIES IN ANDERE LANDEN.....	131
6.1 Inleiding	131
6.2 De internationale context	132
6.3 Canada	133
6.3.1 Academische discussies: consensus en divergentie	133
6.3.2 Doelstellingen en intentie van de wetgever.....	134
6.3.3 Identificatie van een tekort in rechtsbescherming.....	135
6.3.3 De Canadese setting voor collectieve vorderingen	135
6.3.4 De opzet van de Canadese fondsen	137
6.3.5 Vergelijkende analyse en deelconclusie	141
6.4 Australië.....	142
6.5 Israël	145
6.6 Conclusies	146
7. ANALYSE EN CONCLUSIES	148
7.1 Inleiding	148
7.1.1 Invoering WAMCA.....	148
7.2.2 Achtergrond onderzoek	148
7.1.3 Opzet onderzoek en conclusie	149
7.2 Beantwoording onderzoeksvragen (deelvragen 1-8)	150
7.2.1 Financieringsmogelijkheden en financieringsbeeld WAMCA	150
7.2.2 Marktontwikkelingen commerciële procesfinanciering en collectieve acties	151

7.2.3 Regulering van procesfinanciering door commerciële derden	151
7.2.4 Kosten verbonden aan collectieve acties	152
7.2.5 Problemen bij financiering collectieve acties	153
7.2.6 Mogelijke oplossing (revolverend) fonds	153
7.2.7 Processenfonds in enkele andere landen.....	154
7.2.8 Voor- en nadelen processenfonds in Nederland en mogelijke inrichting.....	155
7.2.9 Nut en noodzaak van een processenfonds.....	156
7.3 Drie jaar WAMCA-zaken: wat suggereren de cijfers.....	156
7.3.1 Geen stijging collectieve acties	156
7.3.2 Financiering van schadevergoedings- en niet-schadevergoedingszaken	158
7.3.3 Verloop WAMCA-zaken en doorlooptijden	158
7.4 Financieringsmogelijkheden en ontwikkelingen in de markt	159
7.5 Problemen rond financiering	160
7.6 Juridisch kader en reguleringsdynamiek commerciële derdenfinanciering	161
7.7 Bevindingen nut en noodzaak van een processenfonds en mogelijke alternatieven	163
7.7.1 Nut en noodzaak processenfonds	163
7.7.2 Mogelijke alternatieven voor een processenfonds	164
7.8 Vereisten van en mogelijke vormgeving voor een (revolverend) processenfonds.....	166
7.8.1 Een (revolverend) processenfonds.....	166
7.8.2 Vormgeving en organisatie van een (revolverend) processenfonds	167
7.9 Eindconclusie en aanbevelingen vervolgonderzoek.....	171
7.9.1 Nut en noodzaak: enkele conclusies	171
7.9.2 Aanbevelingen vervolgonderzoek.....	172
LITERATUUR.....	174
JURISPRUDENTIE.....	182
BIJLAGEN.....	184
Bijlage 1 – Zaken WAMCA-register	184
Bijlage 2 – Topiclijsten interviews	186
Bijlage 3 – Discussiepunten focusgroep en expertmeeting.....	190
Bijlage 4 – Informele Engelse vertaling van de Chileense Consumentenbeschermingswet	191
Bijlage 5 – Tried and Tested: The Design and Function Of Public Class Action Funds Abroad.....	198

ONDERZOEKSTEAM

Projectleiders en hoofdonderzoekers

Prof. dr. X.E. (Xandra) Kramer is hoogleraar Privaatrecht aan Erasmus School of Law van Erasmus Universiteit Rotterdam. Tevens is zij parttime als hoogleraar internationaal privaatrecht verbonden de Universiteit Utrecht en is zij rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Rotterdam. Haar onderzoek omvat het (Europees) burgerlijk procesrecht en internationaal privaatrecht, met bijzondere expertise op het gebied van het internationaal procesrecht, collectieve acties, innovatie en digitalisering in het burgerlijk procesrecht en financiering van procedures. Voor haar onderzoek ontving ze enkele grote onderzoekssubsidies, waaronder een Vidi en Vici beurs van NWO en een ERC consolidator grant. Ze was reporter van de ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure 2020. In 2019 werd ze benoemd als lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) en is voorzitter is van de sectie Rechtswetenschappen. In 2021 werd ze gekozen als Nederlands lid van de *Institut de Droit International* (IDI) en als lid van de Council van het *European Law Institute* (ELI).

Prof. dr. I. (Ianika) Tzankova is hoogleraar Global Dispute Resolution and Mass Claims aan Tilburg University en bekleedt de eerste leerstoel op dit terrein in Europa sinds 2007. Zij is tevens een Visiting Professor aan Paris Dauphine University op het terrein van collectieve acties en was een Fulbright Visiting Scholar aan Stanford University. Zij is betrokken (geweest) bij diverse internationale en Europese initiatieven op het terrein procesfinanciering en collectieve acties op uitnodiging van de Australian Law Reform Commission, het ELI en BEUC. Zij combineert haar academische activiteiten met werkzaamheden in de praktijk op het gebied van massaschade. Tussen 2007-2015 behartigde zij de belangen van zowel eisers, als gedaagden bij de afwikkeling van massaschade. Tussen 2015-2020 werkte ze als adviseur voor diverse procesfinanciers en/of voor opdrachtgevers die gebruik maken van procesfinanciering. Zij heeft sinds 2021 een eigen advocatenkantoor dat actief is op het terrein van (massa)schades, vooral aan de eisende kant. Zij is op dit moment bestuurslid van de Stichting Massaschade en Consument en van de Stichting Petrobras Compensation Foundation. Zij is een *founding editor* van het eerste gespecialiseerde tijdschrift op het terrein van massaschade (*Mass Claims: an International Journal with a European Focus*).

Dr. J. (Jos) Hoevenaars is een aan de Radboud Universiteit gepromoveerd rechtssocioloog met ruime ervaring in het doen van met name kwalitatief empirisch onderzoek. Hij promoveerde in 2018 op een onderzoek naar de prejudiciële procedure van het Hof van Justitie van de EU. Van 2017-2021 was hij postdoctoraal onderzoeker binnen het door de ERC onderzoeksproject 'Building EU Civil Justice', waarvoor hij onder andere onderzoek deed naar zelfvertegenwoordiging in civiele procedures. In 2022 werkte hij als senior onderzoeker aan dit WODC onderzoek. Sinds 1 oktober 2022 is hij werkzaam als onderzoeker bij de Raad voor de rechtspraak. Hij heeft een brede expertise en publiceerde boeken en artikelen op het gebied van het burgerlijk procesrecht, EU recht, rechtshulp en procesfinanciering.

Onderzoeker

Mr. C.J.M. (Karlijn) van Doorn is docent-onderzoeker aan de Universiteit van Tilburg en buitenpromovenda. Haar expertise is het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, meer specifiek collectieve acties en de afwikkeling van massaschade. Haar promotieonderzoek heeft een empirisch-juridische inslag: ze onderzoekt wat de behoeften van benadeelden zijn in situaties van massaschade en welke inzichten dit voor de bestaande rechtsregels oplevert. Karlijn heeft in teamverband meegewerkt aan diverse derdegeldstroomonderzoeken en publiceerde een reeks van artikelen op het gebied van massaschade en collectieve schadeafwikkeling. Daarnaast bewerkt zij het onderdeel over WCAM in de losbladige Kluwer.

BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Prof. mr. E. Bauw, Hoogleraar Privaatrecht en Rechtspleging Universiteit Utrecht (voorzitter)

Prof. mr. J.E van den Brink, Hoogleraar Bestuursrecht Universiteit van Amsterdam

Mr. E.C. van Ginkel, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC)

Mr. P.M.M. van der Grinten, Raadsadviseur Ministerie van Justitie en Veiligheid

Dr. D. Vullings, Universitair Docent Faculteit Economie en Bedrijfskunde Rijksuniversiteit Groningen

SAMENVATTING

Dit onderzoek ziet op de vraag naar het nut en de noodzaak van een processenfonds voor collectieve acties onder de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA). Op basis van deskonderzoek, (rechts)vergelijkend onderzoek en empirisch onderzoek wordt in kaart gebracht wat thans de financieringsmogelijkheden en knelpunten zijn, hoe de praktijk zich onder de WAMCA heeft ontwikkeld sinds de introductie daarvan per 1 januari 2020, in hoeverre een revoluerend processenfonds een oplossing kan bieden voor knelpunten in de financiering van collectieve acties en hoe dit vormgegeven zou kunnen worden.

1. Achtergrond en aanleiding

De collectieve afwikkeling van massaclaims is in Nederland uitgegroeid tot een belangrijk terrein van het Nederlandse privaatrecht. Centraal in dit onderzoek staat de vraag naar het nut en de noodzaak van een processenfonds voor collectieve acties in het kader van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA), en in het verlengde daarvan, hoe een dergelijk fonds vormgegeven kan worden. Met de invoering van de WAMCA op 1 januari 2020, is de mogelijkheid om collectieve schadevorderingen in te dienen op basis van opt out mogelijk gemaakt onder art. 3:305a e.v. BW. Met de WAMCA is het Nederlands instrumentarium voor de afwikkeling van collectieve schade, samen met de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) uit 2005 voor collectieve schikkingen, gecomplementeerd.

Met de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie op basis van opt out, zijn de ontvankelijkheidsvereisten verder aangescherpt, voor zowel schadevergoedingsacties, als voor de niet-schadevergoedingsacties. Zo zijn de vereisten voor de representativiteit van belangenorganisaties aan de eisende kant (stichtingen, verenigingen) aangescherpt. Deze zien onder meer op toezicht, passende besluitvormingsmechanismen, en de beschikbaarheid van relevante informatie op een goed toegankelijke internetpagina. Ook dient de belangenorganisatie over voldoende financiële middelen te beschikken en ervaring en deskundigheid te hebben ten aanzien van het voeren van collectieve acties. Daarnaast moet de vordering een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer.

De concrete aanleiding voor het onderzoek is tweeledig. Ten eerste staat het onderwerp financiering van collectieve acties en schikkingen al enige tijd in de wetenschappelijke en maatschappelijke belangstelling. Naast de invoering van de WAMCA in Nederland zijn ook in Europees verband belangrijke ontwikkelingen op het vlak van collectieve acties en de financiering ervan, in het bijzonder de totstandkoming van de Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten eind 2020 (hierna: de Richtlijn). Deze Richtlijn bevat ook enkele regels over de financiering van collectieve acties en heeft tot enkele aanpassingen in de WAMCA geleid, welke op 25 juni 2023 in werking zijn getreden. Daarnaast nam het Europees Parlement in september 2022 een resolutie aan waarin aanbevelingen worden gedaan aan de Europese Commissie met betrekking tot verantwoorde particuliere procesfinanciering.

Collectieve acties zijn vaak complexe zaken, waarbij vele (potentiële) partijen en belanghebbenden betrokken zijn, waarvoor mogelijke vormen van individuele rechtsbijstand (bijvoorbeeld door de overheid gefinancierde rechtshulp of rechtsbijstandsverzekeraars) niet beschikbaar of toereikend zijn. De introductie van de WAMCA lijkt ook in Nederland een impuls te hebben gegeven aan de inzet van

commerciële procesfinanciering. Dat heeft ook de vraag doen rijzen of alternatieven voor commerciële procesfinanciering wenselijk en haalbaar zouden kunnen zijn. Een revolverend processenfonds is daar een belangrijk voorbeeld van. Een dergelijk fonds is ook voorgesteld in een eerdere WODC-studie naar de modernisering van het procesrecht in het licht van Big Data.¹

Ten tweede biedt de genoemde Richtlijn representatieve vorderingen lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat middelen, die in een collectieve schadevergoedingsactie niet opgeëist worden binnen een bepaalde termijn, een andere bestemming mogen krijgen ('cy-près distributie'), hetgeen in Nederland onder de WCAM-praktijk ook reeds gebeurt. Dat zou ook een revolverend processenfonds kunnen voeden en de door de wetgever gewenste consistentie en uniformiteit tussen de WCAM en de WAMCA-praktijk verder bevorderen. Van belang is voorts dat de Richtlijn lidstaten verplicht tot steun vanuit de overheid. Dat kan bijvoorbeeld een meer structurele steun voor de bevoegde instanties en/of belangenorganisaties betreffen, maar ook een beperking of kwijtschelding van griffierecht of andere administratieve kosten, toegang tot rechtsbijstand, vergoeding van reële proceskosten, maar ook de afschaffing van proceskostenveroordelingen van representatieve belangenorganisaties.

2. Probleemstelling en onderzoeksvragen

De probleemstelling die in het onderzoek centraal staat is tweeledig:

Ten eerste, bestaat er de noodzaak en/of de behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken? Ten tweede, hoe zou een (revolverend) processenfonds in Nederland bekostigd en vormgegeven kunnen worden?

Deze tweeledige probleemstelling valt uiteen in twee hoofdvragen, met bijbehorende sub vragen.

A. Nut en noodzaak van een (revolverend) processenfonds

Deze onderzoeksvraag (A) naar de noodzaak en/of behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken, is beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- (1) Welke financieringsmogelijkheden bestaan thans in het algemeen om een collectieve actie onder de WAMCA te financieren en wat zijn de voor- en de nadelen daarvan? Hoe ziet het financieringsbeeld in Nederland eruit?
- (2) Hoe heeft de markt voor commerciële derdenfinanciering, ofwel Third Party Litigation Funding, zich ontwikkeld en in bijzonder voor collectieve acties?
- (3) Welke regulering geldt op internationaal, nationaal en Europees niveau, in het bijzonder de Richtlijn representatieve vorderingen?
- (4) Welke kosten zijn verbonden aan het voeren van collectieve acties zoals die onder de WAMCA worden gevoerd?
- (5) Welke problemen spelen er bij de financiering en is er een behoefte aan andere financieringsbronnen?

¹ B. van der Sloot & S. van Schendel, *De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data, Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving*, WODC 2019.

- (6) Voor welke problemen zou een processenfonds een oplossing kunnen zijn, en zou een processenfonds revolverend kunnen zijn?

B. (Financiële) vormgeving en kosten van een (revolverend) fonds

Deze onderzoeksvraag (B) naar de vormgeving en bekostiging van een (revolverend) processenfonds in Nederland is beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- (7) Bestaan er dergelijke fondsen in andere landen en zo ja, hoe zijn ze vormgegeven? Welke elementen uit (revolverende) processenfondsen elders zouden zich voor toepassing in de Nederlandse context lenen?
- (8) Wat zouden de voor- en de nadelen van een eventueel Nederlands processenfonds kunnen zijn, hoe verhoudt het zich tot de andere financieringsvormen, en hoe kan dit fonds verder worden ingericht?
- (9) Is alles afwegende de introductie van een dergelijk processenfonds in Nederland, mede in het licht van de Richtlijn representatieve vorderingen, nuttig en wenselijk?

Het eerste deel van het onderzoek richt zich op het waarom van een eventueel processenfonds en behandelt de vraag: bestaat er de noodzaak en/of de behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken? Het tweede deel van het onderzoek richt zich op het onderzoeken en beschrijven van een mogelijke vormgeving van een (revolverend) processenfonds die past bij de gebleken behoeften en het beoogde doel.

3. Onderzoeksmethoden en rapportage

3.1 Onderzoeksmethoden

Voor de beantwoording van de bovengenoemde onderzoeksvragen is gebruik gemaakt van de volgende onderzoeksmethoden: (1) deskresearch, (2) (rechts)vergelijking en (3) empirisch onderzoek.

(1) Deskresearch

Het deskresearch bestaat uit een onderzoek naar relevante wetgeving en verdere regulering, literatuurstudie, jurisprudentieonderzoek en een inhoudelijke analyse van het WAMCA-register. Het onderzoek naar de wetgeving omvat de relevante regelingen in Nederland, alsmede soft law onder de Claimcode 2011 als aangepast in 2019. Daarnaast is Europese regelgeving en, voor zover relevant, regelgeving in andere landen bekeken, waarbij in het bijzonder de Richtlijn, het initiatief van het Europees Parlement voor een Resolutie met aanbevelingen voor een richtlijn voor 'verantwoorde particuliere procesfinanciering', alsmede de ELI-Unidroit European Model Rules of Civil Procedure. Het deskonderzoek is met name uitgevoerd ten behoeve van de beantwoording van de vragen naar de financieringsmogelijkheden en kosten van collectieve acties, marktontwikkelingen voor commerciële derdenfinanciering en de regulering hiervan in Nederland en in Europees verband (deelvragen 1-4).

(2) (Rechts)vergelijking

In aanvulling op het deskonderzoek, is uitgebreider onderzoek gedaan naar vergelijkbare processenfondsen in andere landen, waarvan Canada (Ontario en Quebec) en Israël als de

belangrijkste jurisdicties zij geselecteerd. Dit zijn voornamelijk de enige jurisdicties die over dergelijke fondsen beschikken en waarmee een noemenswaardige ervaring is opgedaan. Het onderzoek is gebaseerd op bestudering van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur in deze landen. In aanvulling hierop en ter verificatie hebben een viertal interviews plaatsgevonden met acht experts uit deze landen. Dit deel van het onderzoek geeft een antwoord op de vraag naar vergelijkbare processenfonds in het buitenland en in hoeverre deze zich voor een soortgelijke implementatie in Nederland lenen en geeft eveneens inzichten in de wijzen van financiering, voor- en nadelen en nadere inrichting van een eventuele processenfonds.

(3) Empirisch onderzoek

Om een beeld te krijgen van de huidige Nederlandse markt van procesfinanciering in massaschade zaken is een systematische **kwantitatieve analyse** gedaan van alle zaken die tot 1 oktober 2022 in het WAMCA-register zijn opgenomen. Voor de analyse zijn de documenten uit het WAMCA-register doorgenomen en gefilterd op een aantal voor dit onderzoek belangrijke gegevens. Zaakskenmerken die zijn geregistreerd voor dit onderzoek zijn de betrokken belangenorganisaties, de betrokken gedaagden, een eventuele betrokken financier, het type collectieve actie, het rechtsgebied waarop de collectieve actie ziet, de (inter)nationale context van de collectieve actie, de omvang van eventuele schade, hetgeen gevorderd is door de eisende partij(en) en de manier waarop de collectieve actie gefinancierd wordt.

Daarnaast zijn **interviews** gehouden met actoren die actief zijn in het huidige collectieve actieveld in Nederland. Deze strekken ertoe een beeld te krijgen van de totstandkoming van collectieve acties, de kostenopbouw en financiering van dergelijke zaken, ontwikkelingen in de commerciële financieringsmarkt en om inzicht te krijgen in de knelpunten in de WAMCA-praktijk en in de opvattingen over nut en noodzaak van een processenfonds. In totaal werden 15 interviews afgenomen met 19 respondenten. De groep respondenten bestaat uit 14 advocaten (waarvan 10 onafhankelijk en 4 'in-house' advocaten), 3 procesfinanciers en 2 claimstichtingen. In de interviews is respondenten gevraagd naar hun ervaringen met de WAMCA-procedure (waar van toepassing in vergelijking met het oude 3:305a regime, of in vergelijking met WCAM-procedures), de aan collectieve procedures gerelateerde kosten(opbouw), financieringsstrategieën en hieraan gerelateerde knelpunten, en is gevraagd naar de mogelijke bijdrage die een processenfonds voor collectieve procedures zou kunnen leveren aan de praktijk.

Ter aanvulling op de interviews die met het oog op de vraag naar nut en noodzaak van een processenfonds voornamelijk met eisende partijen zijn gehouden, is een **focusgroep** bijeenkomst gehouden met een vijftal Nederlandse advocaten die ruime ervaring hebben met het optreden aan de kant van gedaagden in collectieve acties.

Ten slotte is, voor triangulatie en validatie en om enkele voorlopige bevindingen te bespreken, een **expertmeeting** gehouden. Hiervoor zijn experts op het gebied van collectieve acties en schikkingen uit Nederland en een aantal uit het buitenland uitgenodigd. In totaal hebben negen experts deelgenomen aan de expertmeeting. Dit zijn academici en vertegenwoordigers van een consumentenorganisatie of een financier.

3.2 Opzet onderzoeksrapportage

De onderzoeksrapportage is grotendeels opgezet op basis van de verschillende onderzoeksbronnen en methoden, zoals hierboven beschreven. Omdat de daaruit voortvloeiende deelrapportages op

zichzelf meerwaarde hebben, is besloten deze in het geheel op te nemen en niet gefragmenteerd op basis van de onderzoeksvragen. Hoofdstuk 2 bevat het deskonderzoek naar de WAMCA, financiering en regulering. In hoofdstuk 3 is de (kwantitatieve) analyse opgenomen van de WAMCA-zaken die aanhangig zijn gemaakt sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2020 t/m 1 oktober 2022. Hoofdstuk 4 bevat de (kwalitatieve) analyse van de interviews uitgevoerd voor dit onderzoek. In hoofdstuk 5 zijn de verslagen van de focusgroep en de expertmeeting opgenomen. De rechtsvergelijkende studie is neergelegd in hoofdstuk 6. Hoofdstuk 7 bevat de analyse en conclusies op basis van de voorgaande hoofdstukken en aan de hand van de onderzoeksvragen.

4. Belangrijkste bevindingen

4.1 Financieringsmogelijkheden en financieringsbeeld WAMCA

Rechtszaken kunnen in het algemeen op verschillende wijzen worden gefinancierd, waarbij onder het Nederlandse recht de eigen bijdrage, publiek gefinancierde rechtsbijstand en rechtsbijstandsverzekeringen de belangrijkste zijn. Publiek gefinancierde rechtsbijstand is echter niet beschikbaar voor collectieve acties waarin organisaties (stichtingen, verenigingen) als eisende partij optreden. Rechtsbijstandsverzekeringen richten zich primair op individuele verzekerden en spelen vooral in de fase van afwikkeling van collectieve schade een rol en soms in beperkte mate in de zogenoemde *scoping* fase, waarin bij gesignaleerde misstanden de mogelijkheden van en een plan voor de procedure worden uitgewerkt. Andere financieringsmogelijkheden zijn afkomstig uit *crowdfunding*, private (filantropische) fondsen en donaties. In de praktijk spelen deze financieringsbronnen voorsnog een beperkte rol bij collectieve acties. Resultaatsgerichte beloningen voor de advocatuur, die in sommige andere landen van groot belang zijn in collectieve acties, zijn in Nederland niet of zeer beperkt toegestaan. Uit de analyse van de WAMCA-zaken en de interviews blijkt dat eigen bijdragen voor acties die niet strekken tot schadevergoeding de belangrijkste financieringsbron zijn. Dit betreft eigen bijdragen die organisaties – veelal *repeat players* – vanuit lidmaatschappen en eventuele andere bronnen (bijvoorbeeld donaties) ontvangen. Voor collectieve acties tot schadevergoeding is procesfinanciering door commerciële derden van essentieel belang; in alle WAMCA-zaken die strekken tot het verkrijgen van schadevergoeding is er sprake van commerciële derdenfinanciering.

4.2 Marktontwikkelingen commerciële procesfinanciering en collectieve acties

De markt voor commerciële procesfinanciering is volop in ontwikkeling. Deze begon onder de WCAM en heeft met de WAMCA een verdere impuls gekregen. Naast een aantal in Nederland gevestigde *third party litigation funders*, zijn buitenlandse partijen werkzaam op de Nederlandse markt. Ook is er een aantal ad hoc financiers voor bepaalde (consumenten)zaken en zijn er investeerders die in samenwerking met advocatenkantoren zich richten op het financieren van specifieke claims, zoals de Dieselgate zaken tegen autofabrikanten in verband met sjoemel software, waarmee emissienormen ongemerkt overschreden konden worden. Een aantal Amerikaanse advocatenkantoren is tevens in Nederland als procesfinancier actief en recentelijk heeft een aantal kantoren hier vestigingen opgezet ten behoeve van het voeren van collectieve acties. De werkwijzen van procesfinanciers verschillen en sommige doen *scoping* en/of *due diligence* onderzoek *in-house*, terwijl andere investeerders afhankelijk zijn van aanvragen vanuit de markt en *due diligence* processen uitbesteden aan externe advocatenkantoren. Deze ontwikkelingen hebben ook andere marktreacties opgeroepen, zoals de opkomst van *multi-purpose* (ad hoc opgerichte) stichtingen die voor specifieke collectieve belangen

opkomen (met name op het gebied van het consumentenrecht en privacy) en een nauwere samenwerking tussen de advocatuur en procesfinanciers.

4.3 Regulering van procesfinanciering door commerciële derden

De regulering van procesfinanciering door commerciële derden is vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als in de meeste andere landen. In de eerste plaats bevat art. 3:305a BW (ontvankelijkheids)vereisten die ertoe strekken de representativiteit en professionaliteit van eisende belangenorganisaties te waarborgen, alsmede te garanderen dat deze over voldoende middelen beschikken en de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij deze organisaties ligt. Ook zijn onder de WAMCA nieuwe proceskostendelingsregels ingevoerd, zowel ten laste, als ten voordele van eisende belangenorganisaties: indien een collectieve actie kennelijk ongegrond is, kan de rechter in het kader van de ontvankelijkheidsbeoordeling vijf keer het geldende liquidatietarief ten laste van de eiser toekennen. Indien de actie succesvol is, kan de belangenorganisatie aanspraak maken op een redelijke vergoeding van de werkelijke proceskosten. Daarnaast zijn de soft law bepalingen van de Claimcode 2011 als herzien in 2019 van belang. Deze Claimcode vereist onder andere ten aanzien van de financiering door commerciële organisaties dat de financieringsovereenkomst schriftelijk is, en dat openbaar dient te worden gemaakt dat sprake is van externe procesfinanciering. De sinds 25 juni 2023 toepasselijke Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten staat commerciële derdenfinanciering onder bepaalde voorwaarden toe. Deze Richtlijn heeft tot een aanpassing van art. 3:305a BW geleid voor gevallen die onder de Richtlijn vallen. Deze strekken ertoe te garanderen dat de financiering niet afkomstig is van een financier die een concurrent is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt of van een financier die afhankelijk is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt. Tot slot is er vanuit het Europees Parlement een initiatief voor striktere regulering voor commerciële financiering in de vorm van een aanbevolen richtlijn voor 'verantwoorde particuliere procesfinanciering'. Vooralsnog lijkt dit echter niet tot de invoering van nieuwe wetgeving te leiden gezien de eerste reactie van de Europese Commissie, die meer 'evidence of need' van striktere regulering verlangt en de resultaten van de implementatie van de Richtlijn wil afwachten.

4.4 Kosten verbonden aan collectieve acties

Het is lastig gebleken om een volledig beeld te krijgen van de kosten die verbonden zijn aan collectieve acties, mede omdat de schadevergoedingsacties zich nog in een vroeg stadium van de procedure bevinden en deze gegevens vertrouwelijk zijn. De procestukken in het WAMCA-register bieden hierin ook (nog) geen inzicht, maar uit de interviews is wel meer duidelijk geworden over de kostenopbouw. Voor niet-schadevergoedingszaken bestaan de kosten vrijwel volledig uit de honoraria voor advocaten, waarbij voor kortgedingsprocedures bedragen van rond de €25.000 zijn genoemd en voor bodemprocedures tussen de €40.000 en €50.000. Daarnaast zijn er onder meer deurwaarderskosten, vertaalkosten in het geval van buitenlandse partijen, de kosten van experts, gerechtskosten en een eventuele kostenveroordeling indien de actie niet succesvol is. Voor schadevergoedingsacties zijn de kosten aanzienlijk hoger en minder voorspelbaar. De advocaatkosten werden, afhankelijk van de complexiteit van een zaak, ingeschat op €150.000 tot €500.000 voor het opstellen van de dagvaarding alleen. In complexe zaken is het totaal aan advocaatkosten en andere juridische experts nog (veel) hoger, mede door de veel uitgebreidere ontvankelijkheidsfase. Daarnaast zijn aanzienlijke kosten verbonden aan de voorfase, waaronder kosten van *scoping*, het feitelijke en juridische (voor)onderzoek, de kosten van het aantrekken van financiering en het oprichten en onderhouden van (ad hoc) stichtingen, samenwerking en expert analyse. Ten slotte zijn kosten verbonden aan de identificatie en het activeren van de groep benadeelden (*bookbuilding*), kosten van de verplichte

onderhandeling met gedaagde partijen en aan de afwikkeling en uitkering van de schadevergoeding. Het totaal betreft in het geval van schadevergoedingsacties al snel enkele miljoenen euro's.

4.5 Problemen bij financiering collectieve acties

Voor niet-schadevergoedingszaken gaven de geïnterviewde bestaande belangenorganisaties met budget aan dat zij jaarlijks een potje opzetten, waaruit proceskosten worden betaald en waarin eventuele opbrengsten terugvloeien, maar dit is doorgaans geen revolverende financieringsvorm. De financiering dient aangevuld te worden vanuit de ledencontributie en/of vanuit private, veelal filantropische, fondsen. *Repeat players*, die verantwoordelijk zijn voor een substantieel deel van de WAMCA procedures, gaven aan dat het beschikbare budget beperkt is, zij strikt moeten selecteren in zaken en dat de WAMCA kostenverhogend is gebleken ten opzichte van het oude regime voor collectieve acties. Voor schadevergoedingszaken zijn eisende partijen op dit moment volledig aangewezen op financiering door commerciële derden. Vooralnog hebben zich voor het relatief beperkt aantal schadevergoedingszaken geen noemenswaardige problemen voorgedaan bij het vinden van derdenfinanciers. Het kon in elk geval niet worden vastgesteld of er zaken zijn geweest, waar geen externe financiering voor gevonden kon worden. Knelpunten zijn vooral de kosten die gemoeid zijn met het vooronderzoek van de zaak, omdat er op dat moment nog geen zicht is op financiers of er nog geen concrete afspraken met financiers zijn. Soms wordt wel een deel van deze kosten gedragen door bijvoorbeeld ondernemende advocaten en andere adviseurs. Sommige financiers 'ontwikkelen' ook wel zelf zaken door onwenselijk gedrag bij multinationals te monitoren en/of worden rechtstreeks door gedupeerden of technische experts benaderd die op een probleem zijn gestuit. In de focusgroep werd in aanvulling hierop gewezen op de hoge kosten van afwikkeling van zaken als er eenmaal een schikking is, omdat deze kosten niet meer onder de procedurekosten vallen. In de interviews werden ook enkele procedurele knelpunten rond de WAMCA genoemd die tijd en kosten met zich meebrengen. In het bijzonder werd gewezen op de lange voorfase, het nodige onderzoek in het kader van de ontvankelijkheidsdiscussie, de documentatie voor de inschrijving in het register en de overlegverplichting. Enkele onzekerheden die samenhangen met de nog relatief nieuwe wetgeving, waaronder de onduidelijkheid rondom de invulling van representativiteit, vergen ook extra investeringen om de risico's op formele niet-ontvankelijkheid te beperken. Behoeftte aan financiering bestaat vooral bij legitieme, doch commercieel minder interessante, algemeen belang claims, vanwege het ontbreken van of een geringe schadevergoeding.

4.6 Mogelijke oplossing (revolverend) fonds

De markt voor commerciële procesfinanciering heeft zich zodanig ontwikkeld dat commerciële financiers, advocaten en belangenorganisaties elkaar weten te vinden en op elkaar inspelen. Wel is in de interviews en in de focusgroep gewezen op de hoge kosten van de voorfase, waarin mogelijk nog geen financier is betrokken, en de kosten van de afwikkeling van deze zaken als er eenmaal een schikking is bereikt. Mogelijk zou een processenfonds hierin een rol kunnen spelen. Verder is in de interviews, de focusgroep en de expertmeeting erop gewezen dat niet alle zaken aantrekkelijk zijn voor commerciële financiers. Dit betreft bepaalde algemeen-belangzaken en zaken waarin de verwachte schadevergoeding gering is. Ook is gewezen op de onvoorspelbaarheid van de huidige markt van commerciële financiering, omdat die nog volop in ontwikkeling is en het ook nog onduidelijk is hoe de rechter daarmee zal omgaan, terwijl ook mogelijk toekomstige strengere regulering van invloed kan zijn. Vooralnog betreft het merendeel van de WAMCA-zaken niet-schadevergoedingszaken. Zoals uit de analyse van het WAMCA-register en de interviews blijkt, is bij deze categorie geen sprake van commerciële derdenfinanciering. Mogelijk zou een processenfonds in deze zaken ook een rol kunnen spelen. Of een fonds revolverend kan zijn, is afhankelijk van de

inkomstenbronnen en uitgaven. Van belang is dat voldoende gelden terugstromen in een dergelijk fonds. Daarvoor is een volwassen collectieve actie-praktijk nodig en meer duidelijkheid over de aanwezigheid van voldoende financiering voor WAMCA-schadevergoedingsprocedures, aangezien zij het revolverende fonds zullen moeten vullen. Een oordeel hierover is op dit moment prematuur. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek kwam ook naar voren dat publieke processenfonds niet haaks staan op commerciële derdenfinanciering, maar juist baat kunnen hebben bij het bestaan van een gezonde concurrentie.

4.7 Processenfonds in enkele andere landen

Processenfonds voor collectieve acties waarmee noemenswaardige ervaring is opgedaan, bestaan in Canada (Quebec en Ontario) en Israël. In deze landen zijn verschillende keuzes gemaakt, zowel ten aanzien van de financiering van het fonds, als het type zaken en type kosten dat kan worden vergoed. Het meest 'ruime' processenfonds is dat van Quebec dat, in tegenstelling tot dat van Ontario en Israël, niet beperkt is tot zaken met een algemeen belang. In beginsel komen alle zaken en type kosten, inclusief advocaatkosten, voor vergoeding in aanmerking wanneer deze niet op een andere wijze gefinancierd kunnen worden. Het fonds in Quebec wordt gevoed door bijdragen uit alle *class actions*, ongeacht of die zaken zelf gebruik hebben gemaakt van het fonds. Ongeveer 50% van de zaken ontvangt een vergoeding uit het fonds. Het fonds in Ontario vergoedt *niet* de advocaatkosten en het fonds zelf wordt gefinancierd uit bijdragen uit succesvolle zaken gefinancierd uit het fonds, waarbij een standaard *fee* van 10% wordt afgedragen ongeacht de omvang van de financiering of de uitkomst. Ongeveer 10% van de zaken wordt op deze wijze gefinancierd. Zaken die bijdragen aan de rechtsonwikkeling of het algemeen belang kunnen voor financiering in aanmerking komen. De 'overhead' van dit fonds is gering, omdat het door vrijwilligers wordt gerund, hetgeen echter om andere redenen als problematisch kan worden gezien, zoals het gebrek aan capaciteit en transparantie. Het Israëlische fonds wordt volledig gevoed vanuit de overheid en geeft slechts een kleine bijdrage aan (een groot aantal) algemeen belang zaken. Dit fonds kan worden gezien als een privaat mechanisme met een publiek regulerend effect, omdat het algemeen belang acties mogelijk maakt en/of het adresseren van strooischade, waar publieke organen en toezichthouders ook een rol (kunnen) hebben.

4.8 Voor- en nadelen processenfonds in Nederland en mogelijke inrichting

Processenfonds zijn geschikt als er een leemte in het financieringslandschap bestaat. Dit kan ontstaan door een verbod op resultaatsafhankelijke honoraria en/of het gevolg zijn van een *loser pays*-regel, waarbij de eiser het risico van een meer dan symbolische proceskostenveroordeling loopt en de aanwezige financieringsbronnen in collectieve acties ontoereikend zijn, zoals dat in Nederland het geval is. Processenfonds zijn een manier om deze leemte op te vullen. Andere manieren uit de onderzochte jurisdicties zijn een *no cost-rule* ten behoeve van de niet-succesvolle eisers in *class actions* en/of een discretionaire bevoegdheid van de rechter om van een dergelijke proceskostenveroordeling af te zien op verzoek van de verliezende eiser, als het een principiële zaak betreft en/of een zaak in het algemeen belang. Voordelen van een processenfonds zijn dat hiermee ook zaken die mogelijk buiten de boot vallen, omdat ze niet aantrekkelijk genoeg zijn voor procesfinanciers, aangebracht zouden kunnen worden en dat deze zaken hiermee minder afhankelijk van de markt zijn. Zoals in de expertmeeting werd geconcludeerd, dient het afdwingen van naleving door collectieve procedures ook andere dan commerciële belangen, namelijk maatschappelijke, morele en juridische belangen. Tijdens de interviews is in het verlengde hiervan gewezen op de mogelijke bijdrage van een processenfonds aan de rechtsonwikkeling (o.a. consumentenrecht, privacy, milieubescherming). Mogelijke nadelen zijn dat de met het processenfonds gemoeide tijd en

kosten voor het opzetten en functioneren daarvan de verwachte baten wellicht niet overtreffen. Dit hangt samen met het geringe aantal zaken, de wisselwerking met commerciële derdenfinanciering en de complexiteiten rond en kosten van de organisatie van een dergelijk fonds. Deze praktische uitvoerbaarheidsvraag staat nog los van de vraag naar de noodzaak van een processenfonds.

4.9 Nut en noodzaak van een processenfonds

Uit het onderzoek is gebleken dat een grote diversiteit aan WAMCA-zaken aanhangig is gemaakt en dat het merendeel hiervan niet-schadevergoedingszaken betreft. Wat betreft de financiering is duidelijk dat voor schadevergoedingszaken financiering door een commerciële procesfinancier noodzakelijk is, gezien de hoge kosten, en dat deze financiering vooralsnog is verkregen voor de aangebrachte zaken. Niet gebleken is dat er schadevergoedingszaken wegens gebrek aan financiering niet aangebracht konden worden, maar het is zonder meer denkbaar dat er zaken zijn of zullen komen die vanwege een geringe schadevergoeding of mogelijk meer risico niet lucratief zijn voor financiers. Voor niet-schadevergoedingszaken ligt dat anders. Vooralsnog is er geen sprake van commerciële derdenfinanciering van deze zaken en worden deze – na selectie – uit eigen bijdragen van de achterban en eventuele andere bronnen (private donaties of *crowdfunding*) gefinancierd.

Een processenfonds lijkt vooralsnog vooral voor geringe schadevergoedingszaken en niet-schadevergoedingszaken een meerwaarde te hebben. Daarbij moet aangetekend worden dat er ook voor grote schadevergoedingszaken bepaalde nadelen kunnen kleven aan de afhankelijkheid van commerciële derdenfinanciering, met name indien deze riskanter zijn en/of betrekking hebben op nieuwe rechtsvragen. De vraag is of vooral voor zaken met een algemeen belang de commerciële markt bepalend moet zijn of een zaak wel of niet met de benodigde financiering kan worden aangebracht. Ook zijn er (economische) onzekerheden in de zich snel ontwikkelende financieringsmarkt en kan toekomstige (Europese) regulering van invloed zijn op de verdere ontwikkeling.

De oprichting van een processenfonds is een complexe aangelegenheid. Er moeten keuzes gemaakt worden voor wat betreft de financiering van een dergelijk fonds, waarbij een initiële of zelfs meer structurele bijdrage van de overheid nodig zal zijn, mede met het oog op het vooralsnog gering aantal schadevergoedingszaken. Ook moeten er keuzes worden gemaakt voor wat betreft het type zaken en welke kosten gefinancierd zouden moeten worden. Tot slot roepen de oprichting, organisatie en het onderhouden van een dergelijk fonds vragen op betreffende de inbedding, expertise en onderzoek naar de kansrijkheid van de voorgelegde zaken, en brengt dit ook de nodige kosten met zich mee.

Op grond van de vooralsnog geringe ervaring met de WAMCA, waarin nog geen einduitspraken in schadevergoedingszaken zijn gedaan, de zich snel ontwikkelende financieringsmarkt, de vooralsnog niet evidente problemen om financiering te verkrijgen (in schadevergoedingszaken), alsmede onzekerheden rond (Europese) regulering, lijkt het prematuur om zonder verder onderzoek op dit moment over te gaan tot de oprichting van een processenfonds. De onderzoekers onderkennen echter dat er onzekerheden zijn in de financiering en dat er in bepaalde zaken en in de voorbereidingsfase van zaken behoefte is aan meer mogelijkheden en – met name voor niet-schadevergoedingszaken – een meer structurele financiering. Voor een gezonde collectieve actie-markt en het succes van de WAMCA is een goede financiering van groot belang. Een deel van de problemen lijkt echter ook gelegen in de WAMCA-procedure zelf, of in de procedurele onzekerheden die er vooralsnog bestaan. Verder kan wellicht een deel van de financieringsproblemen ook op een andere wijze worden opgelost.

Onze conclusie kan als volgt worden samengevat. Een revolverend processenfonds dat niet afhankelijk is van overheidsmiddelen zou op dit moment volledig afhankelijk zijn van commerciële procesfinanciering en van ontwikkelingen in de rechtspraak onder de WAMCA. Onzeker is op dit moment of er voldoende schadevergoedingen worden toegewezen, en of de kosten van financiering zodanig zijn dat voldoende 'overblijft' om terug te vloeien in het fonds. Ook veronderstelt het in stand houden van een dergelijk fonds enige vorm van solidariteit. De vraag is of daarvoor voldoende maatschappelijke steun is en ook steun onder de stakeholders. Al met al, gelet op alle ontwikkelingen op dit moment zowel ten aanzien van commerciële procesfinanciering, als ten aanzien van de WAMCA lijkt de introductie van een revolverend processenfonds op dit moment prematuur. Overwogen zou kunnen worden om de mogelijkheid van cy pres uitdrukkelijk te erkennen, zodat in de praktijk daarmee ervaring kan worden opgedaan en inzicht kan worden verkregen in de omvang van overgebleven middelen. Afhankelijk van de resultaten zou dat opgevolgd kunnen worden door een processenfonds.

5. Aanbevelingen vervolgonderzoek

Een belangrijke beperking in dit onderzoek is het gebrek aan een nulmeting over het gebruik van collectieve acties onder het oude recht, zodat de situatie onder de WAMCA niet vergeleken kan worden met die onder het oude recht. Een systematisch empirisch onderzoek daarnaar blijft relevant en noodzakelijk en zou alsnog uitgevoerd kunnen worden, aangezien eerder onderzoek niet op alle voor de nulmeting relevante onderdelen een antwoord bevat.

Het onderhavige onderzoek kan als een nulmeting dienen voor vervolgonderzoek over ontwikkelingen onder de WAMCA. Ook zal over naar schatting drie tot vijf jaar veel meer gezegd kunnen worden over het aantal en verloop van WAMCA (schadevergoedings)zaken, de afwikkeling van schadevergoedingszaken en over de toepassing van de ontvankelijkheidsvereisten en andere procedurele eisen van de WAMCA. Dit zal meer inzicht verschaffen in de verhouding tussen schadevergoedings- en niet-schadevergoedingszaken, de eisende belangenorganisaties, de hoogte van de toegekende bedragen in collectieve schadevergoedingsacties, de financiering en totale kosten van deze zaken en in de toepassing van de WAMCA-vereisten in de praktijk. Dan zal er ook meer zicht zijn op en meer onderzoek gedaan kunnen worden naar de Europese regelgeving, in het bijzonder de toepassing en uitleg van de Richtlijn voor representatieve vorderingen, eventuele verdere regulering van commerciële derdenfinanciering, verdere ontwikkelingen in de financieringsmarkt en eventuele problemen rond de financiering van collectieve acties. Idealiter zal dat zowel een kwantitatief als kwalitatief onderzoek zijn, omdat met name interviews de resultaten van kwantitatieve onderzoeken helpen duiden. Zo is in dit onderzoek onderbelicht gebleven waarom schadevergoedingsacties alleen door specialistische (ad hoc opgerichte) belangenorganisaties worden ingesteld en uitsluitend commercieel gefinancierd zijn. Dit is ook een belangrijke vervolgonderzoeksvraag.

Verder onderzoek naar de ervaringen in andere jurisdicties met cy pres zou duidelijk kunnen maken met welke eventuele nadelen rekening gehouden zou moeten worden in de Nederlandse context indien het mechanisme als zodanig expliciet onder de WAMCA-erkenning zou krijgen.

Vervolgonderzoek naar een aantal alternatieven voor een processenfonds is ook wenselijk. Mogelijke alternatieven zijn: (a) afschaffing of verlaging van de griffierechten in bepaalde categorieën zaken; (b) verruiming van gefinancierde rechtsbijstand, zodat ook representatieve belangenorganisaties in collectieve acties in aanmerkingen komen; (c) geen proceskostenveroordeling voor de belangenbehartiger bij een niet succesvolle actie, in het bijzonder wanneer er geen gebruik is gemaakt

van commerciële procesfinanciering; (d) mogelijkheid van een reële proceskostenveroordeling ten behoeve van de succesvolle belangenorganisatie op grond van art. 1018l lid 2 Rv; (e) no win-no fee afspraken toestaan in collectieve acties. Met name sub (e) zou nader onderzoek behoeven. Niet duidelijk is bijvoorbeeld waarom het succesvolle experiment met *no cure no pay* in niet-collectieve letselschade zaken niet uitgebreid zou kunnen worden tot andere terreinen en/of tot collectieve acties. Verder is de rol van rechtsbijstandsverzekeraars in de *scoping* fase en/of in de daaropvolgende voorfase van massaschade-afwikkeling onderbelicht. Daar is ook meer onderzoek naar gewenst.

Zou uiteindelijk voor de revolverende fonds-route worden gekozen met een beperkte overheidsbijdrage, dan zouden eventuele staatsteunimplicaties moeten worden bekeken en is het nuttig om precies in kaart te brengen waarom soortgelijke initiatieven in Engeland en Duitsland destijds niet van de grond zijn gekomen. Verder is Chili een jurisdictie om in de gaten te houden voor wat betreft de ervaringen met het recent ingevoerde processenfonds voor consumentenzaken voor bepaalde belangenorganisaties.

ENGLISH SUMMARY

This study addresses the question of the usefulness and necessity of a litigation fund for collective actions under the Dutch Act on Settlement of Mass Damage in Collective Action (WAMCA). On the basis of desk research, (legal) comparative research and empirical research, it identifies the current funding possibilities and bottlenecks, how practice has developed under the WAMCA since its introduction on 1 January 2020, to what extent a revolving litigation fund could provide a solution to bottlenecks in the funding of collective actions and how it could be designed.

1. BACKGROUND

The collective settlement of mass claims has become an important area of private law in the Netherlands. Central to this study is the question of the usefulness and necessity of a litigation fund for collective actions under the WAMCA, and by extension, how such a fund could be designed. With the introduction of the WAMCA on 1 January 2020, the possibility of filing collective damage claims on an opt-out basis has been made possible under Art 3:305a of the Dutch Civil Code (DCC). The WAMCA complements the Dutch instruments for the settlement of collective damages, together with the 2005 Collective Mass Claims Settlement Act (WCAM) for collective settlements.

With the introduction of an opt-out collective damages procedure, admissibility requirements have been further tightened, for both damages actions, as well as non-damages actions. For instance, the requirements for representativeness of interest organisations on the claimant side (foundations, associations) have been tightened, which include oversight, appropriate decision-making mechanisms, and the availability of relevant information on an easily accessible internet page. The organisation should also have sufficient financial resources and experience and expertise with regard to conducting collective actions. In addition, the claim must have a sufficiently close link to the Dutch legal sphere.

The concrete reason for the study is twofold. First, the subject of collective action and settlement funding has been subject to scientific and societal interest for some time. In addition to the introduction of the WAMCA in the Netherlands, important developments in the field of collective actions and their funding have also taken place in the European context, in particular the creation of the Representative Actions Directive at the end of 2020 (hereinafter: the Directive). This Directive also contains some rules on the financing of collective actions and has led to some amendments to the WAMCA, which entered into force on 25 June 2023. In addition, in September 2022, the European Parliament adopted a resolution making recommendations to the European Commission regarding responsible private litigation funding.

Collective actions are often complex cases, involving many (potential) parties and stakeholders, for which possible forms of individual legal aid (e.g. publicly funded legal aid or legal expenses insurance) are not available or insufficient. The introduction of the WAMCA also seems to have given an impetus to the use of commercial litigation funding in the Netherlands. This has also raised the question of whether alternatives to commercial litigation funding might be desirable and feasible. A revolving litigation fund is an important example. Such a fund was also proposed in an earlier study

commissioned by the Dutch Research and Documentation Center (WODC) on the modernisation of procedural law in light of Big Data.¹

Secondly, the aforementioned Directive allows member states to provide that funds, which are not claimed in a collective redress action within a certain period of time, may be reallocated ('cy-près distribution'), which already happens in the Netherlands under the WCAM practice. This could also fuel a revolving litigation fund and further promote the consistency and uniformity desired by the legislator between WCAM and WAMCA practice. Importantly, the Directive also urges member states to provide for financial support from the government. This could include more structural support for competent authorities and/or interest groups, but also a reduction or waiver of court fees or other administrative costs, access to legal aid, reimbursement of actual litigation costs, as well as the abolition of litigation cost orders for representative interest groups.

2. PROBLEM STATEMENT AND RESEARCH QUESTIONS

The central research question of the study is twofold:

First, is there a need and/or a necessity for a (revolving) litigation fund for class actions? Second, how could a (revolving) litigation fund be funded and designed in the Netherlands?

This twin problem statement falls into two main questions, with associated sub-questions.

A. Utility and necessity of a (revolving) process fund

This research question (A) on the need and/or necessity for a (revolving) litigation fund for class actions, is answered on the basis of the following sub-questions:

- (1) What funding options currently exist in general to finance a class action under the WAMCA and what are their advantages and disadvantages? What does the funding landscape in the Netherlands look like?
- (2) How has the market for commercial third-party funding, or Third Party Litigation Funding, developed and in particular for class actions?
- (3) What regulation applies at international, national and European level, in particular the Representative Actions Directive?
- (4) What are the costs associated with pursuing collective actions as conducted under the WAMCA?
- (5) What are the problems of funding and is there a need for other sources of funding?
- (6) For which problems could a litigation fund be a solution, and could a litigation fund be revolving?

¹ B. van der Sloot & S. van Schendel, *De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data, Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving*, WODC 2019. English summary available at <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/2390>.

B. (Financial) design and costs of a (revolving) fund

This research question (B) on the design and cost of a (revolving) litigation fund in the Netherlands was answered using the following set of sub-questions:

(7) Do such funds exist in other countries and, if so, how are they designed? Which elements from (revolving) litigation funds elsewhere would lend themselves to application in the Dutch context?

(8) What could be the advantages and disadvantages of a possible Dutch litigation fund, how does it relate to other forms of financing, and how could this fund be designed?

(9) All things considered, is the introduction of such a litigation fund in the Netherlands, also in light of the Representative Actions Directive, useful and desirable?

The first part of the study focuses on the why of a possible litigation fund and addresses the question: is there a need and/or a necessity to create a (revolving) litigation fund for class actions? The second part of the study focuses on exploring and describing a possible design of a (revolving) litigation fund that fits the revealed needs and the intended purpose.

3. RESEARCH METHODS AND REPORTING

3.1 Research methods

To answer the above research questions, the following research methods were applied: (1) desk research, (2) comparative (law) research and (3) qualitative and quantitative empirical research.

(1) Desk research

The desk research consists of an examination of relevant legislation and regulation, literature review, case law review and content analysis of the WAMCA register. The research on legislation includes the relevant regulations in the Netherlands, as well as soft law under the Dutch 2011 Claims Code as amended in 2019. In addition, European regulations and, where relevant, regulations in other countries were examined, with particular reference to the Directive, the European Parliament's initiative for a Resolution recommending a directive for 'responsible private litigation funding', as well as the ELI-Unidroit European Model Rules of Civil Procedure. In particular, the desk research was conducted for the purpose of answering the questions on the financing possibilities and costs of collective actions, market developments for commercial third-party funding and its regulation in the Netherlands and in the European context (sub questions 1-4).

(2) Comparative (law) research

In addition to the desk research, more extensive research was conducted into similar litigation funds in other countries, of which Canada (Ontario and Quebec) and Israel were selected as the main jurisdictions. As yet, these are the only jurisdictions that have such funds and with which there is significant experience. The research is based on examination of relevant regulations, case law and literature in these countries. In addition to this and for verification purposes, four interviews took place with eight experts from these countries. This part of the study answers the question of comparable litigation funds abroad and to what extent they lend themselves to a similar implementation in the Netherlands and also provides insights into the methods of funding, advantages and disadvantages and the design of a possible litigation fund.

(3) Empirical research

To get a picture of the current Dutch market of litigation funding in mass damage cases, a systematic quantitative analysis of all cases listed in the WAMCA register until 1 October 2022 was done. For the analysis, documents from the WAMCA register were reviewed and filtered for a number of data important for this study. Case characteristics recorded for this research are the interest groups involved, the defendants involved, any funder involved, the type of collective action, the jurisdiction covered by the collective action, the (inter)national context of the collective action, the extent of any damages, what has been claimed by the plaintiff(s) and how the collective action is funded.

In addition, interviews were held with actors active in the current collective action field in the Netherlands. These aimed to get a picture of the inception of collective actions, the cost structure and financing of such cases, developments in the commercial financing market and to understand the bottlenecks in WAMCA practice and views on the usefulness and necessity of a litigation fund. A total of 15 interviews were conducted with 19 respondents. The group of respondents comprised 14 lawyers (10 of whom were independent and 4 'in-house' lawyers), 3 litigation funders and 2 claims foundations. In the interviews, respondents were asked about their experiences with WAMCA proceedings (where applicable compared to the old 3:305a regime, or compared to WCAM proceedings), the costs related to collective proceedings, funding strategies and related bottlenecks. Furthermore, they were asked for their views on the possible contribution of a litigation fund for collective actions to access to justice.

To complement the interviews, that were conducted mainly with (representatives of) plaintiffs with a view to inquiring about the utility and necessity of a litigation fund, a focus group meeting was held with five Dutch lawyers who have extensive experience in acting on the side of defendants in collective actions.

Finally, for triangulation and validation and to discuss some preliminary findings, an expert meeting was held. For this purpose, experts in the field of collective actions and settlements from the Netherlands and abroad were invited. A total of nine experts participated in the expert meeting. These were academics and representatives of a European consumer organisation or a financier.

3.2 Structure of the research report

The research report is largely structured based on the various research sources and methods, as described above. Since the resulting sub-reports have added value in their own right, it was decided to include them as a whole and not in a fragmented manner based on the research questions. Chapter 2 contains the desk research on the WAMCA, funding and regulation. Chapter 3 contains the (quantitative) analysis of WAMCA cases pending since its entry into force on 1 January 2020, up to 1 October 2022. Chapter 4 contains the (qualitative) analysis of the interviews conducted for this study. Chapter 5 contains the focus group and expert meeting reports. The comparative law study is set out in Chapter 6. Chapter 7 contains the analysis and conclusions based on the previous chapters and according to the research questions.

4. KEY FINDINGS

4.1 Funding options and funding practice under the WAMCA

Litigation can generally be financed in different ways, with the most important under Dutch law being self-financing and/or the personal contribution, publicly funded legal aid and legal aid insurance. However, in the Netherlands publicly funded legal aid is not available for collective actions in which organisations (foundations, associations) act as claimants. Legal aid insurances focus primarily on individual policyholders and play a role mainly in the phase of settlement of collective damages and sometimes to a limited extent in the so-called scoping phase, in which, in the case of identified abuses, the possibilities of and a plan for proceedings are worked out. Other funding opportunities come from crowdfunding, private (philanthropic) funds and donations. In practice, these funding sources play a limited role in collective actions for the time being. Results-based remuneration for the legal profession, which is of great importance in collective actions in some other jurisdictions, is not allowed in the Netherlands, or only to a very limited extent. The analysis of the WAMCA cases and the interviews show that personal contributions for non-damages actions are the main source of funding. This concerns contributions that organisations - mostly repeat players - receive from memberships and any other sources (e.g. donations). For collective actions seeking damages, litigation funding by commercial third parties is essential; all WAMCA cases seeking damages involve commercial third-party funding.

4.2 Market developments in commercial litigation funding and class actions

The Dutch market for commercial litigation funding is developing rapidly. It started under the WCAM and has gained further momentum with the WAMCA. Besides a number of Dutch-based third-party litigation funders, foreign parties are operating in the Netherlands. There are also a number of ad hoc funders for certain (consumer) cases and there are investors who, in cooperation with law firms, focus on funding specific claims, such as the Dieseltgate cases against carmakers in connection with cheating software, which allowed emissions standards to be exceeded undetected. A number of US law firms also operate as litigation funders in the Netherlands, and recently a number of firms have set up branches here for the purpose of conducting collective actions. The practices of litigation funders differ and some do scoping and/or due diligence in-house, while other investors rely on requests from the market and outsource due diligence processes to external law firms. These developments have also prompted other market responses, such as the emergence of multi-purpose (ad hoc created) foundations that advocate for specific collective interests (especially in the areas of consumer and privacy law) and closer cooperation between the legal profession and litigation funders.

4.3 Regulation of litigation funding by commercial third parties

Regulation of litigation funding by commercial third parties is limited for the time being, both in the Netherlands and in most other countries. Firstly, Art 3:305a of the Dutch Civil Code contains (admissibility) requirements aimed at ensuring the representativeness and professionalism of plaintiff interest organisations, as well as guaranteeing that they have sufficient resources and that the control of the legal action lies sufficiently with these organisations. New litigation cost-sharing rules were also introduced under the WAMCA, both at the expense, and for the benefit, of plaintiff interest organisations: if a collective action is manifestly unfounded, the court may award five times the prevailing liquidation rate at the expense of the plaintiff as part of the admissibility assessment. If the action is successful, the interest group can claim reasonable reimbursement of actual litigation costs. In addition, the soft law provisions of the Dutch 2011 Claims Code as revised in 2019 are relevant. This Claim Code requires, inter alia, with regard to funding by commercial organisations, that the funding

agreement be in writing, and that the presence of external litigation funding should be disclosed. The Representative Actions Directive, applicable from 25 June 2023, allows commercial third-party funding under certain conditions. This Directive led to amendments to Art 3:305a of the Dutch Civil Code for cases covered by the Directive. These aim to ensure that the financing does not come from a financier who is a competitor of the party against whom the legal claim is directed or from a financier who is dependent on the party against whom the legal claim is directed. Finally, there is an initiative from the European Parliament for stricter regulation of commercial funding in the form of a recommended directive for 'responsible private litigation funding'. For now, however, this does not seem to lead to the introduction of new legislation given the initial reaction of the European Commission, that has demanded more 'evidence of need' of stricter regulation and wants to wait for the results of the implementation of the Directive.

4.4 Costs associated with collective actions

It has proved difficult to get a full picture of the costs associated with collective actions, partly because damages actions are still at an early stage of proceedings and this type of data is confidential. The litigation documents in the WAMCA register also do not (yet) provide insight into this information, but the interviews did reveal more about the cost structure. For non-damages cases, costs consist almost entirely of lawyers' fees, with amounts of around €25,000 mentioned for summary proceedings and between €40,000 and €50,000 for proceedings on the merits. Additional costs include bailiff fees, translation costs in the case of foreign parties, experts' fees, court costs and a possible cost order if the action is unsuccessful. For mass damages cases, costs are significantly higher and less predictable. Depending on the complexity of a case, legal fees were estimated at €150,000 to €500,000 for drafting the summons alone. In complex cases, the total of lawyers' fees and other legal experts is (much) higher, partly because of the much more extensive admissibility phase. In addition, significant costs are associated with the preliminary phase, including costs of scoping, the (preliminary) factual and legal investigation, the costs of raising funds and establishing and maintaining (ad hoc) foundations, cooperation and expert analysis. Finally, costs are associated with the identification and activation of the group of injured parties (book building), costs of mandatory negotiation with defendants, and settling and payment of damages. The total costs easily amounts to several million euros in the case of damages actions.

4.5 Problems in funding collective actions

For non-damages cases, the existing interest groups with litigation budgets that were interviewed indicated that they set up an annual fund from which litigation costs are paid and into which any proceeds are returned, but this is usually not a revolving form of funding. Funding has to be supplemented from membership fees and/or from private, mostly philanthropic, funds. Repeat players, who are responsible for a substantial portion of WAMCA proceedings, indicated that the available budget is limited, they have to select cases strictly and that WAMCA has proved cost-prohibitive compared to the old collective action regime. For damages cases, plaintiffs currently rely entirely on funding from commercial third parties. As yet, for the relatively limited number of damages cases, no significant problems have occurred in finding third-party funding. In any case, it could not be determined whether there were any cases, for which no external funding could be obtained. Bottlenecks are mainly the costs involved in the preliminary investigation of the case, because at that stage there may not be evident funding options, nor are there any concrete agreements with funders yet. Sometimes, however, some of these costs are borne by entrepreneurial lawyers and other advisers. Some funders also develop cases themselves by monitoring problematic behaviour of multinationals and/or are approached directly by aggrieved parties or technical experts who have identified a problem. In addition, the focus group pointed out the high cost of damages handling and

distribution once there is a settlement, as these costs are no longer covered by procedural cost orders. The interviews also revealed some procedural bottlenecks around the WAMCA that involve time and costs. In particular, reference was made to the long preliminary phase, the necessary research involved in the admissibility discussion, the documentation for entry in the register and the consultation requirements. Some uncertainties associated with the still relatively new legislation, including the ambiguity surrounding the interpretation of representativeness, also require additional investments to reduce the risks of the certification stage. A need for funding exists especially for legitimate, but commercially less interesting, public interest claims, due to the lack of or low compensation.

4.6 Possible solution offered by a (revolving) litigation fund

The market for commercial litigation funding has developed such that commercial funders, lawyers and interest groups know how to find and respond to each other. However, in the interviews and in the focus group, the high costs of the preliminary phase, in which a funder may not yet be involved, and the costs of settling these cases once a settlement has been reached, were pointed out. Possibly, a litigation fund could play a role in this. Furthermore, the interviews, focus group and expert meeting revealed that not all cases are attractive to commercial funders. This concerns certain general interest cases and cases in which the expected damages are small. The unpredictability of the current commercial finance market was also pointed out, as it is still developing and it is also still unclear how the courts will deal with it, while possible future stricter regulation could also have a negative impact. For now, the majority of WAMCA cases involve non-damages cases. As the analysis of the WAMCA register and interviews show, this category does not involve commercial third-party funding. Possibly, a litigation fund could also play a role in these cases. Whether a fund can be revolving depends on the sources of revenue and expenditure. What is important is that sufficient funds flow back into such a fund. This requires a mature collective action practice and more clarity on the presence of sufficient funding for WAMCA damages cases, as they will have to fill the revolving fund. A conclusion on this is premature at this point of time. The comparative law study also found that public litigation funds are not at odds with commercial third-party funding, but may actually benefit from the existence of healthy competition.

4.7 Litigation funds in some other jurisdictions

Collective litigation funds with which there is significant experience exist in Canada (Quebec and Ontario) and Israel. Different choices have been made in these countries, both with regard to the financing of the fund and the type of cases that are financed and type of costs that can be reimbursed. The most 'broad' litigation fund is Quebec's which, unlike Ontario's and Israel's, is not limited to public interest cases. In principle, all cases and types of costs, including lawyers' fees, are eligible for reimbursement when they cannot be funded by other means. The fund is fed by contributions from all collective actions, regardless of whether those cases themselves have used the fund. About 50% of cases receive reimbursement from the fund. The fund in Ontario does *not* reimburse lawyers' fees and the fund itself is funded by contributions from successful cases funded by the fund, with a standard 10% fee being levied regardless of the size of the funding or outcome. About 10% of cases is funded this way. Cases that contribute to legal development or the public interest may be eligible for funding. The 'overhead' of this fund is low, as it is run by volunteers, which can be seen as problematic for other reasons, such as lack of capacity and transparency. The Israeli fund is fed entirely by government funding and gives only a small contribution to (a large number of) public interest cases. This fund can be seen as a private mechanism with a public regulatory effect, as it enables public interest actions and/or the address of scattered damages, where public bodies and regulators also (may) have a role.

4.8 Pros and cons of a litigation fund in the Netherlands and possible design of a fund

Litigation funds are suitable when there is a gap in the funding landscape. This may arise due to a ban on contingent fees and/or be the result of a loser pays rule, where the plaintiff runs the risk of a more than token litigation cost awards and the funding sources available in collective actions are insufficient, as is the case in the Netherlands. Litigation funds are one way to fill this gap. Other ways from the surveyed jurisdictions include a no-cost-rule for the benefit of unsuccessful plaintiffs in collective actions and/or a discretionary power of the court to waive such a litigation cost order at the request of the losing plaintiff, if the case is one of principle and/or in the public interest. The advantages of a litigation fund are that it would also allow cases that might fall by the wayside because they are not attractive enough to commercial litigation funders to be brought and would make these cases less dependent on the market. As concluded in the expert meeting, enforcing compliance through collective proceedings also serves other than commercial interests, namely social, moral and legal interests. By extension, the potential contribution of a litigation fund to legal development (e.g. consumer law, privacy, environmental protection) was pointed out during the interviews. Possible drawbacks are that the time and costs involved in setting up and operating the litigation fund may exceed the expected benefits. This is related to the small number of cases, the interaction with commercial third-party funding and the complexities around and costs of operating such a fund. This practicality question is separate from the question of the need for a litigation fund.

4.9 Utility and necessity of a litigation fund

The research has shown that a wide variety of WAMCA cases have been brought and that the majority of these are non-damages cases. In terms of funding, it is clear that for damages cases, funding from commercial litigation funders is necessary given the high costs, and has been obtained for the time being, for the cases brought. There is no evidence that damages cases could not be brought due to lack of funding, but it is certainly conceivable that there are or will be cases that are not lucrative for funders due to low damages or too high risk. The situation is different for non-damages cases. For the time being, there is no commercial third-party funding of these cases and – after selection – they are funded from the class members' contributions and possible other sources (private donations or crowdfunding).

For the time being, a litigation fund seems to have added value mainly for small damages cases and non-damages cases. It should be noted that even for large damages cases, there may be certain drawbacks to relying on commercial third-party funding, especially if they are riskier and/or involve new legal questions. The question is whether, especially for public interest cases, the commercial market should determine whether or not a case can be brought with the necessary funding. There are also (economic) uncertainties in the rapidly developing funding market and future (European) regulation may affect further development.

Setting up a process fund is a complex matter. Choices have to be made regarding the financing of such a fund, which will require an initial or even more structural contribution from the government, partly in view of the as yet small number of damages cases. Choices also need to be made as to the type of cases and which costs should be financed. Finally, the establishment, organisation and maintenance of such a fund raise questions regarding embedding, expertise and research into the merits of the cases submitted, and also entail significant costs.

Based on the as yet limited experience with the WAMCA, in which no final judgments have yet been rendered in damages cases, the rapidly developing funding market, the as yet not evident difficulties in obtaining funding (in damages cases), as well as uncertainties surrounding (European) regulation, it

seems premature to proceed with the establishment of a litigation fund without further research at this time. However, the researchers recognise that there are uncertainties in funding and that in certain cases and in the preparation phase of cases there is a need for more options and – especially for non-damages cases – more structural funding. For a healthy collective action market and the success of the WAMCA, proper funding is key. However, part of the problems also seem to stem from the WAMCA procedure itself, or in the procedural uncertainties that exist for the time being. Furthermore, perhaps some of the funding problems could also be solved by other means.

Our conclusion can be summarised as follows. A revolving litigation fund that does not rely on public funds would at present depend entirely on commercial litigation funding and developments in the jurisprudence under the WAMCA. What is uncertain at the moment is whether sufficient damages are awarded, and whether the cost of funding is such that enough funds would remain to flow back into the fund. Also, maintaining such a fund presupposes some form of solidarity. The question is whether there is sufficient public support for this and also support among stakeholders. All in all, in view of all current developments both with regard to commercial litigation funding, and with regard to the WAMCA, the introduction of a revolving litigation fund seems premature at this point in time. Consideration could be given to explicitly recognise the possibility of *cy pres* so that experience can be developed with it in practice and insights can be gained into the size of remaining funds. Depending on the results, this could be followed up by the establishment of a litigation fund.

5. RECOMMENDATIONS FOR FOLLOW-UP RESEARCH

A major limitation in this study is the lack of a baseline measurement on the use of collective actions under the old regime, so that a proper comparison with the situation under the WAMCA cannot be made. A systematic empirical study continues to be relevant and necessary and could still be conducted, as earlier research does not provide answers to all elements relevant for the baseline measurement.

The present study could serve as a baseline for follow-up research on developments under the WAMCA. Also, in an estimated three to five years, it will be possible to say much more about the number and progression of WAMCA (damages) cases, the settling of damages cases and the application of the admissibility and other procedural requirements of the WAMCA. This will provide more insight into the relationship between damages and non-damages cases, the claimant interest groups, the amounts of damages awarded in collective actions, the funding and total costs of these cases and the application of WAMCA requirements in practice. There will then also be more insight and research into European regulations, in particular the application and interpretation of the Representative Actions Directive, any further regulation of commercial third-party funding, further developments in the funding market and any issues surrounding the funding of collective actions. Ideally, this will be both a quantitative and qualitative study, as interviews in particular help interpret the results of quantitative studies. For example, it remained underexplored in this research why damages actions are only brought by specialist (ad hoc established) advocacy organisations and are exclusively commercially funded. This is also an important follow-up research question.

Further research into the experiences in other jurisdictions with *cy pres* could clarify which possible drawbacks would have to be taken into account in the Dutch context if the mechanism as such were explicitly recognised under WAMCA.

Follow-up research is also desirable in regard of a number of alternatives to a litigation fund. Possible alternatives are: (a) abolishing or lowering court fees for certain categories of cases; (b) widening the scope of subsidized legal aid, so that representative interest organisations in collective actions are also eligible; (c) no litigation cost orders for the representative organisation in an unsuccessful action, in particular when commercial litigation funding has not been used; (d) the scope of a litigation costs order of the real costs for the benefit of the successful interest organisation under Art. 1018I paragraph 2 of the Dutch Code of Civil Procedure (DCCP); (e) allowing 'no win-no fee' agreements in collective actions. The last one in particular would require further investigation. For example, it is not clear why the successful experiment with no cure no pay in non-collective personal injury cases could not be extended to other areas and/or to collective actions. Furthermore, the role of legal expenses insurers in the scoping phase and/or in the subsequent preliminary phase of collective actions for damages is underexplored. More research on this is also desirable.

Should the revolving fund route ultimately be chosen with a limited government contribution, any state aid implications should be considered and it would be useful to identify exactly why similar initiatives in England and Germany did not take off at the time. Furthermore, Chile is a jurisdiction to keep an eye on in terms of experience with the recently introduced consumer litigation fund for certain interest groups.

1. INLEIDING

Dit onderzoek ziet op de vraag naar het nut en de noodzaak van een processenfonds voor collectieve acties onder de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA).² Op basis van deskonderzoek, (rechts)vergelijkend onderzoek en empirisch onderzoek is in kaart gebracht wat de financieringsmogelijkheden en knelpunten zijn, hoe de praktijk zich onder de WAMCA heeft ontwikkeld sinds de introductie daarvan per 1 januari 2020, in hoeverre een revoluerend processenfonds een oplossing kan bieden en hoe dit vormgegeven zou kunnen worden. In dit inleidende deel van de rapportage worden de achtergrond en aanleiding voor dit onderzoek geschetst (1.1), de onderzoeksvragen met deelvragen beschreven (1.2), de driedelige methode uiteengezet (1.3) en wordt een leeswijzer voor de rapportage verschaft (1.4).

1.1 Achtergrond en aanleiding

Collectieve schade en de afwikkeling daarvan zijn steeds belangrijker geworden. Met de invoering van de WAMCA, waarbij collectieve schadevorderingen mogelijk werden, is het Nederlands instrumentarium voor de afwikkeling van collectieve schade, samen met de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)³ uit 2005 voor collectieve schikkingen⁴, gecomplementeerd. Drie jaar na het toepasselijk worden van de WAMCA op 1 januari 2020 zijn 63 vorderingen ingesteld blijkens het centraal register voor collectieve vorderingen (WAMCA-register).⁵ Ook in Europees verband zijn er belangrijke ontwikkelingen, in het bijzonder de totstandkoming van de Richtlijn Representatieve vorderingen voor consumenten (de “richtlijn”), die in december 2020 werd aangenomen.⁶ Deze geïmplementeerde Richtlijn is per 25 juni 2023 toepasselijk en de lidstaten dienden op 25 december 2022 de nodige wetgeving daartoe aan de Commissie mee te delen.⁷ Het voorstel voor een Implementatiewet werd, na publicatie van het ontwerp en een internetconsultatie⁸, op 8 februari 2022 ingediend⁹ en is op 2 november 2022 aangenomen.¹⁰

Met de invoering van een registratieplicht via een centraal register voor collectieve acties en schadevorderingen en andere transparantievereisten voor procederende organisaties, komt ook steeds vaker de vraag naar de financiering hiervan aan de orde. Verschillende vormen van procesfinanciering en met name financiering door commerciële derden, waarbij een externe partij, zonder banden met de partijen of het geschil het procesrisico op zich neemt in ruil voor een percentage van de uitkomst in geval van succes (*Third Party Litigation Funding* ofwel *TPLF*) hebben zich intussen in de Nederlandse praktijk – evenals in enkele andere landen – ontwikkeld, maar zijn

² *Stb.* 2019, 130.

³ *Stb.* 2005, 340.

⁴ Van Lith 2010.

⁵ Centraal register voor collectieve vorderingen, <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>. Status op 1 januari 2023. De inhoudelijke, kwantitatieve analyse uitgevoerd voor dit onderzoek is afgesloten op 1 oktober 2022, op basis van de 59 zaken die toen aangebracht waren, zie hoofdstuk 3.3.1 en Bijlage 1. Verwijzing naar zaken of uitspraken die na die datum zijn aangebracht en/of gewezen, zal in dit rapport slechts incidenteel plaatsvinden, voor zover relevant voor de bespreking van een onderzoeksvraag- of resultaat.

⁶ Richtlijn (EU) 2020/1828.

⁷ Art. 24 Richtlijn (EU) 2020/1828.

⁸ Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten van 1 mei 2021, https://www.internetconsultatie.nl/implementatie_rl_collectieve_actie.

⁹ *Kamerstukken II* 2022/22, 36034, nr. 2.

¹⁰ *Stb.* 2022, 459.

vooral nog slechts in beperkte mate in kaart gebracht en/of gereguleerd. In de EU is er sprake van toenemende aandacht voor derdenfinanciering door commerciële partijen, met name vanwege het gevaar van belangenverstremming en de vrees voor een claimcultuur.¹¹ In de genoemde Richtlijn wordt de mogelijkheid van derdenfinanciering echter niet uitgesloten. Verder publiceerde het Europees Parlement in juni 2021 een ontwerprapport met aanbevelingen aan de Europese Commissie voor een verantwoorde particuliere procesfinanciering.¹² Deze resolutie werd door het Europees Parlement aangenomen op 22 september 2022.¹³ De Europese Commissie en de Raad zijn nu aan zet en het is de vraag in hoeverre opvolging wordt gegeven aan dit initiatief van het Europees Parlement. Mocht dit initiatief tot EU-regulering over private procesfinanciering leiden, dan zal dit naar verwachting invloed hebben op de verdere ontwikkeling van derdenfinanciering in Nederland en deze mogelijk beperken.¹⁴ Dan neemt het belang van alternatieve financieringsbronnen verder toe.

Collectieve acties zijn vaak complexe zaken, waarbij vele (potentiële) partijen en belanghebbenden betrokken zijn, waarvoor mogelijke vormen van individuele rechtsbijstand (bijvoorbeeld door de overheid gefinancierde rechtshulp of rechtsbijstandsverzekeraars) niet beschikbaar of toereikend zijn. In het kader van de WCAM, waarmee al langere tijd ervaring is, spelen financieringsmogelijkheden een andere rol, omdat het hier een vrijwillig aangegane schikking betreft en alle betrokken partijen hetzelfde eindresultaat beogen (de verbindendverklaring van de collectieve schikking door de rechter) en bereid zijn daarin te investeren. Wel blijven soms gelden over in het schikkingsfonds na de beëindiging van het distributieproces in de WCAM en voornamelijk zijn deze voor verschillende doeleinden gebruikt¹⁵ en een enkele keer ook misbruikt.¹⁶

De concrete aanleiding voor het onderzoek is tweeledig. Ten eerste staat het onderwerp financiering van collectieve acties en schikkingen al enige tijd in de wetenschappelijke en maatschappelijke belangstelling,¹⁷ terwijl de introductie van de WAMCA een impuls lijkt te hebben gegeven aan de inzet van commerciële procesfinanciering.¹⁸ Dat heeft ook de vraag doen rijzen of alternatieven voor commerciële procesfinanciering wenselijk en haalbaar zouden kunnen zijn. Een revolverend processenfonds is daar een belangrijk voorbeeld van. Een revolverend processenfonds wil zeggen dat het fonds niet (volledig) door de overheid gesubsidieerd wordt, maar zichzelf in stand houdt, doordat

¹¹ Opmerking verdient dat hoewel de vrees voor een claimcultuur in veel discussies de boventoon voert een duidelijke, laat staan algemeen geaccepteerde definitie hiervan lijkt te ontbreken.

¹² Europees Parlement 2021, (2020/2130(INL)).

¹³ Europees Parlement 2022, (2020/2130(INL)).

¹⁴ Kritisch o.m. Stadler 2022b, p. 151-159. Zie ook Cordina & Storskrubb 2022, p. 38-45, i.h.b. p. 40-43.

¹⁵ Zie voor een uitgebreide analyse van het distributieproces en de belangen van de benadeelden: Eijsermans-van Abeelen 2020.

¹⁶ Gedoeld wordt op de zogenoemde “affaire Oranje”, waarbij notaris Frank Oranje die als toezichthouder op de gelden, waaronder overgebleven WCAM schikkingsfondsen, moest passen van derden partijen, deze jarenlang wist te verduisteren en/of voor privé doeleinden gebruiken; zie o.a.

<https://www.advocatie.nl/nieuws/pels-rijcken-totale-schade-door-fraude-frank-oranje-komt-uit-op-164-miljoen/>.

¹⁷ Een greep uit publicaties van de afgelopen vijf jaar in Nederland: Kramer e.a. (eds.) 2022; Tzankova & Kramer 2021, p. 97-130; Kramer & Tillema, 2020, p. 165-181; Biard & Kramer 2019, p. 249-259; Tillema 2019; Tillema 2018-2019, p. 283-203; Visscher, de Mot & Faure 2018, p. 25-39; Tzankova 2017, p. 107-119. Ook in de media komt dit onderwerp geregeld aan de orde, bijvoorbeeld onlangs in NOS, *Nieuwsuur* 8 februari 2022 (met Tzankova als één van de sprekers).

¹⁸ Tzankova & Kramer 2020: enerzijds doordat de zwaardere ontvankelijkheidseisen ruimere financiële armslag bij de belangenorganisaties vergen, anderzijds, omdat de WAMCA het mogelijk maakt dat de werkelijke proceskosten aan de belangenorganisatie worden vergoed, waaronder de kosten van de financiering en de *success fee* van de procesfinancier.

op een andere manier dan via de overheid financiering wordt gegenereerd.¹⁹ Een dergelijk fonds is ook voorgesteld in de WODC-studie naar de modernisering van het procesrecht in het licht van Big Data.²⁰ Ten tweede biedt de genoemde Richtlijn Representatieve vorderingen lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat middelen, die in een collectieve schadevergoedingsactie niet opgeëist worden binnen een bepaalde termijn, een andere bestemming mogen krijgen ('*cy-près* distributie'),²¹ hetgeen in Nederland onder de WCAM-praktijk, zoals gezegd, ook reeds gebeurt. Dat zou ook een revolverend processenfonds kunnen voeden en de door de wetgever gewenste consistentie tussen de WCAM en de WAMCA-praktijk verder bevorderen. Van belang is voorts dat de richtlijn lidstaten verplicht tot steun vanuit de overheid. Dat kan bijvoorbeeld een meer structurele steun voor de bevoegde instanties en/of belangenorganisaties betreffen, maar ook een beperking of kwijtschelding van griffierecht of andere administratieve kosten, toegang tot rechtsbijstand,²² vergoeding van reële proceskosten, maar ook de afschaffing van proceskostenveroordelingen van representatieve belangenorganisaties.

1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen

1.2.1 Probleemstelling

De probleemstelling die in het onderzoek centraal staat is tweeledig:

Ten eerste, bestaat er de noodzaak en/of de behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken? Ten tweede, hoe zou een (revolverend) processenfonds in Nederland bekostigd en vormgegeven kunnen worden?

Deze tweeledige probleemstelling valt uiteen in twee hoofdvragen, met bijbehorende sub-vragen. Om de leesbaarheid van dit onderzoeksverslag te bevorderen, is het verslag opgezet aan de hand van de verschillende onderzoeksmethoden en bronnen (zie par. 1.3 en 1.4), wat slechts ten dele overeenkomt met de volgorde van de twee hoofdvragen met sub-vragen als hieronder weergegeven. Immers, bij de beantwoording van een aantal onderzoeksvragen zijn verschillende onderzoeksmethoden gebruikt en het volgen van de structuur van de vragen in het verslag zou tot veel kruisverwijzingen en herhalingen leiden. Wel vormen de twee hoofdvragen en sub-vragen de rode draad bij de verschillende delen van het onderzoek en ook de conclusies in hoofdstuk 7 zijn opgezet aan de hand van deze vragen. Hieronder zal steeds aangegeven worden in welke onderdelen de verschillende vragen primair aan de orde komen.

A. Nut en noodzaak van een (revolverend) processenfonds

Het eerste deel van het onderzoek richt zich op het waarom van een eventueel processenfonds en behandelt de vraag: bestaat er de noodzaak en/of de behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken? Deze vraagstelling en de achtergrond daarvan kunnen vanuit verschillende perspectieven worden benaderd. Enerzijds vanuit het perspectief van de benadeelden, of er thans een tekort is aan adequate financieringsmogelijkheden voor het geldend maken van legitieme rechtsaanspraken en anderzijds vanuit het perspectief van degenen die worden aangesproken om niet onnodig in rechte te worden betrokken. Het algemeen belang speelt bij beide perspectieven een rol. De hiervoor beschreven aanleiding voor dit onderzoek vooronderstelt dat het perspectief van de benadeelden en/of het algemeen belang gemoeid met de financiering van

¹⁹ Zie verder par. 1.23 onder (d).

²⁰ Van der Sloot & van Schendel 2019, p. 151-152.

²¹ Art. 9 lid 7 Richtlijn (EU) 2020/1828.

²² Art. 20(2) Richtlijn (EU) 2020/1828.

legitieme collectieve rechtszaken op een effectieve en een efficiënte manier het uitgangspunt van het onderzoek zijn. Dat uitgangspunt is door de onderzoekers overgenomen en incidenteel op onderdelen aangevuld, zoals hierna bij de bespreking van de gevolgde onderzoeksmethoden zal worden toegelicht.

B. Financiële vormgeving en kosten van een (revolverend) fonds

Het tweede deel van het onderzoek richt zich op het onderzoeken en beschrijven van een mogelijke vormgeving van een (revolverend) processenfonds die past bij de gebleken behoeften en het beoogde doel. Dit deel van het onderzoek richt zich aldus op de vraag: Hoe zou een (revolverend) processenfonds in Nederland bekostigd en vormgegeven kunnen worden?

De deelvragen worden hieronder uitgewerkt. Daarbij worden ook kort de methoden van onderzoek aangestipt, welke worden uitgewerkt in paragraaf 3.

1.2.2 Onderzoeksvragen

De **onderzoeksvraag (A)** naar de noodzaak en/of behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken, wordt beantwoord aan de hand van de volgende subvragen:

- (1) Welke financieringsmogelijkheden bestaan thans in het algemeen om een collectieve actie onder de WAMCA te financieren en wat zijn de voor- en de nadelen daarvan? Hoe ziet het financieringsbeeld in Nederland eruit?

Het eerste deel van deze deelvraag wordt beantwoord op basis van literatuuronderzoek. Na een korte uiteenzetting van de ontwikkeling van collectieve acties in Nederland, worden de bestaande mogelijkheden tot financiering van procedures, in het bijzonder van collectieve acties,²³ besproken. Daarbij staat de Nederlandse context centraal, maar waar relevant wordt ook aandacht besteed aan andere jurisdicties. Naast traditionele vormen van financiering, zoals publiek gefinancierde rechtsbijstand en de rechtsbijstandsverzekering, zullen ook meer specifieke vormen die (mogelijk) relevant zijn voor collectieve acties, zoals crowdfunding en het cessiemodel de revue passeren. Bij de jurisdicties die meer ervaring hebben met de afwikkeling van massaschade en die voornamelijk tot de common law rechtsfamilie behoren, zoals de VS, Canada, Australië en Israël (de laatste kent een gemengd civil en common law systeem), worden collectieve procedures voornamelijk via resultaatafhankelijke beloningen, zoals no win no fee-arrangementen en TPLF, gefinancierd. Daarnaast kennen Canada en Israël ook speciale processenfonds die bepaalde kosten van collectieve procedures dekken. Van deze financieringsmogelijkheden is thans in de Nederlandse context alleen TPLF beschikbaar (zie onderzoeksvraag 2). No win, no fee-afspraken door advocaten zijn in Nederland alleen toegestaan in individuele letselschadezaken, na een voorafgaande goedkeuring door de Deken. Vooralsnog zijn er in Nederland geen processenfonds die zich specifiek richten op het financieren van WAMCA-acties.

Om een beter beeld te krijgen van hoe in de praktijk WAMCA-zaken worden gefinancierd, is een inhoudelijke analyse op basis van het WAMCA-register uitgevoerd, waarbij informatie over de wijze van financiering in kaart is gebracht.²⁴ Ook is in het kwalitatief-empirisch deel van het onderzoek, met name de interviews, informatie verkregen over het financieringsbeeld.²⁵

²³ Zie hoofdstuk 2.1 en 2.2.

²⁴ Zie hoofdstuk 3, in het bijzonder 3.3.2.

²⁵ Zie hoofdstuk 4, i.h.b. 4.3.

- (2) Hoe heeft de markt voor commerciële derdenfinanciering, ofwel Third Party Litigation Funding, zich ontwikkeld en in bijzonder voor collectieve acties?

Voor de beantwoording van deze sub-vraag is gekeken naar algemene ontwikkelingen op het gebied van Third Party Litigation Funding in de praktijk, zowel internationaal als in Nederland. Aandacht wordt besteed aan ontwikkelingen in de rechtspraak en literatuur op het gebied van de WCAM en in het bijzonder de WAMCA. Dit deel van het onderzoek is gedaan op basis van deskonderzoek²⁶, aangevuld met de analyse van het WAMCA-register²⁷ en door kwalitatief-empirisch onderzoek, voornamelijk interviews met de belangrijke spelers (advocaten, belangenorganisaties die als eiser optreden en procesfinanciers).²⁸

- (3) Welke regulering geldt op internationaal, nationaal en Europees niveau, in het bijzonder de Richtlijn Representatieve vorderingen?

Op basis van deskonderzoek zijn de bestaande wetgeving, voorstellen voor regulering en soft law reguleringen onderzocht. Internationaal is naar een aantal landen gekeken, waaronder relevante reguleringsinitiatieven in Australië.²⁹ Voor Nederland is, naast de ontvankelijkheidsvereisten die samenhangen met de financiering in art. 305a BW, van belang de Claimcode van 2011 als herzien in 2019.³⁰ Op Europees niveau geldt de richtlijn en wordt voorts aandacht besteed aan de Resolutie met Aanbevelingen van het Europees Parlement³¹ en aan de informele reactie daarvan van de Europese commissie.³² Daarnaast wordt kort ingegaan op de ELI-Unidroit European Model Rules of Civil Procedure³³ en het initiatief van het European Law Institute voor modelregels voor van TPLF³⁴. Bijzondere aandacht gaat uit naar de vereisten van de richtlijn en hoe de daarin opgenomen vereisten en overige regels zich verhouden tot het Nederlandse recht en ontwikkelingen in de praktijk.

- (4) Welke kosten zijn verbonden aan het voeren van collectieve acties zoals die onder de WAMCA worden gevoerd?

Eerst zal aan de hand van deskonderzoek (literatuur, jurisprudentie) en een inhoudelijke analyse van het WAMCA-register in kaart worden gebracht hoeveel collectieve schikkingen zijn getroffen, en hoeveel WAMCA-zaken aanhangig en/of afgehandeld zijn.³⁵ Daarbij is ook gekeken naar het type zaken (rechtsgebieden), de spelers en de voorwaarden waaronder eventuele schikkingen zijn getroffen, alsmede de financiële belangen en doorlooptijden als geheel en als de zaken nog lopend zijn, van de verschillende relevante procesfasen. Ook wordt, mede op basis van de interviews, zoveel mogelijk in kaart gebracht wat de kostencomponenten onder de WAMCA zijn en hoe deze zaken zijn gefinancierd. Dit geeft een indicatie over de financiering van collectieve acties onder de WAMCA. Gelet op het feit dat de WAMCA niet lang geleden is ingevoerd en de benodigde gegevens niet

²⁶ Zie hoofdstuk 2, i.h.b. par. 2.3-2.5, en voor wat betreft Australië tevens hoofdstuk 6.4.

²⁷ Zie hoofdstuk 3, i.h.b. 3.3.2.

²⁸ Zie hoofdstuk 4.

²⁹ P. Cashman 2021, p. 93-106. The Australian Law Reform Commission 2018.

³⁰ Commissie Claimcode 2019.

³¹ Europees Parlement 2022 (2020/2130(INL)).

³² Europese Commissie, A 007282, 1 december 2022 (in bezit onderzoekers).

³³ ELI-Unidroit 2021.

³⁴ ELI, Third Party Funding of Litigation, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/third-party-funding-of-litigation/>. Dit project ging in 2022 van start en er zijn op dit moment nog geen (ontwerp) modelregels beschikbaar.

³⁵ Zie in het bijzonder hoofdstuk 3.

beschikbaar zijn, is het vooralsnog niet mogelijk de daadwerkelijke kosten van deze procedures precies in kaart te brengen.

(5) Welke problemen spelen er bij de financiering en is er een behoefte aan andere financieringsbronnen?

Mede op basis van de financieringsmogelijkheden (vraag 1), de ontwikkelingen in de markt van procesfinanciering en het juridisch raamwerk in Nederland en Europa (vragen 2 en 3) en de kosten verbonden aan collectieve acties en schikkingen (vraag 4), is onderzocht welke problemen rond de financiering spelen. Op voorhand was duidelijk dat de kosten van collectieve vorderingen aanzienlijk zijn en dat klassieke vormen van rechtsbijstand niet beschikbaar of toereikend zijn, terwijl er ook beperkingen in en onzekerheden rond de financiering door commerciële procesfinanciers zijn. Deze vraag is onderzocht op basis van kwalitatief onderzoek, met name de interviews met belangrijke spelers rondom collectieve acties en procesfinanciering in Nederland³⁶, aangevuld met een focusgroep en een expertmeeting³⁷. Samenhangend met de vraag naar de problemen wordt nagegaan in hoeverre er behoefte is aan andere vormen van financiering dan die die thans beschikbaar zijn (zie ook vraag 9).

(6) Voor welke problemen zou een processenfonds een oplossing kunnen zijn, en zou een processenfonds revolverend kunnen zijn?

Aansluitend op de bevindingen naar aanleiding van de bovenstaande deelvragen is onderzocht voor welke problemen en voor welke type zaken een processenfonds mogelijk een oplossing zou kunnen bieden. De vraag of het revolverend zal kunnen zijn, hangt enerzijds af van de omvang van het fonds en hoeveel middelen hierdoor gegenereerd kunnen worden (o.a. aantal zaken en hoogte van de schadevergoeding die weer zouden kunnen worden ingezet voor andere zaken). Anderzijds zou een dergelijk revolverend processenfonds ook gevoed kunnen worden uit overgebleven en/of niet opgehaalde schadevergoedingen in collectieve acties- en schikkingen die niet door het fonds gefinancierd zijn.

In het genoemde Big Data WODC rapport van 2019, waarin de mogelijkheid van een processenfonds werd genoemd,³⁸ is niet ingegaan op de specifieke vraag of en onder welke omstandigheden een dergelijk fonds kan revolveren. In een breder kader is de vraag naar een revolverend processenfonds ook van belang in het kader van een mogelijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling, omdat het deels zaken betreft met een publiek belang (o.a. consumentenrecht, privacy, milieubescherming), die mogelijk anders niet aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Deze deelvraag wordt voornamelijk beantwoord door middel van kwalitatief onderzoek, met name de interviews, de focusgroep en de expertmeeting.³⁹

B. (Financiële) vormgeving en kosten van een (revolverend) fonds

Het tweede deel van het onderzoek bouwt voort op de bevindingen van het eerste deel en in het bijzonder ook deelvraag 6, en richt zich op het onderzoeken en analyseren van een mogelijke vormgeving van een (revolverend) processenfonds.

³⁶ Hoofdstuk 4, i.h.b. 4.4.

³⁷ Zie hoofdstuk 5.

³⁸ Van der Sloot & Van Schendel 2019, p. 151-152.

³⁹ Hoofdstuk 4 en 5.

De vraag naar de vormgeving en bekostiging van een (revolverend) processenfonds in Nederland wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- (7) Bestaan er dergelijke fondsen in andere landen en zo ja, hoe zijn ze vormgegeven? Welke elementen uit (revolverende) processenfondsen elders zouden zich voor toepassing in de Nederlandse context lenen?

In dit onderdeel van het onderzoek zijn, mede op basis van de inventarisatie van financieringsvormen in deel A (met name vraag 1), de meest relevante systemen in het buitenland nader bestudeerd.⁴⁰ Processenfondsen voor collectieve acties die voor Nederland mogelijk interessant zijn, bestaan in Canada – in Ontario⁴¹ en Quebec⁴² - en in Israël⁴³, terwijl ook specifieke financieringsvormen in Australië van belang zijn. Ingegaan wordt op de wijze van financiering van collectieve acties en in het bijzonder op de inrichting en het beheer van processenfondsen, en in hoeverre de rechter bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding rekening houdt met de kosten voor de financiering van de zaak. Tevens wordt aandacht besteed aan de ervaringen die zijn opgedaan met deze fondsen in de praktijk. Die ervaringen kunnen grotendeels uit de bestaande literatuur worden opgemaakt, maar de informatie is aangevuld via interviews met experts uit Canada en Israël binnen het bestaande netwerk van de projectleiders. Een in Chili bestaand revolverende processenfonds wordt slechts gesignaleerd en verder buiten beschouwing gelaten, mede omdat het relatief recentelijk is geïntroduceerd en er nog onvoldoende ervaringen ermee zijn opgedaan. Verder wordt volledigheidshalve melding gemaakt van soortgelijke (onderzoeks)initiatieven elders, die uiteindelijk niet tot de introductie van een processenfonds hebben geleid.

Op basis van het onderzoek naar processenfondsen in het buitenland wordt bekeken wat de mogelijkheden zijn en in hoeverre de verschillende vormen van processenfondsen in Nederland ingepast zouden kunnen worden. Daarvoor is van belang om de context waarbinnen deze systemen functioneren te vergelijken met de Nederlandse situatie, zowel wat betreft de vormgeving van collectieve acties, als de verschillende wijzen van financiering en kostencomponenten van de procedures. Ook de voor- en nadelen van de verschillende processenfondsen zullen hierin worden meegenomen.⁴⁴

- (8) Wat zouden de voor- en de nadelen van een eventueel Nederlands processenfonds kunnen zijn, hoe verhoudt het zich tot de andere financieringsvormen, en hoe kan dit fonds verder worden ingericht?

In dit deel van het onderzoek worden de bevindingen vanuit de rechtsvergelijking en die uit het eerste deel rond de bestaande wijzen van financiering en problemen hierbij samengenomen. Ook wordt gekeken naar hoe zo'n fonds mogelijk verder ingericht kan worden. Daarbij komt op hoofdlijnen aan de orde welke (financiële) bevoegdheden en waarborgen zouden moeten gelden, wat de (juridische) voorwaarden zijn, en welke vormen van bekostiging passend zijn voor een (revolverend) processenfonds. Een scenario voor een fonds zowel met, als zonder rendement zal worden meegenomen. Hierin wordt ook het rapport van de Algemene Rekeningkamer betrokken over revolverende fondsen. Relevante aspecten die noodzakelijk zouden zijn voor de taakuitoefening van

⁴⁰ Zie hoofdstuk 6.

⁴¹ Zie voor een overzicht: <https://lawfoundation.on.ca/for-lawyers-and-paralegals/class-proceedings-fund/>.

⁴² Zie bijvoorbeeld: Piché 2022, p. 276-296.

⁴³ Zie bijvoorbeeld: Bukspan, 2021, p. 528-541.

⁴⁴ Zie hoofdstuk 7.

het processenfonds, het afleggen van verantwoording, en het bereiken van de doelstelling van het fonds worden hierin meegenomen.⁴⁵

- (9) Is alles afwegende de introductie van een dergelijke processenfonds in Nederland, mede in het licht van de Richtlijn representatieve vorderingen, nuttig en wenselijk?

In het laatste deel van het onderzoek wordt een antwoord gegeven op de overkoepelende vraag of de invoering van een (revolverend) processenfonds op dit moment in Nederland nuttig en wenselijk is, gezien in het licht van de bestaande wijzen van financiering van collectieve schadevorderingen, problemen rond de financiering en ervaringen in het buitenland.⁴⁶

1.2.3 Definities en afbakening

(a) Collectieve acties

In het algemeen houdt een collectieve actie in dat een groep eisers die bepaalde kenmerken gemeen heeft, een vordering instelt tegen één of meer gedaagden. Hoewel de termen 'groepsvordering' en 'collectieve actie' vaak door elkaar worden gebruikt, wordt er in algemene zin een aantal verschillende mechanismen voor collectieve actie onderscheiden, waaronder:

- *Representatieve acties* – verschillende partijen met hetzelfde belang worden "vertegenwoordigd" door een partij(en) in plaats van dat wordt gevegd dat ieder individu zich bij de actie aansluit. Elke rechterlijke beslissing is bindend voor alle vertegenwoordigde personen, maar kan alleen door of tegen hen worden uitgevoerd als de rechtbank de procedure als een representatieve procedure heeft goedgekeurd (verschillende jurisdicties spreken van certification (VS), authorisation (Canada) of admissibility (EU)). De Nederlandse WAMCA procedure is een voorbeeld van een dergelijke representatieve actie.
- *Class actions* – deze rechtszaken moeten algemene rechts- of feitelijke vragen oproepen, vertegenwoordigers hebben wier vorderingen of verweren typerend zijn voor een groep benadeelden (de *class*) en die de belangen van de groep eerlijk en adequaat beschermen. Dit veronderstelt dat de klassevertegenwoordiger in beginsel lid moet zijn van de vertegenwoordigde groep. Gesteld kan worden dat class actions een vorm zijn van een representatieve actie. Class actions zijn doorgaans vormgegeven op basis van een 'opt-out' mechanisme, wat betekent dat alle potentiële eisers bij het indienen van de vordering in beginsel binnen de gedefinieerde groep vallen, tenzij ze ervoor kiezen om zich hiervoor af te melden. Dit vergroot de omvang van de groep aanzienlijk in vergelijking met collectieve acties die zijn ingesteld op basis van een opt-in-mechanisme, waarbij alle eisers zich actief bij een vordering moeten aansluiten.
- *Groepsvorderingen (group actions)* – deze worden uitgevoerd op basis van opt-in, dus eisers moeten er actief voor kiezen om deel te nemen als ze een deel van de teruggevorderde schade willen ontvangen. In het Verenigd Koninkrijk vaardigt de rechtbank in zo'n geval een *Group Litigation Order* (GLO) uit, die voorziet in het casemanagement van vorderingen die aanleiding geven tot gemeenschappelijke of verwante feitelijke of juridische kwesties. Een uitspraak hierover bindt alle vorderingen op dit groepsregister.

Deze verschillende vormen van gebundeld procederen zijn voorbeelden van *collective redress* en/of collectieve acties. In dit rapport wordt de term collectieve actie gebruikt voor de representatieve procedure onder de WAMCA die centraal staat in dit onderzoek, tenzij anders aangegeven. Collectieve

⁴⁵ Algemene Rekenkamer 2019.

⁴⁶ Hoofdstuk 6.

schikkingen, zoals die onder de WCAM, komen slechts aan de orde voor zover dit relevant is voor de vraag naar de kosten en financiering van collectieve acties.

Andere mogelijke vormen van gebundeld procederen betreft geschillen tussen meerdere partijen, waaronder gevoegde vorderingen (waarbij meerdere gezamenlijke eisers een enkele vordering gebruiken en de zaak wordt beheerd via de casemanagementbevoegdheden van de rechtbank), proefprocessen (waarbij in een zaak wordt geprobeerd juridische en feitelijke bevindingen vast te stellen die een weg naar een oplossing kunnen vormen voor andere soortgelijke zaken, hoewel de uitspraak in het proefproces formeel niet bindend is en/of geen gezag van gewijsde heeft in de individuele gevallen) of de consolidering van bestaande acties al dan niet via voeging van zaken en/of rolvoeging.

(b) Opt-out versus opt-in procedures

Bij de bundeling van belangen in gerechtelijke procedures kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee modellen: het 'opt-in' en het 'opt-out' model. Zoals gezegd zijn benadeelden binnen het opt-in model pas gebonden aan een collectieve actie, wanneer zij hier expliciet mee hebben ingestemd en/of wanneer zij zich actief als deelnemer aan de actie hebben gemeld. Bij de tegenhanger hiervan, het opt-out model, maken alle (potentiële) eisers van een nader gedefinieerde groep deel uit van de collectieve actie, tenzij zij expliciet hebben aangegeven hier niet aan gebonden te willen zijn.

Traditioneel gezien gaat het Nederlandse recht uit van het beginsel van partijautonomie en, in het verlengde daarvan de (individuele) toegang tot het recht, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM. Het belangrijkste voordeel van het beginsel van partijautonomie zou liggen in de keuzevrijheid voor individuen zowel met betrekking tot de gekozen afwikkelingsstrategie, alsook met betrekking tot het kiezen van een belangenbehartiger. Daarnaast speelt het recht om gehoord te worden een belangrijke rol in deze traditionele opvatting over de toegang tot het recht. Met betrekking tot collectief procederen kan deze klassieke opvatting tot een keuze voor een opt-in model leiden, waarbij een individuele benadeelde actief moet instemmen met de bundeling van belangen in een collectieve vordering. De WCAM en WAMCA-procedures vormen hierop een uitzondering en zijn ingericht volgens het opt-out model.

Een landenstudie, uitgevoerd door de Engelse Civil Justice Council in 2008, liet zien dat opt-out regimes in de regel een hogere participatiegraad hebben dan opt-in regimes.⁴⁷ De percentages lopen echter sterk uiteen, met een participatiegraad bij de onderzochte opt-in-regimes variërend tussen de 1% en 100%, en bij de opt-out-regimes tussen de 60% en 100%. Het opt-out-mechanisme verhoogt in de regel ook de schadevergoeding die mogelijk moet worden betaald. Hoewel degenen die zich afmelden voor een opt-out procedure vrij zijn om hun vorderingen individueel in te dienen, bevordert de doorgaans grotere omvang van de groep claimanten die bij een opt-out procedure betrokken blijven de kans op finaliteit en beperkt het de voortdurende onzekerheid voor de gedaagde.

Het ontwerp van een collectieve actie regeling via opt in of opt out kan invloed hebben op de financieringsvraag en de hoogte van de succesvergoeding aan de procesfinancier. Over het algemeen geldt hoe groter de groep, hoe hoger de collectieve schadevordering en hoe lager de succesvergoeding aan de procesfinancier.

⁴⁷ Civil Justice Council of England & Wales 2008. Zie ook van Dijck, van Doorn en Tzankova 2010.

(c) Revolverend processenfonds

In een rapport van de Algemene Rekenkamer van 2019 wordt een publiek revolverend fonds – kortweg – omschreven als een fonds waarin de overheid publiek geld stort met het doel om projecten met een maatschappelijk doel te financieren.⁴⁸ Er bestaan echter verschillende vormen, inclusief private revolverende fondsen en publieke fondsen die maar deels uit overheidsbijdragen worden gevoed.⁴⁹ In dit onderzoek ligt de nadruk in beginsel op een privaat revolverend processenfonds, dat niet afhankelijk is, of althans niet in beslissende mate, van overheidsfinanciering. Het betreft een fonds om collectieve acties te financieren, dat met name of geheel wordt gevoed uit de opbrengsten uit of wat overblijft in collectieve acties.

1.3 Onderzoekopzet en methoden

Voor de beantwoording van deze vragen is gebruik gemaakt van de volgende onderzoeksmethoden:

- 1) Deskresearch
- 2) (Rechts)vergelijking
- 3) Empirisch onderzoek

Deze paragraaf geeft een korte toelichting op deze drievoudige methodologie. In de verschillende hoofdstukken van dit rapport, dat is opgezet aan de hand van de verschillende onderzoeksbronnen en methoden, wordt steeds een nadere verantwoording gegeven.⁵⁰ Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2023, maar een enkele ontwikkeling in de rechtspraak van na die datum is nog wel meegenomen. De inhoudelijke, voornamelijk kwantitatieve analyse van het WAMCA-register, werd op 1 oktober 2022 afgesloten.

1.3.1 Deskresearch

Het deskresearch bestaat uit een onderzoek naar relevante wetgeving en verdere regulering, literatuurstudie, jurisprudentieonderzoek en een inhoudelijke analyse van het WAMCA-register. Het onderzoek naar de wetgeving omvat de relevante regelingen in Nederland, in het bijzonder de WAMCA (art. 3:305 e.v. BW en art. 1018b e.v. Rv), alsmede soft law onder de Claimcode 2011 als aangepast in 2019. Daarnaast is Europese regelgeving en voor zover relevant regelgeving in andere landen bekeken, waarbij in het bijzonder de richtlijn, het initiatief van het Europees Parlement voor een Resolutie met Aanbevelingen voor een richtlijn Verantwoorde particuliere procesfinanciering, alsmede de ELI-Unidroit European Model Rules of Civil Procedure. De literatuurstudie is gedaan op basis van Nederlandse literatuur en rapporten, met name waar het de WAMCA en verdere Nederlandse procesrechtelijke regelingen en Nederlandse marktontwikkelingen betreft. Daarnaast is een groot aantal buitenlandse – voornamelijk Engelstalige – bronnen geraadpleegd voor de internationale en Europese regelingen en ontwikkelingen rond financiering, en in het bijzonder financiering door commerciële derden (third-party litigation funding) in het kader van collectieve acties. Het rechtspraakonderzoek via rechtspraak.nl is met name gericht op zaken onder de WAMCA, wat tot nu toe een beperkt aantal zaken betreft. Dit rechtspraakonderzoek is niet bedoeld als een uitputtend onderzoek naar alle zaken onder de WAMCA, maar diende om bepaalde problemen te signaleren die mede van invloed kunnen zijn op de kosten en financiering.

⁴⁸ Algemene Rekenkamer 2019, p. 5.

⁴⁹ Van Waarde 2020.

⁵⁰ Zie met name hoofdstuk 3, par. 3.2, hoofdstuk 4, par. 4.2 en hoofdstuk 5, par. 5.1.

Daarnaast is op basis van het WAMCA-register een inhoudelijke analyse gedaan naar zaken en de financiering daarvan tussen 1 januari 2020, de datum waarop deze toepasselijk werd en 1 oktober 2022. Dit onderzoek is met name kwantitatief van aard en valt daarmee tevens onder par. 1.3.3 (empirisch onderzoek).

Het deskonderzoek is met name uitgevoerd ten behoeve van de beantwoording van de vragen naar de financieringsmogelijkheden en kosten van collectieve acties, marktontwikkelingen voor commerciële derdenfinanciering en de regulering hiervan in Nederland en in Europees verband (deelvragen 1-4). De verslaglegging van dit onderzoek wordt voornamelijk in hoofdstuk 2 gedaan, maar komt ook in de latere hoofdstukken terug.

1.3.2 (Rechts)vergelijkend onderzoek

In aanvulling op het deskonderzoek dat primair op Nederlandse en voor Nederland relevante Europese regelgeving en ontwikkelingen ziet, is uitgebreider onderzoek naar vergelijkbare processenfonds in andere landen gedaan. Na een quickscan naar bestaande vormen van publieke en private financiering van collectieve acties en bestaande of voorgestelde vormen van processenfonds, zijn Canada (Ontario en Quebec) en Israël geselecteerd als de belangrijkste jurisdicties. Dit zijn voornamelijk de enige jurisdicties die over dergelijke fondsen beschikken en waarmee een noemenswaardige ervaring is opgedaan. Daarnaast behoort Quebec tot het civil law rechtssysteem, Ontario tot het common law rechtssysteem, terwijl Israël een gemengd rechtssysteem kent. Bovendien is in deze jurisdicties, net als in Nederland, sprake van een proceskostenveroordeling van de verliezer van de procedure. Verder zijn ook specifieke financieringsvormen in Australië van belang en ook die zijn in kaart gebracht, omdat dit rechtssysteem over de meeste ervaring met de inzet van third-party litigation funding (opt out) collectieve acties beschikt en met de (on)mogelijkheden van regulering. Evenals in Nederland zijn no win-no fee afspraken voor advocaten in beginsel niet toegestaan en is ook in Australië de verliezer van een procedure verantwoordelijk voor de vergoeding van de kosten van de wederpartij.

Het onderzoek is gebaseerd op bestudering van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur in deze landen. In aanvulling hierop en ter verificatie hebben enkele interviews plaatsgevonden met experts in deze landen. Dit betreft in totaal vier interviews met twee experts uit Australië, Canada, de Verenigde Staten en Israël.

Een beschrijving wordt gegeven van de bestaande fondsen, de ervaringen in de praktijk, de relevante verschillen in vormgeving en de overwegingen die in deze landen bij de vormgeving een rol hebben gespeeld. Het onderzoek geeft een antwoord op de vraag naar vergelijkbare processenfonds in het buitenland en in hoeverre deze zich voor een soortgelijke implementatie in Nederland lenen (deelvraag 7). Het geeft eveneens inzichten in de wijzen van financiering (deelvraag 1), voor- en nadelen en nadere inrichting van een eventuele processenfonds (deelvraag 8). De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in hoofdstuk 6 en komen ook in enkele andere hoofdstukken terug.

1.3.3 Empirisch onderzoek

Een belangrijk component van het onderzoek bestaat uit empirisch onderzoek. Zoals in de vorige paragraaf is vermeld, heeft in aanvulling op het rechtsvergelijkende deskonderzoek naar financiering en publieke fondsen in andere landen een viertal interviews plaatsgevonden met twee experts uit Australië, Canada, de Verenigde Staten en Israël.

Naast het deskonderzoek naar collectieve acties en financiering in Nederland is een kwantitatieve analyse uitgevoerd op basis van het WAMCA-register. Een belangrijke andere component van het

onderzoek is het kwalitatieve onderzoek dat is gedaan in de vorm van interviews met de belangrijkste spelers, en in aanvulling hierop is een focusgroep en expertmeeting gehouden. Behulpzaam voor een eerste oriëntatie van ideeën die leven rond de financiering in collectieve acties in Nederland en de meerwaarde van een eventueel processenfonds vond plaats tijdens een door *ClaimShare* (een bemiddelaar tussen eisende partijen/advocaten en financiers) georganiseerd seminar op 24 maart 2022. Twee van de onderzoekers namen hieraan deel als spreker en organiseerden een panel over het onderwerp van dit onderzoek. Het seminar was ook nuttig om contact te leggen met mogelijke deelnemers voor het kwalitatieve deel van het onderzoek.

Het empirisch onderzoek is van belang om een beter inzicht te krijgen in het financieringsbeeld (deelvraag 1), marktontwikkelingen op het gebied van commerciële procesfinanciers (deelvraag 2), kosten die verbonden zijn aan het voeren van collectieve acties onder de WAMCA (deelvraag 4) en om financieringsproblemen in beeld te krijgen (deelvraag 5). Ook zijn hierdoor inzichten verkregen in voor welke problemen een processenfonds een oplossing zou kunnen zijn, hoe dit mogelijk kan worden vormgegeven en wat nut en noodzaak is van een dergelijk fonds (deelvragen 6, 8 en 9). Dit onderzoek heeft zijn weerslag gekregen in de hoofdstukken 3 (analyse WAMCA-register), 4 (interviews) en 5 (focusgroep en expertmeeting). De methoden worden in de desbetreffende hoofdstukken nader uitgewerkt en worden op deze plek slechts kort toegelicht.

(a) Kwantitatieve analyse WAMCA-register

Om een beeld te krijgen van de huidige Nederlandse markt van procesfinanciering in massaschade zaken is een systematische kwantitatieve analyse op basis van het op rechtspraak.nl opgenomen WAMCA-register gedaan.⁵¹ Alle collectieve acties onder de WAMCA dienen per 1 januari 2020 hierin te worden geregistreerd. De analyse is gedaan voor alle zaken die tot 1 oktober 2022 daarin zijn opgenomen. Voor de analyse zijn de documenten uit het WAMCA-register doorgenomen en gefilterd op een aantal voor dit onderzoek belangrijke gegevens. De documenten die zijn terug te vinden in het WAMCA-register zijn uitgebrachte (appel)dagvaardingen, rolbeslissingen, tussenvonnissen, aanvullende vonnissen en eindvonnissen. In veel zaken is nog slechts een dagvaarding opgenomen. Zaakskenmerken die zijn geregistreerd voor dit onderzoek zijn de betrokken belangenorganisaties, de betrokken gedaagden, een eventuele betrokken financier, het type collectieve actie, het rechtsgebied waarop de collectieve actie ziet, de (inter)nationale context van de collectieve actie, de omvang van eventuele schade, hetgeen gevorderd is door de eisende partij(en) en de manier waarop de collectieve actie gefinancierd wordt.⁵²

(b) Interviews

Interviews zijn gehouden om een beeld te krijgen van de totstandkoming van collectieve acties, de kostenopbouw en financiering van dergelijke zaken, en om inzicht te krijgen in de knelpunten in de WAMCA-praktijk, ontwikkelingen in de commerciële financieringsmarkt en in de opvattingen over nut en noodzaak van een processenfonds. Op basis van de interviews kan een meer gedetailleerd beeld worden geschetst van de kosten van dergelijke procedures, de overwegingen die o.a. door belangenorganisaties in deze worden gemaakt en de financieringsproblemen die zich hierbij aandienen.

De selectie van respondenten is gemaakt op basis van bij de WAMCA betrokken partijen. Via *snowball sampling* is nog een aantal andere respondenten bepaald. Drie groepen van respondenten zijn

⁵¹ Centraal register collectieve vorderingen: <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>

⁵² Zie verder hoofdstuk 3, par. 3.2.

benaderd: (1) advocaten, (2) belangenorganisaties die als eiser optreden en (3) financiers. In de oorspronkelijke opzet van het onderzoek is ook overwogen om rechters te betrekken. Dit is echter achterwege gelaten, omdat er binnen de rechterlijke macht nog (relatief) weinig ervaring is met het financieringsaspect rondom de behandeling van WAMCA-zaken, vanwege de tijdsduur voor het verkrijgen van een formele toestemming door rechters om aan het onderzoek mee te doen en omdat er indirect input was vanuit enkele andere bijeenkomsten, waaraan rechters deelnamen.⁵³ Uiteindelijk zijn in totaal 15 interviews afgenomen met 19 respondenten. De groep respondenten bestaat uit 14 advocaten (waarvan 10 onafhankelijk en 4 'in-house' advocaten van bestaande belangenorganisaties), 3 procesfinanciers en 2 ad hoc belangenorganisaties (stichtingen).

In de interviews is respondenten gevraagd naar hun ervaringen met de WAMCA-procedure (waar van toepassing in vergelijking met het oude 3:305a regime, of in vergelijking met WCAM-procedures), de aan collectieve procedures gerelateerde kosten(opbouw), financieringsstrategieën en hieraan gerelateerde knelpunten, en is gevraagd naar de mogelijke bijdrage die een processenfonds voor collectieve procedures zou kunnen leveren aan de praktijk.⁵⁴ De inzichten zijn aangevuld met de bevindingen naar aanleiding van de focusgroep en expertmeeting.

(c) Focusgroep

Ter aanvulling op de interviews die met het oog op de vraag naar nut en noodzaak van een processenfonds voornamelijk met eisende partijen zijn gehouden, is een focusgroep bijeenkomst gehouden met een vijftal Nederlandse advocaten die ruime ervaring hebben met het optreden aan de kant van gedaagden in collectieve acties. Vooraf werd daartoe schriftelijk een korte uitleg van het onderzoek gegeven en werden vragen voorgelegd die zien op relevante ontwikkelingen en problemen vanuit de kant van gedaagden, de bijdrage die een processenfonds zou kunnen leveren, welke zaken gefinancierd zouden moeten worden en hoe het fonds revolverend zou kunnen zijn en hoe het georganiseerd zou kunnen worden.⁵⁵ Deze bijeenkomst vond plaats na afronding en een eerste analyse van de interviews en diende tevens ter triangulatie en validatie.

(d) Expertmeeting

In aanvulling op de interviews, voor triangulatie en validatie en om enkele voorlopige bevindingen te bespreken, is een expertmeeting gehouden. Hiervoor zijn experts op het gebied van collectieve acties en schikkingen uit Nederland en een aantal uit het buitenland uitgenodigd. In totaal hebben negen experts deelgenomen aan de expertmeeting. Dit zijn academici en vertegenwoordigers van een consumentenorganisatie of een financier. Vooraf is schriftelijk een korte uitleg van het onderzoek en enkele bevindingen gegeven en werden vragen en discussiepunten voorgelegd. Deze hebben betrekking op de behoefte aan alternatieve wijzen van financiering, de bijdrage die een processenfonds zou kunnen leveren, welke zaken gefinancierd zouden moeten worden, hoe het fonds zelf gefinancierd kan worden en hoe het fonds georganiseerd zou kunnen worden.

1.4 Leeswijzer

De rapportage is grotendeels opgezet op basis van de verschillende onderzoeksbronnen en methoden. Omdat deze daaruit voortvloeiende deelrapportages op zichzelf meerwaarde hebben, is besloten deze in het geheel op te nemen en niet gefragmenteerd op basis van de onderzoeksvragen. Hoofdstuk 2

⁵³ In het bijzonder een door het Ministerie van Justitie en Veiligheid georganiseerde evaluatiebijeenkomst over de WAMCA op 23 juni 2022, waaraan ook een van de onderzoekers deelnam.

⁵⁴ Zie verder hoofdstuk 4, par. 4.2 en Bijlage 2 (topiclijst).

⁵⁵ Zie verder hoofdstuk 5, par. 5.1 en 5.2.

bevat het deskonderzoek naar de WAMCA, financiering en regulering. In hoofdstuk 3 is de (kwantitatieve) analyse opgenomen van de WAMCA-zaken die aanhangig zijn gemaakt sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2020 t/m 1 oktober 2022. Hoofdstuk 4 bevat de (kwalitatieve) analyse van de interviews uitgevoerd voor dit onderzoek. In hoofdstuk 5 zijn de verslagen van de focusgroep en de expertmeeting opgenomen. De rechtsvergelijkende studie is neergelegd in hoofdstuk 6. Hoofdstuk 7 bevat de analyse en conclusies op basis van de voorgaande hoofdstukken en aan de hand van de onderzoeksvragen.

2. COLLECTIEVE ACTIES, FINANCIERING EN REGULERING

In dit hoofdstuk wordt op basis van deskonderzoek een eerst korte schets gemaakt van de ontwikkeling van collectieve acties, in het bijzonder het nieuwe regime van de WAMCA (2.1). De bespreking in het onderhavige hoofdstuk dient tevens als basis voor met name de interviews, die gerapporteerd zijn in hoofdstuk 4 en waarin de verzwaarde ontvankelijkheidseisen regelmatig ter sprake komen. Vervolgens worden de verschillende mogelijkheden van financiering – met uitzondering van commerciële financiering – van collectieve acties besproken, inclusief de beperkingen daarvan (2.2). Daarna wordt ingegaan op private financiering door commerciële derden, ofwel Third Party Litigation Funding (2.3), de ontwikkeling van de financieringsmarkt in Nederland (2.4) en de relevante nationale en Europese regulering en initiatieven (2.5).

2.1 Ontwikkeling collectieve actie in Nederland

De collectieve afwikkeling van massaclaims is in Nederland uitgegroeid tot een belangrijk terrein van het Nederlandse privaatrecht. Nederland kent een relatief lange geschiedenis van collectief verhaal. Gedacht kan worden aan twee algemeen civielrechtelijke mechanismen die specifiek zijn ontworpen voor collectieve afdoening in rechte: de algemene Wet Collectieve Actie (WCA, 3:305a BW) die sinds 1994 bestaat en sinds 2005 de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM, 7:907–910 BW).¹ Waar onder de WCA geen collectieve schadevergoeding mogelijk is, kan dat onder WCAM wel, maar alleen op vrijwillige basis. Sinds 2020 is met de aanpassing van de WCA de WAMCA in werking getreden, waarmee vorderingen tot schadevergoeding ook buiten de context van een (vrijwillige) schikking mogelijk zijn geworden. Waar voorheen dus representatieve organisaties beperkt waren tot het vorderen van declaratoire of voorlopige voorzieningen kan sinds januari 2020 ook schadevergoeding worden gevorderd in een collectieve actie.²

Onder meer in het financiële recht, consumentenrecht, bij inbreuken op persoonlijkheidsrechten (privacy) en IE-rechten en – in mindere mate – in letselschade worden deze procedures veelvuldig gebruikt. Ook de 'markt' van collectieve belangenorganisaties is de afgelopen tien jaar gegroeid en verder geprofessionaliseerd. Dit geldt zowel voor 'ad hoc' stichtingen, die speciaal worden opgericht met een specifieke claim als doel, als voor de traditionele belangenorganisaties, zoals vakbonden en consumentenorganisaties. Inmiddels is er ook een tussengroep ontstaan: de 'ad hoc multipurpose stichtingen', die opgericht zijn naar aanleiding van een concrete zaak en in die zin ad hoc zijn, maar die als doel hebben om een bepaalde categorie zaken aan te pakken. Door de toenemende (massa)communicatiemogelijkheden is de verwachting gewettigd dat deze organisaties snel, effectief en tegen beheersbare kosten in contact kunnen treden met zeer grote aantallen potentiële gedupeerden.

Meer recent is hierbij een ontwikkeling zichtbaar van een markt voor derdenfinanciers. Bij het ontstaan hiervan wordt aan de ene kant de angst aangewakkerd voor het ontstaan van een claimcultuur naar 'Amerikaanse stijl', waarbij commerciële partijen primair hun eigen belangen nastreven, mogelijk ten koste van de in de collectieve acties vertegenwoordigde gedupeerden.

² Hiernaast komt collectief verhaal voor ook in andere processuele vormen, bijvoorbeeld als gevolg van het voegen van vergelijkbare aanhangige zaken en/of cessie van vorderingen aan een claimentiteit. Bekende voorbeelden hiervan zijn kartelschadeclaims, zoals Rb Amsterdam 15 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3574 over het vrachtwagenkartel; Rb Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 over het liftenkartel; Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 over het luchtvrachtkartel.

Tegelijkertijd kan derdenfinanciering een cruciale rol spelen bij collectieve acties en kunnen commerciële financiers bijdragen aan een verbetering van de toegang tot de rechter door het mogelijk maken van kostbare rechtszaken, die in een ander geval niet gebracht zouden kunnen worden.

2.1.1 WCA, WCAM en WAMCA³

De collectieve actie, door middel van een namens gedupeerden optredende representatieve stichting, heeft zich langs de volgende lijnen ontwikkeld. In 1994 werd eerdere jurisprudentie die collectief verhaal mogelijk maakte, gecodificeerd met de invoering van de algemene collectieve actie in artikel 3:305a BW en werd bestaande en gefragmenteerde wetgeving ingetrokken. Deze ontwikkelingen werden aangewakkerd door het groeiende besef dat individuele procesvoering in massaschadesituaties, met name in zaken van algemeen belang, hoogstens incidenteel was en dat wetten en regels dus niet (voldoende) werden gehandhaafd. Individuen bleken ofwel niet bereid of niet in staat om verhaal te halen, omdat de belangen onvoldoende en/of de proceskosten te hoog waren. De wetgever ging ervan uit dat dergelijke drempels voor toegang tot de rechter niet, of in mindere mate, zouden bestaan voor representatieve organisaties. Zodoende kregen representatieve organisaties in 1994 de bevoegdheid om een collectieve actie namens een groep gedupeerden aanhangig te maken bij de rechter. Met deze collectieve actie kon een voorlopige of declaratoire voorziening worden verkregen.

Tot 2020 bestond er expliciet geen mogelijkheid om als collectief schadevergoeding te vorderen. Een dergelijke collectieve actie zou een – mogelijk gecompliceerde – individuele beoordeling vergen waarvoor de actie niet geschikt werd geacht, terwijl compensatie ook zou kunnen worden bereikt door middel van een vrijwillige schikking of individuele actie naar aanleiding van een verklaring voor recht. In de praktijk bleek echter de noodzaak van compenserend collectief verhaal te bestaan.

De eerste stap hiertoe was de invoering van de Wet Collectieve Afhandeling Massaschade (WCAM) in 2005. De regeling is neergelegd in art. 7:907-910 BW (vaststellingsovereenkomst) en art. 1013-1018a Rv. Directe aanleiding voor het invoeren van deze nieuwe procedure was de DES-zaak, die betrekking had op aansprakelijkheidsclaims voor farmaceutische producten.⁴ Na jarenlang procederen werd een minnelijke schikking getroffen tussen de aansprakelijke partijen en de vertegenwoordiger van slachtoffers. Om zowel compensatie voor de slachtoffers zeker te stellen, als finaliteit te verkrijgen voor de aansprakelijke partijen, wilden de partijen de schikking bindend laten verklaren en de WCAM bood hiertoe uiteindelijk de mogelijkheid.⁵ De WCAM procedure voorziet kort gezegd erin dat één of meer representatieve organisaties enerzijds en de vermeende aansprakelijke partij(en) anderzijds een gezamenlijk verzoekschrift indienen bij het Gerechtshof Amsterdam om een overeenkomst die zij hebben afgesloten over schadevergoeding of compensatie verbindend te laten verklaren voor de gehele groep benadeelden. Op grond van de WCAM zijn intussen negen schikkingen in acht zaken bereikt.⁶ Ook in de jaren na de invoering van de WCAM ging het debat over collectief verhaal voort. Het belangrijkste vraagstuk was het overbruggen van de kloof tussen de collectieve actie en WCAM voor die situaties waarin de (vermeende) aansprakelijke partij niet bereid is tot onderhandelen.

³ Zie over deze ontwikkelingen o.m. van Boom 2019, p. 154-160; van der Krans 2019, p. 61-71; Oving 2020, p. 11-19; Tzankova & Kramer 2021, p. 97-130. Voor een rechtspraakoverzicht zie de Monchy & Kluwen 2022, p. 83-94.

⁴HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535 m.nt. C.J.H. Brunner (*DES dochters*).

⁵ Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440, NJ 2006/461 (*Stichting DES Centrum*).

⁶ Tillema 2018, p. 90-99. De laatste schikking, die niet in het artikel van Tillema is opgenomen is Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*).

Na jaren van debat en herzieningen van het (concept) wetsvoorstel werd op 1 januari 2020 de WAMCA ingevoerd, waarmee het arsenaal van collectieve acties en schikkingen in Nederland werd gecomplementeerd. Zoals gezegd heeft de WAMCA met de aanpassing van artikel 3:305a e.v. BW de collectieve actie uitgebreid met een mogelijkheid tot vorderingen van schadevergoeding. Procedurele regels zijn neergelegd in art. 1018b-m Rv. Hoewel de nieuwe regels collectief schadeverhaal middels een gerechtelijke uitspraak mogelijk maken, blijft het bereiken van een schikking één van de speerpunten van de wet.⁷ Dit wordt gestimuleerd door het verbeteren van de kwaliteit van de vertegenwoordigende partijen (strengere regels voor hun bestuur, financiering en representativiteit), meer coördinatie van collectieve procedures (het voegen van rechtszaken en het aanstellen van een exclusieve representatieve organisatie), en de finaliteit van een vaststellingsovereenkomst (het opt-out principe dat twee keer wordt toegepast: na de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger en na het bereiken van een eventuele collectieve schikking) of de uitspraak (het opt out principe wordt hier maar één keer toegepast, na de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger).

Ondanks de initiële terughoudendheid in Europees verband ten aanzien van opt-out procedures⁸ is ook in de WAMCA voor een opt-out procedure gekozen, in beginsel met uitzondering van belanghebbenden die niet in Nederland woonplaats of verblijf hebben.⁹ De rechtbank Oost-Brabant wees een verzoek om voor buitenlandse belanghebbenden ook een opt-out regime toe te passen conform art. 1018f lid 5 Rv af, omdat het slechts een uitzondering is ingegeven door het belang van een partij.¹⁰ In dit geval betrof het een groep van onbekende omvang en achtte de rechtbank een opt out voor buitenlandse belanghebbenden niet wenselijk gezien de verstrekkende vraag die in het geding was, namelijk aan welke pensioenregeling de desbetreffende werknemers deelnemen en de indirecte betrokkenheid van pensioenverzekeraars.

Daarnaast is sinds 25 juni 2023 de Richtlijn representatieve vorderingen van toepassing.¹¹ Deze heeft tot doel ervoor te zorgen dat in alle lidstaten een mechanisme voor representatieve vorderingen beschikbaar is voor het beschermen van de collectieve belangen van consumenten.¹² Nu Nederland reeds over deze mechanismen beschikt, behoefde de wetgeving slechts op enkele punten aangepast te worden.¹³ De richtlijn heeft de keuze voor een opt-in of opt-out systeem, of een combinatie daarvan, bij de lidstaten gelaten.¹⁴ De belangrijkste aanpassing aan de WAMCA betreft een aanvulling op de ontvankelijkheidsvereisten. Die komen hieronder aan de orde in par. 2.1.3.¹⁵ Deze nadere eisen gelden alleen voor zover het een vordering betreft die onder de richtlijn valt. Dit zijn de in art. 2 genoemde representatieve vorderingen die worden ingesteld wegens inbreuken door handelingen op

⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, punt 4.

⁸ Zie bv. Aanbeveling van de Europese Commissie 2013 (2013/396/EU), nr. 21: “De eisende partij wordt samengesteld op basis van de uitdrukkelijke instemming van de natuurlijke personen of rechtspersonen die aanvoeren te zijn benadeeld („opt-in”-beginsel). Elke uitzondering op dit beginsel, bij wet of bij rechterlijke beslissing, moet naar behoren worden gemotiveerd met redenen die verband houden met een goede rechtsbedeling.”

⁹ Art. 1018f lid 5 Rv. Op grond hiervan kan op verzoek van een partij de rechter bepalen om ook ten aanzien van buitenlandse belanghebbenden een opt-out toe te passen.

¹⁰ Rb. Oost-Brabant 14 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3931 (*FNV en CNV/GXO Logistics*).

¹¹ Richtlijn (EU) 2020/1828.

¹² Art. 1 Richtlijn (EU) 2020/1828.

¹³ *Stb.* 2022, 459.

¹⁴ Zie overweging 34, 43, 44 en 46, alsmede art. 9 Richtlijn (EU) 2020/1828.

¹⁵ Zie in het bijzonder par. 2.1.3 sub (d).

de in Bijlage I genoemde bepalingen van het Unierecht, met inbegrip van de omzetting daarvan in het nationale recht.¹⁶

2.1.2 Enkele kernpunten van de WAMCA-procedure

(a) Vooraf: overgangsrecht en internationale bevoegdheid

De WAMCA is op 1 januari 2020 toepasselijk geworden en daarmee van toepassing op collectieve acties die zijn ingesteld op of na deze datum. Bij wijze van overgangsrecht is zij echter van toepassing op gebeurtenissen die hebben plaatsvonden op of na 15 november 2016.¹⁷ Deze datum is de datum waarop het wetsvoorstel naar de Kamer werd verstuurd. Voor gebeurtenissen voor deze datum blijven de oude voorwaarden gelden. Dit kan zeker in massaschadezaken die geheel of ten dele plaatsvonden voor deze datum, zoals in de dieselemissiezaken, tot complicaties leiden. In de Kamerstukken wordt toegelicht dat in het geval dat een reeks van schadeveroorzakende gebeurtenissen deels voor en deels na deze datum plaatsvond, het recht van toepassing is zoals dit gold op het moment dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft plaatsvond.¹⁸ In de zaken *Volkswagen*¹⁹ tegen *Stellantis*²⁰ (Fiat-Chrysler concern) bepaalde de Rechtbank Amsterdam dat bepalend was het tijdstip waarop de sjoemelsoftware was ontwikkeld en dat daarom het WAMCA regime, met de mogelijkheid tot het vragen van schadevergoeding, niet toepasselijk was. Ook in latere zaken rond sjoemelsoftware is dit oordeel herhaald,²¹ terwijl dezelfde rechtbank in een andere samenstelling in een zaak tegen *Vattenfall* voor gestelde overfacturering, waarbij ook sprake was van een beweerde langdurige misleiding van een contractuele wederpartij, tot een andere afweging en uitkomst kwam.²²

In grensoverschrijdende gevallen zal de rechter ook de internationale bevoegdheid vast moeten stellen. De vraag naar de internationale bevoegdheid komt als preliminaire vraag aan de orde, nog voordat wordt overgegaan tot toetsen van de voorwaarden en specifieke ontvankelijkheidsvereisten. In veel gevallen zal, namelijk wanneer de verweerders woonplaats in een lidstaat hebben, de Brussel I-bis verordening toepasselijk zijn.²³ Met name art. 4 (woonplaats verweerder) en art. 7 lid 2 (plaats intreden schade) en mogelijk art. 8 (pluraliteit verweerders) zijn hiervoor van belang. In het geval de vordering (deels) op overeenkomst is gebaseerd is art. 7 lid 1 (plaats uitvoering overeenkomst) van belang. De consumentenbeschermende bepalingen, op grond waarvan in het land van de woonplaats van de consument kan worden geprocedeerd,²⁴ zijn in gevallen van representatieve acties waarbij een claimstichting optreedt, of in geval van cessie van vorderingen niet toepasselijk.²⁵ Voor de gevallen waarin de Brussel I-bis verordening niet toepasselijk is, zijn de regels van art. 1-14 Rv bepalend, waarbij met name art. 6 en 6a (sub a overeenkomst en sub d onrechtmatige daad) en art. 7 (pluraliteit verweerders) van belang zijn. In specifieke gevallen kunnen ook bijzondere bevoegdheidsregels een rol spelen, zoals die van de AVG in de *TikTok* zaak.²⁶

¹⁶ Hierin worden 66 richtlijnen genoemd.

¹⁷ Art. 119a Overgangswet nieuw BW.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2019/19, 34608, nr. 13 (amendement).

¹⁹ Rb. Amsterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541 (*Volkswagen*).

²⁰ Rb. Amsterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1542 (*Stellantis*).

²¹ Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:468 (*Renault*).

²² Rb. Amsterdam 28 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:940 (*Vattenfall*).

²³ Verordening (EU) Nr. 1215/2012. Zie art. 4 jo.6 Brussel I-bis. Dit kan anders in het geval een forumkeuze is gemaakt, maar dit zal zelden het geval zijn in massaschadezaken onder de WAMCA.

²⁴ Art. 17-19 Brussel I-bis verordening.

²⁵ HvJ EU 25 januari 2018, zaak C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems/Facebook*).

²⁶ Rb. Amsterdam 9 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488 (*TikTok*).

(b) Belangrijkste fasen in de WAMCA-procedure

Afgezien van de eventuele complicaties van overgangsrecht en de internationale bevoegdheid kunnen de belangrijkste fasen van de WAMCA procedure verder als volgt worden weergegeven.²⁷ Zodra tenminste twee weken zijn verstreken na het doen van een verzoek tot overleg²⁸, dient de eisende organisatie in de zin van art. 3:305a BW een procesinleiding op te stellen, waarin onder meer is opgenomen de gebeurtenis(sen) waarop de vordering betrekking heeft, de groep belanghebbenden, de wijze waarop de ontvankelijkheidsvereisten worden vervuld²⁹ en gegevens die de rechter in staat stellen om zo nodig een exclusieve belangenbehartiger (EB) aan te wijzen.³⁰ Vervolgens dient de eiser binnen twee dagen na indiening van de procesinleiding daarvan aantekening te doen in het WAMCA register.³¹ Na een wachttijd van drie maanden, waarbinnen ook andere organisaties voor deze gebeurtenis(sen) een vordering in kunnen stellen bij dezelfde rechtbank³², wordt overgegaan tot toetsing van de ontvankelijkheidsvereisten in de zin van art. 3:305a BW. Voordat wordt overgegaan tot de inhoudelijke beoordeling moet beslist worden (a) of er aan deze ontvankelijkheidsvereisten is voldaan; (b) dat de eiser voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het voeren van deze collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering³³; en (c) dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid blijkt van de collectieve vordering.³⁴ Vervolgens wijst de rechter de EB aan, waarbij wordt gekeken naar de omvang van de groep die de eiser vertegenwoordigt, het financiële belang daarvan, andere werkzaamheden die de eiser voor deze groep verricht en eerder verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen.³⁵ De EB verricht in beginsel de proceshandelingen; de overige eisers blijven partij. Na deze uitspraak gaat de opt-out periode (en voor buitenlandse belanghebbenden: opt-in periode, tenzij één van de partijen opt out verzoekt en de rechter dat verzoek honoreert) van in beginsel een maand lopen.³⁶

Als er vervolgens geen schikking wordt bereikt na een poging hiertoe³⁷ dan wordt de zaak inhoudelijk behandeld, en wordt in geval van succes waar relevant een regeling voor de collectieve schadevergoeding vastgesteld.³⁸ Vervolgens wordt per brief mededeling aan de bekende belanghebbenden gedaan en wordt een aankondiging gepubliceerd op de internetpagina die bij aanvang ten behoeve van de zaak beschikbaar diende te worden gesteld.³⁹ In het geval een schikking werd vastgesteld dan wordt de vaststellingsovereenkomst overeenkomstig de WCAM procedure aan de rechter ter goedkeuring voorgelegd.⁴⁰

²⁷ Zie ook van der Krans, 2019, p. 61-71, i.h.b. p. 64-66.

²⁸ Art. 3:305a lid 3 sub c BW.

²⁹ Zie art. 3:305a BW.

³⁰ Art. 1018c lid 1 Rv.

³¹ Art. 1018c lid 2 Rv en art. 3:305a lid 7 BW.

³² Art. 1018c lid 3. De rechter kan deze termijn verlengen met nog eens drie maanden.

³³ Zie art. 1018c lid 5 sub b Rv. Dit kan aannemelijk worden gemaakt "doordat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn, het aantal personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, voldoende is en, indien de vordering strekt tot schadevergoeding, dat zij alleen dan wel gezamenlijk een voldoende groot financieel belang hebben".

³⁴ Art. 1018c lid 5 Rv.

³⁵ Art. 1018e Rv.

³⁶ Art. 1018f lid 5 Rv. In haar uitspraak van 14 september 2022 oordeelde rechtbank Oost-Brabant in een zaak aangespannen door FNV/CNV dat opt out spaarzaam moet worden ingezet en wees het verzoek daartoe af: Rb. 14 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3931 (*FNV en CNV/ GXO Logistics*).

³⁷ Art. 1018g Rv.

³⁸ Art. 1018i Rv.

³⁹ Art. 1018j Rv.

⁴⁰ Art. 1018h Rv.

2.1.3 Verzwaaarde ontvankelijkheidseisen WAMCA en aanvulling Richtlijn

(a) Ontvankelijkheidsvereisten algemeen

Eén van de kernpunten van de WAMCA zijn de ontvankelijkheidsvereisten, welke zijn verzwaaard ten opzichte van de WCA en overigens ook afwijken van de eisen die gelden voor de WCAM. Hier is in de literatuur ook kritiek op geleverd.⁴¹ De ontvankelijkheidsvereisten zijn opgenomen in art. 3:05a lid 1, 2, 3 en 5 BW. Naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen zijn deze eisen sinds 25 juni 2023 voor wat betreft vorderingen die onder de werking van deze richtlijn vallen verder aangevuld.⁴² Deze aanvulling komt aan het einde van deze paragraaf (onder sub d) aan de orde.

Allereerst moet de representatieve stichting aantonen dat zij de belangen van andere personen ingevolge haar statuten behartigt en dat deze belangen voldoende zijn gewaarborgd.⁴³ Dit laatste is uiteengezet in strikte representativiteitsvereisten. De organisatie moet voldoende representatief zijn gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde individuele vorderingen, en moet beschikken over⁴⁴:

- een toezichthoudend orgaan;
- passende en doeltreffende interne besluitvormingsmechanismen die de achterban een stem geven;
- voldoende middelen om de kosten van de procedure te dragen;
- een goed toegankelijke internetpagina met informatie over statuten, bestuursstructuur, bestuurs- en toezichtsverslagen, bezoldiging van bestuur en toezichthouders, nieuwsberichten over voortgang, inzicht in de berekening van de bijdragen die eventueel worden gevraagd van aangeslotenen en inzicht in hoe men zich kan aansluiten en kan opstappen;
- voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het voeren van collectieve vorderingen.

Daarnaast gelden als ontvankelijkheidsvereisten dat⁴⁵:

- de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd;
- de vordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft⁴⁶;
- voldoende is getracht om door middel van overleg tot een vergelijk te komen;
- een bestuursverslag en jaarrekening zijn opgemaakt en op de website zijn gepubliceerd.

Wanneer de stichting of vereniging niet aan deze eisen voldoet, dan volgt niet-ontvankelijkheid, tenzij het 'lichtere' regime van lid 6 toepasselijk is.⁴⁷

⁴¹ Zie o.m. Bauw & Voet 2017, p. 244; van Boom 2019, p. 158-159; Tzankova & Kramer 2021, p. 126; van der Krans 2019, p. 67-68, die deze niet irreëel noemt, maar wel problemen ziet in de hogere kosten in combinatie met beperkingen in de financiering.

⁴² *Stb.* 2022, 459. Zie verder in deze subparagraaf sub (d).

⁴³ Art. 3:305 lid 1 BW.

⁴⁴ Art. 3:305 lid 2 BW.

⁴⁵ Art. 3:305a lid 3 BW.

⁴⁶ Deze 'scope rule' wordt verder uitgewerkt in art. 3:305a lid 3 sub, zie hierover deze subparagraaf sub (b).

⁴⁷ Zie verder in deze subparagraaf, sub (c).

(b) Scope rule: nauwe band met Nederland

Een bijzonder ontvankelijkheidsvereiste is de zogeheten ‘scope rule’ in art. 305a lid 3 sub b BW. Aan het vereiste van de nauwe band met Nederland is voldaan wanneer (1) de rechtspersoon genoegzaam aannemelijk maakt dat het merendeel van de personen tot wier bescherming de rechtsvordering strekt, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft; of (2) degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer; of (3) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.

Hoewel dit vereiste is ingekleed als een ontvankelijkheidsvereiste lijkt het op de criteria van de internationale bevoegdheidsvereisten die hierboven werden aangestipt.⁴⁸ De vraag naar de compatibiliteit met de bevoegdheidsregel van met name de Brussel I-bis verordening is nadrukkelijk in het wetgevingsproces aan de orde gekomen en de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en de Adviescommissie voor burgerlijk recht hebben geadviseerd deze regel specifiek als een nationaal ontvankelijkheidsvereiste in te kleden.⁴⁹ Niettemin is in de literatuur betoogd dat deze regel op gespannen voet kan staan met het internationaal bevoegdheidsrecht en het non-discriminatiebeginsel in het EU recht.⁵⁰ Zo kan het voorkomen dat een gerecht internationaal bevoegd is op grond van de Brussel I-bis verordening, maar dat vanwege de aanvullende vereisten van de scope rule, in het bijzonder de ‘bijkomende omstandigheden’ van sub (2) - kennelijk in aanvulling op het bevoegdheids criterium van art. 4 Brussel I-bis – er toch problemen in de ontvankelijkheidsfase ontstaan. Mogelijk is het vereiste daarmee in strijd met het beginsel van Unietrouw in de zin van art. 4 VWEU. Daarnaast is de vraag of dit vereiste strijd oplevert met het verbod van discriminatie als neergelegd in art. 18 VWEU, nu het een – via de woonplaats – indirect onderscheid maakt naar nationaliteit.

In de rechtspraak is de scope rule een aantal keer aan de orde geweest en ook in een interview is deze regel een keer genoemd als obstakel.⁵¹ In de *Boskalis* zaak verklaarde de rechtbank Rotterdam in een kort-gedingzaak de belangenorganisatie niet-ontvankelijk omdat op de vestigingsplaats van de gedaagde na, er geen band met Nederland was.⁵² Ook in de privacyzaak tegen *Oracle en Salesforce* concludeerde de rechtbank Amsterdam dat niet aan deze ontvankelijkheidseis werd voldaan, omdat slechts een deel van de databases tot Nederland kon worden herleid.⁵³ In een door de Stichting BREIN aanhangig gemaakte zaak benoemde de rechtbank Midden-Nederland ook met zoveel de twijfel of dit vereiste in overeenstemming is met het Unierecht, maar omdat in die zaak aan het vereiste voldaan was, was er geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁵⁴ In de literatuur is terecht de verwachting uitgesproken dat het vroeg of laat tot prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zal komen.⁵⁵

⁴⁸ Zie par. 2.1.2 sub (a).

⁴⁹ Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor burgerlijk recht 2016, punt 4.

⁵⁰ Van der Plas 2019, p. 537-552; Tzankova & Kramer 2021, p. 121-122.

⁵¹ Zie hoofdstuk 4, par. 4.10 en interview nr. 11.

⁵² Rb. Rotterdam (vzr.) 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228 (*Boskalis*), r.o. 4.4-4.7

⁵³ Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (*TPC/Oracle en Salesforce*), r.o. 5.15.

⁵⁴ Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142 (*Brein/YISP e.a.*), r.o.2.16.

⁵⁵ De Monchy & Kluwen 2022, p. 87.

(c) Lichtere regime lid 6: ideële doelen en gering financieel belang

Met de verzwaarde ontvankelijkheidsvereisten is de procedure volgens sommige auteurs 'topzwaar'⁵⁶ geworden en 'veel te zwaar opgetuigd'⁵⁷ voor verbods- en gebodsacties en verklaring voor recht-procedures die onder de oude regelgeving al aanhangig gemaakt konden worden. Zo voorspelden Van Boom & Weber dat 'niet-institutionele belangenorganisaties en welwillende ad hoc-organisaties die met de beste bedoelingen opkomen voor consumentenbelangen het ook zwaar krijgen.'⁵⁸

De wetgever is hier niet aan voorbij gegaan en heeft een uitzondering op dit 'zware' ontvankelijkheidsregime toegelaten in lid 6. Daar is bepaald dat de rechter de vorderende partij toch ontvankelijk kan verklaren wanneer niet is voldaan aan één of meer van de genoemde criteria uit lid 2 en de nadere ontvankelijkheidscriteria van lid 3 en lid 5. De rechter kan dit doen indien de collectieve vordering is ingesteld met een ideëel doel én een zeer beperkt financieel belang betreft of wanneer de aard van de vordering van de stichting of vereniging dan wel van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, daartoe aanleiding geeft. De wetgever laat het uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of een organisatie in de praktijk in aanmerking komt voor de uitzondering in lid 6.⁵⁹ De eerste uitzondering zal bijvoorbeeld van toepassing zijn op vorderingen die strekken ter bescherming van het milieu. De tweede uitzondering is minder helder in zijn invulling. Van Boom en Weber noemen de invulling van deze uitzondering zelfs 'volslagen duister'. Zij schrijven: 'In elk geval is het niet de bedoeling dat claimcowboys alsnog toegelaten worden: de regering geeft aan dat er geen reden is om zomaar een uitzondering te maken op de strenge ontvankelijkheidseisen wanneer een verklaring voor recht wordt gevraagd als opmaat naar een collectieve schadevergoedingsactie. Of het goed mogelijk (en wenselijk) is om in dit stadium de schapen van de bokken te scheiden, betwijfelen wij eerlijk gezegd.'⁶⁰ Lid 6 schrijft bovendien voor dat de uitzondering niet kan worden toegepast in het geval de rechtsovereenkomst strekt tot schadevergoeding in geld.

Intussen is art. 3:305a lid 6 BW in de rechtspraak een aantal keer toegepast. Dit gebeurde onder andere in een zaak aanhangig gemaakt door de Stichting BREIN, waarin de Rechtbank Midden-Nederland overwoog dat hoewel BREIN ook commerciële belangen van rechthebbenden behartigt, deze vorderingen 'in bredere zin het maatschappelijke belang [dienen] dat wordt voorkomen dat Nederland een vrijhaven wordt voor piraten die illegale kopieën van films en tv-series via Nederlandse servers aanbieden'.⁶¹

(d) Implementatie Richtlijn representatieve vorderingen

Zoals gezegd is sinds 25 juni 2023 onder andere art. 3:305a e.v. BW op enkele punten aangepast ter gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen. Deze gelden alleen voor zover het een consumentenzaak is die onder de werking van de Richtlijn valt.⁶²

Aan art. 3:305a lid 1 BW wordt sub f toegevoegd, waarin een extra eis wordt geformuleerd waar de stichting of vereniging die een rechtsovereenkomst wil instellen aan moet voldoen wat betreft de financiering. Deze financiering mag niet afkomstig zijn van een financier die een concurrent is van degene tegen wie de rechtsovereenkomst zich richt of van een financier die afhankelijk is van degene tegen

⁵⁶ Bauw & Voet 2017, p. 244.

⁵⁷ Van Boom & Weber 2017, p. 297.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 29.

⁶⁰ Van Boom & Weber 2017, p. 296.

⁶¹ Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142 (*Brein/YISP e.a.*).

⁶² Zie ook par. 2.1.1.

wie de rechtsvordering zich richt. Dit vereiste geldt alleen indien het gaat om een rechtsvordering ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten die zijn geschaad of kunnen worden geschaad door inbreuken van handelaren op bepalingen van Unierecht genoemd in bijlage I van deze Richtlijn.⁶³

Na artikel 305d BW wordt een artikel 305e BW ingevoegd waarin onder meer wordt bepaald dat de Minister voor Rechtsbescherming op aanvraag van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid met zetel in Nederland, de stichting of vereniging aanwijst als bevoegde instantie als bedoeld in artikel 4 lid 3 Richtlijn. Deze aanwijzing eindigt van rechtswege na vijf jaar. De stichting of vereniging moet voor deze aanwijzing voldoen aan verschillende vereisten gesteld in artikel 3:305a e.v. BW. Hiernaast moet uit haar internetpagina blijken dat zij de betreffende belangen daadwerkelijk behartigt, wat haar financieringsbronnen zijn en dat zij niet failliet is verklaard.⁶⁴

2.2 Financieringsmogelijkheden voor collectieve acties

In deze paragraaf worden de verschillende mogelijkheden om collectieve acties te financieren besproken, van de eigen bijdrage en traditionele rechtsbijstand tot specifieke vormen van financiering voor collectieve acties, waaronder cessie en derdenfinanciering. Deze financieringsmogelijkheden zijn essentieel in het kader van toegang tot het recht, zoals neergelegd in art. 6 EVRM en art. 47 EU Handvest. Specifiek voor zaken die onder de Richtlijn Representatieve Vorderingen vallen is art. 20 van de richtlijn van belang dat lidstaten verplicht tot de verstrekking van overheidsfinanciering aan bevoegde instanties voor het instellen van representatieve vorderingen, met inbegrip van structurele ondersteuning of toegang tot rechtsbijstand.⁶⁵

2.2.1 Traditionele eigen bijdrage van de benadeelden

De traditionele vorm van procesfinanciering door middel van een eigen bijdrage door de bij de rechtszaak betrokken benadeelden lijkt in het geval van collectieve acties slechts in beperkte gevallen haalbaar. In het geval van financiering op basis van eigen bijdragen is sprake van een verdeling van de kosten van procederen onder de daadwerkelijk getroffen, en bij de procedure betrokken, benadeelden. Door het delen van de kosten kan deze vorm van financiering een verbeterde positie voor de benadeelden opleveren dan wanneer ze individuele procedures zouden beginnen. In de praktijk stuit deze vorm van financiering echter op een aantal barrières.

Allereerst ligt bij deze vorm van financiering het free-rider probleem op de loer. Het free-rider probleem houdt in dat (een deel van de) benadeelden achteroverleunen en wachten tot een ander het initiatief neemt en de investering doet, waarna op het eventuele resultaat kan worden 'meegelift'. Dit probleem leidt doorgaans op langere termijn tot een minder gunstige uitkomst voor de initiatiefnemers en ontmoedigt het gebruik van collectieve procedures.

Los van het *free rider* probleem, moet aan nog een aantal voorwaarden worden voldaan om deze manier van financiering mogelijk te maken. Zo moet de groep benadeelden voldoende groot zijn om de totale kosten van de procedure te kunnen dragen. Ook moet de eigen bijdrage laag genoeg zijn om in verhouding tot de uiteindelijke opbrengst de moeite waard te zijn. Daarbij moeten de benadeelden voldoende draagkrachtig zijn om de bijdrage te kunnen bekostigen. Dit laatste is met name

⁶³ *Stb.* 2022, 459. Deze regel komt voort uit art. 10 lid 2 sub b Richtlijn (EU) 2020/1828.

⁶⁴ *Stb.* 2022, 459.

⁶⁵ Zie verder over de regulering onder Richtlijn (EU) 2020/1828 ook par. 2.5.2.

problematisch wanneer het zaken betreft rondom traditioneel zwakkere partijen zoals consumenten, huurders of andere groepen benadeelden met weinig draagkracht.

In de praktijk speelt de eigen bijdrage in collectieve acties overigens wel een belangrijke rol, voor zover het gaat om bestaande stichtingen – zoals de Consumentenbond of Milieudefensie – die vooral in het kader van niet-schadevergoedingszaken collectieve acties instellen, zoals ook uit de interviews naar voren kwam.⁶⁶ Dit gebeurt dan doorgaans uit ledencontributies, hetgeen weer andere beperkingen kent.

2.2.2 *Publiek gefinancierde rechtsbijstand*

Traditioneel gezien is er voor mensen met weinig middelen de mogelijkheid om gebruik te maken van publiek gefinancierde rechtsbijstand. In de praktijk van collectieve procedures is het echter vaak niet mogelijk om hiervan gebruik te maken. Het systeem van gesubsidieerde rechtsbijstand is (nog) niet ingericht op het financieren van collectieve vorderingen. De huidige toepassing van publieke rechtsbijstand kent een aantal aspecten die effectieve financiering van collectieve acties in de weg staat. Zo gaat de Wet op rechtsbijstand in principe uit van een individuele behandeling van zaken waarvoor een toevoegingverzoek wordt ingediend. Hierbij is de rechtsbijstand alleen toegankelijk voor natuurlijke personen of rechtspersonen niet zijnde representatieve organisaties, zoals bij collectieve acties. Ook gaat het rechtsbijstandssysteem uit van het principe van partijautonomie, waarbij vrije keuze van juridische bijstandsverlener één van de garanties is. In het geval van collectieve claims en met name bij strooischade is deze vrije keuze van rechtsbijstandsverlener geen praktisch toepasbaar principe.

Aan de hand van het voorbeeld van de *Dexia*-zaak, betoogde Tzankova eerder al dat het mechanisch toepassen van het principe van partijautonomie op de financiering van massageschillen een obstakel vormt voor een adequate financiering via rechtsbijstand.⁶⁷ Bij gebrek aan een goed werkend mechanisme voor het voegen van gelijke claims, en/of het financieren van collectieve claims, zorgt het principe van vrije advocaatkeuze voor een barrière in het gebruiken van publieke rechtsbijstand in het geval van collectieve schade. In de praktijk kan dit leiden tot een situatie waarbij een veelheid aan claims individueel wordt gefinancierd vanuit publieke middelen, waarmee de efficiëntie en kostenverlagende aspecten van een collectieve actie niet worden benut. Er zou de vraag gesteld kunnen worden of het beschikbaar stellen van rechtsbijstand aan (representatieve) belangenorganisaties niet een deel van de oplossing zou kunnen zijn.⁶⁸

2.2.3 *Rechtsbijstandsverzekering*

Een vorm van procesfinanciering die in Nederland relatief veelvuldig wordt gebruikt en een mogelijke bijdrage kan leveren aan de financiering van collectieve acties is de rechtsbijstandsverzekering. De traditionele rechtsbijstandsverzekering bestaat uit een verzekering die wordt afgesloten voordat het risico (bijvoorbeeld een ongeval of schade) zich voordoet. Het basisidee van de rechtsbijstandsverzekering is dat het procesrisico, net zoals bij een resultaatgericht beloningssysteem, naar de verzekeraar wordt verschoven en dus bij het slachtoffer wordt weggenomen.

⁶⁶ Zie ook hoofdstuk 4.4.1.

⁶⁷ De *Dexia*-zaak werd de gefinancierde rechtsbijstand bijna fataal, doordat het veel eenpitters aantrok die geen specialistische kennis hadden. Tegelijkertijd ontbrak het aan mogelijkheden de veelheid aan zaken te stroomlijnen, vanwege het recht op vrije advocaatkeuze. Zie Tzankova 2017, p. 113.

⁶⁸ Zie hoofdstuk 7, par. 7.7.2.

Hoewel een rechtsbijstandsverzekering voor potentiële rechtszoekenden veel voordelen lijkt te hebben, wordt er in slechts weinig rechtsstelsels en door relatief weinig mensen een dergelijke verzekering afgesloten. Zelfs in landen waar de randvoorwaarden voor dergelijke verzekering gunstig zijn, zoals in Duitsland waar advocatentarieven gereguleerd zijn, is de relatieve dekking nog altijd gering.⁶⁹ Een uitzondering hierop is Zweden, waar een rechtsbijstandsverzekering automatisch (en verplicht) wordt toegevoegd aan de ziektekostenverzekering.⁷⁰

Hoewel het gebruik van rechtsbijstandsverzekeringen in Nederland de afgelopen jaren is toegenomen, zowel bij bedrijven als particulieren, zijn de absolute aantallen potentiële rechtszoekenden die zich op deze wijze verzekerd hebben nog altijd beperkt.⁷¹ Bovendien is de spreiding van verzekeringen niet gelijk verdeeld over verschillende bevolkingsgroepen en zullen juist die groepen met beperkte middelen in de regel minder snel verzekerd zijn. Daarnaast kunnen natuurlijke personen met beperkte financiële middelen voor bepaalde categorieën geschillen in aanmerking komen voor door de staat gefinancierde rechtsbijstand.

Dit type verzekering kan, afhankelijk van de overeengekomen voorwaarden, bovendien nadere beperkingen stellen. Deze kunnen betrekking hebben zowel op de omvang van de dekking, als op de drempel die wordt gehanteerd om te bepalen of een claim geschikt wordt geacht voor een procedure voor de overheidsrechter of arbiters, en op de mate, waarin de verzekerde vrij is in het kiezen van een rechtsbijstandsverlener.⁷² Het recht op een advocaat naar eigen keuze dat concentratie in de weg staat bij de gefinancierde rechtsbijstand, speelt ook hier een rol. Een dergelijke verzekering is bovendien doorgaans alleen beschikbaar wanneer de gebeurtenissen die aanleiding hebben gegeven tot het geschil nog niet hebben plaatsgevonden op het moment van het sluiten van de verzekering.

Met name wanneer enkele leden van de groep wel een rechtsbijstandsverzekering hebben, en andere leden niet rijst de vraag of de rechtsbijstandsverzekering van die leden kan worden gebruikt ten behoeve van de hele groep. Dit zou wederom tot een *free rider* probleem kunnen leiden. Het lijkt dan ook niet voor de hand te liggen dat bijvoorbeeld een rechtsbijstandsverzekerder van enkele slachtoffers in een groep de integrale kosten van de collectieve actie zou financieren, ook ten aanzien van leden van de groep die niet bij hem verzekerd waren.⁷³ Verzekeringstechnisch zou dat betekenen dat de verwachte kosten van de procedure veel te hoog zouden zijn in vergelijking met de premie die door de individuele leden werd betaald. Een variant op dit scenario is wanneer een deel van de verzekerden over een rechtsbijstandverzekering beschikt, maar bij verschillende aanbieders. Enige samenwerking en coördinatie tussen de verschillende aanbieders in gevallen van massaschade zou vanuit oogpunt van efficiëntie en effectiviteit behulpzaam kunnen zijn, maar dat kan weer stuiten op mededingingsrechtelijk problematiek. Vooralsnog lijkt het dus niet eenvoudig om de klassieke rechtsbijstandsverzekering structureel in te schakelen bij een collectieve actie. Onderzocht zou kunnen worden in hoeverre de rechtsbijstandverzekering een structurele en meer zichtbare rol zou kunnen spelen in de voorfase van de massaschadeafwikkeling.⁷⁴ Gelet op het bovenstaande zal het niet verbazen dat veel rechtsbijstandsverzekerders de dekking van hun verzekerden in het geval van massaschade hebben beperkt, terwijl sommige vormen van (financiële) schade een afzonderlijke dekkingsmodule behoeven of vaak in het geheel niet gedekt zijn onder een standaard verzekering.

⁶⁹ Voor een overzicht zie Kilian 2003, p. 36; Regan 2001, p. 293-297 en zie ook Kilian & Regan 2004, p. 238.

⁷⁰ Regan 2003, p. 49-65.

⁷¹ In Nederland momenteel rond de 2,5 miljoen verzekerden. Zie van Velthoven & Haarhuis 2011, p. 587-612.

⁷² Zie ook Tzankova 2012, p. 549-591.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Hoofdstuk 7, par. 7.9.2

Door de lage relatieve verzekeringsgraad, de beperkende voorwaarden van deze verzekeringen en de voor collectieve acties specifieke context is het niet aannemelijk dat het systeem van rechtsbijstandverzekeringen in huidige vorm een oplossing voor de financiering van collectieve acties kan bieden. Toch zijn er bij de onderzoekers concrete massaschadegevallen bekend waarbij de rechtsbijstandverzekeringsbranche op ad hoc basis specifieke voorzieningen heeft getroffen, zoals bij de vliegcrash in de Bijlmer, de vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam en in de Srebrenica-kwestie. Bij de vuurwerkramp in Enschede werden individuele gevallen gefinancierd zonder de daarvoor geldende toetsingsnormen toe te passen, omdat de benadeelden geen bewijzen konden overleggen. In de Srebrenica-kwestie werd een aantal proefprocedures voorgefinancierd en bij de Volendam-ramp werden gespecialiseerde letselschadeadvocaten ingeschakeld om een meer collectieve aanpak na te streven. Los van deze in het oog springende voorbeelden hebben echter tot op heden zowel gesubsidieerde rechtsbijstand als de rechtsbijstandverzekeringsbranche slechts een marginale rol gespeeld in het financieren van collectieve acties.

Een andere vorm van de rechtsbijstandsverzekering, die voor zover de onderzoekers bekend vrijwel uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk voorkomt, is een verzekering tegen een eventuele proceskostenveroordeling die wordt afgesloten nadat de voor de procedure relevante gebeurtenis al heeft plaatsgevonden. In dit geval is de verzekerde niet verzekerd tegen een schadegebeurtenis, maar tegen de eventuele proceskostenveroordeling. Deze *ex post* verzekering wordt 'after the event insurance' (ATE) genoemd. De verzekeraar financiert een eventuele kostenveroordeling, terwijl de premie (die *ex post* wordt ontvangen) bestaat uit een deel van de opbrengst.⁷⁵ In die zin lijkt een verzekering die wordt afgesloten na het ongeval sterk op een resultaatafhankelijk beloningssysteem, omdat de premie slechts aan de verzekeraar wordt afgedragen wanneer het slachtoffer in staat was om via een procedure schadevergoeding te verhalen op de schadeveroorzaker. Een ATE-verzekering wordt in de regel afgesloten nadat het betwiste voorval heeft plaatsgevonden, maar voordat er aanzienlijke juridische kosten zijn gemaakt. De verzekering wordt doorgaans door een advocaat namens zijn cliënt afgesloten op het moment dat hij/zij een claim begint. Het algemene concept van een ATE-verzekering is dat deze de eiser vanaf het begin beschermt tegen de risico's van een kostenveroordeling in het geval de vordering niet succesvol is en de eiser wordt veroordeeld tot het vergoeden van de kosten van de tegenpartij. Een ATE-verzekering wordt tegenwoordig bijna altijd gecombineerd met een resultaatafhankelijke beloningsafspraken met advocaten en/of externe financiers en komt bijna niet zelfstandig voor.

Deze vorm van verzekeren is met name in het VK relatief populair, zowel onder individuele partijen als onder procesfinanciers, doordat kostenveroordelingen (*adverse cost orders*) daar in het geval van verlies van de procedure aanzienlijk kunnen oplopen.⁷⁶ ATE-verzekeringen zijn in principe toegestaan in Nederland, maar worden niet gebruikt, omdat de potentiële kosten die gepaard gaan met een ongunstige proceskostenveroordeling in Nederlandse gerechtelijke procedures beperkt in omvang zijn.⁷⁷

⁷⁵ In sommige gevallen worden ook de door de claimende partij gemaakte kosten door de verzekering gedekt. In deze gevallen lijkt een ATE verzekering sterk op TPLF.

⁷⁶ Davidson 2011, p. 1200-1224.

⁷⁷ Hoewel ook in Nederland gebruik wordt gemaakt van de zogenaamde 'English' rule, oftewel van een systeem van proceskostenveroordeling, zijn de forfaitaire bedragen in Nederland vele malen lager dan de proceskostenveroordelingen in Engeland (en andere common law jurisdicties) waar zogenaamde 'adverse costs' meer in de buurt komen van een reële proceskostenveroordeling.

2.2.4 Institutionele financiering voor proefprocessen

In de begindagen van collectieve procedures in Nederland subsidieerde de overheid bepaalde representatieve organisaties, met name op het gebied van consumentenrecht, om (onder andere) collectieve procedures te starten.⁷⁸ Ook in Europees verband subsidieerde de Europese Commissie collectieve acties van consumentenverenigingen in gevallen van (grensoverschrijdende) procedures om oneerlijke bepalingen in verschillende lidstaten op te heffen.⁷⁹

De financiering van representatieve organisaties is door de jaren heen echter steeds verder teruggelopen. Mede als gevolg hiervan zijn de beschikbare budgetten van potentiële intermediairs zoals consumentenorganisaties afgenomen terwijl de kosten van het voeren van rechtszaken toenamen. Artikel 20 van de richtlijn zou wellicht als een poging kunnen worden gezien om de praktijk van overheidssubsidiering van collectieve acties een nieuw leven in te blazen. Gelet op het huidige klimaat rondom overheidsfinancieringen van rechtsbijstand, lijkt dit echter niet een realistisch alternatief.

2.2.5 Resultaatgerelateerde beloning advocatuur

Waar in andere jurisdicties advocaten vaak in belangrijke mate kunnen optreden als (voor)financier van rechtszaken, door de kosten van de procedure te dragen en te werken op basis van zogenaamde 'no cure no pay' of 'success fee' afspraken, is dit in Nederland aan banden gelegd. Procesadvocaten kunnen vergoedingsovereenkomsten aangaan, zij het binnen bepaalde grenzen. Zo kunnen voorwaardelijke, onvoorziene of andere vergoedingsregelingen worden getroffen, bijvoorbeeld door een lager uurtarief of honorarium als uitgangspunt nemen dat kan worden verhoogd bij het behalen van een bepaald resultaat. Hoewel uurtarieven nog steeds vaak worden gebruikt, worden alternatieve kostenregelingen, zoals vaste en gemaximeerde vergoedingen en succesvergoedingen, in Nederland steeds vaker en breder toegepast. Een 'no cure no pay'-regeling of een regeling waarbij de beloning van de advocaat bestaat uit een deel van de waarde van een uitspraak of schadevergoeding (*quota pars litis*) zijn echter in beginsel verboden op basis van de gedragsregels voor advocaten. Daarnaast moeten advocaten ervoor zorgen dat wat zij in rekening brengen een redelijke vergoeding vormt voor hun diensten. No win, no fee-afspraken door advocaten zijn in Nederland alleen toegestaan in individuele letselschadezaken, na een voorafgaande goedkeuring door de Deken.⁸⁰ Als zodanig zijn deze constructies zowel bij reguliere als bij collectieve acties in Nederland dus niet aan de orde. Een nader onderzoek daarnaar (al dan niet gevolgd door een beperkte) heroverweging van eerder gemaakte beleidskeuzes is wellicht aangewezen in het licht van de (gemengd) positieve ervaringen die

⁷⁸ Mölenberg 1995, p. 125-126, 131, 337; Gousgounis 2009, p. 2.

⁷⁹ COM (2000) 248 def., p. 9.

⁸⁰ Op het verbod op 'no cure no pay' is één uitzondering. Sinds 1 januari 2014 mogen advocaten bij wijze van experiment van de Nederlandse Orde van Advocaten in letselschade- en overlijdensschadezaken met hun cliënt een resultaatafhankelijke beloningsafspraken maken. Deze proefperiode liep in eerste instantie tot 1 januari 2019 en is per die datum met nog eens 5 jaar verlengd tot 1 januari 2024. In Nederland is het wel mogelijk om als advocaat pro deo op te treden, waarbij de volledige kosten voor rekening van advocaat of zijn/haar kantoor komt. Zie Verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) van de Nederlandse Orde van Advocaten, advocatenorde.nl, z.d. Voor juridische dienstverleners die geen advocaat zijn geldt dit verbod niet. Dat lijkt niet zonder problemen te zijn bij de afwikkeling van kleine individuele vorderingen: M. de Vries, Wildwest in de letselschadepraktijk, *Advocatenblad* 19 juni 2019 <https://www.advocatenblad.nl/2019/06/19/wildwest-in-de-letselschadepraktijk/> en <https://www.dutchnews.nl/news/2017/03/no-cure-no-pay-not-popular-with-personal-injury-lawyers/>.

met het experiment op het terrein van letselschade zijn geboekt.⁸¹ Het experiment is verlengd met 5 jaar tot 2024.⁸²

Als voordelen van no cure no pay-afspraken wordt doorgaans gewezen op de verschuiving van het procesrisico van de cliënt naar de advocaat, waarmee in theorie, en volgens de hiervoor bedoelde evaluatie ook in de praktijk, de toegang tot het recht wordt vergroot.⁸³ Een risico van het systeem is dat claimanten voor de financiering van hun zaak afhankelijk zijn van ‘cherry picking’ van bepaalde zaken door de advocatuur en het verdienmodel van advocaten(kantoren), alsmede de beschikbaarheid van voldoende werkkapitaal om langdurige en kostbare procedures te dragen. Het is niet te verwachten dat veel advocatenkantoren dat zullen kunnen doen. Of resultaatafhankelijke beloningen in een bepaalde jurisdictie zijn toegestaan, heeft een belangrijke impact op hoe de rest van het financieringsveld is ingericht. Zo is de markt voor derdenfinanciering in de VS nog relatief beperkt, omdat het overgrote deel van de zaken op basis van *no cure no pay* wordt (voor)gefinancierd door advocaten(kantoren). In landen als Nederland, waar resultaatafhankelijke beloning aan banden is gelegd, is meer vraag naar andere vormen van financiering, waaronder derdenfinanciering.

2.2.6 Crowdfunding

Anders dan bij gebundelde eigen bijdragen door gedupeerden gaat het in het geval van crowdfunding om financiering door relatief kleine bijdragen van een groep investeerders of sympathisanten die niet zelf bij de zaak betrokken zijn. Met name door het gebruik van het internet is deze manier van financiering mogelijk geworden.

Crowdfunding wordt gebruikt om eenmalige projecten van ondernemingen te financieren, waaronder nieuwe consumentenproducten, kunstprojecten, humanitaire projecten en films. In tegenstelling tot een traditionele belegger die een rendement en een verhoging van zijn kapitaal ontvangt, ontvangen donateurs over het algemeen een nominale beloning in ruil voor hun geld. Met name in de culturele sector is het een populaire en succesvolle manier gebleken voor muzikanten om opnameprojecten te financieren zonder de steun van een platenlabel.⁸⁴

Crowdfunding websites maken gebruik van het internet om een groot publiek te bereiken. Eenmaal geüpload naar een crowdfundingplatform, kan iedereen met een computer, telefoon of tablet bijdragen aan een project. Geen enkele gebruiker hoeft meer dan een paar dollar bij te dragen om het project zijn doelen te laten bereiken. Met behulp van deze methode zijn crowdfunding projecten in

⁸¹ De kosten die betaald moeten worden bij een positief resultaat worden berekend op basis van het normale uurtarief van de advocaat. Dit uurtarief mag met maximaal 100% worden verhoogd. De totale kosten (dus inclusief btw en kantoorkosten) mogen niet meer dan 25% zijn van het financiële resultaat dat feitelijk behaald is. Wanneer de advocaat ook externe kosten financiert, is dit maximum verhoogd naar 35%. Specifieke kosten mogen wel in rekening gebracht worden voor de cliënt, ongeacht van het behaalde resultaat. Zie ook hoofdstuk 7, par. 7.7.2 en 7.9.2.

⁸² NOvA Evaluatierapport 2018.

⁸³ De evaluatie laat zien dat de regeling de afgelopen vijf jaar relatief beperkt is toegepast. Wel zijn de ervaringen van betrokkenen overwegend positief. Voor de evaluatie is gesproken met dekens, advocaten, specialisatieverenigingen, de wetenschap en cliëntenorganisaties. Zij geven aan dat de regeling zeker bijdraagt aan het vergroten van de toegang tot het recht en dat deze vorm van honorariumafspraken daarom wenselijk is en behouden moet blijven. Ook is er geen sprake van klachten of tuchtzaken en zijn er geen ongewenste neveneffecten bekend: NOvA Evaluatierapport 2018.

⁸⁴ Het in 2003 opgerichte *ArtistShare* was het eerste Amerikaanse platform, gevolgd door *Indiegogo* en *Kickstarter* in respectievelijk 2008 en 2009. Voordekunst.nl is een bekend Nederlands voorbeeld.

staat om in een korte tijd een aanzienlijk bedrag op te halen. Ook in de wereld van procesfinanciering heeft crowdfunding zijn intrede gedaan.

Omdat crowdfunding afhankelijk is van relatief kleine geldelijke bijdragen van een groot aantal individuen, kunnen relatief dure claims volledig worden gefinancierd zonder dat één persoon een aanzienlijk bedrag riskeert. Vanuit het perspectief van een investeerder maakt crowdfunding het beleggen in individuele rechtszaken op deze wijze vergelijkbaar met het kopen van aandelen. Crowdfunding wordt gezien als mogelijk oplossing voor zaken die via TPLF geen financiering kunnen krijgen, omdat de zaak voor traditionele financiers als te riskant zou worden beschouwd, ofwel niet voldoende *Return On Investment* (ROI) opleveren. In de VS zien we crowdfunding platforms, zoals *LexShares* en *Funded Justice*, die zich specifiek richten op het door crowdfunding financieren van rechtszaken. Dergelijke platforms ontvangen een commissie in ruil voor elk project dat op hun platform wordt geplaatst, ongeacht of de procedure succesvol is.

Dit laatste is direct één van de belangrijkste punten van kritiek op deze vorm van procesfinanciering, omdat deze platforms op geen enkele wijze doen aan selectie van de te financieren projecten en bovendien meer verdienen al naar gelang meer projecten op hun platform worden aangeboden. Waar financiers traditioneel alleen de juridisch sterke zaken kiezen, betekent de aanzienlijke vermindering van het risico dat in het geval van crowdfunding als procesfinanciering kan worden geïnvesteerd in een groter aantal zaken met een kleinere kans op succes. Dit verhoogt volgens sommige auteurs het risico op een toename in het aantal juridisch weinig kansrijke zaken.⁸⁵

Bij gebrek aan regelgeving bestaat er bovendien de kans op misbruik. Zo is er geen echt systeem om de belangen van donateurs te beschermen. Na inleg is het vaak moeilijk te controleren of het geld daadwerkelijk wordt aangewend voor de aangegeven belangen. Een ander misbruikrisico dat wordt genoemd is het gebruik van een 'gefabriceerde achterban' om de identiteit van een echte financier, die niet wil worden geïdentificeerd, te verbergen.⁸⁶ Uit de interviews komt bovendien naar voren dat deze vorm van financiering in de praktijk een zeer beperkte praktische waarde heeft en doorgaans te weinig oplevert.⁸⁷ Slechts in één geval, een milieuzak, werd een substantieel bedrag opgehaald dat voldoende was om de zaak te financieren.

2.2.7 *Private fondsen/donaties*

Belangenorganisaties kunnen soms gebruik maken van structurele en/of projectmatige financiering afkomstig van een particuliere financier, zoals ook uit de interviews is gebleken.⁸⁸ Doorgaans zijn dit fondsen met een filantropische doelstelling. Partijen als de Open Society Foundation verstrekken structurele financiering aan het maatschappelijk middenveld en ngo's die actief zijn op het gebied van strategische procesvoering en fundamentele-, digitale en consumentenrechten. Andere organisaties zijn gericht op het specifiek financieren van strategische rechtszaken, waaronder collectieve acties. Partijen als de *Digital Freedom Foundation* (DFF) en *Luminate* bieden financiële ondersteuning voor strategische rechtszaken.⁸⁹ Financiering kan ook worden verleend aan een organisatie die strategische procedures aanhangig maakt zonder dat deze financiering direct aan een specifieke zaak is gekoppeld.

⁸⁵ Elliott 2018, p. 529-552.

⁸⁶ Gomez 2015, p. 334.

⁸⁷ Zie hoofdstuk 4.3.

⁸⁸ Zie hoofdstuk 4.4.1.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld de website van Luminate: <https://luminategroup.com/funding> en DFF: <https://digitalfreedomfund.org>.

Aan de financiering zijn doorgaans specifiek voorwaarden verbonden, zowel in het geval van structurele financiering als voor een specifieke rechtszaak, en de beschikbaarheid van private financiering hangt altijd af van de strategie, de doelstellingen, het budget en de prioriteiten van de particuliere financier. Doorgaans is deze vorm van financiering beschikbaar voor een nauw omschreven type zaken en richten deze financiers zich uitsluitend op ideële zaken, vormen van cause-lawyering en fundamentele rechten. Zo richten zowel het *DFF* en *Luminate* zich momenteel met name op inbreuken in de online data sfeer.

Over het algemeen zijn de beschikbare middelen bij deze manier van financieren beperkt en is de concurrentie groot. Bovendien kunnen rapportageverplichtingen die door bepaalde financiers worden opgelegd, voor sommige organisaties onbetaalbaar hoge overheadkosten met zich meebrengen.

2.2.8 Cessiemodel

Een andere mogelijkheid om de afwikkeling van massaschade vorm te geven naast de collectieve actie en de voeging van vorderingen in de zin van art. 222 Rv, is het zogeheten cessie-model. Dit is geen wijze van financiering als zodanig, maar speelt in de Nederlandse praktijk wel een rol als een manier om de afwikkeling met bijbehorende financiering te faciliteren, omdat het een manier is om de financiële belangen van de financier te beschermen. Door de overdracht van de vordering, verkrijgt de financier maximale zekerheid voor de investering. In de klassieke vorm van cessie betreft het de overdracht van vorderingen ter incasso. Via dit mechanisme wordt de vordering overgedragen voor een lager bedrag dan de waarde daarvan en daarmee gaat ook de incasso en de daaraan verbonden risico's over. Vanaf dat moment is de vordering uitsluitend eigendom van de financier en neemt de financier alle beslissingen over toekomstige rechtszaken of schikkingen. Naast cessie ter incasso zijn er ook andere vormen, in het bijzonder de volmacht en lastgeving, waarbij de vordering als zodanig niet in eigendom wordt overgedragen.

In beginsel kan een dergelijke overdracht van vorderingen of vergelijkbare vormen ook bij de afwikkeling van massaschade worden toegepast. Bij gebruik van dit model draagt een groep claimanten hun vordering over aan een belangenbehartiger, of aan een derde, in ruil voor (een deel van) de uiteindelijke vergoeding. De claimanten ontvangen in dit geval voorafgaand aan de procedure een vergoeding waarna de belangenbehartiger, of een derde die zelf een belangenbehartiger in de arm neemt, de vordering overneemt. De vordering wordt op deze manier in feite afgekocht. Wint het claimvehikel de procedure of slaagt het erin een schikking af te dwingen, dan ontvangt het slachtoffer een percentage van de opbrengst. Het resterende bedrag is dan 'commissie' voor het claimvehikel, dat de procedure bekostigt en het proces-risico draagt.⁹⁰

Hoewel dit op zich een aantrekkelijk model lijkt om zowel het probleem van de rationele apathie als het free rider-probleem aan te pakken, omdat alleen degenen die hun vordering hebben overgedragen en/of een actie hebben ondernomen, daarvan profiteren, is het lange tijd problematisch geweest in de internationale praktijk. Een eerste reden daarvoor heeft te maken met het feit dat vele rechtssystemen een dergelijke overdracht van een vordering in het geheel niet toelaten.⁹¹ Een ander probleem is dat zelfs wanneer een dergelijke overdracht van vordering juridisch

⁹⁰ Claimvehikels die procederen op basis van aan hen gecedeerde schadevergoedingsvorderingen hoeven overigens niet te voldoen aan de vereisten van art. 3:305a BW: Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466.

⁹¹ Overdracht van een vordering is bijvoorbeeld in Engeland lange tijd problematisch geweest ([Jennifer Simpson \(as assignee of Alan Catchpole\) v Norfolk & Norwich University Hospital NHS Trust \[2011\] EWCA Civ 1149](#)), maar lijkt tegenwoordig genuanceerder te liggen (zie [Farrar v Candey Ltd \[2022\] EWCA Civ 295](#) en

mogelijk is, zoals dat in Nederland in beginsel het geval is,⁹² het nadeel erin bestaat dat het slachtoffer tijdens de procedure volledig uit beeld verdwijnt. Dit kan tot problemen leiden wanneer de koper van de vordering, die deze vervolgens te gelde wil te maken, ook informatie nodig heeft gedurende de procedure. De koper zou nog steeds afhankelijk kunnen zijn van de verkoper, bijvoorbeeld om nadere, voor de procedure relevante, informatie te geven. Voor de verkopende partij, die inmiddels een vergoeding heeft ontvangen, zal de motivatie om alsnog medewerking te verlenen aan de procedure beperkt zijn.⁹³

Meer specifiek voor de afwikkeling van massaschade geldt dat het opkopen en bij elkaar brengen van een grotere groep claims die gezamenlijk wordt aangebracht, aantrekkelijk kan zijn. Echter in de praktijk blijkt dat het verzamelen van claims op deze manier een kostbare aangelegenheid is. De kosten van het traceren van mogelijke gedupeerden en de transactiekosten van de overdracht van veel afzonderlijke claims zorgt voor een situatie waarin het voor financiers alleen interessant is als het om vorderingen gaat die enige omvang hebben of waarbij het traceren van een grotere groep gedupeerden relatief eenvoudig, en dus tegen lage kosten, kan plaatsvinden.⁹⁴ De geïnterviewden in het kader van dit onderzoek noemen de truckkartel- en Dieseltgate zaken als voorbeelden waarin dat wel het geval is, en de mogelijk te behalen schadevergoeding bovendien substantieel (enkele duizenden euro's) is.⁹⁵ Bij een gemiddeld gehanteerde premie van 25% wegen de opbrengsten hierbij wel op tegen de kosten. In het geval van meer complexe schadegebeurtenissen, zoals privacy-inbreuken, waarbij de groep lastiger te traceren is en de mogelijke opbrengsten beperkter (enkele honderden euro's per gedupeerde) wegen de kosten doorgaans niet op tegen de te verwachten opbrengsten. Ook dit afwikkelingsmodel leent zich in beginsel met name voor omvangrijke vorderingen.

2.3 Private procesfinanciering door derden (TPLF)

Mede in het licht van de beperkingen die de in paragraaf 2.2 behandelde financieringsvormen met zich meebrengen heeft met name in de (internationale) praktijk van collectieve acties financiering door commerciële derden ingang gevonden. Financiering van geschillen door derden, doorgaans aangeduid als Third Party Litigation Funding (TPLF) ontstaat wanneer iemand die niet anderszins betrokken is bij een specifieke rechtszaak de kosten van het proces voor één der partijen betaalt. Financiering door derden is niet simpelweg een uitbreiding van (voorwaardelijke) vergoedingsregelingen. Het eerste verschil is dat onder (voorwaardelijke) vergoedingsovereenkomsten de advocaat diensten verleent (d.w.z. hij investeert zijn tijd en middelen in een zaak), in plaats van slechts de financiële middelen die nodig zijn om dergelijke diensten te verkrijgen. Een tweede verschil is dat financiers ervoor kiezen om geschillen te financieren met de

[Casehub Ltd v Wolf Cola Ltd](#) [2017] EWHC 1169). In Duitsland was een omgekeerde trend waarneembaar (in recentere jaren, naar aanleiding van diesel gate problematischer geworden, maar daar is in 2021 door de hoogste rechtscollage duidelijkheid over gegeven ten gunste van het model: 'Revival of the claims assignment class action in German private antitrust enforcement and beyond' 2021, <https://carteldamageclaims.com/2021/08/05/revival-of-the-claims-assignment-class-action-in-german-private-antitrust-enforcement-and-beyond/>.

⁹² Zie hierover o.a. Tillema 2019, p. 269-270.

⁹³ Zie bijvoorbeeld Liesker over eventueel overnemen van een claim gedurende de procedure in geval van meningsverschil over strategie: "Het is voor het verloop van het hele proces van groot belang dat de klant aan boord blijft, al is het maar om zijn eigen pleidooi te voeren en voor het oproepen van getuigen."

<https://www.advocatenblad.nl/2018/06/05/rechtszaak-als-verdienmodel/>

⁹⁴ Zie ook Tillema 2019, p. 270 met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak.

⁹⁵ Zie hoofdstuk 4, par. 4.4.3, interview 11.

verwachting van een positief rendement, afgewogen tegen alternatieve investeringen die ze zouden kunnen doen op de financiële markt.

De financiering kan betrekking hebben op alle kosten die verband houden met de procedure. De financier kan ook het risico op zich nemen om de kosten van de andere partij te betalen als de zaak wordt verloren.

Als de zaak slaagt, ontvangt de externe procesfinancier doorgaans een succesvergoeding, vaak een deel van de opbrengst en meestal na vergoeding van de gemaakte kosten. Een alternatieve manier om de *success fee* uit te drukken is als meervoud van de investering. TPLF is daarmee te onderscheiden van rechtsbijstandverzekering waarbij een verzekeraar een premie ontvangt voor de verzekering van rechtsbijstandskosten. Het is ook te onderscheiden van een leningsovereenkomst die in de regel terugbetaald dient te worden met rente. Bij TPLF ontstaat de betalingsverplichting alleen in geval van succes. Dat betekent dat de financiers de investering kwijt is als de zaak niet slaagt. De zaken die wel slagen moeten dergelijke eventuele verliezen dekken. Portfoliofinanciering is een manier om met dit risico om te gaan. Daarover in 2.3.4 meer.

2.3.1 Theorie TPLF

In het geval van procesfinanciering door een derde, draagt deze partij de kosten en de risico's van de procespartijen en hun representatieve organisatie. Zij hoeven niet langer proceskosten voor te financieren en lopen geen risico (een deel van) de kostenveroordeling bij verlies te moeten betalen. Zo verbeteren procesfinanciers de toegang tot de rechter.

Hiernaast worden nog andere voordelen toegeschreven. Allereerst wordt een daling verwacht van wat in de rechtseconomische literatuur wordt aangeduid met de term 'risico aversie'.⁹⁶ Omdat procederen een inherent risicovolle onderneming is, zullen minder draagkrachtige en risicomijdende partijen vaker afzien van het indienen van een claim, ook in gevallen waarin een vordering kans van slagen heeft. De overdracht van een vordering van een risicomijdende naar een risiconeutrale partij, de financier, zou moeten leiden tot een toename van het totaal aan ingediende vorderingen. In bepaalde gevallen zijn potentiële claimanten zich bovendien niet bewust van het feit dat ze een kansrijke juridische claim hebben, en financiering door derden kan prikkels opleveren om deze claimhouders te lokaliseren en te informeren. Dit adresseert ook psychologische barrières om claims in te dienen, aangezien de aanwezigheid van een financier de rationele apathie en risicoaversie van benadeelden (of hun vertegenwoordiger) kan oplossen.⁹⁷

Financiers kunnen verschillende soorten partijen bedienen: degene die geen financiële middelen heeft om te procederen, degene die risicomijdend is en/of de proceskosten niet op zijn balans wil meenemen, en/of degene die vreest voor represailles of hoopt in de toekomst nog zaken te doen met de vermeende overtreder. Bovendien hoeven partijen, afhankelijk van de constructie, geen moeite en tijd te investeren en kunnen zij veel werk uit handen geven.

In algemene zin wordt financiering door derden beschouwd als een markt voor het kopen en verkopen van rechtszaken.⁹⁸ Meer specifiek investeren financiers in rechtszaken met als doel een redelijke ROI te halen uit de uiteindelijke uitkomst van een procedure. De belangrijkste verwachting hierbij is dat mensen met weinig middelen door middel van financiële ondersteuning van een derde toegang krijgen tot de rechter, waar dit anders niet mogelijk zou zijn. Hierbij zou financiering door derden

⁹⁶ Dammingh 2017, p. 78-87.

⁹⁷ Dammingh 2017.

⁹⁸ Abrahams & Chen, 2013, p. 1075-1109.

bovendien bijdragen aan het opheffen van het bestaande machtsevenwicht in het voordeel van meer vermogende gedaagde partijen. Wanneer een individuele eiser normaliter een claim indient tegen een meer vermogende partij, vormen verschillen in financiële draagkracht een belemmering voor eisende partijen door oplopende kosten gedurende een procedure. Financiering door derden draagt als zodanig bij aan een stabielere financiële basis van de rechtzoekende.

2.3.2 Voordelen

Als belangrijkste voordelen van een systeem van derden financiering wordt gewezen op een viertal aspecten van de rechtspraak die zouden verbeteren. Allereerst bevordert het de toegang tot het recht door het bekostigen van zaken van minder vermogende partijen. Een bijkomstigheid hiervan is dat dit vervolgens bijdraagt aan de rechtsontwikkeling door het mogelijk maken van rechtszaken die anders verborgen zouden blijven. Op dit punt concludeerde Abrams & Chen op basis van jurisprudentieonderzoek in Australië dat door derden gefinancierde zaken meer dan 2 keer zo vaak geciteerd worden in latere uitspraken.⁹⁹ Op basis hiervan concluderen zij dat, wanneer dergelijke citaten als aanjagers worden gezien van precedentwerking, TPLF positief bijdraagt aan de rechtsontwikkeling. Als tweede voordeel wordt gewezen op de toegenomen onderhandelingsmacht (*bargaining power*) van partijen die zonder de steun van een financier in een zwakkere positie zouden staan. Dit kan er in de praktijk voor zorgen dat gedaagden eerder worden bewogen om te schikken. Ten derde is er het voordeel dat met financiering ook de slagkracht van partijen in de rechtszaal toeneemt. Claimanten worden gesteund door een partij met veel ervaring en expertise, een repeat player, en komen daardoor in een meer gelijkwaardige positie ten opzichte van een machtige tegenpartij. Tot slot heeft TPLF een mogelijk preventieve werking doordat de steun van een financier een signaal afgeeft aan gedaagden over de kans van slagen van een zaak.

2.3.3 Kritiek

Derdenfinanciering van rechtszaken heeft altijd kunnen rekenen op een zekere mate van scepsis en kritiek. De kritiek op deze vorm van financiering laat zich opsplitsen in een aantal argumenten dat hierbij doorgaans wordt aangevoerd.

Allereerst wordt gewaarschuwd voor de conflicterende belangen die zich aandienen in het geval een derde partij zich in een procedure mengt.¹⁰⁰ De commerciële belangen van de financier kunnen gedurende het proces een negatieve invloed hebben op de strategische keuzes van de cliënt en zijn/haar advocaat. Zo wordt invloed van de financier op de procedure in de regel als problematisch gezien. Ook kunnen de belangen van een advocaat zelf gaan meespelen op het moment dat deze in de verleiding komt, vanuit de wens een lucratief samenwerkingsverband met een financier te behouden, om de wensen van een financier mee te laten wegen of te laten prevaleren boven die van de cliënt. Ook kan de geheimhoudingsplicht van de advocaat in het geding komen in zijn/haar communicatie met een financier.

Ten tweede wordt het meer morele argument aangevoerd tegen de transformatie van een publiek goed, de rechtspraak, tot een verhandelbaar goed, aangezien de waarde ervan wordt teruggebracht tot de hoeveelheid geld waarvoor het wordt verkocht.¹⁰¹ Bij deze kritiek op wat de *commodification of justice* wordt genoemd, wordt gewezen naar de (althans op het eerste gezicht) disproportionele

⁹⁹ Abrahams & Chen 2013, p. 1107.

¹⁰⁰ Zie Van der Krans 2018, p. 30-41

¹⁰¹ Zie Cordina, 2021, p. 270-280.

beloning die deze ‘vermarkting’ oplevert, de aanwas van commerciële, op winst gerichte partijen, en de mogelijke stimulering van een claimcultuur die hiervan het gevolg zou zijn.

Een ander bezwaar dat wordt genoemd, heeft betrekking op de mogelijkheden voor een minnelijke regeling. Waar TPLF gericht is vooral op monetaire oplossingen, kunnen benadeelden in sommige gevallen evengoed en soms zelfs beter geholpen worden via niet-monetaire oplossingen. De afspraken met de TPLF zou dan in de weg kunnen staan aan een minnelijke regeling.

Tot slot wordt nog gewezen op het risico, bij het gebrek aan strikte regulering, van een gebrek aan liquiditeit bij financiers.¹⁰² Zonder formele vereisten en regulering heeft een claimende partij geen garantie over de liquiditeit van de financier. Door de onvoorspelbaarheid van procedures kan bij een te kleine kapitaalbuffer bij de procesfinancier een zaak in het gedrang komen, omdat er onvoldoende middelen zijn om de procedure af te maken, terwijl de eiser een procesrisico loopt. In zo’n geval zal het in het belang van een financier zijn om de zaak snel, en mogelijk tegen voor client ongunstige voorwaarden, te schikken.

Vooralsnog onderbelicht in de literatuur, maar ook noemenswaardig is het mogelijke bezwaar dat rechtzoekenden die gebruik maken van TPLF en zelf geen enkel financieel risico dragen, de neiging zouden kunnen hebben om door te willen procederen ook als de kansen op succes heel gering zijn en/of de te maken kosten niet (langer) opwegen tegen de verwachte opbrengsten. In een dergelijk geval zou een rationele partij die zelf alle kosten draagt een procedure beëindigen, maar een rechtzoekende die extern gefinancierd is, heeft geen enkele economische incentive om dat te doen. Dit strookt met de ervaringen die in Dexia werden opgedaan met financiering via rechtsbijstand.¹⁰³ Dit zou in de weg kunnen staan aan een efficiënte rechtspleging, indien de financieringsovereenkomst niet in een oplossing voor een eventueel verschil van inzicht zou voorzien.

Eerdere empirische onderzoeken laten inderdaad zien hoe een toename in TPLF een effect heeft op het functioneren van een rechtssysteem. Abrams en Chen vonden een correlatie tussen een toename in TPLF en grotere achterstanden, minder uitspraken en hogere uitgaven van de rechtspraak.¹⁰⁴ Echter, hier voegen de onderzoekers aan toe dat als de uiteindelijke waarde van de uitkomsten van deze zaken groter is dan de kosten van de beslechting ervan, de algehele welvaartseffecten nog altijd positief kunnen zijn.¹⁰⁵ Bovendien kon in dit onderzoek niet worden uitgesloten dat het hier ging om een tijdelijk effect als gevolg van de opkomst van procesfinanciers, in plaats van een blijvend effect. Als gevolg van de eerdergenoemde preventieve werking, is de verwachting dat zodra gedaagden de verhoogde kans op rechtszaken en de ruimere middelen waarover eisers beschikken inzien, ze gestimuleerd worden om (eerder) tot een minnelijke oplossing te komen.

Ook in Australië, waar procesfinanciering door derden zich als eerste ontwikkelde, werd aanvankelijk ongerust gereageerd op het toestaan van deze vorm van procesfinanciering. De voornaamste zorg was dat de externe financiering van rechtszaken in strijd was met de traditionele manieren van rechtsbescherming en procesvoering, dat de veranderingen een claimcultuur in Australië zouden

¹⁰² Cordina 2021.

¹⁰³ Tzankova 2012.

¹⁰⁴ Abrams & Chen 2013.

¹⁰⁵ Abrahams & Chen 2013, p. 1106-1107.

bevorderen, dat het de aard van de juridische praktijk zou veranderen, en het werd gezien als een overreactie op de zorgen omtrent stijgende proceskosten.¹⁰⁶

Shephard concludeerde dat TPLF, althans voor de Amerikaanse context, haar belofte om de toegang tot het recht voor ondergefinancierde procespartijen te verbeteren niet helemaal waarmaakt. In plaats daarvan lijkt het erop dat financiers weinig prikkels hebben om zaken te financieren waarin eisers te maken hebben met de grootste belemmeringen in de toegang tot het recht, en halen zij juist het hoogste potentiële rendement in het soort gevallen, waarin het onderliggende materiële recht onevenwichtigheden in risico en kosten creëert. Als gevolg hiervan, aldus Shephard, verbetert financiering door derden, in plaats van de toegang tot de rechter, juist de inefficiëntie van het rechtssysteem en “bedreigt het de compenserende en afschrikkende functies van het rechtsstelsel”.¹⁰⁷ Voorbeelden die ze geeft zijn gevallen van schadevergoeding door meerdere partijen, in het bijzonder octrooi-inbreuken en prijsafspraken, die resulteren in miljoenen dollars aan advocatenhonoraria, maar slechts een klein bedrag aan compensatie voor degenen die daadwerkelijk benadeeld zijn.

Samenvattend heeft het betrekken van (commerciële) derdenfinanciers bij collectieve acties twee gezichten. Er zijn vier aspecten te benoemen die zowel positief, als negatief uitpakken. Ten eerste kan het de toegang tot de rechter stimuleren door adequate financiering te verstrekken, maar er wordt ook wel – zonder nadere onderbouwing – gezegd dat het een claimcultuur kan creëren of in stand houden. Ten tweede kan het de prijs- en kwaliteitsconcurrentie bevorderen en zo procespartijen ten goede komen, of juist een *race-to-the-bottom* creëren. Ten derde kan de kwaliteit van claims verhogen doordat financiers claims met lage kans van slagen uitfilteren, maar kan het ook leiden tot een voor rechtszoekenden ongunstige (voor)selectie. En ten vierde kan de betrokkenheid van derdenfinanciers bijdragen aan het op één lijn brengen van de belangen van de betrokken partijen, maar aan de andere kant kan het ook leiden tot belangenverstremming. Er is een dunne scheidslijn tussen deze voor- en nadelen, en ze illustreren de balans die door beleidsmakers moet worden gevonden bij het toestaan van deze vorm van financiering.¹⁰⁸ Zoals het EPRS-rapport over verantwoorde financiering door derden concludeert, hangt de uitkomst van de regelgeving sterk af van het standpunt dat wordt ingenomen: dat van eisers, financiers, bedrijven, de markt voor juridische dienstverlening en/of het gerechtelijk apparaat.¹⁰⁹

2.3.4 TPLF in de praktijk

In de loop der tijd zijn verschillende soorten financierings- en betalingsstructuren ontstaan. Eén van de meer populaire financieringsstructuren is portfoliofinanciering. Dat houdt in dat één financier een aantal procedures financiert, hetzij van een advocatenkantoor dat meerdere collectieve actie - procedures op verschillende rechtsgebieden op basis van alternatieve (no cure no pay)- betalingsafspraken voert, hetzij van een eiser (doorgaans een grote onderneming) met meerdere individuele vorderingen. Zodoende wordt het risico voor de financier over meerdere procedures verdeeld.¹¹⁰ Hoewel het rendement per individuele zaak lager is, heeft de financier de mogelijkheid

¹⁰⁶ Derrington 2018. In de praktijk bleken deze zorgen grotendeels ongegrond. Het aantal class actions groeide gestaag in plaats van exponentieel, en ook de angst voor een verandering in de status-quo binnen de advocatuur kwam niet uit.

¹⁰⁷ Shephard 2011, p. 611.

¹⁰⁸ Zie verder Tillema 2019.

¹⁰⁹ EPRS 2021, para. 4.3.

¹¹⁰ Savager & Raymont 2022, <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/the-future-of-third-party-litigation-funding>.

de risico's van financiering te spreiden over een verscheidenheid aan zaken op niet-gerelateerde rechtsgebieden via zogenaamde *cross-collateralization*. Een gevolg hiervan zou kunnen zijn dat de *success fee* van de financier lager wordt: lager risico correspondeert immers met lagere *success fee*.

Portfoliofinanciering lijkt in Nederlandse collectieve actie-procedures niet voor te komen, omdat het advocaten niet is toegestaan om op basis van no cure no pay op te treden en dat wel nodig is om portfolioafspraken in economische zin mogelijk te maken. Het is in theorie wellicht denkbaar dat portfoliofinanciering van advocatenkantoren in Nederland mogelijk zou zijn ten aanzien van (individuele) letselschade-zaken, omdat no cure no pay-afspraken daar wel toegestaan is, maar de vraag is of dat in economische zin zinvol en rendabel voor de betrokkenen zou zijn.¹¹¹

Het rendement aan financiers wordt betaald uit schadevergoedingen of buitengerechtelijke schikkingen. De opbouw van de *success fee* verschilt, evenals de onderliggende commerciële gronden. De precieze voorwaarden variëren aanzienlijk tussen individuele financiers, en van zaak tot zaak.

Er zijn grofweg drie methoden om het rendement op een TPLF-investering te bepalen: een veelvoud van de investering, een percentage van de toekenning of schikking, of een combinatie van beide. Veel financiers zoeken een rendement in de vorm van een veelvoud van het geïnvesteerde bedrag. Dit kan variëren van 1,5 tot 6 keer de gedane investering. Dit suggereert een vrij hoog rendement, maar het rendement moet ook de verliezen dekken van procedures die niet succesvol zijn. Het komt vaker voor dat het rendement wordt berekend als een percentage van de toekenning of schikking in de financieringsregeling met claimanten. In het VK varieert dit doorgaans van 20% tot 40% van de toekenning of schikking, maar in sommige gevallen kan dit 50% of hoger zijn. In Oostenrijk, Duitsland, Ierland en Nederland is de ervaring vergelijkbaar: een succesvergoeding van 20% tot 40%.¹¹² Deze marges zijn lager dan in Australië, waar de succesvergoedingen van financiers variëren van 30% tot 60%.¹¹³ Om deze verschillen te verklaren is nader onderzoek nodig.

2.3.5 *Ontwikkeling TPLF in internationaal perspectief*

Twee nauw verwante juridische doctrines hebben historisch gezien een gelegaliseerde financiering van geschillen door derden in internationaal verband in de weg gestaan: Maintenance en Champerty. Simpel gezegd betreft Maintenance een verbod op financiering van rechtszaken door mensen die geen partij zijn bij het geschil, en Champerty is een vorm van Maintenance voor winst.¹¹⁴ De doctrines ontstonden in een poging om inmenging van buitenaf in gerechtelijke procedures te voorkomen. Het ontstaan van markten voor procesfinanciering hangt dan ook in grote mate samen met hoe verschillende landen de effecten van wet- en regelgeving met betrekking tot deze doctrines hebben aangepast.

Australië liep voorop in het toestaan van derdenfinanciering vanaf de jaren 90. Nadat zich hier een substantiële markt had ontwikkeld, breidden veel van de grotere financiers hun activiteiten uit naar andere landen, in het bijzonder het VK, en later de VS. In algemene zin is het ontstaan van deze financieringsmarkten toe te schrijven aan de volgende redenen: 1) aanzienlijk hoge proceskosten, 2) de beperkte beschikbaarheid van regelingen voor onvoorziene kosten, 3) hoge proceskostenveroordelingen, en 4) het teruglopen van beschikbare publieke rechtsbijstand.

¹¹¹ Dit nog los van eventuele gedragsrechtelijke complicaties die buiten het bestek van dit onderzoek vallen.

¹¹² Hodges et al. 2009, p. 1-119.

¹¹³ Abrahams & Chen 2013.

¹¹⁴ International Arbitration Report 2016.

In algemene zin laten nog altijd niet alle landen financiering door derden toe, en waar het wel is toegestaan, wordt het met name (eerst) gebruikt in specifieke rechtsgebieden (class action, insolvency, mededinging, securities). Van alle Europese rechtsgebieden is dit type financiering van geschillen het best ontwikkeld in het Verenigd Koninkrijk; Duitsland en Nederland zijn bezig met een inhaalslag.¹¹⁵

Hieronder wordt kort stil gestaan bij de ontwikkelingen in Australië¹¹⁶, de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Canada komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 6.¹¹⁷

(a) Australië

Australië wordt gezien als pionier wat betreft TPLF en was de eerste jurisdictie die een omvangrijke TPLF-markt ontwikkelde. Sinds 1995 is het in Australië mogelijk om insolventiezaken extern te financieren. In de loop der tijd is procesfinanciering door derden verder uitgebreid, ook voor collectieve procedures voor aandelenmarkt- en mededingingsgeschillen.¹¹⁸

Waar voorheen twee advocatenkantoren verantwoordelijk waren voor het gros van de collectieve rechtszaken, is derdenfinanciering tegenwoordig een belangrijke drijvende kracht achter Australische collectieve acties.¹¹⁹ Tussen juni 1997 en mei 2002 maakten extern gefinancierde collectieve acties slechts 1,7 % uit van alle collectieve procedures. In de periode van maart 2002 tot 2013 steeg dit naar 15%. Inmiddels is het aantal collectieve procedures dat extern wordt gefinancierd gestabiliseerd rond de 75%.

De acceptatie van financiering door derden in Australië zou voortkomen uit bezuinigingen op publiek gefinancierde rechtsbijstand en uit de voor collectieve acties specifieke financieringsproblemen: een gebrek aan de nodige middelen om dergelijke rechtszaken aan te spannen en het kostenrisico dat voortvloeit uit het in Australië geldende 'loser pays' regime.¹²⁰ Aangezien de overdracht van een claim aan een derde (cessie) in het algemeen in Australië niet is toegestaan, ontvangen de financiers een percentage van de opbrengst van de class action in het geval van winst.

Organisaties die in Australië actief waren in het begin van deze financieringsmarkt hebben hun activiteiten vervolgens uitgebreid naar andere landen, waaronder Zuid-Afrika, Nieuw-Zeeland, de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Canada en thans Europa. In Australië zelf is derdenfinanciering nog altijd een groeiende markt met een totale omzet van zo'n \$105.4 miljoen in 2018, met een winst van \$44.8 miljoen.¹²¹

(b) Verenigde Staten

De financiering van civiele procedures in de Verenigde Staten verschilt in veel opzichten sterk van Europese jurisdicties. In beginsel zijn in de VS partijen verantwoordelijk voor hun eigen gemaakte kosten en is er dus geen sprake van proceskostenveroordelingen. Ook niet indien een procedure niet succesvol is. Advocaatkosten worden geregeld in een overeenkomst tussen cliënt en advocaat, waarbij

¹¹⁵ Cordina 2021.

¹¹⁶ Zie verder ook hoofdstuk 6, par. 4, met name wat betreft processenfondsen.

¹¹⁷ Zie hoofdstuk 6.

¹¹⁸ Barker 2012, p. 452.

¹¹⁹ Morabito & Wayne 2011, p. 325; Kalajdzic, Cashman & Longmoore, 2013, p. 96; Morabito 2017 p. 35.

¹²⁰ Morabito & Wayne 2011, p. 329; Kalajdzic, Cashman & Longmoore 2013, p. 97-98.

¹²¹ Australian Law Reform Commission 2018, p. 50.

contingency fees zijn toegestaan en worden veelvuldig gebruikt.¹²² Deze mogelijkheid tot *no cure no pay* overeenkomsten maakt het financieringsveld in de VS van een andere aard dan in andere jurisdicties. Met name in het geval van procedures waarbij schadevergoeding wordt geëist, is de financiering door advocaten(kantoren) al decennialang de meest toegepaste vorm van financiering.

In het geval van collectieve acties gelden meer regels met betrekking tot financiering. Rechters hebben ruime discretie in het beoordelen van collectieve acties in de zogenaamde *certification*-fase van de procedure. Hierbij worden claims op een aantal criteria beoordeeld, waaronder de 'adequaatheid van vertegenwoordiging' van de vertegenwoordigde groep claimanten. Door de jaren heen hebben Amerikaanse rechters dit criterium aangegrepen om competenties en ervaring van de procederende advocaat te beoordelen. Als gevolg hiervan is de relatie tussen advocaat en cliënt, inclusief financieringsovereenkomsten, in het geval van collectieve acties onderdeel geworden van beoordeling door de rechter. Vanuit het idee dat het voor groepsleden vrijwel onmogelijk is om gezamenlijk een financieringsafpraak te maken met een advocaat, en het niet is toegestaan voor advocaten om een financieringsafpraak te maken met een organisatie die de groep claimanten vertegenwoordigt, is het de rechter die in beginsel de vergoeding controleert en vaststelt.

Hoewel collectieve actie traditioneel als iets typisch Amerikaans wordt beschouwd,¹²³ is de financiering door derden in de Verenigde Staten een betrekkelijk nieuw fenomeen. De markt voor derdenfinanciering van rechtszaken is in de Verenigde Staten echter snel gegroeid¹²⁴ en tal van organisaties die in het Verenigd Koninkrijk en Australië zijn begonnen, financieren nu ook zaken in de Verenigde Staten. De totale investeringen in de Amerikaanse financieringsmarkt omvatten in 2021 \$12,4 miljard, een stijging van 10% ten opzichte van 2020 en 32% meer dan de \$ 9,4 miljard in 2019.¹²⁵

(c) Canada

In navolging van de common law doctrine van *champerty and maintenance* was TPLF aanvankelijk verboden in Canada. Intussen is TPLF echter algemeen geaccepteerd en wordt het ook gezien als een manier om toegang tot de rechter te bevorderen.¹²⁶ Een belangrijke bijdrage aan de acceptatie van private financiering is dat de rechterlijke macht actief is in het beoordelen van de financieringsovereenkomst en in het algemeen de bescherming van partijen betrokken bij de collectieve actie.¹²⁷

In Ontario zijn regels intussen ook neergelegd in de Ontario *Class Proceedings Act* (CPA). Voor goedkeuring van een TPLF-overeenkomst is vereist dat de overeenkomst *fair and reasonable* is; dat de overeenkomst niet de rechten van de vertegenwoordigde partijen beperken om een advocaat te

¹²² In het geval van schadeclaims na ongevallen maakte 87% van de claimanten gebruik van een contingency fee overeenkomst met een advocaat. Zie Hensler 2010, p. 152.

¹²³ De mogelijkheid tot collectieve actie voert in de VS terug tot halverwege de 19e eeuw. De oudste voorloper van de 'class-action' regel in de Verenigde Staten was in de Federal Equity Rules, afgekondigd in 1842.

¹²⁴ In 2017 gaf 36% van de Amerikaanse advocatenkantoren aan gebruik te maken van externe financiering voor geschillen, een stijging van 414% ten opzichte van 2013 toen slechts 7% van de advocatenkantoren aangaf hiervan gebruik te maken. Buford Capital, *Litigation Finance Survey 2017*, p. 8, <https://www.burfordcapital.com/media/1317/2017-litigation-finance-survey-release-sept-6.pdf>

¹²⁵ *Litigation Finance Market Report 2021*, p. 3.

¹²⁶ Piché 2022, p. 282; Meighen 2022.

¹²⁷ Een belangrijke uitspraak waarin de criteria voor financieringsovereenkomsten werden geformuleerd is Ontario Court of Appeal 11 juni 2014, *Bayerns v Kinross Gold Corp* [2014] ONCA 901.

instrueren en de controle over de procedure te behouden; dat de financier de financiële verplichtingen kan nakomen die voortvloeien uit een mogelijke kostenveroordeling.¹²⁸

TPLF staat naast de mogelijkheid van contingency fees, die echter gezien de hoge kosten van procedures risicovol zijn voor advocatenkantoren.¹²⁹ Daarnaast spelen in Quebec en Ontario publieke fondsen een belangrijke rol in de financiering van collectieve acties. De worden uitgebreid besproken in hoofdstuk 6.¹³⁰

(d) Verenigd Koninkrijk

Een voor Nederland zeer relevante jurisdictie is die van het Verenigd Koninkrijk, omdat een aanzienlijk deel van de partijen op de Nederlandse procesfinancieringsmarkt uit het VK afkomstig zijn en omdat ook het VK een systeem van een proceskostenveroordelingen kent. Het is wel zo dat de kosten van procederen en de omvang van proceskostenveroordelingen in het VK veel hoger liggen dan in Nederland. De externe financiering van rechtszaken in het Verenigd Koninkrijk begon in 2002.¹³¹ Na een voorzichtig begin werden ook in het VK langzaamaan meer mogelijkheden voor TPLF toegestaan. Voordat TPLF in het VK werd toegestaan, werd het met name verboden op basis van aloude *champerty and maintenance* doctrines.¹³² Deze regels waren in het leven geroepen om procesmisbruik te voorkomen. Echter, een aantal gerechtelijke uitspraken leidden tot de conclusie dat externe financiering van geschillen werd 'geaccepteerd en gezien als zijnde in het algemeen belang'.¹³³ In de loop der tijd is een verschuiving zichtbaar in de Britse opvatting over de wenselijkheid en het nut van TPLF en is het beleid hieromtrent versoepeld.¹³⁴

Inmiddels worden de meeste grote groepsclaims die in Engeland worden ingediend, ondersteund door een procesfinancier. In de Europese context is de Britse markt voor procesfinanciering dan ook het verst ontwikkeld. Volgens een onderzoek uitgevoerd door advocatenkantoor Reynolds Porter Chamberlain is de omvang van de Britse markt voor de financiering van geschillen, met inmiddels ruim 60 actieve funders, de afgelopen drie jaar verdubbeld, met een totale omvang van meer dan £ 2 miljard in 2021.¹³⁵

(e) Duitsland

Evenals in Nederland is de markt voor derdenfinanciering in Duitsland grotendeels ongereguleerd. Financiële instellingen zoals banken en verzekeraars worden gereguleerd en gecontroleerd door de Federale Financiële Toezichthoudende Autoriteit. Verzekeringen spelen een belangrijke rol in de

¹²⁸ Section 33.1(9) Ontario CPA. Zie Piché 2022, p. 284-285.

¹²⁹ Meighen 2022.

¹³⁰ Zie hoofdstuk 6, par. 6.3.

¹³¹ Perrin 2019.

¹³² *Maintenance* verwijst naar het verbod voor een derde om zich te bemoeien met en/of het aanmoedigen van een gerechtelijke procedure. *Champerty* is hiervan de overtreffende trap, waarbij de betrokken derde ook winst maakt.

¹³³ Onder anderen, *R (on the application of Factortame and others) v. Secretary of State for Transport, Environment and the Regions* (No. 2) [2002] EWCA Civ 932 and *Arkin v. Borchard Lines Ltd & Others* [2005] EWCA Civ 655).

¹³⁴ Neuburger, From Barretrie, Maintenance and Champerty to Litigation Funding (Harbour Litigation Funding First Annual Lecture) 2013, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf>.

¹³⁵ Latham & Rees 2022.

financiering van zaken.¹³⁶ Financiers van commerciële geschillen zijn echter niet gekwalificeerd als banken of verzekeraars, en daarom staan ze niet onder toezicht van een overheidsinstantie. Er bestaat echter geen verbod op financiering door derden en eisers kunnen overeenkomsten met commerciële financiers aangaan. Vergoedingen van 30-35% zijn gebruikelijk en acceptabel.¹³⁷ In een veel bekritiseerde uitspraak van 2018 oordeelde het *Bundesgerichtshof* echter dat consumentenorganisaties geen gebruik mogen maken van commerciële financiering voor het afromen van genoten winst ten gevolge van oneerlijke concurrentie.¹³⁸

Een klein aantal rechterlijke uitspraken heeft de juridische structuur van procesfinanciering bevestigd als een partnerschap tussen eiser en financier. De houding van de rechtbanken varieert van neutraal tot positief, er zijn geen negatieve beslissingen tegen professionele financiers bekend. Dit is anders in gevallen waarin advocaten hun eigen financiers proberen te gebruiken met de bedoeling cliënten te werven en daarmee hun eigen diensten te financieren. Dergelijke praktijken veroorzaken belangenverstremming en vormen een inbreuk op de Duitse gedragscode voor advocaten, de *Bundesrechtsanwaltschaftsordnung* (BRAO).

De mogelijkheden voor collectieve acties waren in Duitsland enigszins beperkt. Door de invoering van een declaratoire vorderingen-model (*Musterfeststellungsklage*) in november 2018 is er echter potentieel voor een toenemend gebruik van collectieve procedures, met name in gevallen waarbij een groot aantal consumenten betrokken is.¹³⁹ De implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen zal naar verwachting de mogelijkheden voor collectieve actie, en daarmee mogelijk ook de markt voor TPLF, vergroten.

2.3.6 Internationale ontwikkeling van TPLF samengevat

Een internationale blik leidt tot de conclusie dat er geen universele oplossing is voor financiering van collectieve acties, maar dat een zekere vercommercialisering van de financiering bij collectieve acties onvermijdelijk lijkt.¹⁴⁰ In Australië is de oplossing met name gevonden in commerciële procesfinanciering, in Canada in een combinatie van een resultaatafhankelijke beloning, een publiek procesfinancieringsfonds (waarover nader paragraaf 6.3) en in commerciële procesfinanciering, in Amerika bestaat het financieringslandschap hoofdzakelijk uit resultaatafhankelijke beloningen. Ook voor wat betreft TPLF in Europa is het om verschillende redenen moeilijk om een alomvattend overzicht te geven. De TPLF-markt bevindt zich in de beginfase en verschilt, om historische en procedurele redenen, sterk per land en per rechtsgebied. Verder zijn er maar beperkt gegevens beschikbaar over de omvang en structuur van de TPLF-markt, aangezien de professionele financiers pas onlangs de markt hebben betreden, en veelal deel uitmaken van een hedgefonds of financiële instelling en daarbij hun activiteiten om, juridische en concurrentieredenen, vaak vertrouwelijk houden.¹⁴¹ Het beschrijven van de markt is dus noodzakelijkerwijs gericht geweest op het zichtbare segment dat bestaat uit specifieke procesfinanciers, en daarom zijn de hedgefondsen, financiële

¹³⁶ Duitsland kent de grootste private rechtsbijstandsverzekeringmarkt van Europa, waarbij bijna de helft van de bevolking een rechtbijstandspolis heeft. Zie <https://www.gdv.de/de/themen/news/versicherungsschutz-versicherungsdichte-uebersicherung-49418>. Zie ook Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (German Insurance Association), Statistical Yearbook of German Insurance 2021 (2021) tabel 82.

¹³⁷ Stadler 2022a, p. 266.

¹³⁸ BGH 13 september 2018, I ZR 26/17.

¹³⁹ Deze procedure was een reactie op de dieselgate gerelateerde claims van Volkswagenconsumenten.

¹⁴⁰ Tzankova 2015, p. 86.

¹⁴¹ Veljanovski 2012.

instellingen, family offices en andere organisaties die ook rechtszaken kunnen financieren, vaak geen onderdeel van analyse. De markt voor procesfinanciering is, voor wat betreft de Europese context, veruit het meest ontwikkeld in het Verenigd Koninkrijk, waar enkele tientallen financiers actief zijn die zich expliciet op procesfinanciering richten.

2.4 Ontwikkeling van de Nederlandse markt voor derdenfinanciers

2.4.1 TPLF in Nederland

Financiering van geschillen door derden (TPLF) is toegestaan in Nederland – zowel in gerechtelijke procedures, als in arbitrage. TPLF vormt een groeiende markt, met name bij arbitrage, bij de afwikkeling van kartel- en beleggingsschade, zowel individueel, als gebundeld, en massaclaims meer in het algemeen. Het bevorderen van de toegang tot de rechter in het geval van collectief geleden schade is een van de belangrijkste redenen voor het mogelijk maken van collectieve acties alsook het bestaan van derdenfinanciering in Nederland.

De werking van een mechanisme voor collectieve actie hangt echter af van het initiatief van representatieve organisaties. Een collectieve actie initiëren kan een kostbare en risicovolle onderneming zijn, gezien de complexiteit, omvang en duur ervan. Organisaties zijn daardoor niet altijd in staat of bereid om actie te ondernemen. Collectieve procedures brengen vanwege de complexiteit en massaliteit grote kostenposten met zich mee.

Het veiligstellen van financiering voor deze activiteiten kan een belangrijk struikelblok vormen voor het opstarten van een procedure. In de afgelopen jaren zien we, in navolging van andere jurisdicties, dat commerciële partijen deze leemte gedeeltelijk zijn gaan opvullen.

Dat Nederland een voor financiers aantrekkelijke markt kan zijn, zien we in een aantal WCAM-zaken. De Fortis/Ageas schikking illustreert een dergelijke regeling waarbij procesfinanciers de procedure bekostigen, en laat bovendien zien welke rendement op de investering procesfinanciers in Nederland potentieel kunnen behalen. Als onderdeel van de schikkingsovereenkomst van €1,3 miljard volgend op de ontmanteling van Fortis in 2007/08, ontvingen vier representatieve organisaties € 45 miljoen van Ageas (opvolger van Fortis). Daarnaast ontvingen drie van hen nog eens € 80 miljoen, naar aanleiding van de afspraken die zij met individuele benadeelden hadden gemaakt. Bij een schikkingsuitkering van € 1,3 miljard komt een dergelijk totaal uit op zo'n 10 procent.¹⁴²

2.4.2 Marktontwikkelingen in Nederland

Consumenten en kleine ondernemers die niet over de middelen beschikken om te procederen tegen grotere tegenstanders vinden inmiddels ook in Nederland hun weg naar een steeds groter aantal aanbieders van procesfinanciering. Effecten en complexe financiële producten, zoals beleggingsverzekeringen en renteswaps, stonden centraal in collectieve acties die in het verleden (deels) door derden zijn gefinancierd.¹⁴³ Een ander type collectieve actie dat doorgaans door derden

¹⁴² Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*). Zie ook <https://www.hln.be/de-krant/deminor-verdient-45-5-miljoen-euro-aan-fortis-schikking~a6c5ab48/>. En <https://www.accountant.nl/nieuws/2022/6/gedupeerde-beleggers-fortis-krijgen-eindelijk-laatste-geld/>.

¹⁴³ Het bekendste voorbeeld is de schikking van € 1,3 miljard tussen Ageas (voorheen bekend als Fortis) en institutionele en particuliere beleggers met betrekking tot claims die voortvloeien uit de overname van ABN AMRO door Fortis in 2007.

wordt gefinancierd en waarvoor Nederland een populaire jurisdictie is gebleken, zijn vervolgschadeclaims in antikartelzaken.¹⁴⁴

De Nederlandse markt voor procesfinanciering door derden maakt een snelle ontwikkeling door. Waar deze vorm van procesfinanciering een paar jaar geleden nog een relatief onbekend fenomeen was, is procesfinanciering inmiddels een geaccepteerd instrument geworden in de gereedschapskist van advocaten en hun cliënten die niet over de middelen beschikken om een claim in te dienen.

Het gebruik van financiering door derden in het kader van collectieve acties heeft een verdere impuls gekregen door de recente inwerkingtreding van de WAMCA. Gecombineerd met de mogelijkheid om in het Engels te procederen voor de Netherlands Commercial Court en vervolgens op grond van Verordening 1215/2012 (Brussel I bis) vonnissen in andere EU-lidstaten ten uitvoer te leggen, is de verwachting dat Nederland een aantrekkelijker forum wordt voor internationale massaclaims.

Echter, al voor de invoering van de WAMCA was Nederland een aantrekkelijke jurisdictie voor verschillende typen groepsvorderingen. Met name de aanwezigheid van veel internationale vennootschappen in Nederland, de erkenning van vonnissen in de hele Europese Unie op grond van Brussel I bis en de WCAM als relatief effectief collectief schikkingsmechanisme worden genoemd als belangrijke redenen voor de aantrekkingskracht van Nederland als jurisdictie voor de procesvoering en schikking van met name antikartelgeschillen en andere collectieve vorderingen.¹⁴⁵ Ook het betrouwbare rechtssysteem, een relatief snelle afhandeling van rechtszaken, relatief lage kosten (van zowel advocaten als kostenveroordelingen) en de recente invoering van de WAMCA dragen bij aan een aantrekkelijke markt voor financiers. Zo blijkt uit de analyse van het WAMCA register dat er in zaken waarin schadevergoeding wordt gevraagd er steeds sprake is van een derdenfinancier, terwijl dit in zaken waarin geen schadevergoeding wordt gevraagd niet het geval is.¹⁴⁶

De WAMCA heeft in het bijzonder een aantrekkende werking gehad op marktpartijen die in collectieve schadevergoedingszaken een mogelijk lucratieve markt zien. Het is lastig om de precieze en potentiële marktomvang voor procesfinanciering in Nederland in algemene zin te bepalen (dus niet slechts voor collectieve actie) aangezien er geen openbare gegevens beschikbaar zijn die hiervoor als bron kunnen dienen. Echter, voor wat betreft het terrein van collectieve acties is in Nederland een duidelijk groei waarneembaar in het aantal partijen dat in de financieringsmarkt actief is.

2.4.3 Marktpartijen¹⁴⁷

De Nederlandse markt voor zowel collectieve procedures als derdenfinanciering is volop in ontwikkeling. Met de invoering van de WAMCA, en de voortrekkersrol die Nederland op het gebied van collectieve procedures vervult in vergelijking met de rest van Europa zijn op deze markt veel veranderingen waarneembaar. Niet alleen trekt Nederland een groep buitenlandse procesfinanciers en advocatenkantoren aan die zich op deze collectieve actiemarkt begeven, ook onder bestaande

¹⁴⁴ Bekende voorbeelden hiervan zijn kartelschadeclaims, zoals Rb Amsterdam 15 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3574 over het vrachtwagenkartel; Rb Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 over het liftenkartel; Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 over het luchtvrachtkartel.

¹⁴⁵ Latham 2021, p. 122.

¹⁴⁶ Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2 en 3.4.3.

¹⁴⁷ De informatie in deze paragraaf is deels gebaseerd op onderzoek van de zaken in het WAMCA-register, deels op onderzoek van de websites van de desbetreffende financiers, deels op de afgenomen interviews en de praktijkervaringen van één van de onderzoekers.

Nederlandse procesfinanciers en de advocatuur zijn reacties waarneembaar op de nieuwe mogelijkheden tot collectief schadeverhaal.¹⁴⁸

Het Nederlandse *Liesker* procesfinanciering, opgericht in 2011, heeft procesfinanciering succesvol geïntroduceerd bij het brede publiek van particulieren en het MKB. *Liesker* financiert claims vanaf € 150.000 op het gebied van contractgeschillen, faillissementsrecht, octrooigeschillen, erfrecht en kartelschade. In navolging hierop zien we inmiddels ook andere Nederlandse financiers met een vergelijkbare focus. *Capaz* procesfinanciering, opgericht in 2016, richt zich op claims vanaf € 200.000 en rekent een gemiddelde fee van 30% na aftrek van kosten. *Redbreast*, sinds 2015 actief, richtte zich in eerste instantie op claims met een belang van minimaal 5 miljoen euro, maar heeft deze ondergrens inmiddels losgelaten. Deze funder, die opereert op basis van het kapitaal van enkele private investeerders financiert complexe rechtszaken en arbitrage.

Omni Bridgeway is een bedrijf dat een internationale reputatie heeft opgebouwd vanwege zijn vermogen om vonnissen ten uitvoer te leggen voor rechtzoekenden in minder goed toegankelijke delen van de wereld, lang voor de hausse op het gebied van procesfinanciering. Meer recentelijk is het ook actief geworden in de financiering van anti-kartelvorderingen en complexe geschillen, waaronder arbitrage en groepsvorderingen. Eind 2019 fuseerde *Omni Bridgeway** met *IMF Bentham* en werd daarmee een van de grotere (beursgenoteerde) partijen in de wereld van procesfinanciering.

Andere grote buitenlandse partijen die momenteel op de Nederlandse markt actief zijn, zijn onder andere: *BPGL Funding**, *Calunius Capital* (die geen nieuwe zaken meer financiert), *Burford Capital* (ook beursgenoteerd), *Harbour Litigation Funding*, *Therium**, *Fortress* (voorheen *Vannin Capital PPC**), *Innsworth**, *Bench Walk**, *Deminor**, *Woodsford*, *Augusta* en *Orchard*.¹⁴⁹ De meeste van de professionele procesfinanciers zijn lid van de Association of Litigation financiers. Daarnaast zien we ook ad hoc financiers, die worden opgericht met één bepaalde zaak als doel. Voorbeelden hiervan zijn: *Consumer Justice Network B.V.*, *Right to Consumer Justice B.V.*, *Emission Claim Trust B.V.*, en *Consumer Privacy Litigation Funding L.P.*

De meeste internationale funders opereren op basis van kapitaal dat wordt verstrekt door zogenaamde *hedge funds*, *private equity* of andere investeringsfondsen van substantiële omvang, ten behoeve van institutionele beleggers. Deze partijen richten zich niet uitsluitend op collectieve procedures. Echter, het feit dat steeds meer van deze partijen actief worden op de Nederlandse markt wordt wel aangedreven door de voortrekkersrol die Nederland vervult op het gebied van collectief procederen. Met name de invoering van de WAMCA heeft een aantrekkende werking gehad op partijen die zich op de Nederlandse procesfinancieringsmarkt begeven. Dit zien we ook terug in de activiteiten van funders die langer op de Nederlandse markt actief zijn. Zo richtte *Redbreast* in 2021 een fonds op dat zich uitsluitend richt op Nederlandse collectieve acties.

De eerder genoemde ad hoc financiers zoals *Consumer Justice Network B.V.**, *Right to Consumer Justice B.V.**, *Emission Claim Trust B.V.** en *Consumer Privacy Litigation Funding L.P.** zijn samenwerkingsverbanden tussen advocaten en (doorgaans Amerikaanse) investeerders die zich richten op het financieren van een specifieke type claims, zoals de Dieselemissie zaken. Over deze organisaties is echter zeer weinig openbare informatie beschikbaar, omdat het geen traditionele procesfinanciers zijn. In sommige gevallen treden Amerikaanse advocatenkantoren op als financier van Nederlandse collectieve procedures. Amerikaanse kantoren als *Bernstein Litowitz Berger &*

¹⁴⁸ Voor een overzicht zie <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/netherlands>.

¹⁴⁹ De funders met een * zijn betrokken bij WAMCA-procedures die in het register zijn opgenomen.

Grossmann (BLBG), KesslerTopazMeltzer&Check (KesslerTopaz), Pomerantz, LieffCabraser, Grant&Eisenhofer and DRRT zijn al enige tijd actief in Nederland, terwijl advocatenkantoren zoals *Scott + Scott, Hausfeld, Milberg en PogustGoodhead* zich meer recentelijk in Nederland hebben gevestigd, kennelijk in een poging zich op de collectieve actie markt te richten.

2.4.4 *Werkwijzen financiers*¹⁵⁰

De uiteenlopende achtergronden van de financiers vertalen zich ook in afwijkende werkwijzen. Amerikaanse advocatenkantoren bijvoorbeeld zijn geneigd om te investeren in zaken die zij uit hun eigen praktijk kennen en die zij zelf hebben onderzocht en/of zelf in succesvol hebben geprocedeerd. Professionele procesfinanciers hebben een bredere investeringshorizon, maar tussen hen bestaan ook verschillen. Waar een aantal, net als bij de Amerikaanse advocaten-investeerders, veel scoping en/of due diligence onderzoek doen in-house, zijn anderen geheel afhankelijk van aanvragen vanuit de markt. Dat vertaalt zich ook in de gevolgde due diligence processen: sommige procesfinanciers doen dat zo veel mogelijk door ervaren en/of gespecialiseerde in-house *legal teams*, terwijl anderen dat geheel uitbesteden aan externe advocatenkantoren, afhankelijk van de jurisdictie en het rechtsterrein. Daarnaast beperken sommige financiers zich tot de traditionele financiering van procedures, terwijl anderen uitgebreidere procesfinancieringsproducten aanbieden, zoals portfolio financiering en/of het opkopen van claims al dan niet via de cessie ter incasso. Dat kan de omvang en personeelsbestand van een financier verklaren.

De manier waarop het due diligence- proces is gestructureerd en de variëteit van de dienstverlening, zijn van invloed op de doorlooptijden van financieringsaanvragen en overheadkosten van procesfinanciers. Zodoende werken zij door in de pricing van financieringsfaciliteiten in WAMCA-procedures. Een ander aspect dat van invloed is op de pricing van financieringsfaciliteiten is, of de financier de gehele financiering apart reserveert voor de procedure, dan wel deze per fase zeker stelt. De eerste werkwijze kan meer zekerheid bieden over de doorlopende beschikbaarheid van de financieringsfaciliteit, maar leidt tot hogere *cost of capital*. Over het algemeen kan worden gesteld dat hoe groter en professioneler de financier, hoe hoger de *cost of capital* zijn.

2.4.5 *Andere marktreacties*

De aanzuigende werking op (buitenlandse) procesfinanciers is niet het enige waarneembare effect van de toegenomen mogelijkheden op het gebied van collectieve acties in Nederland. Zo zien we in Nederland ook een reactie op de nieuwe mogelijkheden van niet alleen traditionele belangenbehartigers en voor een specifieke claim of type claims opgerichte *single purpose* ad hoc stichtingen (bv. *Stichting NUON-claim*, verschillende Dieselschandaal gerelateerde claimstichtingen), maar ook nieuwe *multi-purpose* ad hoc stichtingen, die voor specifieke belangen trachten op te komen middels een governancestructuur die (grotendeels) gericht is op het aanbrenge van meerdere massaschadeclaims, met name op het gebied van online privacy schendingen en consumenten.¹⁵¹ Sommige van deze claimstichtingen hebben in beginsel al de initiële steun van één of meerdere

¹⁵⁰ Deze paragraaf is in belangrijke mate gebaseerd op de praktijkervaringen van één van de onderzoekers en zijn in de interviews niet weersproken.

¹⁵¹ Stichting Right to Consumer Justice, Stichting Massaschade & Consument, Stichting The Privacy Collective, Stichting Take Back Your Privacy en Stichting Data Bescherming Nederland zijn hiervan enkele voorbeelden.

professionele financiers weten zeker te stellen,¹⁵² anderen worden vooralsnog door bestuursleden zelf gefinancierd.¹⁵³

Ook binnen de advocatuur is een reactie zichtbaar op de toenemende normalisering van procesfinanciering. Als zodanig hebben in de afgelopen jaren steeds meer advocaten ervaring opgedaan met het werken met procesfinanciering in één of andere vorm. Sommige advocatenkantoren investeren veel tijd en werk in het onderzoeken van mogelijke claims, in het bijzonder collectieve acties, om deze voor te leggen aan financiers en de vertegenwoordigende organisaties van benadeelden. Zo is een opkomende markt van ondernemende advocaten waarneembaar die potentiële claims die bij hen zijn aangebracht onderzoeken, nader onderbouwen en voorleggen aan financiers, dan wel zelf vermeende misstanden (helpen) onderzoeken. Dit komt nader in hoofdstuk 4 aan de orde.

Ook financiers geven aan een verschuiving te zien in de wijze waarop aanvragen voor financiering bij hen worden aangebracht. Waar de aanvragen voorheen vooral direct van de eisers kwamen, is dit verschoven naar aanvragen van klanten die door hun advocaat zijn doorverwezen of aanvragen die direct door advocaten worden gedaan.¹⁵⁴ Hiernaast ontstaat er gaandeweg intensievere samenwerking tussen financiers en advocaten, waarbij advocaten cliënten zelf doorverwijzen naar specifieke financiers, en deze financiers op hun beurt samenwerkingsverbanden aangaan met specifieke advocaten(kantoren).¹⁵⁵

Hiernaast zien we faciliterende organisaties die een tussenpositie innemen en zich onder andere ook richten op de administratieve kant van massaschade-zaken. *ClaimShare* is hiervan een voorbeeld, en richt zich op het bij elkaar brengen van claimanten, advocaten en financiers, hoewel zij in de praktijk een hybride vorm aanneemt en soms ook zelf zaken ontwikkelt en (voor)financiert, totdat de zaak in een vorm of fase is beland die voldoet aan de criteria van een professionele financier.

In vergelijking met bijvoorbeeld de VS, zijn er in Nederland (voor zover bekend) nog geen partijen die specifiek diensten aanbieden (naast voorgenoemde procesbegeleiding) in het kader van de afwikkeling na een collectieve procedure. Een voorbeeld hiervan is *JUST Legal Finance* en *Rightshare* die *end-to-end* ondersteuning bieden bij het beheer van collectieve dossiers, inclusief organisatie, governance, book-building, en de administratieve afhandeling van het uitbetalen van eventuele schadevergoedingen. In de voor dit onderzoek uitgevoerde focusgroep met advocaten van gedaagde partijen werd met name op dit punt een tekort gesignaleerd. Door het ontbreken van partijen met ervaring en een infrastructuur voor de afhandeling van claims en schikkingsovereenkomsten wordt hiervoor momenteel steeds ad hoc een instantie opgezet. De complexiteit en kosten die hieraan verbonden zijn, bemoeilijken de efficiënte afwikkeling van een bereikte schikking tussen eisers en gedaagde partijen. Bovendien moet hierdoor het wiel steeds opnieuw uitgevonden worden door de schikkingspartijen.¹⁵⁶

¹⁵² Een voorbeeld hiervan is Stichting Massaschade & Consument die wordt gesteund door procesfinancier Omni Bridgeway.

¹⁵³ Stichting Onderzoek Marktinformatie wordt volgens haar eigen website vooralsnog door de bestuursleden zelf van financiering voorzien. Op termijn zal echter een bedrag van EUR 17,50 aan inschrijfkosten worden gerekend. Zie <https://somi.nl/>

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Philips (Omni Bridgeway) in interview: advocatenblad.nl/2018/06/05/rechtszaak-als-verdienmodel.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld van den Hurk, Gommer & Partners Pensioen Advocaten in interview: advocatenblad.nl/2018/06/05/rechtszaak-als-verdienmodel.

¹⁵⁶ Zie hoofdstuk 5.2.2 (verslag focusgroep).

De huidige Nederlandse markt voor externe financiering kent dus verschillende verschijningsvormen en verschillende type marktpartijen. In sommige gevallen is sprake van een financieringsfaciliteit en/of het (voor)financieren van de bij een procedure komende kosten door kleine of grotere (inter)nationale financiers. Daarnaast zien we dat een externe partij niet alleen de kosten (voor)financiert, maar ook advies geeft en/of bepaalde diensten ten behoeve van de belangenorganisatie verricht, zoals het overnemen van bepaalde administratieve handelingen. Advocaten nemen hier een belangrijke positie in, zowel wat betreft het schakelen tussen belangenorganisaties en financiers, als in het zelf onderzoeken, opzetten en aanbrengen van zaken bij financiers.¹⁵⁷

2.5 Nationale en Europese regulering

De regulering van de financiering van collectieve vorderingen door commerciële derden, is vooralsnog zowel in Nederland als op Europees niveau beperkt. Hieronder wordt eerst op de (soft law) regulering in Nederland ingegaan en vervolgens op de regulering en verdere ontwikkelingen op Europees niveau, in het bijzonder de Richtlijn representatieve vorderingen, het initiatief van het Europees Parlement en soft law. Het spreekt vanzelf dat deze Europese regelingen, voor zover die bindend zijn of worden – in het bijzonder de Richtlijn representatieve vorderingen – ook voor Nederland gelden.

2.5.1 Regulering in Nederland

In paragraaf 2.2 waar verschillende financieringsmogelijkheden besproken zijn, is gebleken dat vele vormen van financiering niet of maar beperkt geschikt zijn voor de financiering van collectieve acties. Sommige vormen van financiering die in andere landen een belangrijke rol spelen in het kader van collectieve acties, in het bijzonder de resultaatsgerichte beloningen van de advocatuur, zijn in Nederland niet toegestaan. Deze paragraaf richt zich op de regulering van financiering door commerciële derden, ook wel Third Party Litigation Funding (TPLF).

TPLF is in Nederland niet (specifiek) wettelijk geregeld. Aangezien de Nederlandse wet het beginsel van contractvrijheid kent, zijn de partijen in beginsel vrij om de afspraken te maken die hen goeddunken, zolang deze niet in strijd zijn met de openbare orde, de goede zeden en de redelijkheid en de billijkheid. De relatie tussen de derde financier en de partij die financiering zoekt, wordt primair beheerst door de financieringsovereenkomst. Het betreft een overeenkomst sui generis.¹⁵⁸ Geschillen tussen rechtzoekenden en hun financiers over de geldigheid van gemaakte afspraken blijken vooralsnog zeldzaam, althans worden zij niet in het openbaar beslecht en is daarover over het algemeen zowel in het binnenland, als in het buitenland weinig informatie te vinden. Een opmerkelijke uitzondering voor Nederland vormt een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van december 2011.¹⁵⁹ In deze zaak betwistte de rechtzoekende de geldigheid van de financieringsovereenkomst vanwege de hoge vergoeding die door de financier werd gevorderd (40% excl. btw, na aftrek van kosten). Het hof verwierp de claim, stellende dat het enkele feit dat een derde financier een hoger bedrag aan vergoedingen en rente in rekening brengt dan andere externe aanbieders van procesfinanciering niet resulteert in een schending van de openbare orde of de goede zeden.

Ook de rol van de financier en zijn betrokkenheid bij de procedure worden doorgaans vastgelegd in de financieringsovereenkomst. Sommige financieringsovereenkomsten vereisen dat de financier de

¹⁵⁷ Zie hierover hoofdstuk 4.

¹⁵⁸ Van Boom & Luiten 2015, p. 188-199.

¹⁵⁹ Gerechtshof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763 (*Nederlandse Letselstichting / Geïntimeerden*).

procedure actief beheert, terwijl andere financieringsovereenkomsten dit niet doen.¹⁶⁰ Jarenlang genoten financiers veel vrijheid bij de vormgeving van financieringsarrangementen, omdat elke regulering ontbrak. Dit is in het afgelopen decennium veranderd. Ten eerste is naar aanleiding van kritiek op het functioneren van bepaalde (bestuursleden van) ad hoc opgerichte belangenorganisaties de Claimcode opgesteld: een zelfreguleringsinitiatief op het gebied van goed bestuur dat in 2011 van kracht is geworden en in 2019 is herzien. Met name de laatste herziene versie van de Claimcode bevat bepalingen die relevant zijn voor TPLF. Daarnaast bevat de WAMCA een aantal wettelijke bepalingen die een zekere (rechterlijke) regulering van TPLF meebrengen, waar zij deels een codificatie zijn van de Claimcode die een onafhankelijke beslissingsbevoegdheid van de organisatie eist en deels aanvullende regels stellen. Aangezien de relevante WAMCA-bepalingen hiervoor in hoofdstuk 2 werden behandeld, wordt hier volstaan met een korte bespreking van de relevante bepalingen uit de Claimcode.

De Claimcode stelt algemene regels vast die tot doel hebben vertegenwoordigde partijen meer duidelijkheid en garanties te geven voor de organisaties die namens hen optreden. Hierbij wordt uitgegaan van een systematiek van 'pas toe of leg uit': de Claimcode geeft aan wat de kaders en normen zijn, waarvan – mits voorzien van een deugdelijke onderbouwing – al dan niet tijdelijk kan worden afgeweken. De Claimcode bevat zeven principes en toelichtingen over onder meer de samenstelling, taak en beloning van de RvC van representatieve organisaties en sinds 2019 over derdenfinanciering van procedures. Noch de representatieve organisatie, noch haar (in)directe stakeholders mogen winst nastreven, maar de organisatie kan een vergoeding ontvangen voor gemaakte kosten of geleverde diensten. Dit kan een redelijke vergoeding zijn voor toekomstige acties en/of voor gemaakte kosten.

Als de organisatie wordt ondersteund door een externe financier, moet dit openbaar worden gemaakt, evenals de hoofdlijnen van de financieringsovereenkomst. Bovendien moet de financier financieel gezond zijn, mag hij geen invloed uitoefenen op de procesvoering en mag hij ook niet op een andere manier belangenverstrengeling veroorzaken. De Claimcode vergt voorts dat de financieringsovereenkomst schriftelijk is vastgelegd en voor geschillenbeslechting een rechtskeuze kent voor Nederlands recht en een forumkeuze voor een in Nederland gevestigd arbitrage instituut in het geval er sprake is van geschillen tussen de financier en de belangenorganisatie. De overeenkomst moet ook een woonplaatskeuze van de financier bevatten in Nederland. Hoewel de Claimcode geen sancties op niet-naleving bevat, kunnen rechters hier wel rekening mee houden. Sinds de totstandkoming wordt de code gebruikt als richtsnoer voor rechters om de toelaatbaarheid van een representatieve belangenorganisatie te beoordelen. In de schadevergoedingsacties die onder de tijdslijn van dit rapport vallen, vindt dan ook in alle gevallen een verwijzing (en (beweerde) naleving) naar de Claimcode plaats.

2.5.2 Regulering in Europa: Richtlijn Representatieve Vorderingen

In EU verband zijn zowel resultaatsgerichte beloningen voor de advocatuur als financiering door commerciële derden van oudsher met veel voorzichtigheid benaderd.¹⁶¹ Dit komt ook naar voren in het eerste EU instrument over collectieve vorderingen, de Aanbeveling collectieve vorderingen van

¹⁶⁰ In dezelfde zaak was bepaald dat als de cliënt niet akkoord wilde gaan met een schikkingsvoorstel dat door de financier als acceptabel werd gezien, zij haar gecedeerde vordering van de financier moest terugkopen, met daarbij voldoening van de tot dan toe gemaakte kosten. De facto komt dit erop neer dat de consument in kwestie de schikkingsbevoegdheid in haar zaak volledig kwijt was. Zie Van der Krans 2018, p. 35.

¹⁶¹ Zie ook Kramer & Tillema 2020, p. 172-174.

2013.¹⁶² Deze staat resultaatsafhankelijke honoraria alleen ‘bij wijze van uitzondering’ toe en vereist dat het recht op een volledige schadeloosstelling wordt gegarandeerd.¹⁶³ De achtergrond hiervan is de kennelijke vrees dat de wijze van vergoeding van advocaten een stimulans vormt om een geschil te voeren dat overbodig is vanuit het oogpunt van het belang van een partij.¹⁶⁴ Financiering door commerciële derden wordt evenmin verboden, maar het is niet toegestaan de aan de financier betaalde vergoeding of door hem in rekening gebrachte rente te baseren op het bedrag van de bereikte schikking of de toegekende schadevergoeding.¹⁶⁵

De Richtlijn representatieve vorderingen die sinds 25 juni 2023 toepasselijk is, bevat eveneens een aantal belangrijke regels betreffende kosten en financiering en is wat genuanceerder wat betreft commerciële derdenfinanciering. In tegenstelling tot de Aanbeveling is deze Richtlijn vanzelfsprekend wel bindende wetgeving, maar zij geldt – anders dan de horizontale regeling die de Aanbeveling beoogt – alleen voor consumentenzaken die onder de Richtlijn vallen.¹⁶⁶

Een algemene regel voor de kosten en financiering van representatieve acties in de zin van de Richtlijn is opgenomen in art. 20, zoals ook hierboven kort werd besproken.¹⁶⁷ Op grond van lid 1 dienen lidstaten ervoor te zorgen dat de kosten van procedures de bevoegde belangenorganisaties, in de zin van richtlijn,¹⁶⁸ niet beletten om daadwerkelijk gebruik te maken van het recht om representatieve vorderingen in te stellen. Lid 2 bepaalt dat maatregelen om dit te bewerkstelligen bijvoorbeeld kunnen zijn overheidsfinanciering, onder meer structurele steun voor de bevoegde belangenorganisaties, beperking van toepasselijke gerechtskosten of administratieve kosten, of toegang tot rechtsbijstand. Op grond van art. 20 lid 3 mag van consumenten die te kennen hebben gegeven vertegenwoordigd te willen worden in het kader van herstelmaatregelen (met name schadevergoeding)¹⁶⁹ slechts een ‘bescheiden inschrijvingsvergoeding of soortgelijke vergoeding voor deelname aan die representatieve vordering’ worden gevraagd.

Specifiek van belang voor derdenfinanciering is art. 10 Richtlijn. Financiering door commerciële derden is algemeen toegestaan, voor zover dat op grond van het nationale recht is toegestaan en belangenconflicten worden voorkomen. Voorts vereist lid 1 dat de financiering door derden die een economisch belang hebben bij het instellen of het resultaat van de representatieve vordering met het oog op herstelmaatregelen er niet toe leidt dat de representatieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten. Meer specifiek houdt dit ingevolge art. 10 lid 2 in dat dat besluiten in de procedure, zoals schikkingsbesluiten, niet door een derde mogen worden beïnvloed ten nadele van de collectieve belangen van de betrokken consumenten (sub a). Ook mag de representatieve vordering niet worden ingesteld tegen een verweerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder waarvan de financier afhankelijk is (sub b). Lidstaten dienen ingevolge art. 10 leden 3 en 4 ervoor te zorgen dat deze vereisten in rechte kunnen worden getoetst en, zo nodig, maatregelen kunnen worden getroffen om bijvoorbeeld de financiering te weigeren. In Nederland wordt dit laatste onder de WAMCA gewaarborgd in het kader van de toetsing van de ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a BW. Het specifieke vereiste onder art. 10 lid 2 sub (b) kende

¹⁶² Europese Commissie 2013, (2013/396/EU).

¹⁶³ Aanbeveling, nr. 30.

¹⁶⁴ Aanbeveling, nr. 29.

¹⁶⁵ Aanbeveling, nr. 32.

¹⁶⁶ Art. 2 Richtlijn en Bijlage I. Zie ook hierboven, par. 2.1.1.

¹⁶⁷ Par. 2.2.

¹⁶⁸ Zie art. 4 voor de ontvankelijkheidsvereisten en par. 2.2.3(d) hierboven.

¹⁶⁹ Zie art. 9 Richtlijn (EU) 2020/1828.

de WAMCA niet, maar deze is voor richtlijn-gevallen sinds 25 juni 2023 geïmplementeerd in art. 3:305a lid 2 sub (f), zoals hierboven behandeld.¹⁷⁰

Art. 12 Richtlijn bevat de zogeheten ‘loser pays’ regel op grond waarvan in beginsel de in het ongelijk gestelde partij de procedurekosten moet betalen. Lid 1 laat hier de nodige ruimte aan de lidstaten, en met art. 237 Rv voldoet het Nederlandse recht aan dit uitgangspunt. Op grond van lid 2 dienen procedurekosten niet te worden betaald door individuele consumenten.¹⁷¹ Geringe eigen bijdragen, direct of meer indirect in het kader van lidmaatschapscontributies aan eisende stichtingen, om aan een procedure deel te nemen vallen hier niet onder. Een ‘bescheiden bijdrage’ om aan een procedure deel te nemen is expliciet toegestaan onder art. 20 lid 3, zoals hierboven beschreven.

In de literatuur is wel betoogd dat onduidelijk is in hoeverre TPLF-overeenkomsten verenigbaar zijn met deze bepalingen, nu de af te dragen vergoeding voor de derdenfinancier vaak van invloed is op het bedrag dat wordt uitgekeerd.¹⁷² Indirect worden daarmee de proceskosten immers afgewenteld op de belanghebbenden – in het geval van de Richtlijn, de consument. Niettemin moet worden aangenomen dat gezien art. 10 financiering door een commerciële derde mogelijk is, maar het is wel een bepaling om rekening mee te houden. In beginsel is het mogelijk om in het kader van de regel dat de verliezende partij de proceskosten betaalt (art. 12 Richtlijn) de wederpartij ook te veroordelen in de financieringskosten door een derde, indien deze als reële kosten van de procedure zouden kunnen worden aangemerkt. De door de rechter gehanteerde maatstaven onder de WAMCA zijn nog niet geheel duidelijk. In het kader van de interviews kwam dit ook naar voren en in hoofdstuk 4, in het bijzonder par. 4.8 en in de conclusies in 4.10 wordt hier nader op ingegaan.¹⁷³

Tot slot biedt de Richtlijn in art. 9 lid 7 lidstaten de mogelijkheid regels vast te stellen over de bestemming van uitstaande herstelfondsen die niet binnen de vastgestelde termijn door benadeelden zijn opgehaald. Hiermee kan worden beschikt over overgebleven gelden die zijn uitbetaald in een schadevergoedingsactie. Dit biedt de mogelijkheid tot *cy pres* financiering van een eventueel processenfonds zoals in dit onderzoek centraal staat.¹⁷⁴

2.5.3 Resolutie Europees Parlement: Verantwoorde Particuliere Procesfinanciering

Zoals in de Inleiding genoemd, heeft het Europees Parlement in september 2022 een resolutie aangenomen waarin aanbevelingen worden gedaan aan de Europese Commissie met betrekking tot verantwoorde particuliere procesfinanciering.¹⁷⁵ In het concept-rapport (‘Voss rapport’¹⁷⁶) wordt onder andere ingegaan op de gevolgen van tegenstrijdige belangen van procesfinanciers en eisers. Er wordt op gewezen dat het economisch belang van de procesfinancier kan ertoe leiden dat er buitensporige delen van de opbrengst worden opgeëist en dat de procedure wordt gecontroleerd door de financier. Ook wordt ingegaan op de bestaande zorgen dat financiers mogelijk voor een schikking willen gaan zodra er voldoende opbrengsten zijn, ze hun financiering gedurende de procedures zouden willen intrekken en dat financiers gedurende de procedure insolvent kunnen

¹⁷⁰ Zie par. 2.1.3 onder (d).

¹⁷¹ Met uitzondering van gevallen waarin deze kosten door de individuele consument opzettelijk of door nalatig gedrag zijn veroorzaakt, zie art. 20(3) Richtlijn (EU) 2020/1828.

¹⁷² Gsell 2021, p. 1365-1400, i.h.b. p. 1397-1399.

¹⁷³ Zie i.h.b. part. 4.10.2.

¹⁷⁴ Zie ook hoofdstuk 5, i.h.b. par. 5.2.2, 5.3.2 en 5.4.

¹⁷⁵ Resolutie van het Europees Parlement van 13 september 2022 met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoorde particuliere procesfinanciering (2020/2130(INL)).

¹⁷⁶ Naar de rapporteur Alex Voss. Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL)), 17 juni 2021. Zie hierover ook Stadler 2022b, p. 151-159.

worden. Het door het Parlement aanbevolen voorstel voor een richtlijn bevat een aantal punten dat ertoe moet leiden dat er meer regulering, toezicht en transparantie is.

Ten eerste wordt er een systeem van goedkeuring van de activiteiten van procesfinanciers voorgesteld.¹⁷⁷ Dit systeem is vergelijkbaar met reeds bestaande systemen voor financiële diensten die worden aangeboden door banken en verzekeraars.¹⁷⁸ De toezichthoudende autoriteiten kunnen de bevoegdheid hebben om vergunningen te verlenen en te waarborgen dat procesfinanciers voldoende transparant zijn, voldoende kapitaal hebben en hun plichten jegens eisers naleven.¹⁷⁹

Ten tweede bevat het voorstel vrij verregaande vereisten ten aanzien van de financieringsovereenkomst zelf.¹⁸⁰ De bewoordingen van de financieringsovereenkomst moeten transparant, helder en in eenvoudige taal geformuleerd zijn. Ook is een plafond opgenomen ten aanzien van de verdeling van de opbrengsten van de procedure. Ten minste 60% van de opbrengsten van de schadevergoeding moet worden uitgekeerd aan de eisers. Tevens mogen procesfinanciers hun financiering niet gedurende de procedure intrekken. Contractuele bepalingen die voorwaardelijke financiering bevatten worden beschouwd als nietig.

Ten slotte dient de rechtbank of een bevoegde administratieve autoriteit geïnformeerd te worden over het bestaan van commerciële financiering en de identiteit van de betreffende financier. Partijen zijn verplicht om de financieringsovereenkomsten op verzoek van de rechtbank of de verdediging over te leggen en deze worden door de rechtbank op basis van een reeks criteria getoetst.¹⁸¹

In de literatuur worden vraagtekens geplaatst bij de noodzakelijkheid van deze bepalingen¹⁸² en ook vanuit de praktijk is deze resolutie en het onderliggend rapport bekritiseerd.¹⁸³ Stadler adviseert de Europese Commissie om kritisch te kijken naar het Voss-rapport en om andere, minder vergaande alternatieven te overwegen.¹⁸⁴ Het ziet er naar uit dat de Europese Commissie eerst de ervaringen met de implementatie van de Richtlijn wil afwachten, voordat vergaande reguleringvoorstellen worden gedaan. Een aantal van de voorstellen, zoals het moeten overleggen van de financieringsovereenkomst en het bekend maken van de identiteit van de financier zijn nu ook al vanwege het vereiste in art. 3:305a dat een eisende partij aan moet geven over de financiële middelen te beschikken gemeengebruik, in elk geval in de Nederlandse WAMCA-praktijk. Zoals uit de analyse van het WAMCA-register blijkt, verschilt wel wat er precies in de dagvaarding aan informatie over de financiering wordt verschaft.¹⁸⁵ Het vereiste van transparantie is ook opgenomen in de hierna te bespreken ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure en is een voordehand liggend criterium om zowel de nodige financiële onderbouwing van dure en complexe collectieve acties te garanderen als om mogelijke belangenverstremming tegen te gaan.

¹⁷⁷ EP Resolutie, art. 4-7 voorstel Richtlijn.

¹⁷⁸ Stadler 2022b, p. 157.

¹⁷⁹ EP Resolutie, art. 8-11 voorstel Richtlijn.

¹⁸⁰ EP Resolutie, art. 12-15 voorstel Richtlijn.

¹⁸¹ EP Resolutie, art. 16-18 voorstel Richtlijn.

¹⁸² Stadler 2022b, p. 158-159.

¹⁸³ Zie o.m. de bijdragen aan een door Erasmus School of Law georganiseerd seminar: Cordina & Storskrubb, 2022, p. 38-45, i.h.b. p. 40-43; Ishakawa 2022 <https://www.lawgazette.co.uk/commentary-and-opinion/voss-report-is-unsatisfyingly-hollow-and-narrow/5113894.article>.

¹⁸⁴ Stadler 2022b, p. 158.

¹⁸⁵ Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

2.5.4 *Soft law in Europa: ELI-Unidroit Model Rules en ELI project*

De ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (ERCP) werden in 2020 door de European Law Institute en UNIDROIT aangenomen.¹⁸⁶ Deze zijn bedoeld als ‘best practice’ modelregels voor civiele procedures en kunnen zowel voor nationale als Europese wetgevers richtlijnen verschaffen.¹⁸⁷ Deze zijn door een team van ongeveer 45 experts, en in samenspraak met internationale organisaties, Europese instanties en adviseurs in ruim zes jaar tot stand gebracht. Deze bevatten voornamelijk het meest omvattende systeem van *soft law* regels op dit gebied.

De ERCP bevat regels voor collectieve vorderingen en enkele regels voor de kosten en financiering van procedures.¹⁸⁸ Rule 245 verschaft een algemene regel voor commerciële derdenfinanciering en Rule 237 een speciale regel voor collectieve vorderingen. Deze bevatten liberale regels die als vertrekpunt nemen dat financiering door derden een belangrijke bijdrage vormt om toegang tot het recht te garanderen.¹⁸⁹ Zij bevatten slechts enkele basisregels op dit punt. Rule 237(1) bepaalt dat eisers gebruik mogen maken van third-party litigation funding. In 237(2) wordt de algemene regel Rule 245 van overeenkomstige toepassing verklaard en wordt bepaald dat een gerecht mag eisen dat een eiser de details van de financieringsovereenkomst moet overleggen. Aan de verweerder moet in ieder geval het feit dat gebruik wordt gemaakt van een derdenfinancier en de identiteit van de financier bekend worden gemaakt.¹⁹⁰

In Rule 245(2) wordt bepaald dat de vergoeding voor de financier niet ‘inadequate’ mag zijn of de financier in staat mag stellen om ‘undue influence’ uit te oefenen op het verloop van de procedure. Deze regel is op dit punt specifiekere dan de Richtlijn representatieve vorderingen, maar minder beperkend dan de voorstellen van het Europees Parlement zoals besproken in de vorige twee subparafen. Rule 245(3) bepaalt dat partijen *success fee arrangements* met een advocaat of een derdenfinancier aan mogen gaan. Dergelijke afspraken moeten in overeenstemming zijn met het toepasselijke recht, toegang tot en eerlijke vertegenwoordiging van partijen en de integriteit van de procedure. Door middel van open normen die een toetsing door de rechter mogelijk maken moet misbruik worden voorkomen.

In Rule 238 wordt ten aanzien van collectieve vorderingen een aantal waarborgen voor de kostenveroordeling verschaft. Alleen een ‘qualified claimant’ (en dus niet bijvoorbeeld een individuele consument) kan worden veroordeeld om de kosten te dragen. Als een zaak succesvol is, vormt het gehele bedrag van de vergoeding een algemeen fonds, waarvan eerst de kosten van de financiering worden voldaan.

Ten dele als vervolg op deze kernachtige regels van de ERCP en in het licht van de Europese ontwikkelingen is onder auspiciën van het European Law Institute in 2022 een nieuw project van start gegaan dat zich richt op ‘Third Party Funding of Litigation’.¹⁹¹ Dit project zal voortbouwen op de uitgangspunten van de ERCP en op basis van uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek en marktonderzoek modelregels opstellen voor financiering van commerciële derden.

¹⁸⁶ ELI & UNIDROIT 2021.

¹⁸⁷ Zie hierover Sorabji 2019, p. 46-50; Kramer 2019, p. 591-607.

¹⁸⁸ Zie Part XI en XII. Voor uitgebreid commentaar op de modelregels voor collectieve vorderingen zie Stadler, Jeuland & Smith 2020.

¹⁸⁹ ERCP, Rule 245, Comment 4.

¹⁹⁰ Zie ook ERCP, Rule 245(1).

¹⁹¹ ELI 2022.

2.6 Conclusie

Met de inwerkingtreding van de WAMCA op 1 januari 2020 is het Nederlandse systeem van collectieve acties en schikkingen gecompleteerd. Op basis van het voorgaande en wat ook zal blijken uit de volgende hoofdstukken, zijn zowel de praktijk van de WAMCA, de markt van de commerciële procesfinanciering, als de regulering nog in een relatief vroeg stadium van ontwikkeling en volop in beweging.

De verzwaarde ontvankelijkheidseisen als neergelegd in art. 3:305a BW beogen te garanderen dat claimorganisaties aan een reeks voorwaarden voldoen, waaronder het beschikken over de nodige professionaliteit, transparantie en financiële middelen. Met het toepasselijk worden van de Richtlijn representatieve vorderingen op 25 juni 2023 is voor consumentgeschillen die onder de Richtlijn vallen hieraan toegevoegd dat de financiering niet afkomstig mag zijn van een financier die een concurrent is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt of van een financier die afhankelijk is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt.¹⁹²

In de literatuur zijn de verzwaarde vereisten van de WAMCA op een aantal punten bekritiseerd, omdat deze het voor claimende organisaties moeilijker – en daarmee kostbaar – maken om een WAMCA-procedure te starten. Ook in de rechtspraak is een aantal complicaties aan de orde gekomen, in het bijzonder de uitleg van het overgangsrecht en het vereiste van een nauwe band met Nederland (de scope rule). Het beeld dat voorbereiding van zaken tijdsintensief is en dat de ontvankelijkheidsfase uitgebreid is met meer processuele handelingen en een aantal zaken stranden in de ontvankelijkheidsfase wordt bevestigd op basis van de analyse van het WAMCA-register en de interviews.¹⁹³

Voor de financiering van vorderingen bestaat – naast financiering door commerciële derden – in theorie een groot aantal mogelijkheden, waaronder de eigen bijdrage, publiek gefinancierde rechtsbijstand, rechtsbijstandverzekeringen, resultaatsgerichte beloningen voor de advocatuur, crowdfunding en private fondsen en donaties. Deze hebben echter belangrijke beperkingen in het geval van collectieve acties. Eigen bijdragen van bijvoorbeeld stichtingen, die doorgaans uit lidmaatschapscontributies komen, zijn niet ongebruikelijk voor niet-schadevergoedingszaken, maar zijn niet toereikend voor meer complexe zaken en schadevergoedingszaken. Publiek gefinancierde rechtsbijstand is niet beschikbaar voor belangenorganisaties. De rechtsbijstandsverzekering, voor zover die is afgesloten, is primair gericht op individuele verzekerden en niet ter financiering van collectieve acties, al heeft de rechtsbijstandsverzekering in een aantal gevallen van collectieve schade – vooral rampen, zoals de Bijlmer vliegramp, en Enschedese vuurwerkrampe, het truck kartel en borstprothese zaken – een rol gespeeld in de afhandeling. Resultaatsgerichte beloningen voor de advocatuur, waarbij de advocaat een percentage ontvangt van het resultaat, die bijvoorbeeld in de Verenigde Staten een belangrijke rol spelen in collectieve acties, zijn in Nederland grotendeels verboden. Crowdfunding en donaties zijn ook een mogelijke wijze van financiering, maar vooralsnog beperkt in de praktijk.

Financiering waarbij professionele procesfinanciers zijn betrokken, is met name voor collectieve acties belangrijker geworden. Hieraan zijn allerlei voordelen verbonden, zoals dat een professionele partij de financiële risico's draagt en daarmee de toegang tot het recht en de afwikkeling van een zaak vergemakkelijkt wordt. Er is echter ook kritiek, zoals het risico van belangenverstremgeling waardoor een procedure of schikking beïnvloed wordt en de ogenschijnlijke macht die procesfinanciers krijgen

¹⁹² Art. 3:305a lid 2 sub (f) BW, zoals deze bepaling sinds 25 juni 2023 geldt.

¹⁹³ Zie hoofdstuk 3 en 4.

over welke zaken wel en niet aangebracht kunnen worden. Lang niet alle zaken zijn interessant voor commerciële procesfinanciers, met name niet die zaken waarin geen, of geen hoge schadevergoeding wordt gevraagd en/of waar het risico om een zaak te verliezen hoger is, omdat deze onvoldoende renderend zijn.

Het aantal procesfinanciers in Nederland en het aantal in Nederland actieve buitenlandse financiers is toegenomen en er is dus een groeimarkt. Deze financiers hebben allemaal hun eigen werkwijze, waardoor ook het type zaken dat zij financieren verschilt. In reactie op deze ontwikkelingen zijn er ook steeds meer *multi-purpose* ad hoc stichtingen, naast de traditionele ad hoc claimstichtingen die voor een bepaalde zaak zijn opgericht. Deze zijn voornamelijk werkzaam op het gebied van het consumentenrecht (zoals de *Stichting Onderzoek Marktinformatie en Stichting Massaschade en Consument*) of privacy (zoals de *Stichting Take Back Your Privacy*). Enkele daarvan zijn zelfvoorzienend en anderen maken gebruik van professionele financiers. Ook tussenpersonen, die bemiddelen tussen eisende stichtingen/hun advocaten en procesfinanciers, zoals *ClaimShare* zijn hierdoor ontstaan.

Vooralsnog is de regulering van financiering door commerciële derden beperkt, zowel in Nederland als in andere landen. In Nederland gelden naast de in art. 3:305a BW opgenomen vereisten de *soft law* regels van de Claimcode 2011 als herzien in 2019. Deze code stelt algemene regels vast die tot doel hebben vertegenwoordigde partijen meer duidelijkheid en garanties te geven voor de organisaties die namens hen optreden. Ten aanzien van commerciële externe procesfinanciering geldt onder meer dat de financieringsovereenkomst schriftelijk moet zijn en er dient openbaar te worden gemaakt dat er sprake is van externe procesfinanciering. De Richtlijn Representatieve vorderingen brengt een aantal vereisten wat betreft kosten en financiering met zich mee voor consumentenzaken die onder de Richtlijn vallen. Vereist wordt dat lidstaten maatregelen nemen om te bewerkstelligen dat collectieve acties ook daadwerkelijk aangebracht kunnen worden. Van consumenten zelf mag slechts een bescheiden bijdrage worden gevraagd. Derdenfinanciering door professionele partijen is in beginsel toegestaan op voorwaarde dat belangenconflicten worden voorkomen. Deze regel heeft ook tot een aanpassing van de WAMCA geleid. Van belang is tot slot dat procedurekosten niet worden betaald door individuele consumenten. Mogelijk staat dit op gespannen voet met de indirecte afwenteling van proceskosten in geval van commerciële derdenfinanciering waarbij de af te dragen vergoeding invloed heeft op het uit te keren bedrag. Denkbaar is dat de verliezende gedaagde als onderdeel van een volledige proceskostenveroordeling ook de vergoeding van de derdenfinancier vergoedt.

Naast een summiere *soft law* regeling van third party funding in de ELI-Unidroit European Rules of Civil Procedure, is er vanuit het Europees Parlement een initiatief voor een veel verdergaande en aanzienlijke striktere regulering in de vorm van een aanbevolen richtlijn voor 'Verantwoorde particuliere procesfinanciering'. Op dit moment is geenszins duidelijk in hoeverre de Europese Commissie dit initiatief overneemt en in welke vorm. Duidelijk is dat striktere regulering gevolgen kan hebben voor de Nederlandse markt van procesfinanciering.

3. INHOUDELIJKE ANALYSE WAMCA-ZAKEN

Dit hoofdstuk bevat een – grotendeels kwantitatieve – analyse van aanhangig gemaakte WAMCA-zaken zoals opgenomen in het WAMCA-register. Het doel hiervan is inzicht te verkrijgen in het aantal en type zaken, betrokken partijen, de vordering en de wijze van financiering en antwoord te geven op onderzoeksvraag 4.

3.1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de WAMCA op 1 januari 2020¹ is er een centraal register voor collectieve vorderingen gekomen, het WAMCA-register. Middels een analyse van de in het WAMCA-register opgenomen vorderingen wordt in beeld gebracht hoeveel WAMCA-zaken zijn afgehandeld en aanhangig zijn, op welke rechtsgebieden de zaken spelen, welke spelers bij de procedures betrokken zijn en wat er uit het WAMCA-register afgeleid kan worden over de financiering van de zaken.² Zodoende kan een eerste beeld verkregen worden van de financiering van collectieve acties onder de WAMCA. Allereerst zal in paragraaf 3.2 worden ingegaan op de manier waarop deze analyse is uitgevoerd, de methode van onderzoek. In paragraaf 3.3 zullen de inhoudelijke inzichten die de analyse van het WAMCA-register heeft voortgebracht uiteen worden gezet. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen collectieve schadevergoedingsacties en collectieve acties die niet gericht zijn op het verkrijgen van schadevergoeding (niet-schadevergoedingsacties) die in het kader van de WAMCA zijn aangebracht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 3.4.

3.2 Methode van onderzoek

Het op rechtspraak.nl gepubliceerde WAMCA-register³ vormt de database voor de uit te voeren analyse. De database is op systematische wijze geanalyseerd. Hiertoe zijn de diverse documenten uit het WAMCA-register doorgenomen en gefilterd op een aantal voor dit onderzoek belangrijke gegevens. Zo is gekomen tot een ‘samenvatting’ van iedere zaak. De documenten die zijn terug te vinden in het WAMCA-register zijn uitgebrachte (appel)dagvaardingen, rolbeslissingen, tussenvonnissen, aanvullende vonnissen en eindvonnissen. Dat betekent niet dat voor iedere zaak deze documenten voorhanden zijn; veelal bevatten zaken enkel nog dagvaardingen. Vooral de dagvaardingen zijn daarom een belangrijke bron van informatie geweest. Iedere zaak in het WAMCA-register heeft een nummer gekregen, en vervolgens zijn feitelijke gegevens van de betreffende zaak genoteerd. In ieder geval zijn meegenomen de betrokken belangenorganisaties, de betrokken gedaagden, een eventuele betrokken financier, het type collectieve actie, het rechtsgebied waarop de collectieve actie ziet, de (inter)nationale context van de collectieve actie, de omvang van eventuele schade, hetgeen gevorderd is door de eisende partij(en) en de manier waarop de collectieve actie gefinancierd wordt.

De samenvattingen van de in het WAMCA-register opgenomen zaken zijn verwerkt in een excel-sheet, waarbij verticaal de categorieën van feitelijke gegevens zijn weergegeven (in kolommen) en horizontaal de verschillende zaken zijn opgenomen die onderzocht zijn (in rijen). Door het weergeven van de gefilterde gegevens middels rijen en kolommen in een excel-sheet, kunnen niet alleen per

¹ Stb 2019, 130.

² Zie voor een eerste analyse ten aanzien van andere deelonderwerpde Monchy & Kluwen 2020, p. 83-94. Vgl. ook de analyse van Deminor en Wijn & Staal, Twee jaar WAMCA, een kwantitatieve analyse, te downloaden via <https://drs.deminor.com/nl/nieuws/twee-jaar-wamca-een-kwantitatieve-analyse#:~:text=Sinds%201%20januari%202020%20is,de%20balans%20op%20te%20maken.>

³ [https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.](https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen)

WAMCA-zaak de uitkomsten bekeken worden (horizontaal), maar kan ook per categorie bekeken worden wat de verschillende zaken aan resultaten opleveren (verticaal). Op deze manier is het mogelijk geworden om meer overkoepelend bevindingen op te tekenen die de verschillende zaken samen meebrengen, lijnen en ontwikkelingen te zien en zodoende tot een inhoudelijke analyse van het WAMCA-register te komen. Voor de inhoudelijke analyse is uitgegaan van de stand van zaken van het register op 1 oktober 2022. Dit moment wordt in het vervolg aangeduid als ‘het meetmoment’. Een enkele keer is een ontwikkeling nadien nog meegenomen.

3.3 Inhoudelijke bevindingen

3.3.1 Aantal zaken, lopende en afgeronde vorderingen, collectieve niet-schadevergoeding-acties en collectieve schadevergoedingsacties

Op het meetmoment zijn 59 zaken in het WAMCA-register opgenomen.⁴ Het betreft 8 reeds afgedane vorderingen en 51 lopende collectieve vorderingen.⁵ Van de 8 afgedane vorderingen zijn er 4 zaken geëindigd middels een vonnis in kort-geding⁶, waarvan de gemiddelde doorlooptijd 53 dagen is. 2 zaken zijn geëindigd met een eindvonnis⁷; hier is de gemiddelde doorlooptijd 296 dagen. 2 zaken zijn anderszins geëindigd.⁸ De eerste nog lopende zaak is op 13 februari 2020 aanhangig gemaakt⁹, de op het meetmoment meest recente zaak is op 3 augustus 2022 aanhangig gemaakt¹⁰.

Het is nog te vroeg om (op basis van het WAMCA-register) een gefundeerde uitspraak te kunnen doen over de vraag of de invoering van de WAMCA tot een kentering leidt in het aantal (uitspraken in) collectieve acties. Tillema heeft in eerder onderzoek het aantal uitspraken in collectieve acties bij rechtbanken (civiel en kanton) geprobeerd in beeld te brengen.¹¹ De door haar bijeengebrachte data lopen tot en met het jaar 2018. De grafiek die haar onderzoeksresultaten weergeeft¹² toont dat de trend in collectieve acties die bij de rechtbanken zijn afgewikkeld al jaren redelijk stabiel is en rond de 25 zaken per jaar ligt. Omdat de WAMCA per 1 januari 2020 van kracht is en de registratie in het WAMCA-register dus geldt voor collectieve acties die op of na dat moment aanhangig zijn gemaakt, kan er aan de hand van het WAMCA-register geen compleet beeld over het aantal in collectieve acties gedane uitspraken worden opgetekend over de periode 1 januari 2020-1 oktober 2022 (het meetmoment). Ook is het beeld vertroebeld, omdat in een deel van de procedures nog een discussie loopt over de vraag of deze onder het oude, dan wel onder het nieuwe collectieve actie recht vallen. Het aantal van 8 afgedane vorderingen voor zaken die in het WAMCA-register zijn opgenomen,¹³ is in

⁴ Tussen 1 oktober en 31 december 2022 zijn er nog 4 zaken aan het WAMCA-register toegevoegd, waarvan 2 collectieve schadevergoedingsacties en twee niet-schadevergoedingsacties. Het betreft de zaak Stichting App Stores Claims/Alphabet Inc en Google LLC c.s (een collectieve schadevergoedingsactie); de zaak Stichting Sinto, Roma en Reizigers/Gemeente Den Haag (een niet-schadevergoedingsactie), de zaak Stichting Bureau Clara Wichmann/Abbvie BV e.a. (een collectieve schadevergoedingsactie), de zaak Vereniging Union di Konsumido Boneiru (een niet-schadevergoedingsactie). Deze zaken zijn niet meer meegenomen in de analyse, omdat deze na het meetmoment zijn aangebracht.

⁵ Hierbij is uitgegaan van de zaken zoals ze in het WAMCA-register zijn opgenomen en het onderscheid zoals dat daar is gemaakt. Een overzicht van de stand van zaken op het meetmoment is te vinden in de bijlage.

⁶ Afgeronde zaak 2-5.

⁷ Afgeronde zaak 7 en 8.

⁸ Afgeronde zaak 1 (brief advocaat met het verzoek om doorhaling van de zaak) en 6 (vonnis ontslag van instantie vanwege het niet tijdig betaling van de griffierechten door de advocaat van de eisende partij).

⁹ Zaak 51.

¹⁰ Zaak 1.

¹¹ Tillema 2019, p. 506-515.

¹² Tillema 2019, p. 506-511.

¹³ Waarvan er één ook nog niet eens middels een vonnis is geëindigd, afgeronde zaak 1.

ieder geval niet schrikbarend hoog en lijkt niet meteen op een enorme toename in het aantal uitspraken in collectieve acties bij rechtbanken te wijzen.

In het kader van een collectieve actie kan een onderscheid gemaakt worden tussen een collectieve actie die niet tot doel heeft een collectieve schadevergoeding te verkrijgen en een collectieve schadevergoedingsactie. Van de 59 zaken in het WAMCA-register betreffen 13 zaken vorderingen tot het verkrijgen van (onder meer) collectieve schadevergoeding (22%)¹⁴; de overige 46 zaken zijn alle niet-schadevergoedingsacties (78%).¹⁵ De 8 afgeronde zaken betreffen alle een niet-schadevergoedingsactie. Het is niet verbazingwekkend dat de 13 zaken die een collectieve schadevergoedingsactie betreffen nog lopend zijn: het vorderen van collectieve schadevergoeding is een complexe aangelegenheid.

3.3.2 *Collectieve schadevergoedingsacties*

Als gezegd zijn er 13 collectieve schadevergoedingsacties in het WAMCA-register opgenomen.¹⁶ Alle 13 collectieve schadevergoedingsacties betreffen bodemprocedures.¹⁷ Deze collectieve schadevergoedingsacties zien – niet verrassend – alle op het (contractuele) aansprakelijkheidsrecht. In 10 van de 12 zaken behoren (minderjarige) consumenten in ieder geval tot de gedupeerden. Bijna 40% (5 van de 13 zaken) betreft de dieselemissiekwestie¹⁸; in ruim 20% van de zaken (3 van de 13 zaken) zijn privacy-schendingen in het geding¹⁹.

Opvallend is dat in 5 van de 13 collectieve schadevergoedingsacties meerdere dagvaardingen zijn uitgebracht jegens gedaagde(n) door verschillende belangenorganisaties.²⁰ Met name in de dieselemissiekwestie zijn in zaken meerdere dagvaardingen uitgebracht: in 3 van de 5 lopende dieselemissiezaken bevat het dossier meerdere dagvaardingen²¹, deze zijn bovendien uitgebracht door steeds dezelfde drie belangenorganisaties.²² Dit verschijnsel zien we nog een keer terug: een belangenorganisatie heeft in twee verschillende zaken een dagvaarding uitgebracht. Beide zaken betreffen het consumentenrecht.²³ We zien dus een hoge mate van concurrentie tussen belangenorganisaties op dit terrein, maar ook dat enkele belangenorganisaties zich als ‘repeat player’ manifesteren op het terrein van hun expertise en ervaring. In totaal zijn in de 13 collectieve schadevergoedingsacties 22 dagvaardingen uitgebracht.²⁴

¹⁴ Dit betreft de zaken met de volgende nummers: 1, 7, 8, 12, 21, 26, 27, 29, 30, 44, 45, 46 en 49.

¹⁵ Dit betreft de zaken met de volgende nummers: Dit betreft de zaken met de volgende nummers: 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 50, 51 en de afgedane vorderingen 1-8.

¹⁶ Na het meetmoment zijn er nog twee collectieve schadevergoedingsacties aan het WAMCA-register toegevoegd. Bij deze procedures zijn externe commerciële financiers betrokken.

¹⁷ Dit betreft de zaken met de volgende nummers: 1, 7, 8, 12, 21, 26, 27, 29, 30, 44, 45, 46 en 49.

¹⁸ Zaak 26, 30, 44, 46 en 49.

¹⁹ Zaak 8, 29 en 45.

²⁰ Zaak 26, 27, 29, 30 en 46. In deze zaken zullen de verschillende belangenorganisaties en de door hen uitgebrachte dagvaardingen worden aangeduid met de letters a, b en c. Zie ook de bijlage.

²¹ Zaak 26, 30 en 46.

²² Stichting Diesel Emissions Justice, Stichting Car Claim en Stichting Emission Claim. Stichting Diesel Emissions Justice heeft ook in zaak 49 de dagvaarding uitgebracht.

²³ Stichting Massaschade en Consument in zaak 27 en 29.

²⁴ In een eerdere analyse van Deminor en Wijn & Staal werd al vastgesteld dat er een vrij hoge mate van concurrentie ten aanzien van extern gefinancierde procedures bestaat. Daar werden als verklaringen aangedragen het feit dat voor naar verwachting succesvolle procedures het aanbod van externe financiers groot zal zijn en het grote aantal gedupeerden meebrengt dat er sneller belangenorganisaties ontstaan om de

Opvallend is dat de overheid geen enkele keer als gedaagde is gedagvaard in een collectieve schadevergoedingsactie: steeds wordt het bedrijfsleven voor de rechter gedaagd. Omdat het merendeel bedrijven betreft die opereren op de internationale markt, geeft dat de zaken daarmee ook meteen een internationale context. Dit patroon is logischerwijs te verklaren: internationaal opererende bedrijven hebben doorgaans diepe zakken waardoor het op voorhand lijkt te lonen een collectieve schadevergoedingsactie aanhangig te maken. Twee zaken vallen wat dit betreft uit de toon, omdat daar enkel Nederlandse vennootschappen worden gedagvaard.²⁵

Hoewel de inzet van een collectieve schadevergoedingsactie logischerwijs schadevergoeding is, wordt de omvang van de geleden schade vaak niet concreet gemaakt in deze zaken. Grofweg wordt erin ongeveer de helft van de zaken überhaupt geen duiding van de omvang van de schade gegeven, in de andere helft van de zaken wordt er gesproken over miljarden of (honderden) miljoenen euro's aan schade. Twee zaken zijn wederom een uitzondering, omdat hier een redelijke concrete begroting van de geleden schade wordt gegeven: de schade wordt begroot op 30.000 euro per persoon waarbij ervan uit wordt gegaan dat 4500 benadeelden zich zullen aansluiten bij de vordering c.q. de schade wordt geschat op 400 miljoen euro.²⁶ In het petitum van de dagvaarding is te lezen welke vorderingen er door de belangenorganisaties zijn ingesteld. Steeds wordt er collectieve schadevergoeding gevorderd, vaak voorafgegaan door een of meerdere verklaringen voor recht toegespitst op de specifieke wettelijke grondslag die volgens de belangenorganisatie de grondslag voor schadevergoeding biedt.²⁷ Een enkele keer wordt ook een verbod of een bevel gevorderd.²⁸

In 12 van de 13 zaken zijn de belangenorganisaties die een dagvaarding uitbrengen stichtingen, in één zaak betreft het drie verenigingen samen die de gedaagden dagvaarden.²⁹ De stichtingen lijken vaak voor de specifieke zaak of enkele vergelijkbare zaken opgericht, zo volgt uit de naamgeving van de stichtingen. Alle belangenorganisaties werken samen met een externe (commerciële) financier om de collectieve schadevergoedingsactie te kunnen bekostigen.³⁰ De informatie die de belangenorganisaties over de financier en gemaakte financieringsafspraken geven in de dagvaarding loopt erg uiteen. Meestal wordt de financier bij naam genoemd³¹, drie keer is dat niet het geval.³² Sommige financiers zijn bij meerdere zaken betrokken. Dat speelt met name³³ in de zaken

belangen van deze gedupeerden te behartigen. Zie paragraaf 3.5. van het document (voor de vindplaats van het document zie noot 29).

²⁵ Zaak 1-7.

²⁶ Zaak 1-7. Het betreft de twee zaken waarin enkel Nederlandse vennootschappen zijn gedagvaard.

²⁷ Bijvoorbeeld een verklaring voor recht dat er onrechtmatig gehandeld is, dat de handelswijze van de gedaagde een oneerlijke handelspraktijk oplevert, dat de betrokken consumenten bevoegd zijn de overeenkomst te vernietigen, dat bepaalde bedragen onverschuldigd betaald zijn, etc.

²⁸ Bijvoorbeeld in zaak 27b (de dagvaarding van Stichting Aequitas Belangenbehartiging): een verbod voor AirBNB om in de toekomst nog servicekosten in rekening te brengen) en in zaak 29b (in de dagvaarding van Stichting Take Back Your Privacy) een bevel aan TikTok om de onrechtmatig verkregen persoonsgegevens te vernietigen.

²⁹ Zaak 1.

³⁰ In een zaak (zaak 30c) staat in de door Stichting Diesel Emissions Justice uitgebrachte dagvaarding niets vermeld over samenwerking met een financier. Omdat in later door deze Stichting uitgebrachte dagvaarding tegen andere gedaagden wel over externe financiering wordt gesproken en een financier bij naam wordt genoemd, wordt ervan uitgegaan dat dit in zaak 30c niet anders zal zijn.

³¹ In zaak 1 zijn de namen geanonimiseerd, waardoor het lijkt te gaan om natuurlijke personen (of met natuurlijke personen vergelijkbare entiteiten).

³² In zaak 26c, 29a en 46c.

³³ Ook in zaak 8 en 45 zien we dezelfde financier terug. In het WAMCA-register zijn deze zaken uit elkaar getrokken en dat onderscheid houden wij aan, zie voetnoot 32. In feite speelt dezelfde kwestie tussen dezelfde

over de dieselemissiekwestie.³⁴ De toelichting die de belangenorganisaties op de financier en de met de financier gemaakte afspraken geven, varieert enorm. Grosso modo tekent het volgende beeld zich op.

Een enkele keer wordt niet meer gezegd dan dat er een financier is en een financieringsovereenkomst bestaat.³⁵ Meestal wordt er beknopt iets over de financier(ingsovereenkomst) gezegd in de trant van dat er voor deze financier is gekozen vanwege de aanwezige beschikbare middelen en expertise. Wat betreft deze expertise lezen we dan geregeld dat aan de financier personen zijn verbonden die ervaringen hebben met het voeren van class actions in de VS of Engeland over de in het geding zijnde kwestie.³⁶ Een enkele keer wordt in de dagvaarding verwezen naar aan de dagvaarding gehechte producties voor meer informatie over de financiering(sovereenkomst). Omdat de producties niet in het openbare WAMCA-register zijn opgenomen, is niet te achterhalen welke informatie daar vervolgens verstrekt wordt.³⁷ Door acht belangenorganisaties wordt meer uitgebreid stilgestaan bij de financier en financieringsafspraken.³⁸ Dan wordt onder meer vermeld dat benadeelden een vergoeding dienen te betalen aan de financier wanneer een collectieve schadevergoeding door de rechter wordt toegekend. Soms wordt daaronder ook het bereiken van een collectieve schikking begrepen. Er wordt vermeld waarom deze vergoeding betaald dient te worden (een vergoeding voor de geleverde diensten en de risico's en kosten gedragen door de financier) en welke percentages daarvoor gelden. Geregeld zijn dit resultaatsafhankelijke percentages, waarbij het laagste percentage dat we zijn tegengekomen 12% en het hoogste percentage 27,5% is. Wanneer belangenorganisaties meer uitgebreid op de financiering(sovereenkomst) ingaan, zoeken zij vaak aansluiting bij het principe over externe procesfinanciering in de claimcode³⁹.

3.3.3 Niet-schadevergoedingsacties: schending van het IE-recht

Eerder vermeldden we dat er 46 niet-schadevergoedingsacties in het WAMCA-register zijn opgenomen.⁴⁰ Het grootste cluster binnen deze niet-schadevergoedingsacties wordt gevormd door de zaken die het Intellectueel Eigendomsrecht (IE-recht) betreffen. In het WAMCA-register zijn 11 lopende en 1 afgeronde niet-schadevergoedingsactie(s) opgenomen die het IE-recht betreffen, in totaal 12 dus (26%).⁴¹ Eén lopende zaak betreft een procedure in kort-geding.⁴² Ongeveer de helft van de procedures is gericht tegen anonieme gedaagden die IPTV-pakketten hebben verkocht die middels een hyperlink toegang gaven tot illegale kopieën van beschermde films, series, e.d.⁴³ Ook het

partijen (*Stichting The Privacy Collective/Oracle en Salesforce*), alleen gaat het nu om een hoger beroep tegen het vonnis in eerste aanleg waarin de belangenorganisatie niet-ontvankelijk is verklaard. Het is dus logisch dat in deze zaak ook dezelfde financier terugkomt.

³⁴ Zaak 26a en 30a hebben dezelfde financier (*Emission Claim Trust BV*), hetzelfde geldt voor zaak 26a en 30a (*Fortress*) en zaak 44, 46a en 49 (*Consumer Justice Network BV*).

³⁵ Zaak 1.

³⁶ Zaak 21, 26a, 26b, 29a, 29c, 30a, 30b, 46b, 46c en 49.

³⁷ Zaak 26c, 30c en 44.

³⁸ Zaak 7, 12, 27a, 27b, 29b, 45, 46a en 49.

³⁹ Principe III Externe financiering. De claimcode is te downloaden via <https://www.massaschadeconsument.nl/static/6de103939aa53649e09c2a53a2d5be32/claimcode-2019.pdf>.

⁴⁰ Dit betreft de zaken met de volgende nummers: 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 50, 51 en de afgedane vorderingen 1 t/m 8.

⁴¹ Zaak 10, 14, 15, 32, 34, 36, 37, 39, 42, 43, 47 en afgeronde zaak 6. Deze afgeronde zaak heeft de status afgerond gekregen, omdat de advocaat in deze zaak verzuimd heeft tijdig griffierecht te betalen. Deze zaak is opnieuw aangebracht en heeft onder de lopende zaken nummer 43 gekregen. In feite betreft het dus dezelfde zaak.

⁴² Zaak 17.

⁴³ Zaak 14, 15, 34, 39 en 42.

aanpakken van het illegaal beschikbaar stellen van beschermde (fysieke of digitale) werken op platforms en in e-mailgroepen,⁴⁴ en het blokkeren van toegang door providers tot Pirate Bay⁴⁵ was inzet van het geding⁴⁶. Twee zaken zijn aanhangig gemaakt door Stichting Namaakbestrijding React;⁴⁷ in de andere 10 zaken treedt Stichting BREIN als belangenorganisatie op.⁴⁸ Binnen het rechtsgebied van het IE-recht kunnen deze belangenorganisaties worden gezien als ‘repeat players’. Steeds wordt het bedrijfsleven gedagvaard. Eén keer zijn gedaagden vennootschappen naar buitenlands recht⁴⁹, verder hebben de zaken een nationaal karakter omdat de inbreuken in Nederland plaatsvinden en daarmee de Nederlandse afzetmarkt van bedrijven geschaad wordt. De stichtingen vorderen in deze procedures veelal maatregelen ter handhaving van rechten van intellectuele eigendom, zoals verklaringen voor recht dat de gedaagden inbreuk maken op IE-rechten, bevelen om een inbreuk te staken op last van een dwangsom, bevelen om identificerende gegevens te verstrekken zodat inbreukmakers kunnen worden opgespoord of een verbod om het inbreukmakend handelen voort te zetten.

Aan deze zaken zijn geen externe commerciële procesfinanciers verbonden; daar wordt in ieder geval geen melding van gemaakt in de dagvaardingen. Belangenorganisaties Namaakbestrijding React en BREIN kennen aangeslotenen die bestaan uit (inter)nationale houders van bekende merken op het gebied van consumentengoederen resp. kunstenaars, producenten, omroepen, uitgevers en distributeurs. Op basis van de bevindingen uit de interviews kan in algemene zin worden geconcludeerd dat deze aangesloten partijen een geldelijke bijdrage leveren aan deze belangenorganisaties, waardoor deze belangenorganisaties (ook) de kosten verbonden aan het voeren van de juridische procedures uit eigen middelen kunnen voldoen.

3.3.4 Niet-schadevergoedingsacties: schending van grondrechten en mensenrechten

Het op een na grootste cluster binnen de niet-schadevergoedingsacties betreft schendingen van grond- en mensenrechten. 9 van de 46 niet-schadevergoedingsacties in het WAMCA-register zien op zaken aangaande grondrechten en mensenrechten (20%); 8 zaken zijn nog lopend, 1 zaak is afgerond.⁵⁰ In 4 zaken is een appeldagvaarding uitgebracht.⁵¹ In twee zaken leidt dat tot een dubbele vermelding in het WAMCA-register.⁵² Twee zaken betreffen een procedure in kort-geding.⁵³ Over diverse onderwerpen wordt geprocedeerd: het recht op euthanasie, het vergoeden van anticonceptie aan volwassen vrouwen, het recht van kinderen op drinkwater, etnisch profileren door de Koninklijke Marechaussee, het recht op een eerlijk proces, de uitvoer van militaire goederen naar een land waar mensenrechtenschendingen plaatsvinden en het werven van militairen en ander personeel op internet voor de oorlog in Oekraïne. In iedere collectieve actie treden veelal andere

⁴⁴ Zaak 10, 36, 37, 43 (en afgeronde zaak 6) en 47.

⁴⁵ Zaak 32.

⁴⁶ Zaak 10.

⁴⁷ Zaak 10 en 36.

⁴⁸ Zaak 14, 15, 32, 34, 37, 39, 42, 43 (en afgeronde zaak 6) en 47. Een keer trekt Stichting Brein als eisende belangenorganisatie samen op met twee grote rechtspersonen in de wereld van (digitale) tv.

⁴⁹ Zaak 10.

⁵⁰ Zaak 4, 11, 13, 20, 31, 33, 48, 50 en afgeronde zaak 8.

⁵¹ Zaak 4, 11, 13 en 48.

⁵² Zaak 11 is het hoger beroep van zaak 20, zaak 13 is het hoger beroep van afgeronde zaak 8. Waarom de ene eerste aanleg-zaak onder afgeronde procedures is opgenomen en de andere niet, wordt ons sec op basis van het WAMCA-register niet duidelijk.

⁵³ Zaak 4 en 20.

belangenorganisaties op, van 'repeat players' op dit terrein is nauwelijks sprake.⁵⁴ Duidelijk is dat deze belangenorganisaties vaak zijn opgericht voor het doel dat ze middels de collectieve actie beogen te bereiken: de naamgeving van de belangenorganisaties duidt daarop. Ook valt op dat op dit rechtsgebied niet één belangenorganisatie een collectieve actie aanhangig maakt, maar belangenorganisaties hierin vaak samen optrekken. Slechts in 2 zaken maakt één enkele belangenorganisatie de collectieve actie aanhangig,⁵⁵ in de andere zaken zien we twee⁵⁶, drie⁵⁷, vier⁵⁸, vijf⁵⁹ of zelfs zeven⁶⁰ belangenorganisaties tezamen een collectieve actie aanhangig maken. Opvallend is dat de Nederlandse Staat in 8 van de 9 zaken de gedaagde partij is, al is dat niet geheel verrassend gelet op het rechtsgebied waarover geprocedeerd wordt.⁶¹ Twee keer wordt naast de Nederlandse Staat ook een (of meer) andere publiekrechtelijke entiteit(en) gedagvaard,⁶² slechts een keer zijn de gedaagden privaatrechtelijke rechtspersonen.⁶³ Deze laatste zaak is de enige zaak op dit rechtsgebied met een internationale dimensie, omdat de gedagvaarde partij Nederlandse vennootschappen zijn die een (in)direct belang hebben in een Russische entiteit die een Russische platform exploiteert. De belangenorganisaties vorderen in de collectieve acties verklaringen voor recht, soms gecombineerd met bevelen, geboden en verboden.

Aan deze zaken zijn geen externe commerciële procesfinanciers verbonden; niets daarvan blijkt in ieder geval uit de dagvaardingen. Een belangenorganisatie geeft aan subsidie te ontvangen van het Nederlandse ministerie,⁶⁴ niet ondenkbaar is dat dit voor meerdere belangenorganisaties geldt. Twee keer wordt in de dagvaarding vermeld dat de procedures met giften van donateurs worden bekostigd.⁶⁵ Het is waarschijnlijk dat meerdere zaken middels giften van aangesloten donateurs bekostigd worden. Het feit dat de belangenorganisaties op deze manier aan financiële middelen moeten komen, verklaart waarschijnlijk ook waarom belangenorganisaties op dit rechtsgebied samen optrekken en met een aantal een collectieve actie aanhangig maken. Goed voorstelbaar is dat belangenorganisaties hiertoe simpelweg genoodzaakt zijn om het financiële plaatje rond te krijgen.

3.3.5 Niet-schadevergoedingsacties: schending van het arbeidsrecht

Van de 46 niet-schadevergoedingsacties in het WAMCA-register betreffen er 7 het arbeidsrecht (15%).⁶⁶ Alle arbeidsrechtelijke zaken zijn nog lopende zaken. Opvallend is het relatief grote aantal kortgedingprocedures: 4 van de 7 zaken betreffen een procedure in kort-geding.⁶⁷ De onderwerpen waarop deze procedures zien zijn heel divers: werktijden, spaaruren, pensioenrechten, medezeggenschapsrechten, ontslagvergoedingen en de kwalificatie van overeenkomsten met

⁵⁴ Alleen het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten zien we in zaak 11-20-48 en 50 als een van de belangenorganisaties optreden.

⁵⁵ Zaak 4 en 31.

⁵⁶ Zaak 33 en 48.

⁵⁷ Zaak 11 en 20.

⁵⁸ Zaak 50.

⁵⁹ Zaak 13.

⁶⁰ Afgeronde zaak 8.

⁶¹ Doorgaans wordt aangenomen dat grondrechten directe werking hebben in de relatie burger-overheid (verticale werking); in de verhouding burger-burger wordt wel gesproken over indirecte horizontale werking van grondrechten.

⁶² Zaak 33 (de Koning) en 48 (andere publiekrechtelijke rechtspersonen).

⁶³ Zaak 4.

⁶⁴ Stichting Vredesbeweging Pax Nederland, zaak 11 en 20.

⁶⁵ Zaak 13 en 33.

⁶⁶ Zaak 5, 16, 17, 19, 22, 28 en 40.

⁶⁷ Zaak 17, 19, 22, 28.

arbeidskrachten. De belangenorganisaties die de acties aanhangig hebben gemaakt zijn allemaal vakbonden van werknemers. 5 zaken zijn aangespannen door vakbond FNV⁶⁸, waarvan 2 samen met vakbond CNV⁶⁹ en 1 samen met een vakbond voor machinisten en conducteurs⁷⁰; 1 zaak is aangespannen door vakbond CNV⁷¹ en 1 zaak door een vakbond in de maritieme sector⁷². De FNV en CNV kunnen binnen dit rechtsgebied dus eveneens gezien worden als ‘repeat players’. De gedaagde partijen zijn alle bedrijven, Nederlandse vennootschappen die als werkgever op de Nederlandse arbeidsmarkt optreden. De zaken hebben allemaal een nationaal karakter, want draaien om uitleg van Nederlandse arbeidsrechtelijke wetgeving en zien op werknemers op de Nederlandse arbeidsmarkt. De belangenorganisaties vorderen in deze collectieve acties verklaringen voor recht, bevelen, geboden en verboden, soms onder oplegging van een dwangsom. In een zaak betreft het een verklaring voor recht dat de werkgever aansprakelijk is voor nabetalingen van achterstallig salaris; in diezelfde zaak wordt door FNV en CNV ieder €100.000,- schadevergoeding gevorderd van de werkgever op grond van de Wet CAO en de Wet AVV.⁷³

Ook aan deze zaken zijn geen externe commerciële procesfinanciers verbonden; daar wordt in ieder geval geen melding van gemaakt in de dagvaardingen. De optredende belangenorganisaties zijn steeds vakbonden van werknemers. Deze zijn als verenigingen georganiseerd, aangesloten leden betalen contributie. Op basis van de bevindingen uit de interviews kan in algemene zin worden geconcludeerd dat deze belangenorganisaties de kosten verbonden aan het voeren van de juridische procedures uit eigen middelen, onder meer gevoed door deze contributies, betalen.

3.3.6 Corona gerelateerde niet-schadevergoedingsacties

Ook in het WAMCA-register laat corona zijn sporen na. Van de 46 niet-schadevergoedingsacties betreffen er 5 coronagerelateerde kwesties (11%).⁷⁴ Van de 5 zaken zijn er 3 in kort geding aanhangig gemaakt, 2 daarvan zijn reeds afgerond.⁷⁵ Alle zaken zijn gericht tegen de overheid, in één zaak worden naast de overheid enkele leden van de Gezondheidsraad in persoon gedagvaard.⁷⁶ In 3 zaken wordt opgekomen tegen de overheidsmaatregelen om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan: de gedwongen sluiting van de horeca, fitnessclubs en detailhandel staan in deze zaken centraal.⁷⁷ De andere twee zaken gaan over vaccinatie(schade) en de mondkapjesplicht.⁷⁸ In de 3 zaken waarin wordt opgekomen tegen de sluiting van bepaalde branches ten gevolge van het coronabeleid zijn het brancheorganisaties (waarbij de belangenorganisatie in een zaak tevens als lasthebber voor enkele horecaexploitanten optreedt)⁷⁹ die de collectieve actie aanhangig hebben gemaakt; in de andere twee zaken zijn het steeds een stichting en vereniging die samen optrekken voor het doel dat ze middels de collectieve actie beogen te bereiken.⁸⁰ De naamgeving van de belangenorganisaties in deze 2 zaken is ook op het beoogde doel gericht. Omdat de 5 zaken steeds over het Nederlandse coronabeleid van de

⁶⁸ Zaak 5, 16, 22, 28 en 40.

⁶⁹ Zaak 16 en 40.

⁷⁰ Zaak 22.

⁷¹ Zaak 17.

⁷² Zaak 19.

⁷³ Zaak 40.

⁷⁴ Zaak 9, 23, 35 en afgeronde zaak 3 en 4.

⁷⁵ Zaak 35 en afgeronde zaak 3 en 4.

⁷⁶ Zaak 9.

⁷⁷ Zaak 35 en afgeronde zaak 3 en 4.

⁷⁸ Zaak 9 en 23.

⁷⁹ Zaak 35.

⁸⁰ Zaak 9 (*Stichting Viruswaarheid.nl en de Nederlandse Vereniging Kritisch Prikken*) en 23 (*Nationaal Comité tegen Verplichte Mondkapjes en de Algemene Nederlandse Burgerbelangen Vereniging*).

Nederlandse Staat gaan, hebben de zaken een nationaal karakter. In de 3 door de brancheorganisaties aanhangig gemaakte gedingen wordt in ieder geval een gebod geëist om bepaalde coronamaatregelen buiten werking te stellen⁸¹, in een zaak wordt daarnaast ook een verklaring voor recht van onrechtmatig handelen geëist en nadeelcompensatie voor de horecaondernemers voor wie de brancheorganisatie als lasthebber opkomt. In de andere 2 zaken wordt een verklaring voor recht van onrechtmatig handelen gevorderd.⁸²

In geen van de uitgebrachte dagvaardingen wordt melding gemaakt van externe commerciële procesfinanciers. Het is waarschijnlijk dat de belangenorganisaties de aanhangig gemaakte procedure uit eigen middelen bekostigen. Voor de twee zaken waarin belangenorganisaties optreden die – afgaande op hun naamgeving – optreden voor een specifiek doel geldt dat hun eigen middelen ook gevoed worden door donaties.⁸³

3.3.7 Niet-schadevergoedingsacties betreffende privacy schendingen

Naast de 3 eerder besproken collectieve schadevergoedingsacties die privacy schendingen betreffen, zijn er ook 4 niet-schadevergoedingsacties die zien op privacy schendingen (9%).⁸⁴ Van de 59 zaken die in het WAMCA-register zijn opgenomen, zijn er in totaal dus 7 privacyrechtelijk van aard (12%). Van de 4 algemeen belang acties die zien op het privacyrecht loopt er nog één zaak, de andere 3 zijn afgerond. 3 van de 4 zaken zijn in kort-geding aanhangig gemaakt.⁸⁵ 2 zaken zijn gericht tegen de overheid en betreffen privacygevoelige gegevens in databestanden die de overheid beheert⁸⁶; de gedaagden in de andere 2 zaken zijn natuurlijke personen die een website exploiteren.⁸⁷ Alle zaken kennen een nationale context. We zien dat dezelfde belangenorganisaties optreden: de procedures tegen de staat worden gevoerd door Stichting Privacy First; de procedures tegen beheerders achter privacy schendende websites worden gevoerd door Stichting Stop Online Shaming.⁸⁸ Wel zijn het andere belangenorganisaties dan de organisaties die tegen privacy schendingen opkwamen in het kader van de eerder besproken collectieve schadevergoedingsacties. De door de belangenorganisaties ingestelde vorderingen betreffen met name geboden en verboden, soms onder oplegging van een dwangsom. In een zaak worden ook verklaringen voor recht van onrechtmatig handelen en het verschuldigd zijn van schadevergoeding gevorderd.⁸⁹

In geen van de uitgebrachte dagvaardingen wordt melding gemaakt van externe commerciële procesfinanciers. Het is waarschijnlijk dat de belangenorganisaties de aanhangig gemaakte procedure uit eigen middelen, gevoed door donaties van aangeslotenen, bekostigen.

3.3.8 Niet-schadevergoedingsacties: schending van het verbintenissenrecht

5 van de 46 niet-schadevergoedingsacties zien op het algemene verbintenissenrecht (11%).⁹⁰ 4 zaken lopen nog, 1 zaak is afgerond. De onderwerpen waarover geprocedeerd wordt zijn divers: geluidsoverlast van Schiphol, het aanbieden van een vervuilende dienst zonder in te gaan op de

⁸¹ Zaak 35 en afgeronde zaak 3 en 4.

⁸² Zaak 9 en 23.

⁸³ Zaak 9 en 23, deze belangenorganisaties hebben websites waar uitdrukkelijk om donaties wordt gevraagd.

⁸⁴ Zaak 38 en afgeronde zaak 2, 5 en 7.

⁸⁵ Zaak 38, afgeronde zaak 2 en 5.

⁸⁶ Zaak 38 en afgeronde zaak 2.

⁸⁷ Afgeronde zaak 5 en 7.

⁸⁸ In afgeronde zaak 7 treedt Stichting Stop Online Shaming op samen met Stichting Expertisebureau Online Kindermisbruik.

⁸⁹ Afgeronde zaak 7.

⁹⁰ Zaak 2, 3, 24, 25 en afgeronde zaak 1.

consequenties voor klimaatverandering, de kwalificatie van dealerovereenkomsten en reparateurovereenkomsten en het uitkeren van ontvangen belastingteruggave vanwege de energiebelasting aan huurders. De belangenorganisaties die de zaken hebben aangebracht zijn ook divers van aard: stichtingen met een ideëel doel, een stichting die de belangen van een groep huurders behartigt en een dealervereniging gelieerd aan Franse automerken. Ook het type gedaagden loopt uiteen: van overheid en woningcorporatie tot grote commerciële bedrijven. Alle zaken spelen in een Nederlandse context. De ingestelde vorderingen zijn in ieder geval steeds verklaringen voor recht: een verklaring voor recht van onrechtmatig handelen, een verklaring voor recht dat dealer- en reparateurovereenkomsten als franchiseovereenkomsten in de zin van art. 7:911 BW aangemerkt kunnen worden, een verklaring voor recht omtrent het kwalificeren van de teruggave van energiebelasting. In twee zaken worden de gevorderde verklaringen voor recht aangevuld met geboden en een verbod.⁹¹

Ook hier wordt in geen van de uitgebrachte dagvaardingen melding gemaakt van externe commerciële procesfinanciers. Het is waarschijnlijk dat de belangenorganisaties de aanhangig gemaakte procedure uit eigen middelen bekostigen, gevoed door donaties of contributiebetalingen van leden. In een zaak wordt melding gemaakt van het feit dat 3000 personen zich als medestander c.q. donateur hebben aangemeld.⁹²

3.3.9. Restcategorie

Dan resteren er 4 zaken die diverse onderwerpen betreffen, een restcategorie onder de niet-schadevergoedingsacties van 9%.⁹³ Het zijn alle nog lopende zaken waarvan er 2 in kort-geding aanhangig zijn gemaakt.⁹⁴ De zaken betreffen het voedselveiligheidsrecht, het luchtvaartrecht, het mededingingsrecht en het faillissementsrecht. Omdat het een restcategorie betreft, zijn er weinig algemene, zinvolle bevindingen op te tekenen in deze categorie. Zo zijn in 2 zaken de betrokken belangenorganisaties stichtingen⁹⁵, in 2 andere zaken betreft het verenigingen⁹⁶, wordt drie keer de Nederlandse overheid of een aan de overheid gelieerd orgaan gedagvaard⁹⁷ en is de gedaagde in 1 zaak een vennootschap naar Duits recht. Doordat deze zaak een buitenlandse gedaagde kent heeft de zaak een internationale dimensie⁹⁸; hetzelfde geldt voor de zaak die het luchtvaartrecht betreft.⁹⁹ In 2 zaken wordt een verklaring voor recht gevorderd¹⁰⁰ en in 2 zaken ge- en verboden.¹⁰¹ Overeenkomstig bij deze 4 zaken is in ieder geval wel dat er niets wordt vermeld over aangetrokken externe commerciële procesfinanciers en de betrokken belangenorganisaties de procedures waarschijnlijk uit eigen middelen (gevoed door donaties of contributies) bekostigen.

⁹¹ Zaak 2 en 3.

⁹² Zaak 2.

⁹³ Zaak 6, 18, 41 en 51.

⁹⁴ Zaak 6 en 18.

⁹⁵ Zaak 6 en 51.

⁹⁶ Zaak 18 en 41.

⁹⁷ Zaak 6, 18 en 41.

⁹⁸ Zaak 51.

⁹⁹ Zaak 18.

¹⁰⁰ Zaak 41 en 51.

¹⁰¹ Zaak 6 en 18.

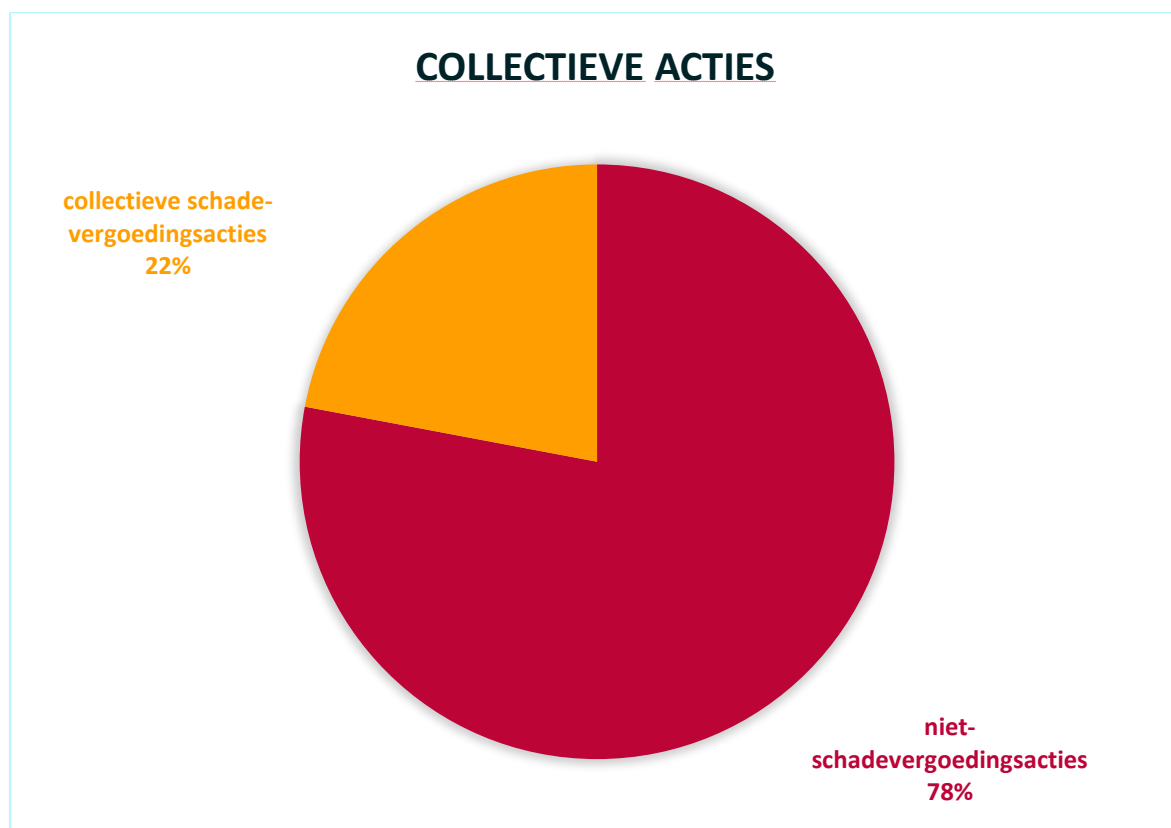
3.4 Conclusie

Wanneer we alle bevindingen nu op een rij zetten, kan een aantal observaties worden gemaakt ten aanzien van het totaal aantal zaken, de doorlooptijden en het effect op financiering en daarna specifiek per categorie zaken, waarin al dan niet een schadevergoeding wordt gevorderd.

3.4.1 Totaal aantal zaken, doorlooptijden en invloed op financiering

Er zijn gedurende de onderzochte periode 59 WAMCA-zaken aangetekend in het WAMCA-register, waarvan er 46 een niet-schadevergoedingsactie betreffen en 13 een collectieve schadevergoedingsactie. In totaal zijn 8 niet-schadevergoedingsacties reeds afgerond. Van deze 8 zaken zijn er 4 zaken geëindigd middels een vonnis in kort geding (gemiddelde doorlooptijd 53 dagen); 2 zaken zijn geëindigd met een eindvonnis (gemiddelde doorlooptijd 296 dagen) en 2 zaken zijn anderszins geëindigd. In een van de schadevergoedingszaken is de formele ontvankelijkheidsfase afgerond met een einduitspraak in eerste aanleg.¹⁰² Dit betekent dat de meeste procedures nog lopen. Dit is niet verrassend gelet op de hoeveelheid wetswijzigingen en het feit dat WAMCA-zaken naar hun aard complex en tijdrovend zijn.

Lange(re) doorlooptijden hoeven niet per definitie gelijk te staan aan hogere kosten. Het is wel aannemelijk dat een langere duur de kans op hogere kosten vergroot. Dat geldt met name als de procedure extern gefinancierd wordt, omdat de succesvergoeding van de procesfinancier kan samenhangen met de duur van de procedure: deze kan oplopen naar mate de procedure langer duurt.



Ook laten de cijfers zien dat een relatief klein percentage van alle WAMCA-zaken tot zover een schadevergoedingsactie betreft. Bij gebrek aan een nulmeting bij de introductie van de WAMCA en aan een systematisch empirisch onderzoek naar het gebruik van de collectieve actie onder het oude

¹⁰² Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (TPC/Oracle en Salesforce).

regime om een verklaring voor recht te verkrijgen over de aansprakelijkheid van een gedaagde partij, is het lastig om uitspraken te doen over de vraag of de WAMCA tot meer of minder schadevergoedingsprocedures heeft geleid. Onder het oude collectieve actie regime was een vordering voor een verklaring voor recht de opmaat naar een vervolgactie, waarin schadevergoeding werd gevorderd. Daarom zijn die procedures het meest relevant voor een vergelijking met de ontwikkeling van de schadevergoedingsprocedures onder de WAMCA. Het eerder door Tillema genoemde getal van circa 25 collectieve acties op jaarbasis onder het oude recht betreft alle collectieve acties en niet alleen die van verklaringen voor recht. Op basis van de registraties in het WAMCA-register tot zover kan worden gesteld dat er geen empirische basis is voor de stelling dat sinds de introductie van de WAMCA sprake is van een (significant) hoger aantal claims. Daarbij verdient aantekening dat in dit onderzoek geen aandacht is besteed aan eventuele collectieve acties die na 1 januari 2020 onder het oude collectieve actie-recht zijn ingesteld, omdat zij een gebeurtenis betreffen die heeft plaatsgevonden voor 15 november 2016. Voor zover daarvan sprake is, zouden de aantallen collectieve acties onder het oude recht bij de WAMCA-acties moeten worden opgeteld om een completer beeld te verkrijgen.

Een andere consequentie van de verzwaaring van de ontvankelijkheidsfase voor de financiering is dat tot de aanwijzing als een exclusieve belangenbehartiger meer kosten moeten worden gemaakt. Dat geldt zowel voor procedures, waarin een schadevergoeding wordt gevorderd, als voor procedures, waarin dat niet het geval is, omdat er meer gesteld en beargumenteerd moet worden. Hogere kosten in een risicovolle fase van de procedure heeft vanuit het oogpunt van een commerciële procesfinancier invloed op de pricing van de investering. De investeringen in die fase worden als meer risicodragend gezien en zijn daardoor ook kostbaarder.

3.4.2. Niet-schadevergoedingszaken

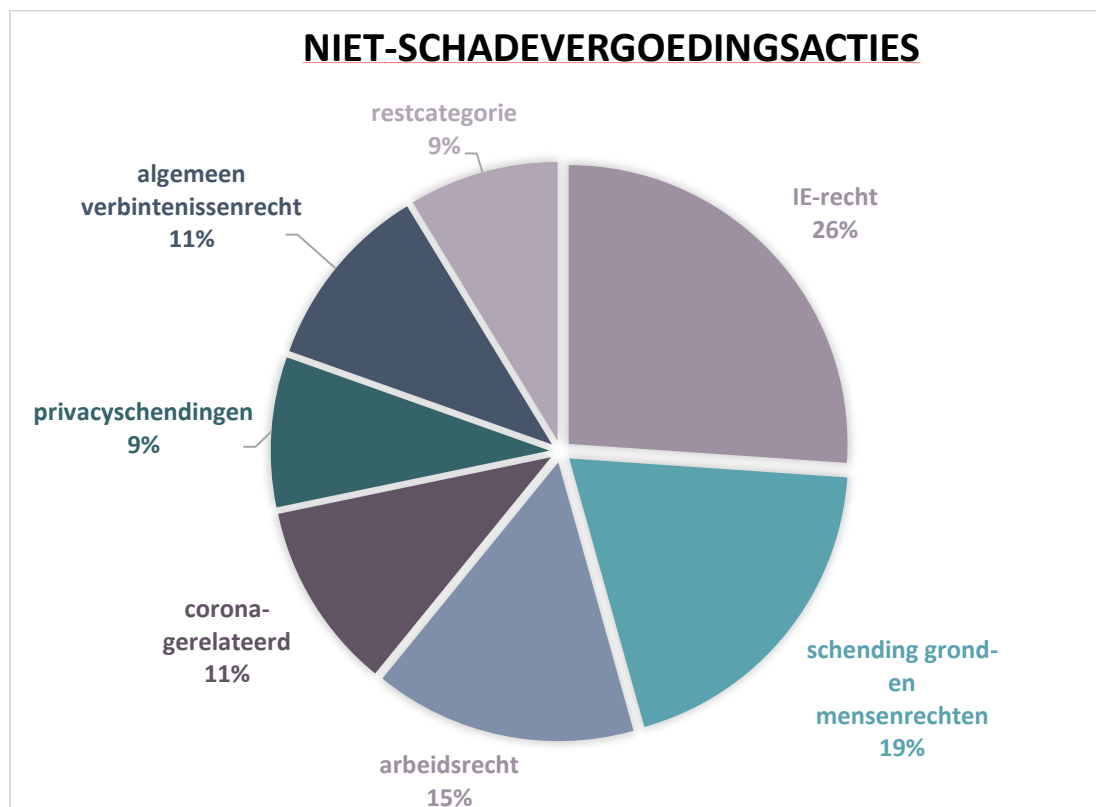
Het grootste cluster niet-schadevergoedingsacties (12 zaken) ziet op schendingen van het Intellectuele Eigendomsrecht. Hier wordt steeds het bedrijfsleven gedagvaard, met name Nederlandse vennootschappen. Ook op het terrein van het arbeidsrecht worden veel niet-schadevergoedingsacties aanhangig gemaakt (7 zaken), waarvan er relatief veel kort-geding procedures betreffen. Binnen dit cluster wordt (ook) steeds het Nederlandse bedrijfsleven gedagvaard. Zowel op het terrein van het IE-recht als op het terrein van het arbeidsrecht zien we een aantal bestendige belangenorganisaties opereren, die als 'repeat player' op hun rechtsgebied gezien kunnen worden. Zij verbinden voor het voeren van de procedures geen externe commerciële procesfinanciers aan zich, maar kunnen de procedures uit eigen middelen bekostigen. De eigen middelen worden gevoed door contributiebetalingen van leden of bijdragen van aangesloten partijen, die soms financieel draagkrachtig zijn.

Het op een na grootste cluster niet-schadevergoedingsacties betreft de schendingen van grondrechten en mensenrechten (9 zaken). Hier is de Nederlandse overheid nagenoeg steeds de gedaagde partij. Wat opvalt is dat veel verschillende belangenorganisaties, bestaande uit stichtingen en verenigingen, zich op dit terrein bewegen, die veelal ook samen een collectieve procedure aanhangig maken. Het zou kunnen zijn dat deze samenwerking nodig is om een collectieve procedure financieel van de grond te krijgen. In ieder geval staat vast dat er geen externe commerciële procesfinanciers aan deze procedures verbonden zijn. De belangenorganisaties moeten de procedure dus uit eigen middelen (gevoed door subsidies, donaties of contributies) bekostigen.

Binnen de niet-schadevergoedingsacties zijn er nog vier kleinere clusters te onderscheiden. De 5 corona gerelateerde zaken, steeds tegen de Nederlandse overheid gevoerd, betroffen vaak kortgedingprocedures en werden door (branche)verenigingen of stichtingen aanhangig gemaakt. In

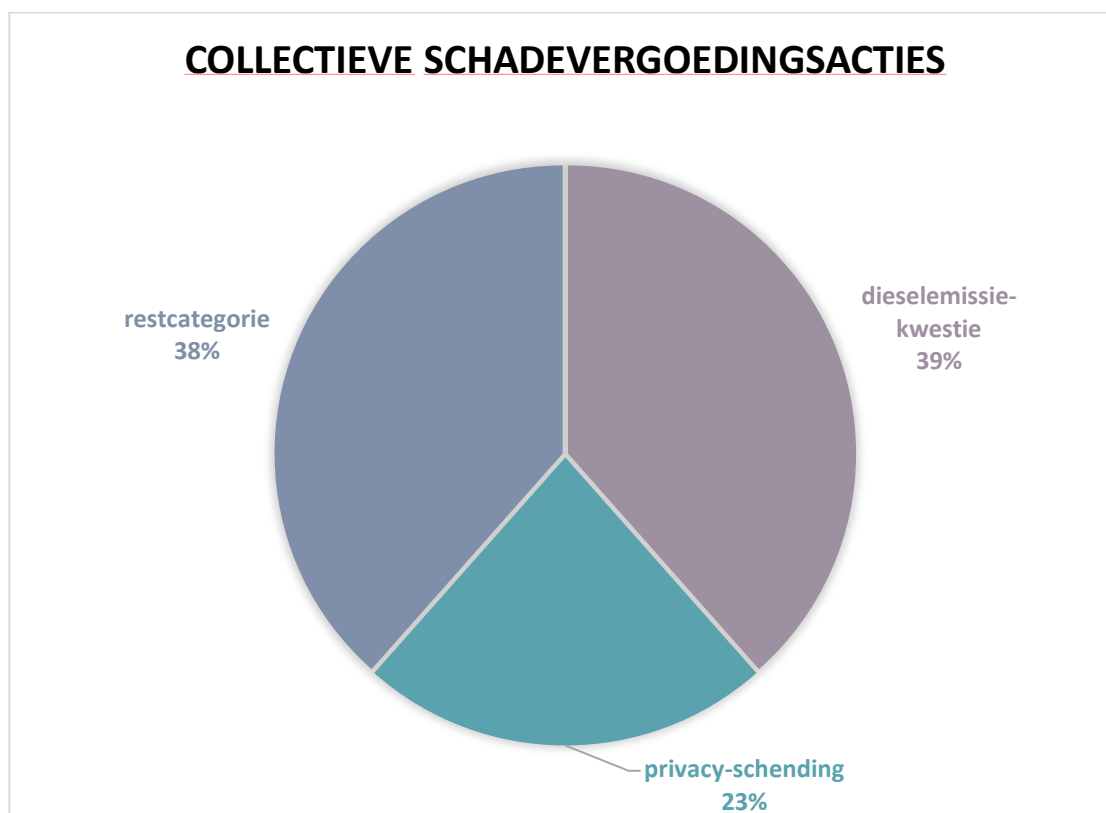
de 4 privacyrechtelijke zaken opereren twee dezelfde belangenorganisaties en zij acteren tegen de Nederlandse overheid dan wel tegen Nederlandse natuurlijke personen die een website exploiteren. In de resterende categorieën (5 zaken algemeen verbintenissenrecht, 4 resterende zaken) is een divers beeld waarneembaar: zowel overheid als bedrijfsleven wordt gedagvaard, door diverse, verschillende belangenorganisaties. Wel hebben de zaken veelal een nationale context. Voor deze vier kleinere clusters geldt de gemeenschappelijke bevinding dat er geen melding wordt gemaakt van externe commerciële procesfinanciers en de aanhangig gemaakte procedures waarschijnlijk uit eigen middelen, gevoed door donaties of contributies van aangeslotenen en leden, bekostigd worden.

Op basis van deze bevindingen kan worden geconcludeerd dat de grootste 'afnemers' van het collectieve actie-recht onder de WAMCA, bestaande belangenorganisaties zijn die andere vorderingen dan die tot schadevergoeding instellen en deze (nationale) acties geheel zelf bekostigen uit eigen middelen, zoals subsidies, contributiegelden, donaties e.d. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WAMCA werden zorgen in de literatuur geuit dat de nieuwe regeling en de zwaardere ontvankelijkheidseisen een drukkend effect zouden kunnen hebben op dit type zaken. Hoewel het ook hier lastig is om bij gebrek aan een nulmeting empirisch onderbouwde uitspraken te doen over hoe de WAMCA dit type zaken heeft beïnvloed, zou wellicht ook hier kunnen worden gesteld dat het negatieve effect van een uitgebreide ontvankelijkheidsfase zich niet perse als een belemmering heeft gemanifesteerd voor het *instellen* van dergelijke acties. Zoals uit de vorige paragraaf bleek doet het drukkende effect zich eerder voor met betrekking tot de doorlooptijden, doordat meer gesteld en beargumenteerd moet worden om ontvankelijk te worden verklaard.



3.4.3 Schadevergoedingszaken

De analyse maakt duidelijk dat de collectieve schadevergoedingsacties een eigen dynamiek kennen (13 zaken). Deze zaken betreffen kwesties op het terrein van het (contractuele) aansprakelijkheidsrecht, waarbij steeds het (inter)nationale bedrijfsleven voor de rechter wordt gedaagd. Waar de zaken uit de vorige categorie vooral nationaal van aard waren, speelt bij dit type zaken meestal een internationaal component. Er wordt vooral opgekomen voor gedupeerde consumenten, waarbij de dieselemissiekwestie (5 zaken) en privacyschendingen (3 zaken) de overhand hebben. Belangenorganisaties treden soms in meerdere zaken (binnen een kwestie) op, in die zin kunnen zij in enige mate als 'repeat players' gezien worden. Ook worden in een aantal zaken door meerdere belangenorganisaties dagvaardingen uitgebracht jegens (nagenoeg) dezelfde gedaagde(n), zo gezien concurreren de belangenorganisaties elkaar en kan worden gesproken van een zekere 'marktwerking'. Opvallend is dat alle belangenorganisaties in zaken waar schadevergoeding wordt gevorderd samenwerken met een externe (commerciële) financier om de collectieve actie te kunnen bekostigen. Dit zou de conclusie kunnen rechtvaardigen dat zonder externe financiering deze zaken niet van de grond zouden zijn gekomen. Het is thans echter nog te vroeg om hier conclusies aan te verbinden. Verder valt op dat de informatie die de belangenorganisaties over de financier en de gemaakte financieringsafspraken geven in de dagvaardingen erg uiteenlopen. Waar in het Big Data-rapport zorgen werden geuit dat privacy-zaken mogelijk niet van de grond zouden komen, lijkt dat (vooralsnog) een onterechte zorg te zijn geweest.



3.4.4 Tot slot

Hoewel er geen sprake is van een systematisch empirisch onderzoek ten aanzien van de inzet en het gebruik van het oude collectieve actie recht, lijkt de voorlopige conclusie gewettigd dat het aantal collectieve acties dat onder de WAMCA is ingesteld in de eerste jaren na de introductie daarvan min

of meer hetzelfde is gebleven, althans lijken er op het eerste gezicht geen significante verschillen te zijn. Wel is er sprake van lange(re) doorlooptijden voor alle type zaken vanwege de uitgebreidere ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA. Waar de niet-schadevergoedingsacties een nationaal karakter hebben, vooral ingesteld worden door reeds bestaande en zelf gefinancierde belangenbehartigers, hebben de schadevergoedingsacties een internationaal karakter en zijn de belangenbehartigers ad hoc opgericht en commercieel gefinancierd. Opvallend is verder dat alle schadevergoedingsacties tot zover door ad hoc-belangenorganisaties zijn geïnitieerd en de rol van bestaande belangenorganisaties beperkt is tot steun aan (een aantal van) deze acties. In geen van de aanhangige schadevergoedingsacties is het nog tot een toewijzing van de vordering gekomen, zodat het op dit moment lastig is om uitspraken te doen over eventuele overgebleven middelen. Over het algemeen kan worden aangenomen dat een zwaardere en langere ontvankelijkheidsfase en/of langere doorlooptijden tot hogere financieringskosten leiden en tot minder overgebleven middelen ten behoeve van een eventueel processenfonds.

Een aantal van de bevindingen doet de vraag rijzen, hoe zij te duiden is. Betekent dit dat in de 'puur' nationale context geen aanleiding is voor schadevergoedingsacties, dat deze op een andere (adequate) manier worden opgelost, of dat de WAMCA-procedure te kostbaar is om commerciële financiering aan te trekken om nationale zaken af te wikkelen? Of zijn hier andere verklaringen voor? De interviews, waarvan in het volgende hoofdstuk verslag wordt gedaan, zijn behulpzaam om de aldus verworven inzichten verder te duiden en te completeren.

4. KWALITATIEVE ANALYSE FINANCIERING COLLECTIEVE ACTIES: INTERVIEWS

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van de inzichten uit de interviews met professionals werkzaam in het collectieve actie-veld. Het doel van de interviews was om een antwoord te vinden op de onderzoeksvragen die zich richten op de kosten die aan collectieve procedures verbonden zijn, de knelpunten die zich voordoen bij de financiering van collectieve vorderingen, en op de mogelijk positieve bijdrage die een processenfonds hieraan zou kunnen leveren. Ook leveren de interviews inzichten op die behulpzaam kunnen zijn bij het duiden van de resultaten van het onderzoek van het WAMCA-register en/of de aldaar opgedane inzichten bevestigen, dan wel complementeren.

4.2 Methode van onderzoek

Voor de selectie van mogelijke respondenten werd allereerst een inventarisatie gemaakt van de advocaten die in de dagvaardingen opgenomen in het WAMCA-register genoemd werden. Hieruit werden de meest voorkomende advocaten geselecteerd en benaderd. Na de eerste interviews is op basis van *snowball sampling* nog een aantal advocaten benaderd of werden collega's van respondenten uitgenodigd aan te sluiten bij geplande interviews. De groep respondenten is verder aangevuld met bij onderzoekers bekende personen en met gerichte sampling op basis van een specifiek type partij of zaak die nog niet voldoende in de selectie aanwezig was. Zodoende is getracht een brede spreiding aan type respondenten te verkrijgen.

In de periode van mei tot en met juli 2022 werden in totaal 31 claimorganisaties en/of hun advocaten benaderd voor een interview. Hierop kwamen 16 positieve reacties. De overige personen waren in de onderzoeksperiode niet beschikbaar of gaven geen reactie. Er werden 10 procesfinanciers benaderd, waarop 3 positieve reacties kwamen. In totaal werden 15 interviews afgenomen met 19 respondenten. De groep respondenten bestaat uit 14 advocaten (waarvan 10 onafhankelijk en 4 'in-house' advocaten), 3 procesfinanciers en 2 claimstichtingen.

De interviews werden online middels een Teams-bijeenkomst afgenomen door een lid van het onderzoeksteam met een relevante rechtssociologische achtergrond en veel interviewervaring, waarbij respondenten om toestemming werd gevraagd voor het maken van een audio opname. Op basis van deze opname werd het interview woordelijk uitgeschreven, waarna respondenten de gelegenheid werd geboden eventuele onjuistheden aan te passen en informatie te schrappen ofwel aan te vullen. Hierna zijn de opnames permanent verwijderd. Deze werkwijze werd gevolgd in alle gevallen, met uitzondering van 1 interview dat op locatie werd afgenomen en waarbij de respondent geen toestemming gaf voor het maken van een audioopname. Aan alle deelnemers werd door de onderzoekers vertrouwelijkheid toegezegd om ervoor te zorgen dat ervaringen en inzichten in alle vrijheid zouden worden gedeeld. De uitgeschreven interviews werden vervolgens in *Atlis.ti* gecodeerd en geanalyseerd.

In de interviews is respondenten gevraagd naar hun ervaringen met de WAMCA-procedure (waar van toepassing in vergelijking met het oude 3:305a regime of in vergelijking met WCAM-procedures), de aan collectieve procedures gerelateerde kosten(opbouw), financieringsstrategieën en hieraan gerelateerde knelpunten, en er is gevraagd naar de mogelijke bijdrage die een processenfonds voor collectieve procedures zou kunnen leveren aan de praktijk. De topiclijst is opgenomen als Bijlage 2.

Waar mogelijk zijn de inzichten aangevuld met de respons uit de focusgroep met advocaten die optreden voor gedaagde partijen en de expertmeeting met buitenlandse experts. Zowel de focusgroep met advocaten die optreden voor gedaagde partijen als de expertmeeting met buitenlandse experts (academici, waarvan een aantal tevens werkzaam is of is geweest in de praktijk) vond plaats op 23 november 2022. De focusgroep was voornamelijk bedoeld om de bevindingen van de interviews die in hoofdzaak met eisers en advocaten die voor eisers optreden hebben plaatsgevonden met dit andere perspectief te staven. De expertmeeting diende om feedback te verkrijgen op de bevindingen uit het onderzoek als geheel, inclusief die uit de interviews.¹

In het hiernavolgende wordt achtereenvolgens beschreven hoe collectieve procedures tot stand komen, welke kosten aan deze procedures zijn verbonden en welke knelpunten hierbij optreden, en tot slot wat respondenten zeggen over de mogelijke bijdrage die een processenfonds zou kunnen leveren.

4.2 Totstandkoming WAMCA-zaken

Uit de interviews komt een beeld naar voren van de huidige praktijk van collectieve procedures en op welke wijze financiering een rol speelt bij het al dan niet succesvol tot stand brengen van een claim. Verschillende typen claims kunnen worden onderscheiden, waarbij het belangrijkste onderscheid kan worden gemaakt op basis van of in de collectieve procedure een schadevergoeding wordt geëist of niet. Zie ook de analyse aan de hand van het WAMCA-register in hoofdstuk 3. Dat onderscheid wordt ook hier aangehouden.

4.2.1 Totstandkoming niet-schadevergoedingsacties

Zoals in hoofdstuk 3 naar voren kwam blijkt op basis van de analyse van het WAMCA register dat een belangrijk deel (41%) van de collectieve procedures zonder schadevergoedingseis wordt aangebracht door een klein aantal *repeat players*. Vakbonden FNV/CNV en andere bestendige belangenorganisaties, zoals Stichting BREIN in de IE sector, maakten ook voor de invoering van de WAMCA veelvuldig gebruik van de procedure onder 3:305a om namens hun achterban te procederen. Deze belangenorganisaties bereiden zaken intern voor op basis van klachten vanuit hun achterban, na voorwerk van in-house investigators en advocaten, en eventueel na extern aangebrachte ideeën en adviezen van experts. De financiering van deze procedures gebeurt vanuit eigen middelen, en doorgaans wordt geprocedeerd door in-house juristen of door een min of meer vast team aan externe advocaten. Deze organisaties worden veelal gefinancierd uit contributies die door het ledenbestand worden opgebracht en hebben het voordeel van een relatief stabiele geldstroom. Het voeren van procedures kan hierbij de belangrijkste of één van een veelheid aan activiteiten zijn, die door deze partijen worden verricht in het belang van hun achterban. Hiervoor hebben zij een specifiek en/of geoormerkt budget ter beschikking. Het overkoepelende doel van deze acties voor deze partijen is beperkt tot de handhaving van bestaande regels en voorkoming van toekomstige schade.² Daarom zien wij hier vrijwel uitsluitend vorderingen tot verklaringen voor recht en geboden of verboden, al dan niet met hieraan verbonden dwangsommen, en geen schadevergoedingsacties. Onduidelijk is of de focus op of de beperking tot niet-schadevergoedingsacties ingegeven is door een strategische inzet van beperkt beschikbare middelen, gebrek aan ervaring en expertise met betrekking tot het voeren van schadevergoedingsacties en/of de aanname gewettigd is dat de leden van dergelijke organisaties geen materiele schades lijden. Eenzelfde beeld zien we bij de overige niet-schadevergoedingszaken,

¹ Zie hoofdstuk 5, par. 5.1 en 5.3 voor een uitgebreidere beschrijving.

² Interview 6.

die worden aangebracht door verenigingen of stichtingen die niet als repeat players kunnen worden aangeduid.³ Deze hebben echter doorgaans niet de beschikking over een zogenaamde ‘oorlogskas’ en zijn dus gedwongen per zaak op zoek te gaan naar financiering.

4.2.2 Totstandkoming collectieve schadevergoedingszaken

Tegenover deze (niet-schadevergoedings)zaken staan de schadevergoedingszaken⁴ die met steun van commerciële partijen worden gefinancierd. Soms worden deze geïnitieerd door initiatiefnemers die met een (vermeende) misstand naar een advocaat stappen en vragen de zaak uit te werken en er financiering voor te vinden. Dit kunnen benadeelden zelf zijn, maar ook mensen met kennis van zaken in een bepaalde sector (bijvoorbeeld de aandelen- of financiële markt) en/of (voormalige) werknemers die min of meer per toeval op een misstand stuiten en de opzet- en/of het bewijs voor een zaak aandragen bij gespecialiseerde advocatenkantoren en/of procesfinanciers,⁵ soms in ruil voor een percentage van de eventuele opbrengst in geval van succes.

Ook bestaan er zogenaamde professionele *claim originators* die in feite van het signaleren van misstanden, het ontwikkelen van een zaak, het bij elkaar brengen van de relevante ervaring en deskundigheid en het vinden van financiering hun werk maken. Dit kunnen derde partijen zijn of soms ook expertisebureaus of advocaten(kantoren) zelf. In plaats van ‘wachten tot het grindpad gaat knarsen’ signaleren en ontwikkelen zij zelf zaken.⁶ Zij gaan hierbij zelf mogelijke zaken, die bijvoorbeeld in de media worden gesignaleerd, proactief onderzoeken, nog voor er een concrete ‘cliënt’ in beeld is. Anders dan in het klassieke geval, waar een advocaat benaderd wordt door een individuele cliënt met een probleem, is het in deze gevallen dus zo dat de advocaat (eventueel in samenwerking met experts en/of een procesfinancier) verantwoordelijk is voor het initiële onderzoek dat de basis vormt voor een zaak. Hier ligt de volgende motivatie aan ten grondslag: profilering in een nieuwe en zich snel ontwikkelende markt, het opbouwen van kennis en ervaring, investeren in reputatie en contacten met financiers, relevante belangenorganisaties, experts en *claim originators*.⁷ Ook wordt in een enkel geval gesproken over een mogelijke bonus in het geval de zaak met succes wordt aangebracht bij een financier.⁸

Zodoende zien we dat met het opkomen van een financieringsmarkt in Nederland, waarop ook buitenlandse financiers zich begeven, er ook een opkomende groep gespecialiseerde advocaten(kantoren) is, die zich bezighoudt met het proactief onderzoeken van mogelijke claims en het vinden van financiering daarvoor. Tot slot zijn er nog de zaken die door procesfinanciers zelf bij advocaten worden aangebracht, doorgaans op basis van wat in andere jurisdicties speelt. De dieselemissieclaims en vrachtwagenkartelclaims zijn hiervan bekende voorbeelden. Zo brengen advocaten zaken dus naar procesfinanciers,⁹ maar procesfinanciers brengen soms ook ideeën of cliënten met een probleem naar advocaten.¹⁰ In de praktijk zijn de relaties tussen advocaten en procesfinanciers van groot belang, en de markt functioneert nog altijd grotendeels op basis van vertrouwen, reputatie en aanbevelingen.¹¹ Een van de geïnterviewde procesfinanciers die de

³ Gezien de korte looptijd van de WAMCA kan het zijn dat sommige partijen die wel als repeat players actief zijn geweest onder het oude 3:305a regime vooralsnog niet als zodanig naar voren komen in het register.

⁴ Zie voor de specifieke aantallen hoofdstuk 3.

⁵ Interview 9.

⁶ Interview 10 en 11.

⁷ Interview 10.

⁸ Interview 10.

⁹ Interview 4.

¹⁰ Interview 11.

¹¹ Interview 4, 11 en 13.

oorsprong van zaken bijhoudt, kwam tot de volgende verdeling: 70% komt van 'repeat users', dus partijen waar vaker mee wordt samengewerkt, nog eens 20% zijn verwijzingen van mensen uit hun netwerk en slechts 10% van de zaken zijn 'out of the blue'.¹² Deze respondent gaf hierbij aan nog maar recent op de Nederlandse markt actief te zijn en bovendien zeer weinig aan reclame te doen. De verdeling kan dus bij andere procesfinanciers, die actiever zijn in het zelf ontwikkelen van zaken en zichzelf als partner bekend maken onder advocaten, anders liggen.

4.3 Kostenopbouw en financiering WAMCA-zaken

Op basis van de interviews kan een beeld worden geschetst van de kosten die aan de procedures zijn verbonden. Ook hierbij zien we zeer grote verschillen in de totale kosten en de belangrijkste kostenposten wanneer een onderscheid wordt gemaakt naar type claim. Het eerdergenoemde onderscheid tussen collectieve schadevergoedingsacties en collectieve acties, waarbij geen schadevergoeding, maar verklaringen voor recht of geboden/verboden worden gevorderd, heeft zijn weerslag op de kosten die voor een procedure worden gemaakt en daarmee op de financieringsvormen die worden gebruikt. De keuze voor verschillende financieringsvormen blijkt in belangrijke mate afhankelijk van het type claim en de partijen achter de claims.

De belangrijkste vormen van financiering die uit de interviews naar voren komen zijn 1) gevestigde belangenorganisaties, zoals de vakbonden of bijvoorbeeld Stichting BREIN, met een zogenaamde 'oorlogskas' van waaruit meerdere zaken worden gefinancierd, 2) private fondsen of bundeling van budgetten als basis voor de financiering van een enkele zaak en 3) commerciële derdenfinanciering van complexe schadevergoedingsprocedures.

Crowdfunding wordt in drie gevallen genoemd,¹³ waarbij slechts in het geval van de claim van een milieuorganisatie een voldoende substantieel bedrag werd binnengehaald (tienduizenden euro's) voor het voeren van ideële procedures.¹⁴ Voor zover dit door andere partijen is uitgetoet, bleek de opbrengt hiervan niet toereikend voor het financieren van een procedure. Eenmaal werd een voorbeeld genoemd waarbij de rechtsbijstandsverzekeraar van één van de benadeelden bereid bleek om de kosten voor de gehele procedure te dekken.¹⁵ Hierbij benadrukte de geïnterviewde dat dit zeer uitzonderlijk is.

De door respondenten genoemde totale kosten lopen zeer uiteen en hebben een spreiding van grofweg € 20.000,- voor de minst complexe procedures in kort geding tot ruim € 5 miljoen¹⁶ voor de meest uitgebreide WAMCA-procedures. De totale kosten zijn sterk afhankelijk van de aard van de claim, waarbij het belangrijkste onderscheid wederom kan worden gemaakt tussen zaken, waarin wel of niet een schadevergoeding wordt geëist.

¹² Voor deze laatste categorie werd opgemerkt dat mensen die op zoek zijn naar financiering en vervolgen 'googlen op litigation funding' doorgaans 'kwalitatief slechte' en dus minder kansrijke zaken hebben. Interview 13.

¹³ Interview 2, 4 en 5.

¹⁴ Interview 5.

¹⁵ Interview 2.

¹⁶ Dit is een kosteninschatting die door funders gemaakt wordt en een bedrag dat door een van de funders voor een specifieke zaak wordt gereserveerd. Omdat nog geen enkele WAMCA-zaak in een stadium is waar de totale kosten kunnen worden opgemaakt is dit de beste benadering van wat de kosten van de meest uitgebreide procedures zou kunnen zijn. In de praktijk kan dit, afhankelijk van het verloop van de zaak uiteraard lager maar ook nog hoger uitpakken.

4.3.1 *Kostenopbouw niet-schadevergoedingsprocedures*

De zaken waarin geen schadevergoeding wordt geëist, blijken de minst kostbare zaken. Hierbij bestaan de kosten vrijwel volledig uit advocaten honoraria. Respondenten noemen hierbij bedragen van rond de € 25.000,- voor kortgedingprocedures en, afhankelijk van de tegenpartij,¹⁷ tussen de € 40.000,- en € 50.000,- voor bodemprocedures. Hierbij benadrukken enkele respondenten dat in veel ideële zaken door advocaten tegen gereduceerd tarief wordt geprocedeerd of dat (een deel van) de advocaten *pro bono* optreedt ten behoeve van partijen met een beperkt budget.¹⁸ Deze advocaten opereren vanuit maatschappelijke betrokkenheid en doen zaken met een maatschappelijk belang zonder winst oogmerk, waardoor de reële kosten feitelijk hoger liggen. De genoemde advocaatkosten in deze zaken staan in schril contrast met inschattingen van advocaten die zaken doen die worden gefinancierd door derden, waar tegen gangbare commerciële tarieven wordt gewerkt en waar de procedures doorgaans complexer van karakter zijn.¹⁹

Verdere kosten die door respondenten worden genoemd zijn:

- De deurwaarderskosten voor het uitbrengen van de dagvaarding. Deze kosten lopen op afhankelijk van het aantal gedaagden en een eventuele internationale component, waarbij dagvaardingen in het buitenland moeten worden uitgebracht.
- Hieraan gerelateerd zijn vertaalkosten die nodig zijn in het geval van een procedure tegen niet-Nederlandse gedaagde(n).
- Kosten van experts en eventueel (voor)onderzoek dat wordt uitbesteed.
- Gerechtskosten.
- Een eventuele kostenveroordeling in het geval van verlies.

In het geval van ad hoc stichtingen die worden opgericht ten behoeve van het aanbrengen van een claim, zijn er ook nog de operationele kosten van deze stichtingen.²⁰ En tot slot zijn er nog de (verborgen) operationele kosten die bestaande belangenorganisaties maken. Deze kosten zijn niet direct gerelateerd aan individuele procedures, maar worden desalniettemin gemaakt bij het zeker stellen van het voortbestaan van de organisaties die de zaken aanbrengen. Voorbeelden hiervan zijn de juristen die in vaste dienst zijn van de vakbonden of een organisatie als PILP-NJCM, een ngo met in-house advocaten die zelf zaken aanbrengen of andere partijen in procedures adviseren. Dergelijke 'institutionele' or 'organisatorische' kosten zijn inherent aan een collectieve actie-model als het Nederlandse, waarin alleen belangenorganisaties die aan bepaalde eisen voldoen een collectieve vordering mogen instellen en waar individuele benadeelden die bevoegdheid niet hebben.²¹

4.3.2 *Kostenopbouw schadevergoedingsprocedures*

Bij schadevergoedingsacties zijn de kosten hoger en hebben zij betrekking op meerdere fases van de procedure. Daarmee zijn zij minder goed voorspelbaar en minder in algemene zin te beschrijven.

¹⁷ De kosten van zaken tegen de overheid worden hierbij iets hoger ingeschat.

¹⁸ Interview 5 en 11.

¹⁹ De genoemde bedragen voor advocaatkosten in deze zaken hebben een bandbreedte van € 150.000, - tot € 500.000, -. Deze bedragen betreffen bovendien het traject tot en met dagvaarding, waar genoemde bedragen tegen gereduceerd tarief in ideële zaken het gehele traject tot aan uitspraak betreft.

²⁰ Respondenten geven echter aan dat deze stichtingen vaak door vrijwilligers worden bevolkt en de kosten dus relatief laag blijven.

²¹ Zie Tzankova 2020, p. 127-152.

Hieronder volgt een opsomming van veelvoorkomende kostenposten, onderverdeeld naar de fase van de procedure.

Reeds voor de start van een procedure en het indienen van de dagvaarding(en), wordt een groot deel van de kosten gemaakt. Respondenten noemen hierbij de volgende kostenposten:

- Het uitwerken van een gesignaleerde misstand tot een plan voor een procedure, ook wel aangeduid als *scoping*.
- Het feitelijke en juridische (voor)onderzoek dat nodig is ten behoeve van het opstellen van de dagvaarding(en).
- Het aantrekken van financiering.
- Kosten voor het oprichten en onderhouden van een (ad hoc) stichting volgens de Claim Code: 3 bestuursleden + 3 leden voor de Raad van Toezicht (RvT), een eventuele eigen expert/advocaat van de RvT, een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, voldoen aan de formele publicatievereisten van de Claim Code (website, governance, communicatie, financiële verslaglegging, secretariaat).
- Eventueel: kosten voor het opzetten van samenwerkingsverbanden met relevante bestaande belangenorganisaties.
- Eventueel: (economische) expert analyse. In het geval van zaken rondom financiële producten is dit vaak nodig om gedetailleerde berekeningen te maken van geleden schade van aangesloten partijen, en ten behoeve van het presenteren van de 'business case' aan een mogelijke financier.
- Werkzaamheden rondom het identificeren en activeren van de groep benadeelden (book-building) en de communicatie naar en 'on-boarding' van deze achterban (via website, campagne, etc.) en hieraan gerelateerde AVG-advisering. Het opbouwen van een aantoonbare groep benadeelden die de actie steunt, is van belang bij de invulling van de eis van representativiteit en wanneer moet worden geconcurrereerd om de aanwijzing als Exclusieve Belangenbehartiger.
- Kosten rondom de verplichte onderhandelingen met gedaagde partijen.
- Het opstellen van de dagvaarding(en). Hier worden de hoogste bedragen aan advocaatkosten gemaakt. Genoemde bedragen aan advocaatkosten voor deze fase van een procedure lopen uiteen van € 150.000,- tot € 500.000,- afhankelijk van de complexiteit van de zaak en de omvang van de dagvaarding.²²

Een aantal respondenten benadrukt dat de kosten voor de oprichting van een ad hoc belangenorganisatie in lijn met de Claim Code als een belangrijke financiële drempel wordt ervaren. Zo rekent een respondent voor dat de 6 leden van het bestuur en de raad van toezicht al snel zo'n € 6.500,- tot € 15.000,- per persoon per jaar, en soms wel meer, kosten en dat voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering die moet worden afgesloten rond de € 25.000,- per jaar moet worden afgerekend. Zodoende lopen de kosten van het onderhouden van een stichting nog voor de procedure van de grond is gemakkelijk op tot zo'n €100.000,- per jaar. Afgezien van de kosten, worden problemen gesignaleerd met het werven van bestuursleden die niet-geconflieerd en/of onafhankelijk zijn, deskundig en bereid om zich langdurig aan dergelijke initiatieven te verbinden. Ook worden problemen ondervonden bij het afsluiten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering en bij het openen van een bankrekening namens de ad hoc belangenorganisaties. In de praktijk kan dat tot een flinke vertraging leiden van 6 maanden tot ruim een jaar bij het opstarten van initiatieven, hetgeen met name als hinderlijk wordt ervaren als verjaringstermijnen spelen. De Claimcode 2019

²² Zo telt de dagvaarding tegen het sociale mediabedrijf TikTok ruim 150 pagina's.

staat weliswaar toe dat betalingen rechtstreeks door de financier kunnen plaatsvinden, maar de tijds afwezigheid van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering blijft dan problematisch.

Qua kosten tijdens de procedure zelf, noemen respondenten de volgende posten:

- Doorlopende kosten stichting
- Administratie rondom en communicatie met de achterban, inclusief opt in/opt out kennisgeving.
- Gangbare advocaatkosten (maar meer proceshandelingen en zittingen door complexiteit procedures)
- Specialistische juridische bijstand (ten behoeve van complexe collectieve schadevergoedingsprocedure)
- Eventuele expertkosten

Volgens een van de procesfinanciers gaat vaak meer dan de helft van het budget op aan kosten rondom de procedure zelf.²³ Een andere respondent noemt minimale bedragen tussen de 500.000 en 1 miljoen euro voor de fase tot en met ontvankelijkheid.²⁴

Na de procedure worden met name kosten rondom de afwikkeling van een eventuele schadevergoeding of een schikkingsovereenkomst genoemd, waaronder:

- Doorlopende advocaatkosten
- Afwikkeling schadevergoeding: promotie/communicatie, indien nodig verdere book-building en on-boarding.
- Doorlopende kosten stichting
- Kosten rondom de daadwerkelijke uitkering van een schadevergoeding

Doordat de WAMCA nog maar kort bestaat en nog geen collectieve schadevorderingszaken zich in dit stadium bevinden, is er nog weinig duidelijk over deze fase van de WAMCA-procedure. Tijdens de focusgroep met advocaten van gedaagde partijen werd deze fase echter (inclusief in het geval van collectieve schikkingsovereenkomsten) wel genoemd als een zeer kostbaar en complex deel van procedures.

4.4 Knelpunten financiering

Ook de knelpunten die zich voordoen zijn sterk gerelateerd aan het type claim, en ook hier is het van belang een onderscheid te maken tussen schadevergoedingszaken en zaken waarin geen schadevergoeding, maar uitsluitend geboden/verboden worden gevorderd.

4.4.1 Financiering niet-schadevergoedingszaken

Een veel voorkomende werkwijze bij belangenorganisaties met budget is dat een jaarlijks potje wordt opgezet van waaruit proceskosten worden betaald en waarin eventuele opbrengsten weer terugvloeien.²⁵ Echter, respondenten geven aan dat dit doorgaans geen revolverende financieringsvorm is en dat het budget dus jaarlijks moet worden aangevuld. Dit gebeurt overwegend vanuit het algemene budget van de organisaties die door ledencontributie bijeen wordt gebracht,

²³ Interview 12.

²⁴ Interview 11

²⁵ Interviews 1, 6 en 8.

ofwel vanuit private, veelal filantropische, fondsen²⁶ die deze organisaties in hun activiteiten ondersteunen. Voor deze partijen is financiering dus in algemene zin, en niet alleen voor eventueel te voeren (collectieve) procedures, een heikel punt. Voor zover procederen voor deze partijen een belangrijke tak van hun activiteiten is (naast andere vormen van actie zoals directe communicatie met tegenpartijen, lobby, campagne voeren, etc.) is met name van belang dat het aan procederen te besteden budget beperkt is, en dat hierbij altijd strategische keuzes moeten worden gemaakt tussen verschillende mogelijke zaken, waarbij kostenverhogende aspecten van de WAMCA (ten opzichte van het oude 305-regime) een extra belasting op het budget geven en daarmee minder zaken mogelijk maken.²⁷

Ook bij de overige partijen die niet als repeat players kunnen worden aangeduid zien we geen (kostbare) schadevergoedingsacties, maar ook niet altijd toereikende middelen. Zodoende moeten deze partijen zo mogelijk nog kritischer te werk gaan in het bepalen welke misstanden wel en welke niet tot een collectieve actie worden doorontwikkeld. Bij deze zaken is veel sprake van *pro bono* werk door advocaten(kantoren) die het algemeen belang van de zaak zien als reden om kosteloos of tegen sterk gereduceerd tarief bij te dragen,²⁸ voor zover zij niet geconflieerd zijn. Procedures tegen bedrijven leveren doorgaans meer conflicten op dan procedures tegen de overheid of (semi)overheid. Desalniettemin zijn deze partijen voor het bekostigen van procedures vaak afhankelijk van een bundeling van financiële middelen en zodoende treden meerdere partijen vaak samen op.²⁹ Naast het bij elkaar brengen van bestaande budgetten werken claimende partijen samen om zodoende ook andere krachten (zoals in-house juristen of experts) te bundelen. In een enkel geval weten deze partijen gebruik te maken van private fondsen ter bekostiging van een procedure. Twee respondenten geven aan dat in sommige zaken, waarin door betrokken partijen niet voldoende geld bij elkaar kon worden gebracht, de zaak in eerste instantie *pro bono* wordt gedaan in de hoop dat er in een later stadium alsnog voldoende financiering wordt veiliggesteld.³⁰

4.4.2 Financiering schadevergoedingszaken

Gezien de hoge kosten die aan dit type claims zijn gerelateerd, zijn eisende partijen nagenoeg volledig aangewezen op de huidige private markt van commerciële procesfinanciers. Met name het voorstadium is hierbij een onzekere fase waar wel kosten worden gemaakt, maar nog geen zekerheid is over de slagingskans van de procedure, noch over de financiering. Veelal is deze fase (voor de zaken die op deze wijze tot stand komen) afhankelijk van ondernemende advocaten die bereid zijn hierin eigen tijd te investeren. Financiers zien graag dat deze fase al (gedeeltelijk) is voltooid voor zij met financiering komen, en vragen advocaten deze fase voor hun rekening te nemen. Er zijn advocaten(kantoren) die bereid zijn deze investeringen tot op zekere hoogte te doen, maar weer anderen geven aan dit in het verleden te hebben gedaan, maar dat zij hier weer vanaf zijn gestapt vanwege de hoge kosten, onzekerheid en de hoeveelheid tijd die het kost, tegenover de onzekere uitkomst.³¹ Afhankelijk van de mate van detail van het vooronderzoek noemen respondenten bedragen tussen de € 7.500 en € 30.000, en een enkele keer ook hoger.³²

²⁶ Een bekend voorbeeld hiervan is het Digital Freedom Fund, een fonds dat ngo's en advocaten ondersteunt bij strategische rechtszaken op het gebied van digitale rechten, <https://digitalfreedomfund.org/>.

²⁷ Interviews 2, 5, 6 en 8.

²⁸ Interview 2 en 5.

²⁹ Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.4 en 3.3.6.

³⁰ Interviews 2 en 5.

³¹ Interview 11.

³² Dit is het bedrag exclusief eventuele expertkosten. Interview 11.

Soms wordt (een deel van de) kosten van het voortraject door ondernemende advocaten opgevangen of door een zogenaamde ‘angel funder’ gefinancierd. De laatstgenoemden zijn kapitaalkrachtige individuen of organisaties die, op basis van vertrouwen en eerdere werkrelatie met een advocaat een bedrag ter beschikking stellen om dit voortraject van een zaak te bekostigen. Als voordeel van dit model noemt een respondent met name de snelheid waarmee kan worden geschakeld. Een advocaat kan op deze wijze al binnen enkele dagen beschikken over budget om het onderzoek uit te voeren en zo de concurrentiepositie ten opzichte van andere mogelijke claimanten bevorderen. De investering van dit type financier wordt over het algemeen afgekocht in geval uiteindelijk een TPF kan worden aangetrokken.³³

Financiers geven aan ook zelf zaken te ontwikkelen. Zij hebben hiervoor de expertise, het budget en de menskracht. Bovendien wordt door financiers gewezen op de mogelijke ‘conflict of interest’ die optreedt wanneer advocaten zelf tijd en geld hebben geïnvesteerd in een zaak. Zij zijn dan mogelijk niet meer volledig objectief over de slagingskansen van een zaak, wanneer zij deze aan een financier presenteren.³⁴ Financiers voeren uiteraard altijd hun eigen onderzoek uit naar de juridische merites en slagingskansen van een zaak. Zo geven zij aan dat de voorfase van dit soort zaken belangrijk is om zaken met weinig kans van slagen te filteren.³⁵ Een van de geïnterviewde financiers gaf hierbij aan dat in die zin commerciële financiers bijdragen aan een betere markt door (ook) te investeren in expert analyses in het voorstadium van een zaak, waarmee slechte zaken in een vroeg stadium worden uitgeselecteerd.³⁶

Respondenten geven aan dat dit een lastig moment is in de ontwikkeling van een zaak.³⁷ In dit stadium zit het grootste risico in het geval van omvangrijke en complexe kwesties, omdat een zaak moet worden onderzocht en opgebouwd veelal nog voor er financiering is. Financiering door commerciële financiers is in de regel namelijk afhankelijk van een beargumenteerde ‘business-case’. Met andere woorden financiers gaan pas in zee met claimende partijen als zij ook de potentie van een claim zien, zowel in slagingskansen als in mogelijke Return On Investment (ROI).

4.4.3 *Beoordelingscriteria financiers*

Om te bezien waarom zaken makkelijker of moeilijker te financieren zijn middels derdenfinanciering is het van belang om de beoordelingscriteria van commerciële financiers in grote lijnen uiteen te zetten. Een combinatie van literatuuronderzoek en interviews met financiers levert een lijst met veelvoorkomende criteria op die door financiers worden gehanteerd bij het beoordelen van aangebrachte zaken. Deze omvatten:

- de juridische merites van de vordering.
- de verhouding tussen de investering en het te verwachten financieel resultaat.
- de ingeschatte kans op succes.
- de solvabiliteit en het vermogen van de gedaagde om kosten en een eventuele vergoeding te betalen
- de kwaliteit van de verdediging aan de kant van gedaagde partijen.
- de motivatie, professionaliteit van en het vertrouwen in de eisende partij, eventueel op basis van eerdere samenwerking.
- de ervaring en reputatie van betrokken advocaten.

³³ Interview 9.

³⁴ Interview 3.

³⁵ Interviews 3, 12 en 13.

³⁶ Interview 13.

³⁷ Interview 9, 10.

- de beoogde jurisdictie en context van de procedure in relatie tot succeschansen en mogelijk rendement.
- het benodigde budget.
- ethische verantwoording van de claim (mogelijke impact op reputatie).

Uit de analyse van de interviews ontstaat een beeld van welke zaken momenteel wel en niet goed in staat zijn om voor derdenfinanciering in aanmerking te komen. De geïnterviewde financiers en advocaten geven de volgende vereisten voor een succesvolle financieringsaanvraag:

- De aanwezigheid van een schadevordering wordt genoemd als de belangrijke voorwaarde.³⁸
- Een voldoende grote groep eisers en bijbehorend financieel belang (dat betreft soms zaken met een hoge claim per benadeelde, maar vaker zaken op basis van een grote groep claimanten met kleinere claims)
- Positieve beoordeling van de merites van een zaak en inschatting van de succeschansen.³⁹
- Een gedaagde partij met voldoende middelen.
- Financiers zien het liefst zaken in verregaande staat van uitwerking, deels om de kosten van de voorfase te beperken.

Naast interne inschatting van bovenstaande criteria laten financiers in de meeste gevallen de zaak beoordelen door externe advocaten, tijdens de zogenaamde *due diligence*. De gewenste verhouding tussen investering en opbrengst is volgens financiers doorgaans 10 op 1, dat wil zeggen dat het bedrag van de financiering dat ze toezeggen niet meer mag zijn dan 10% van de realistische claimwaarde.

Eerder werd al genoemd dat voor naar verwachting succesvolle en commercieel aantrekkelijke procedures het aanbod van externe financiers groot is. Het grote aantal gedupeerden brengt mee dat er sneller belangenorganisaties opstaan om de belangen van deze gedupeerden te behartigen. Zo zien we in collectieve schadevergoedingsactie die als kansrijker worden beoordeeld dat vaak meerdere partijen claims indienen en met elkaar concurreren om als exclusieve belangenbehartiger (EB) te worden aangewezen.

Tegenover deze criteria voor het aantrekken van financiering staan een aantal eigenschappen van zaken die maken dat zij moeilijk tot niet via deze weg te financieren zijn. Dit zijn zaken met een voor commerciële financiers beperkte mogelijkheid tot ROI. Dit zijn zaken met (onder andere) de volgende kenmerken:

- Zaken met een voor de financier onduidelijke 'business case'.
- Zaken gericht op een verklaring voor recht of gebod/verbod.
- Zaken betreffende immateriële schade, bijvoorbeeld zaken gericht op mensenrechten, of vergelijkbaar niet-monetair belang.⁴⁰
- Zaken met een onduidelijke/onbekende groep gedupeerden.
- Zaken met een (te) kleine groep gedupeerden.

³⁸ Hoewel respondenten aangeven dat er andere constructies mogelijk zijn op basis waarvan een ROI kan worden verkregen worden deze zeer zelden toegepast. Een respondent noemt hierbij een voorbeeld van een zaak waarbij een medisch patent werd aangevochten en waarbij een deel van de door gedaagde gemaakte winst van het gebruikte patent aan de funder werd afgedragen. Interview 13.

³⁹ Zaken waarin steun te vinden is in de rechtspraak of eerder (door een toezichthouder) vastgesteld onrechtmatig handelen hebben een hoge(re) slagingskans en zijn daarmee interessant(er) voor financiers. Bekende voorbeelden zijn Dieselemissie- en Truckkartel-zaken, maar ook bijvoorbeeld sociale media platforms die door toezichthouders op hun vingers worden getikt. Zie interview 11.

⁴⁰ Bijvoorbeeld ook in milieuzaken, zie interview 7.

- Zaken tegen een partij zonder voldoende middelen.

Uit bovenstaande samenvatting van de financieringsmogelijkheden naar type zaak wordt duidelijk dat voor zaken die gericht zijn op het snel beëindigen van een inbreuk en die niet gericht zijn op het verhalen van geleden schade voor een groep benadeelden de commerciële financieringsmarkt geen soelaas biedt. Deze (ad hoc) organisaties kiezen doorgaans dan ook niet voor het aanhangig maken van een collectieve actie tot schadevergoeding, maar voor het vorderen van een verklaring voor recht en/of geboden en verboden. Voor dit type vorderingen is het soms lastig om aan de voorwaarden voor het aanhangig maken van een collectieve actie te voldoen.⁴¹ Vaak is sprake van een lastig te definiëren groep benadeelden en soms is het moeilijk om een monetaire waarde aan een claim toe te kennen.

Daarnaast wordt de commerciële context, waarmee een claim die wordt gefinancierd door derden gepaard gaat, vaak als onwenselijk beschouwd. Echter, de belangrijkste redenen die respondenten noemen om niet te kiezen voor een collectieve schadevergoedingsactie zijn de snelheid waarmee een uitspraak kan worden behaald en de complexiteit en kosten die met een schadevergoedingsactie gepaard gaan. Schadevergoedingsacties vereisen een veelvoud aan voorwerk van de simpelere collectieve claims en maken een procedure bovendien onnodig complex en langdurend. De doelstelling bij veel van deze acties is om de inbreuk die wordt aangekaart te stoppen en eventueel om een precedent te scheppen om toekomstige inbreuken te voorkomen. De complexe collectieve schadevergoedingsactie wordt hierbij simpelweg niet als een geschikt middel gezien. Een respondent vatte het als volgt samen: schadevergoedingsacties gaan om genoegdoening voor inbreuken in het verleden, terwijl het deze belangenorganisaties met name te doen is om het voorkomen van inbreuken in de toekomst.

Een aantal respondenten in dit segment geeft wel aan momenteel te onderzoeken welke mogelijkheden en voordelen er zijn bij het starten van massaschadeclaims.⁴² In hoeverre kostenoverwegingen hierbij een beslissende rol gaan spelen, is nog niet duidelijk. Maar op basis van de hoogte van de kosten waarmee het starten van deze schadevergoedingsprocedures gepaard gaat, is het aannemelijk dat men voor het vinden van financiering voor dergelijke procedures volledig op de commerciële financieringsmarkt zal zijn aangewezen. Daarbij blijft de vraag of de claim die zij voor ogen hebben vanuit commercieel oogpunt voldoende interessant is voor financiers, om ook daadwerkelijk via deze weg financiering veilig te stellen.

Voor zover er behoefte bestaat aan alternatieve vormen van financiering ligt deze dus vooral bij partijen en bij een specifiek type claims, waarbij onvoldoende ROI te behalen is voor commerciële financiers, maar waar toch een (collectief en/of maatschappelijk) belang bestaat bij het adresseren van onrechtmatig handelen met collectieve schade tot gevolg. Voor dit type zaken is momenteel lastig derdenfinanciering te vinden, omdat er (vooralsnog) geen duidelijke ROI mogelijk is.

4.5 Procedurele knelpunten WAMCA-praktijk

Bij het bevragen van respondenten naar financiële knelpunten die zich voordoen bij collectieve procedures kwamen vaak ook andere aspecten van deze procedures aan de orde. Bij de bespreking van de kosten die met een WAMCA-procedure gepaard gaan, kwamen vaak procedurele drempels aan de orde die een kostenverhogende uitwerking hebben. Bij het identificeren van een mogelijk

⁴¹ Zie hoofdstuk 2, par. 2.1.3 voor de voorwaarden en enkele knelpunten.

⁴² Interview 5.

marktfalen met betrekking tot financiering van collectieve acties is het dan ook moeilijk om financiële knelpunten los te zien van andere aspecten die bepalend zijn in het geval van WAMCA-procedures.

Respondenten kenmerken de WAMCA-procedure als een 'serie hoepels' waar doorheen moet worden gesprongen en waarbij een procedure op elke hoepel kan stranden.⁴³ Respondenten met ervaring rondom ideële zaken hekelen met name de beperkte mate waarin bij de totstandkoming van de WAMCA rekening is gehouden met procedures die worden ingesteld door ideële belangenorganisaties.⁴⁴ Het meest genoemde aspect van de nieuwe procedure dat een nieuwe drempel opwerpt, zijn de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten.⁴⁵ Het afkaarten van deze vereisten vraagt om meer voorwerk dan voorheen en werkt kostenverhogend. Daardoor wordt de uitkomst van een procedure op het punt van ontvankelijkheid onzekerder. In de wet is vastgelegd dat, in het geval van ideële acties, art. 3:305a lid 2 a t/m e BW niet van toepassing zijn op basis van de uitzondering in lid 3:305a lid 6 BW. Echter, de formulering van de uitzonderingen, alsmede andere vereisten die wel blijven gelden, waaronder indien ook 'slechts' een verklaring voor recht wordt gevorderd, brengen in de praktijk nog altijd de nodige problematiek met zich mee. De volgende bezwaren worden regelmatig door respondenten genoemd.

4.5.1 Lange voorfase

Een inhoudelijke behandeling van collectieve vorderingen kan pas plaatsvinden nadat de rechter heeft beslist dat door de claimende partij aan de ontvankelijkheidseisen is voldaan. In de praktijk blijkt het niet uitzonderlijk dat dit deel van de procedure een jaar in beslag neemt. In de praktijk betekent dit dat partijen zagezegd eerst moeten 'procederen om te mogen procederen'.⁴⁶ Dit heeft ook zijn weerslag op de kosten en brengt ook voor mogelijke financiers een risico met zich mee. Er is met andere woorden sprake van *front loading of costs*.

4.5.2 Representativiteitseis

Ideële rechtsoverdrachten strekken niet altijd tot de behartiging van specifieke personen (denk aan klimaat, dierenrechten, cultuur, toekomstige generaties), dus de vereiste groepsbeschrijving is lastig in te vullen. De representativiteitseis kan bovendien problematisch zijn, doordat de omvang van de achterban gezien wordt als een lastige maatstaf. Het is onduidelijk hoe deze eis dient te worden ingevuld. Het bepleiten van het belang van de actie en waarom de representativiteitseis niet van toepassing is, vraagt extra voorwerk en werkt daarmee kostenverhogend.⁴⁷

4.5.3 Inschrijving in het register en drie maanden termijn

Art 1018c lid 3 Rv schrijft voor dat 3:305a BW-vorderingen worden ingeschreven in het daarvoor bestemde openbare WAMCAregister. De gedachte achter dit register is dat het proces, in het geval van concurrerende dagvaardingen, moet kunnen worden geordend en een exclusieve belangenbehartiger door de rechter kan worden aangewezen. Een dergelijk vereiste is in het geval van ideële acties echter overbodig, zoals een aantal respondenten opmerkte, daar in de praktijk deze organisaties geen concurrerende belangen hebben en veelal de handen ineenslaan, al dan niet door samen als eiser op te treden. Na deze intekening in het register begint bovendien een wachtpriode van 3 maanden zodat

⁴³ Interview 7.

⁴⁴ Interviews 5, 6, 8 en 11. Zie ook de waarschuwing van Bauw & Voet 2017 en na invoering: Peters & van Wees 2022.

⁴⁵ Interview 2, 5, 6, 7, 8, 9, 11 en 14.

⁴⁶ Interview 8.

⁴⁷ Interview 6, 7 en 8.

zaken voor ‘dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen’ en ‘over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen’ aanhangig kunnen worden gemaakt (art. 1018d Rv).

Deze wachtperiode is in bepaalde zaken problematisch, omdat het onrechtmatig handelen dat met de procedure wordt aangekaart gedurende die periode voortduurt. Voorbeelden hiervan zijn zaken, waarbij wordt opgetreden tegen online vormen van privacy schendingen.⁴⁸ Hoewel een kort geding en een voorlopige voorziening hierbij kan helpen, kan het doel van een collectieve actie ook juist een middel zijn om via een verklaring voor recht zogenaamde *repeat offenders* tot de orde te roepen.⁴⁹ Zodoende stellen respondenten dat zij in bepaalde gevallen voor de keuze worden gesteld om voor de duurdere en langere collectieve procedure te kiezen, ofwel voor de voordeligere snelle procedure, waar in de regel minder precedentwerking van uit gaat.

4.5.4 Overlegverplichting

De wettelijk voorgeschreven overlegverplichting en schikkingspogingen die voor en gedurende de procedure dienen te worden ondernomen, blijken met name in de context van online IE schendingen lastig, vanwege het probleem rondom het aanwijzen van de daadwerkelijke boosdoener.⁵⁰ Schikken is in het geval van ideële acties vaak ook geen reële uitkomst, met name waar het gaat om acties die vragen om het stoppen van onrechtmatig handelen, of bijvoorbeeld in het geval van een rechtszaak tegen de staat/specifieke wetgeving. In het laatste geval is schikken überhaupt geen mogelijke uitkomst. In de praktijk wordt door gedaagde partijen vaak opgeworpen dat niet voldoende aan deze overlegverplichting is voldaan.⁵¹

De bovengenoemde knelpunten in de procedure, gezien vanuit het oogpunt van belangenorganisaties die zich doorgaans op ideële zaken richten en zelden schadevergoeding eisen, laten zien hoe de vernieuwde procedure in de praktijk uitpakt voor zaken die niet gericht zijn op het verkrijgen van collectieve schadevergoeding. Niet alle binnen deze opsomming genoemde punten hebben directe raakvlakken met de financiering van collectieve acties, echter met name de punten die bijdragen aan de onzekere en langere duur van het traject of die de tegenpartij meer munitie geven om verweer te voeren op (deels onduidelijke) procedurele punten, hebben een kostenverhogend en vertragend effect door het aanvullende werk dat op verschillende momenten van advocaten en belangenorganisaties wordt vereist.⁵² Zo is het opstellen van een dagvaarding arbeidsintensiever door het vooraf adresseren van de ontvankelijkheidsvereisten en mogelijke verweren op deze punten, en moet gedurende de procedure op deze verweren worden gereageerd. Het moet gezien worden of het hier om kinderziektes van de WAMCA gaat, of om structurele bezwaren.

Naast verhoogde kosten en dus de druk op het beschikbare budget is het voor repeat players ook een kwestie van beschikbare capaciteit. De extra tijd die in voorbereiding en behandeling van zaken onder het nieuwe regime gaat zitten kan niet worden besteed aan andere zaken. In sommige gevallen

⁴⁸ Interview 6. Ook in het geval van inbreuken in het IE domein kan deze vertraging als problematisch worden ervaren, zie interview 2.

⁴⁹ Mits de rechter meegaat in het buiten beschouwing laten van de drie maanden-termijn en andere vereisten. Zie interview 6.

⁵⁰ Interview 6.

⁵¹ Interviews 6 en 8.

⁵² Peters & van Wees 2022 noemen ook nog het vereiste van een ‘nauw omschreven groep benadeelden’ als bijkomend knelpunt, en bepleiten dat het vereiste van een ‘nauw omschreven groep benadeelden’ en de mogelijkheid tot opt-out (ontleend aan de WCAM) een vereiste is dat bij ideële acties misplaatst lijkt.

betekent dit dat zaken worden uitbesteed.⁵³ De kosten hiervan liggen doorgaans hoger dan wanneer een zaak intern wordt afgehandeld, wat weer meer druk legt op het beschikbare budget.

Ook zijn in een aantal zaken de complicaties van het overgangsrecht en de scope rule aan de orde gekomen, zoals in een enkel interview werd genoemd.⁵⁴ Onduidelijkheden hierover legt ook druk op de capaciteit en kosten.⁵⁵

4.6 Kort geding versus bodemprocedure

Naast het opwerpen van procedurele drempels heeft WAMCA bepaalde strategische keuzes, zoals deze bestonden onder het oude 3:305a regime, moeilijker gemaakt. Een voorbeeld hiervan dat hiervoor reeds terloops ter sprake kwam, is dat voorheen een bodemprocedure kon worden gestart met daarin een verzoek tot voorlopige voorziening, waarmee de inhoudelijke voordelen van de bodemprocedure en de spoed van een voorlopige voorziening konden worden benut. Door de drie maanden termijn in de WAMCA is dit niet meer mogelijk en moet een keuze worden gemaakt tussen kort geding, zonder de inhoudelijke voordelen en mogelijke precedentwerking van een bodemprocedure, en de volledige WAMCA-procedure, waarbij de specifieke procedurele eisen van toepassing zijn en dus extra drempels worden opgeworpen voor ideële zaken.

In algemene zin maken de vertragingen die aan de WAMCA kunnen worden toegeschreven in sommige gevallen het starten van een procedure zinloos, daar het aangekaarte probleem niet binnen een zinvolle termijn kan worden geadresseerd. Door de duur en onzekerheid over de nieuwe procedure overwegen deze partijen meer dan voorheen andere wegen dan procederen om het probleem aan te kaarten.⁵⁶ Of dit een (onverdeeld) positieve ontwikkeling is, is vooralsnog onduidelijk en zal mede afhangen van de effectiviteit van de alternatieve wegen en de aard van de problemen die dan niet meer via de rechter worden aangekaart. De rechterlijke macht wordt zodoende wellicht op de korte termijn minder zwaar belast – hoewel dit kan worden betwijfeld –, maar het is onduidelijk, wat de lange termijn gevolgen hiervan zijn voor het recht op toegang tot de rechter in dit soort gevallen.

Alleen als belangenorganisaties kiezen voor een kort geding kunnen zij bepaalde voorschriften van de WAMCA ontlopen. Een kort geding is uiteraard alleen mogelijk wanneer er sprake is van een spoedeisend belang, en doet met bodemprocedures geassocieerde voordelen (precedentwerking) te niet.⁵⁷ Toch geven partijen ook aan soms te overwegen om te kiezen voor een kort geding in de hoop de hoge drempels van de ontvankelijkheidsvereisten (gedeeltelijk) te omzeilen, zelfs als het spoedeisend belang discutabel is.⁵⁸

Een voordeel voor repeat players met oorlogskas (ten opzichte van ad hoc organisaties met commerciële financiering voor een enkele zaak) is dat zij meer ruimte hebben om kostenverhogende aspecten van een principiële procedure op te vangen. Zo zijn er, bijvoorbeeld op het terrein van IE inbreuken, grote verschillen in kosten tussen een kort gedingprocedure die moet leiden tot een beslissing dat een partij een bepaalde inbreuk moet staken of een bodemprocedure in principiële

⁵³ Interviews 6 en 8.

⁵⁴ Interview 10 (overgangsrecht) en interview 11 (scope rule).

⁵⁵ Zie hoofdstuk 2 voor de behandeling van deze regels, par. 2.1.2(a) (overgangsrecht) en par. 2.2.3(b) (scope rule).

⁵⁶ Interview 8.

⁵⁷ Collectieve acties in kort geding vallen buiten Titel 14A, afgezien van het bepaalde in lid 1 van art. 1018c Rv dat de vereiste inhoud van de procesinleiding omschrijft (zie art. 1018b lid 1 slotzin Rv).

⁵⁸ Interview 8.

zaken. Bodemprocedures kunnen uitlopen op een beroepsprocedure, die in het geval van principiële procedures kunnen leiden tot prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie EU. Hoe meer stappen er gezet worden des te hoger het kostenplaatje. En waar het gaat om procedures met een principieel karakter zullen deze stappen van groter belang zijn om uiteindelijk tot een uitspraak en jurisprudentie te komen.⁵⁹

4.7 ‘Chilling effect’ onzekerheden WAMCA voor niet-commerciële markt

Ook in het geval van intern gefinancierde procedures hebben de huidige onzekerheden een uitwerking op de keuzes die gemaakt worden. De onzekerheden waarmee de WAMCA is omgeven, nopen belangenorganisaties soms tot het maken van strategische keuzes. Een van deze keuzes is het afzien van een collectieve actie en in plaats hiervan toch te kiezen voor procederen op naam. Waar voorheen mogelijk wel voor een 3:305a-procedure zou zijn gekozen om met een procedure de belangen van een brede achterban te dienen, wordt nu gekozen voor de ‘eenvoudigere’ en met minder onzekerheden omgeven gevoegde procedure met een aantal individuele claimanten. Hierbij hebben de procedurele onzekerheden en financiële aspecten die met een WAMCA-procedure worden geassocieerd een *chilling effect* op de toegankelijkheid van een procedure die juist bedoeld is om de rechtspraak efficiënter, en het behartigen van collectieve belangen makkelijker, te maken.

Meer specifiek geldt voor rechtsterreinen als het arbeidsrecht bovendien dat procederen op naam, en dus niet middels een representatieve organisatie, niet de voorkeur heeft, en doorgaans lastig van de grond is te krijgen, omdat individuele eisers hiermee ‘hun hoofd op het hakblok leggen’ en de persoonlijke relatie met hun werkgever op het spel zetten, aldus één van de respondenten. Waar de oude 3:305a-procedure zowel de representatie mogelijk maakte, waarbij individuele benadeelden niet uit eigen naam hoeven te procederen, als de collectiviteit, waarbij een grote groep benadeelde in één keer werd bediend, zorgen de onzekerheden van de nieuwe vereisten onder WAMCA dat soms toch van deze mogelijkheid wordt afgezien. Dit leidt ertoe dat vanuit het oogpunt van deze eisers vraagtekens worden gezet bij de voordelen van de WAMCA, ten opzichte van het oude regime.

4.8 Commerciële financieringsmarkt en onzekerheden WAMCA

De aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten zijn niet alleen van invloed op de meer ideële zaken, maar brengen ook onzekerheden met zich mee voor de schadevergoedingsacties en de wijze waarop deze gefinancierd (kunnen) worden. Momenteel zijn de onzekerheden omtrent de ontvankelijkheidsvereisten van dusdanig belang dat volgens sommige geïnterviewde advocaten de betrokken financiers niet verder kijken dan dit stadium van de procedure bij het maken van kostenramingen en het beschikbaar stellen van budgetten.⁶⁰ De gedachte hierbij is dat zodra deze horde genomen is, alleen nog de beantwoording van de rechtsvraag rest, waarvoor door financiers over het algemeen een betere risico inschatting kan worden gemaakt. Dit beeld wordt bevestigd door de geïnterviewde financier die de ontvankelijkheidsvereisten, naast de hoogte en vormgeving van de schadevordering, als belangrijkste ‘make or break’ aspect noemt in de financiering van specifieke zaken.⁶¹ De bestaande onzekerheid over hoe dit in de Nederlandse context invulling krijgt, zorgt voor een zekere terughoudendheid van financiers bij het financieren van zaken. Dit heeft niet alleen zijn weerslag op de huidige financieringspraktijk, maar zal volgens de geïnterviewde financiers ook de toekomstige markt naar verwachting op belangrijke wijze beïnvloeden.⁶² Zij schetsen hierbij het

⁵⁹ Interview 6.

⁶⁰ Interview 11.

⁶¹ Interviews 3, 12 en 13.

⁶² Interviews 3, 12 en 13.

volgende toekomstbeeld: afhankelijk van hoe strikt de ontvankelijkheidsvereisten door rechters worden toegepast en van de (toekomstige) voorspelbaarheid van deze fase van een procedure zal het voor financiers een lagere of hogere mate van onzekerheid met zich meebrengen. Meer onzekerheid in de uitkomst van deze fase van de procedure zal voor meer terughoudendheid van financiers zorgen en daarmee een beperkend effect hebben op de financieringsmogelijkheden in het geval van collectieve schadevergoedingszaken.⁶³

Wat dat betreft geven zowel advocaten met ervaring op het vlak van derdenfinanciering, als geïnterviewde financiers zelf aan dat de onduidelijkheid over praktische invulling van de WAMCA momenteel voor een onzekere markt zorgt.⁶⁴ Financiers hebben het liefst zaken met een gecontroleerde groep claimanten, een duidelijke afbakening van de investering en een helder beeld van de uiteindelijke opbrengst.⁶⁵ De huidige onzekerheid zorgt, vanuit het perspectief van financiers, voor risicovollere investeringen en maakt dat financiers een meer afwachtende houding aannemen. Zij noemen de onzekerheden omtrent ontvankelijkheid en de berekening van schadevergoedingen de twee belangrijkste 'make or break' punten die de Nederlandse markt al dan niet aantrekkelijk maken en houden.⁶⁶

Als belangrijke reden om toch de Nederlandse markt voor financiering van collectieve acties te betreden, is door respondenten het zogenaamde FOMO-effect genoemd: *fear of missing out*.⁶⁷ In het geval de Nederlandse markt zich op basis van komende jurisprudentie gunstig zou ontwikkelen, willen financiers (net als de eerder genoemde ondernemende advocaten) al zichtbaarheid, contacten en ervaring hebben opgebouwd en niet pas dan de markt hoeven te betreden en met een minder gunstige concurrentiepositie als uitgangspunt te maken krijgen.⁶⁸

Hiernaast bestaan er momenteel onduidelijkheden over bepaalde aspecten van de invulling van collectieve claims. Een belangrijke onzekerheid die wordt genoemd is de (vooralsnog theoretische) mogelijkheid tot verhalen van de investering van een financier op de gedaagde partij in geval van winst.⁶⁹ Naar Nederlands recht betaalt de in het ongelijk gestelde partij in de procedure de griffierechten en de kosten van vertegenwoordiging van de winnende partij (artikel 237 Rv). Deze kosten worden echter toegekend op basis van gefixeerde tarieven die niet de werkelijk gemaakte kosten dekken, maar vaak substantieel lager zijn; meestal niet meer dan enkele duizenden euro's. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen de gemaakte kosten volledig worden vergoed. Dit kan gebeuren in bepaalde geschillen met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten,⁷⁰ of in geval van onrechtmatig procederen door één van de partijen. In dergelijke zeldzame gevallen is het niet onmogelijk dat de rechtbanken de in het ongelijk gestelde partij veroordelen tot betaling van de procesfinancieringskosten van de winnende partij.

Deze theoretische mogelijkheid van het verhalen van (een veelvoud van) de investering van de financier op gedaagde als zijnde onderdeel van de 'niet onredelijke kosten van de stichting' zou ook in andere gevallen dan die met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten tot een volledige vergoeding van de kosten van de procedure leiden, waaronder dus ook de *success fee* van de financier. De redenering is dat deze kosten ook tot de kosten van de stichting behoren. Dit zou tevens een

⁶³ Interviews 3, 12 en 13.

⁶⁴ Interviews 3, 9, 10, 12 en 13.

⁶⁵ Interview 9.

⁶⁶ Interview 3, 12 en 13.

⁶⁷ Interviews 4 en 9.

⁶⁸ Interviews 3, 9, 10, 12, 13.

⁶⁹ Interview 10.

⁷⁰ Art. 1019h Rv.

oplossing kunnen bieden voor zaken die thans in het geheel niet in aanmerking komen voor TPF door het ontbreken van een ROI op basis van een percentage van de opbrengst van een schadevergoeding. Dat kan zijn, hetzij doordat niet een schadevergoeding, maar een verklaring voor recht of gebod en/of verbod worden gevorderd, hetzij doordat de schadevergoeding te laag is. Dat zou deze zaken, die nu buiten de spreekwoordelijke ‘financieringsboot’ vallen mogelijk aantrekkelijk maken voor commerciële investeerders.⁷¹ In de praktijk moet echter nog blijken welke maatstaven rechters hiervoor zullen aanleggen.

Een andere, hieraan gerelateerde, vraag is wat Nederlandse rechters zullen besluiten ten aanzien van de mogelijkheid om abstract berekende schadevergoeding te vorderen en de eventuele hoogte daarvan in collectieve claims bij massale privacy schendingen, bijvoorbeeld als gevolg van datalekken. De werkhypothese bij een aantal lopende AVG-zaken is dat ook voor het collectief een bedrag kan worden geclaimd voor geleden (immateriële en/of materiële) schade.⁷² Dit is een aanname waarvoor nog geen precedents zijn onder WAMCA en dus een onzeker uitgangspunt. Vanuit de financiers is dit een vorm van ‘testing the waters’ om te bezien in hoeverre dit type zaken een zinvolle investering kunnen zijn met een te verwachten ROI. Hiervoor wordt nu bijvoorbeeld in de zaak tegen Oracle & Salesforce een bedrag van € 500,- per persoon geclaimd in de hoop dat Nederlandse rechters hierin mee zullen gaan.⁷³ Als het echter zo uitpakt dat Nederlandse rechters niet meegaan in deze vorm van vergoeding, of dat de vastgestelde vergoedingen lager uitpakken, waardoor de ROI niet meer werkt, zal dit voor financiers betekenen dat zij deze zaken in het geheel niet of minder snel zullen financieren.⁷⁴

Zoals hiervoor uiteengezet is de ‘business case’ van commerciële financiers in belangrijke mate afhankelijk van de hoogte van de claim per benadeelde die door de Nederlandse rechters wordt toegekend.⁷⁵ De uitkomst hiervan kan een bepalende invloed hebben op hoe het financieringsveld er in de toekomst uitziet. Dit zou ook kunnen veranderen als de rechtspraak besluit dat een veelvoud van de investering als kostenpost mag worden verrekend bij winst, en/of dat ook in het geval van verklaringen voor recht compensatie kan worden gegeven.

4.9 Opvattingen over nut en noodzaak processenfonds

Respondenten is, naast reflecties op de financiering van collectieve procedures, gevraagd naar hun ideeën over wat een publiek gefinancierd processenfonds mogelijk aan de huidige markt zou kunnen bijdragen en wat hierbij belangrijke overwegingen zouden moeten zijn. Het hiernavolgende is een verslag van wat in de interviews naar voren is gebracht met betrekking tot gepercipieerd marktfalen, een mogelijke behoefte aan alternatieve financieringsvormen en wat wordt gezien als de mogelijke bijdrage van een processenfonds voor collectieve acties. Hierbij komt een aantal kernthema’s naar voren die in de volgende subparagrafen worden besproken.

⁷¹ Interview 10. Zie ook art. 1018I lid 2 Rv en *Kamerstukken II 2017/18*, 34 608, nr. 9, p. 5, waar deze redenering aan wordt ontleend.

⁷² Interviews 3, 10 en 11

⁷³ Interview 11.

⁷⁴ Interview 12.

⁷⁵ Interview 3, 10, 12 en 13.

4.9.1 Beschikbare markt voor specifiek type schadevergoedingszaken

Voor rechtsgebieden en zaken die vanuit financieringsoogpunt als aantrekkelijk worden gezien, wordt in feite geen probleem met betrekking tot de huidige financieringsmogelijkheden gesignaleerd.⁷⁶ Voor deze categorie claims (denk aan de Deselemissiezaken, beleggingsschade en kartelclaims, hoewel laatstgenoemde groep vooralsnog ondervertegenwoordigd is onder de WAMCA), is momenteel een grotendeels toereikende private markt van financiering en gespecialiseerde advocatuur in ontwikkeling.⁷⁷ De huidige Nederlandse markt van collectieve acties is voor financiers interessant en een relatief groot aantal is inmiddels in Nederland actief in het financieren van collectieve schadevergoedingsacties. Zogenaamde *claim originators* hebben vanwege de mogelijke ROI bovendien een incentive om te investeren in het voortraject van potentiële zaken, door de kosten van *scoping*, 'case building' en eventueel vooronderzoek op zich te nemen alvorens naar een financier te stappen. Zodoende ontstaat ook een businesscase voor advocaten(kantoren) en andere professionals, zoals experts, om zaken te helpen onderzoeken en op te zetten, alvorens zij in een meer gevorderde vorm worden voorgelegd aan financiers. En andersom weten de financiers deze groep advocaten te vinden, wanneer zij zelf een zaak 'in de aanbieding' hebben.

4.9.2 Financiering voorfase schadevergoedingsacties

In deze voorbereidende fase zit vaak wel de grootste onzekerheid en daarmee ook het grootste risico dat zaken niet van de grond komen omdat geen der partijen bereid wordt gevonden te investeren in het onderzoek en de voorbereiding van een zaak die mogelijk wel kansrijk is. En als er al partijen zijn die bereid zijn om deze zogenoemde *seed funding* te verstrekken, zijn de kosten daarvan aanzienlijk, omdat daarover door financiers een hogere risico-opslag wordt gerekend. Op basis hiervan wordt door verschillende respondenten geopperd dat een fonds voor collectieve procedures ook gericht zou kunnen zijn op de financiering van deze onzekere voorfase van collectieve schadevergoedingsacties, om zodoende meer van dit type zaken tegen lagere kosten van de grond te krijgen.⁷⁸ De vooronderstelling is dat met een verruiming van de beschikbare middelen voor dit risicovolle deel van dit soort zaken, het totaal aantal zaken dat wordt aangebracht (allereerst bij commerciële financiers, en vervolgens bij de rechter) zal toenemen. De meningen onder respondenten over de noodzaak hiervan is echter niet eenduidig. Met name de meer ondernemende advocaten, die actief zijn in het onderzoeken en ontwikkelen van zaken, geven aan dat dit een risico is dat prima gedragen kan worden door advocaten, die hiermee vervolgens naar een financier stappen om financiering rond te krijgen. Belangrijkste argument tegen het financieren van dit onzekere voortraject, zo geven deze advocaten aan, is dat hiermee ook grotere advocatenkantoren, die wel de financiële capaciteit hebben, maar momenteel niet de bereidwilligheid hebben om te investeren in dergelijke zaken, daarmee zouden worden gesubsidieerd. Met andere woorden, er zijn momenteel voldoende advocaten bereid om dit risico op zich te nemen, mits hier tegenover staat dat zij voor deze investering later worden gecompenseerd door de eventueel gevonden financier. Het subsidiëren van dit voortraject zou hierbij naar verwachting resulteren in een situatie waarbij, bij gebrek aan risico, de grotere advocatenkantoren dit deel van de 'markt' zouden overnemen.⁷⁹ Bovendien, zo stelt een respondent,

⁷⁶ Deze conclusie werd zowel in interviews, als in de focusgroep en expertmeeting door respondenten breed gedeeld.

⁷⁷ Ook hier geldt echter weer dat er, ook voor dit type zaken, veel onzekerheid bestaat over de toekomst van de financieringsmogelijkheden. De huidige financieringsmarkt is afhankelijk van een aantal cruciale punten in komende jurisprudentie die een bepalende rol gaan spelen in hoe deze financieringsmarkt en de hieraan gerelateerde gespecialiseerde advocatuur zich zullen ontwikkelen.

⁷⁸ Interviews 10 en 11.

⁷⁹ Interview 10.

zou hiermee onterecht een belangrijk risico dat nu bij de private financiers ligt door het fonds worden overgenomen.⁸⁰

4.9.3 *Behoeftte bij commercieel niet haalbare claims*

Duidelijk is dat het bij de hierboven omschreven zaken gaat om een type zaak van een specifieke categorie. Dit zijn de collectieve schadevergoedingsacties met een grote groep gedupeerden, een duidelijke mogelijkheid tot ROI voor financiers en goede slagingskansen. Uiteindelijk heeft dit model, bezien over het geheel van zaken dat wij in het WAMCA-register tegenkomen vooralsnog een relatief beperkte 'reikwijdte' en zien we dus ook veel zaken die niet aan de voorwaarden voor derdenfinanciering voldoen die niet via deze weg gefinancierd (kan) worden. Er bestaat zodoende wel behoefte aan alternatieve vormen van financiering in het geval van vermeende misstanden, waar publieke handhaving afwezig of ontoereikend is en waar bovendien geen 'business case' bestaat voor financiers. Het mogelijke nut van een publiek processenfonds wordt door respondenten (zowel in de interviews als de focusgroep en expertmeeting) dan ook vooral geïdentificeerd in de hoek van procedures met een maatschappelijk belang, waar (in de regel) geen schadevergoeding wordt geëist en waar handhaving via andere wegen niet (voldoende) plaatsvindt. Deze zaken zijn in de regel aangewezen op een beperkt aantal financieringsmogelijkheden. De advocaten onder de respondenten die in deze hoek actief zijn, geven dan ook aan dat met enige regelmaat zaken niet van de grond komen door een gebrek aan financiering.⁸¹

De respondenten in de interviews identificeren de grootste behoefte bij zaken, waarbij de vordering een algemeen belang dient dat niet op andere wijze (bijvoorbeeld door publieke handhaving) wordt aangekaart.⁸² In die zin worden deze collectieve acties omschreven als een vorm van een civielrechtelijke handhaving van maatschappelijke misstanden. Bovendien wordt gewezen op collectieve acties als een oplossing voor problemen rondom individuele claims, zowel in de zin van de te hoge kostendrempel voor individuele claimanten (strooischade), als een efficiëntere oplossing, dan verschillende losse procedures. Deze claims zijn echter vaak vooral gericht op het stoppen van een bepaalde inbreuk en zijn om die reden gericht op het verkrijgen van een verklaring voor recht en/of verbod of gebod. Het eisen van een schadevergoeding wordt in deze context dan ook zelden toegepast, omdat de procedures daarmee een nadrukkelijk langere looptijd hebben (en de inbreuk dus niet tijdig wordt aangepakt) en omdat hiermee de kosten significant toenemen. Meerdere respondenten geven aan dat vaak het behalen van een succes in de vorm van een verklaring voor recht, en daarmee een einde aan het onrechtmatig handelen, te prefereren is boven het complexere en langduriger procederen voor schadevergoeding.⁸³ Maar ook in deze zaken worden significante kosten gemaakt, waarvoor niet altijd voldoende financiering wordt gevonden. We zien dat organisaties vaak samen optrekken om de kosten te delen en dat advocaten tegen een gereduceerd tarief of wel *pro bono* werken in het geval van claims met een algemeen belang.

Voor deze zaken wordt dan ook een gebrek aan financieringsmogelijkheden geïdentificeerd, waarvoor een processenfonds een oplossing zou kunnen bieden, zodat er geen volledige afhankelijkheid is van

⁸⁰ Interview 12.

⁸¹ Interviews 2 en 5. Een bekend voorbeeld van een succesvolle zaak die bijna op financiering strandde, is de zogenaamde SyRI-zaak. Deze zaak, die nog onder het oude 3:305a regime viel, werd in eerste instantie door geëngageerde advocaten opgezet maar kon in dit stadium niet doorgaan omdat geen financiering kon worden gevonden. Later is de zaak bij een andere advocaat alsnog doorgegaan dankzij financiering van het Duitse *Digital Freedom Fund* dat bereid bleek om in de zaak te investeren.

⁸² Deze constatering werd gedeeld door de deelnemers aan de focusgroep en expertmeeting.

⁸³ Interviews 2, 5, 6 en 8.

de beschikbaarheid van advocaten die op dat moment op *pro bono* basis kunnen optreden. Net als bij de *repeat players* wordt in deze hoek door belangenbehartigers en advocaten noodgedwongen een selectie gemaakt in de zaken die wel en niet worden opgepakt. Hierbij spelen financiële overwegingen de belangrijkste rol.⁸⁴ Zo stellen respondenten dat de hoeveelheid mogelijke zaken laat zien dat er maatschappelijke problemen zijn die met dit soort met rechtszaken effectief en efficiënt kunnen worden opgelost. Er bestaat een relatief grote groep organisaties en advocaten die dergelijke zaken kunnen en willen opzetten. Tegelijkertijd is financiering hierbij een *bottleneck*. Hiervoor zou een processenfonds een goede oplossing kunnen bieden.

4.9.5 Bijdrage aan rechtsontwikkeling

In bredere zin is de vraag naar het nut van een processenfonds volgens sommige respondenten ook van belang in het kader van een mogelijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling, omdat het deels zaken betreft met een publiek belang (o.a. consumentenrecht, privacy, milieubescherming), die anders niet aan de rechter worden voorgelegd.⁸⁵ Wij zagen (in 4.4.3) dat bij de toetsingscriteria van financiers om te investeren in zaken, bij voorkeur wordt aangesloten bij bestendige rechtspraak, omdat het risico dan als lager beoordeeld wordt. Dit betekent dat TPLF naar haar aard niet aan 'rechtsontwikkeling' bijdraagt. Dit lijkt op dit moment anders te liggen in elk geval op het terrein van een aantal schadevergoedingszaken (bijvoorbeeld over privacy schendingen), maar zoals hiervoor in 4.8 werd uiteengezet, heeft dat een specifieke tijd- en plaats gebonden achtergrond.

De winst van het aanbieden van een alternatieve financieringsstroom zou, afhankelijk van de vormgeving, dan ook kunnen zitten in het maatschappelijk belang van deze zaken als *de facto* privaatrechtelijke handhaving⁸⁶ en in de effectieve en efficiënte bundeling van claims die in individuele vorm nooit van de grond zouden komen (strooischade), of die momenteel in gespreide vorm een grote druk op de rechtspraak leggen. In hetzelfde kader wijzen respondenten ook op de strategische keuzes die moeten worden gemaakt op basis van kostenoverwegingen, zoals bijvoorbeeld de hierboven beschreven overwegingen tussen kort geding en bodemprocedures. Omdat rechtsontwikkeling doorgaans niet plaatsvindt in kortgedingprocedures en beslissingen in collectieve (bodem)procedures een brede impact hebben, zal het vergroten van de toegankelijkheid van collectieve procedures naar verwachting ook een positieve bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling. De veronderstelling hierbij is wel dat het de financiële en niet inhoudelijke drempels zijn die partijen laten afzien van het gebruik van 3:305a BW en van een bodemprocedure.

4.9.6 Ruimere budgetten *repeat players*

Een aantal rechtsterreinen, zoals op het gebied van IE inbreuken en arbeidsgeschillen, kent belangenbehartigers met een relatief effectieve track-record op het gebied van handhaving middels representatieve acties. Deze *repeat players* zijn verantwoordelijk voor substantieel deel van de collectieve procedures die middels de WAMCA worden aangebracht. Zij hebben ruime ervaring in het gebruik van collectieve procedures ten behoeve van de belangen van hun achterban en kunnen voor het voeren van individuele rechtszaken in principe uit de voeten met het beschikbare budget. Zij moeten hierbij wel strikt selecteren in de zaken die worden onderzocht, voorbereid en aangebracht. Het beschikbare budget voor het voeren van deze procedures is ook bij deze *repeat players* beperkt. Met de kostenverhogende werking van bepaalde aspecten van de WAMCA-procedure moeten deze

⁸⁴ Interviews 2, 5 en 11.

⁸⁵ Interview 2, 5, 6, 7 en 11

⁸⁶ Zie Tzankova 2005, p. 49-69 en 130-132, over het belang van privaatrechtelijke handhaving via collectieve afwikkeling.

partijen bovendien nog meer dan voorheen kiezen welke zaken wel en welke niet worden aangebracht. Bovendien is de financiering van deze partijen altijd onzeker en aan verandering onderhevig. Hierbij is dus de teneur dat meer budget altijd welkom is.⁸⁷

Het feit dat keuzes moeten worden gemaakt in welke zaken wel en niet worden opgepakt op basis van budgettaire mogelijkheden, gecombineerd met de trackrecord van deze partijen (die bovendien zonder risico voor reputatieschade kunnen procederen) suggereert dat deze procedures een relatief effectieve vorm van private handhaving zijn die momenteel nog niet volledig wordt benut. Respondenten geven dan ook aan dat het vergoten van het budget van deze partijen, al dan niet middels een processenfonds, een verbetering van de handhaving zou opleveren.

4.9.7 *Beperkingen commerciële context derdenfinanciering*

Uit de interviews blijkt dat in het geval van algemeen belang zaken ook de commerciële context, waarmee derdenfinanciering omgeven is, een reden kan zijn om niet voor deze financieringsvorm te kiezen. De context van derdenfinanciering kan een element van commercie toevoegen aan publiek belang zaken die in beginsel gaan om het adresseren van onrechtmatig handelen. Ook in dit soort zaken kan in principe worden overwogen om een collectieve schadevergoedingsactie te starten en de vergoeding van geleden schade te claimen. Een respondent werkzaam bij één van de belangenorganisaties die als *repeat players* kunnen worden gezien, gaf aan hiervoor ook benaderd te worden door procesfinanciers,⁸⁸ die naar alle waarschijnlijkheid gebruik willen maken van de reputatie van bepaalde organisaties om op deze wijze de kans om als exclusieve belangenbehartiger aangewezen te worden te vergroten. Zij benadrukken hierbij dat dit kan zorgen voor conflicterende belangen van financiers en het publiek belang dat met de zaak gediend tracht te worden.⁸⁹ Waar procesfinanciers een verdienmodel hebben op basis van geleden schade in het verleden, is het voor de belangenorganisaties van belang om de schadetoebrengende activiteit te stoppen en schade in de toekomst te voorkomen.

Ook op het terreinen van privacy schendingen bestaat de mogelijkheid om zowel te procederen ten behoeve van een verklaring voor recht, om op korte termijn een einde te maken aan de overtreding, als te procederen voor een vergoeding van geleden schade. In het laatste geval ligt het voor de hand, vanwege de complexiteit van een dergelijke procedure en de bijkomende kosten van een collectieve actie (met name de *book-building*), om met derdenfinanciers in zee te gaan. Echter, zo geven respondenten uit deze hoek aan, kan met het in zee gaan met een financier de mogelijkheid tot procederen voor een verklaring voor recht (wat in veel gevallen te prefereren is vanwege kortere looptijd, definitieve uitkomst en einde overtreding, vb. privacy schending) in de verdrukking komen, omdat hierbij voor de financier geen ROI te behalen is. Gedurende het proces zou bovendien een situatie kunnen ontstaan, waarbij een mogelijke schikking, waarbij de overtreder de fout erkent en meewerkt aan een oplossing, door een financier niet als een acceptabele uitkomst wordt gezien, omdat daarbij geen ROI wordt behaald.⁹⁰ Andere genoemde problematische aspecten hierbij kunnen zijn: de financier wordt in feite cliënt, strategische keuzes worden in belangrijke mate bepaald door de financier op basis van geboden budgettaire mogelijkheden, en de daadwerkelijke cliënt heeft geen feitelijke beslismacht meer.⁹¹

⁸⁷ Interview 6.

⁸⁸ Interview 5.

⁸⁹ Interview 5 en 11.

⁹⁰ Interview 5.

⁹¹ Interviews 5 en 11.

Hiernaast wordt door respondenten ook de onderlinge concurrentie tussen verschillende claimende partijen genoemd als een probleem dat zich bij de totstandkoming van zaken voordoet. Wanneer partijen voor hetzelfde (algemeen) belang procederen, is volgens respondenten samenwerking mogelijk en gewenst, hetgeen ook blijkt uit aangebrachte dagvaardingen.⁹² Wanneer deze partijen echter met commerciële financiers in zee gaan, bemoeilijkt dit een mogelijke samenwerking, doordat deze financiers een eigen financieel belang hebben. Volgens respondenten zou een onafhankelijk fonds dit in de praktijk mogelijk kunnen ondervangen door bij aanvragen aan dit fonds al te beoordelen wie de meest geschikte belangenbehartiger is.⁹³ Deze aspecten van financiering door commerciële financiers worden door respondenten dan ook aangehaald als een probleem, waarvoor een publiek fonds mogelijk uitkomst zou kunnen bieden.

4.10 Conclusies

Op basis van bovenstaande inzichten kan een aantal conclusies worden getrokken met betrekking tot de vooraf geformuleerde onderzoeksvragen. Wat allereerst opvalt, is dat de resultaten uit het kwantitatief onderzoek van het WAMCA-register bevestigd worden op een aantal punten, waaronder de langere doorlooptijd in de nieuwe uitgebreidere ontvankelijkheidsfase. Wel geven de interviews meer kleur en context aan deze bevinding, waardoor de implicaties voor de financieringsvraag beter geduid kunnen worden. Hoewel slechts een beperkt aantal financiers heeft meegewerkt aan dit onderzoek, verschaffen de afgenomen interviews inzicht in de stand van de financieringsmarkt rondom de WAMCA-zaken en over de mogelijkheden en beperkingen met betrekking tot financiering van collectieve procedures. Hieronder bespreken wij per onderzoeksvraag de bevindingen.

4.10.1 Kosten van procedures onder de WAMCA

Op basis van de interviews is inzicht verkregen in de verschillende kostenposten die in niet-schadevergoedingszaken en in schadevergoedingszaken een rol spelen in de afwegingen om een procedure te beginnen. Bij de niet-schadevergoedingszaken door *repeat players* gaat het vooral om de (doorlopende) advocaatkosten die gemoeid zijn met de extra onderbouwing van de ontvankelijkheid van de belangenorganisaties. Bij schadevergoedingszaken spelen meerdere kostenposten een rol, waarbij ook andere, aan de financiering gelinkte aspecten en/of uitdagingen worden genoemd, zoals het openen van een bankrekening door ad hoc opgerichte belangenorganisaties en het verkrijgen van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering. Beide kunnen tot uitdagingen en aanzienlijke vertragingen leiden en dit praktisch probleem lijkt tot nu toe onderbelicht te zijn, ook al is het op het eerste gezicht niet duidelijk wat hier een oplossing voor zou kunnen zijn.

Daarnaast hebben de interviews een beeld opgeleverd over de orde van grootte van de budgetten die voor de verschillende typen zaken als nodig worden bevonden. De budgetten die voor niet-schadevergoedingszaken worden genoemd, liggen tussen € 25.000-€50.000, afhankelijk van de vraag of het om een kort geding of een bodemprocedure gaat. Bij schadevergoedingszaken kunnen de budgetten oplopen tot ruim € 5 miljoen. In een ongunstig scenario kan de helft hiervan opgaan aan de (onzekere en uitgebreide) ontvankelijkheidsfase. Aangezien in geen van de aanhangige procedures het tot een aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger en vervolgstappen is gekomen, bestaat op dit moment minder goed zicht in de markt op de kosten in de vervolgfase van de WAMCA-procedure. Wij denken hierbij onder meer aan de kosten van publicatie en kennisgeving van de actie ten behoeve van de uitoefening van het recht van opt out en de verplichte onderhandelingsfase die

⁹² Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

⁹³ Zie interview 5.

mogelijk door een externe mediator wordt begeleid. Uit de ervaringen onder de WCAM volgt dat de kosten in deze fase, zeker bij zaken met een internationale component, aanzienlijk kunnen zijn. Anders dan onder de WCAM waar al een akkoord ligt, zijn de notificatiekosten in die fase van de WAMCA-procedure meer risicodragend.

Indien in het vervolg zou blijken dat voor een WAMCA-procedure inderdaad budgetten nodig zijn tussen € 3-5 miljoen, dan heeft dat gevolgen voor het type zaken dat voor financiering in aanmerking komt om een ROI voor de financier te genereren. Dat zou het huidige beeld kunnen verklaren van omvangrijke schadevergoedingszaken. De zaken die aan dit criterium voldoen, hebben vaak een internationale component.

4.10.2 Problemen bij de financiering onder de WAMCA

Uit de interviews blijkt dat de WAMCA wordt gebruikt door uiteenlopende partijen met uiteenlopende claims: van een kort geding met een verklaring voor recht als doel, tot volwaardige collectieve schadevergoedingsprocedures. Duidelijk is dat de keuze voor verschillende benaderingen zijn weerslag heeft op de kosten die aan het voeren van procedures zijn verbonden. Dit maakt ook eenduidige conclusies met betrekking tot gesignaleerde problemen en nut en noodzaak van een fonds voor collectieve acties in algemene zin lastig. Het is dus van belang een onderscheid te maken naar verschillende type zaken.

Voor typische massaschadeclaims waarin schadevergoeding wordt gevorderd (denk aan Dieselemissiezaken en kartelclaims, hoewel de laatste categorie vooralsnog buiten WAMCA wordt afgewikkeld) lijkt momenteel een commerciële private markt van signalering, onderzoek en financiering van massale misstanden in ontwikkeling, naast de ontwikkeling van gespecialiseerde advocaten die deze markt bedienen. Het feit dat in een aantal zaken zelfs sprake is van concurrerende initiatieven duidt ook op marktwerking. Dat is een indicatie van een (gezonde) markt in wording. Maar ook hier bestaat veel onzekerheid over de toekomst van deze financieringsmogelijkheden. Afhankelijk van een aantal cruciale punten in komende jurisprudentie die van invloed is zowel op de te maken kosten in WAMCA-procedures, als op het vermogen van procesfinanciers om deze kosten met een ROI uiteindelijk te verhalen (hetzij op de verweerder, hetzij op het collectief), zal deze financieringsmarkt en gespecialiseerde advocatuur zich verder kunnen blijven ontwikkelen of juist stagneren. Maar ook in het meest gunstige scenario, waarin deze markt zich blijft ontwikkelen, blijft de vraag in hoeverre de beslissing over welke zaken wel en niet 'financieringswaardig' zijn, geheel aan commerciële financiers overgelaten mag worden. Daarnaast, zoals hiervoor bleek, betekent het feit dat door financiers een ROI zou kunnen worden behaald niet automatisch dat daarmee alle zaken die procesfinanciering nodig zouden hebben, daarvoor ook daadwerkelijk in aanmerking komen volgens de criteria die financiers hanteren. Een positief aspect van de betrokkenheid van TPLF in WAMCA-zaken zou wel kunnen zijn dat een aanzienlijk vooronderzoek en *due diligence* plaatsvinden op een groot aantal aspecten van de zaak, voordat een procedure wordt ingesteld. De verwachting is gerechtvaardigd dat de opkomst van specialistische advocatenkantoren verder zal bijdragen aan de professionalisering van deze markt en aan kwaliteitsverhoging. Daarmee lijkt de zorg van de wetgever dat de WAMCA zou kunnen leiden tot het instellen van (kennelijk) ongegronde claims vooralsnog adequaat geadresseerd.

(Ad hoc) organisaties die niet procederen middels de complexere collectieve schadevergoedingsacties kiezen doorgaans voor het vorderen van een verklaring voor recht en/of geboden en verboden. Een aantal respondenten in dit segment geeft wel aan momenteel te onderzoeken welke mogelijkheden en voordelen er zijn bij het starten van collectieve schadevergoedingsacties. In hoeverre kostenoverwegingen hierbij een beslissende rol gaan spelen, is nog niet duidelijk. Het is aannemelijk

dat zij voor het vinden van financiering voor dergelijke procedures aangewezen zullen zijn op de commerciële financieringsmarkt. Daarbij is het de vraag of dit type claim hierbij interessant genoeg is voor commerciële financiers. Voor zover er behoefte bestaat aan alternatieve vormen van financiering ligt deze dus vooral bij partijen en een specifiek type claims, waarbij geen adequate ROI te behalen is voor commerciële financiers, maar waar toch een (collectief en/of maatschappelijk) belang bestaat bij het adresseren van onrechtmatig handelen met collectieve schade tot gevolg.

Voor dit type zaken is momenteel lastig derdenfinanciering te vinden en zou een processenfonds volgens respondenten een gat in de financieringsmogelijkheden kunnen vullen. Dit zou mogelijk anders kunnen uitpakken, indien de rechtspraak zich zou ontwikkelen in de richting, waarbij de *success fee* van de financier op basis van een meervoud van de benodigde financiering zou worden berekend (in plaats van op basis van een percentage van de schadevergoeding) en dat deze vergoeding in geval van succes onderdeel zou worden van de proceskostenveroordeling van de wederpartij. Veel financiers hanteren reeds een meervoud van de investering als een alternatieve berekeningsgrondslag van hun *success fee*. Deze is makkelijker toe te passen bij vorderingen waarin 'slechts' een verklaring voor recht of een gebod of verbod wordt gevorderd. Deze marktontwikkeling zou door de wetgever eventueel gestimuleerd kunnen worden door dit expliciet als een mogelijkheid onder de WAMCA te benoemen. Dit zou de financieringsmogelijkheden voor niet-schadevergoedingszaken aanzienlijk uitbreiden. Een bezwaar blijft dat deze vorm van financiering kostbaar is, zeker in vergelijking met een eventueel processenfonds. Een gezonde marktwerking zou dit bezwaar kunnen mitigeren, maar een feit blijft dat procesfinanciering an sich een kostbare financieringsmethode is die uiteindelijk door iemand bekostigd zal (moeten) worden. Afhankelijk van de ontwikkeling van de rechtspraak, zal dat ofwel het collectief, ofwel de verweerder zijn. Regulering of maximering van de *success fees* is in theorie ook een optie. Het gevaar daarvan is echter dat indien de regulering niet de marktwerking in acht neemt dit in feite tot opheffing van de markt zou kunnen leiden. Daarmee zouden de eisende partijen onder de WAMCA nog verder van huis zijn.

Financiering voor belangenorganisaties die zich als *repeat players* manifesteren, is minder direct een probleem voor dan voor andere zaken, dankzij de relatief lage kosten van de eenvoudigere procedures voor een verklaring voor recht of een gebod/verbod. Zij konden ook onder het oude 3:305a BW-regime relatief goed uit de voeten. Voor deze partijen zijn het meer WAMCA-gerelateerde ontvankelijkheidsvereisten die een enkele zaak duurder maken dan onder het oude regime en bepaalde strategische keuzes beperken. En dus zijn het deze aspecten die veel genoemd worden door respondenten als (nieuwe) knelpunten. Echter, doordat individuele zaken per saldo duurder uitpakken heeft dit wel een drukkende uitwerking op de voor deze partijen beschikbare budgetten. In de praktijk wordt dus de keuze tussen verschillende mogelijke procedures, zoals deze altijd al bestond, van groter belang. Met hetzelfde budget kunnen simpelweg minder procedures worden gevoerd. Ook deze partijen zouden geholpen zijn met een uitbreiding van de financieringsmogelijkheden, al dan niet door middel van een processenfonds.

Dit alles zou echter kunnen veranderen op basis van ontwikkelingen in de jurisprudentie over aspecten die vooralsnog onduidelijk zijn. Als voorbeeld wordt gewezen op grootschalige online privacy-schendingen. Het eisen van een schadevergoeding voor geleden schade in het geval van (online) privacy schendingen is een relatief nieuw terrein binnen de Nederlandse rechtspraak dat nog sterk in ontwikkeling is. Over het collectief verhaal van dergelijke schade is momenteel nog geen jurisprudentie en dus geen duidelijkheid. Verandering in schadevergoedingsmogelijkheden bij dit type zaken kan deze aantrekkelijk maken voor financiers, waardoor de bezwaren van het Big Data-rapport ondervangen zullen worden. Ook de mogelijkheid tot het verhalen van een meervoud van de door financiers gemaakte investering bij proceskostenveroordeling zou meer zaken financierbaar maken,

omdat de link tussen financiering en de (percentage van de) collectieve schadevergoeding doorbroken kan worden. Dat faciliteert een alternatieve berekening van de ROI door financiers.

De inzichten uit dit onderzoek over de negatieve gevolgen van het samenbrengen van zeer uiteenlopende type claims onder een procedure die is ontworpen met een vrij specifiek type claim in gedachten (de collectieve schadevergoedingsactie), zijn niet volledig nieuw. De discussie over de (volgens sommige onacceptabele) drempels die de WAMCA in huidige vorm opwerpt voor met name ngo's die procederen in ideële zaken is inmiddels in volle gang.

Zoals ook door Peters en van Wees beschreven, bevat de WAMCA een aantal voor ideële vorderingen oneigenlijke begrippen (representativiteit, nauw omschreven groep, opt-out, collectieve binding) die desalniettemin passend moeten worden gemaakt in een procedure. Dit brengt extra werk, maar ook grotere onzekerheid met zich mee: "De kosten ontstaan door de onzekerheid omtrent de invulling en toepassing van diverse begrippen van de WAMCA op ideële zaken, de veel langere doorlooptijd (in de ontvankelijkheidsfase, maar ook in de fase daarna waarbij meerdere schikkingspogingen moeten worden onderzocht), de vele extra proceshandelingen en zittingen die zijn toegevoegd aan het proces, en de noodzaak voor extra juridische bijstand, nu vakinhoudelijke specialisatie (klimaatrecht, grondrechten) al snel onvoldoende is om de procesrechtelijke problemen het hoofd te bieden."⁹⁴

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat er naar verwachting op relatief korte termijn sprake zal zijn van zowel een uitkristallisering van de wijze waarop rechters de ontvankelijkheidsvereisten toepassen alsook een *learning curve* aan de kant van de advocaten. Omdat de procedure nog maar recent is ingevoerd en de ontvankelijkheidsvereisten voor een nieuwe juridische context hebben gezorgd, kan er sprake zijn van een aanloopfase waarbij de onbekendheid van anderszins ervaren advocaten met de nieuwe vereisten slechts tijdelijk van aard zal zijn, en de extra tijd die zij hiervoor kwijt zijn in de toekomst, in ieder geval gedeeltelijk, zal worden ingeperkt.

De onzekerheid omtrent de toepassing van WAMCA-specifieke begrippen die voor de ontvankelijkheid van bepaalde partijen belangrijke drempels kunnen vormen, wordt mogelijk in de (nabije) toekomst weggenomen door jurisprudentie in aanhangige zaken. Voor een deel van de claims zouden bijvoorbeeld de door Peters en Van Wees⁹⁵ voorgestelde herzieningen van de WAMCA (bijv. geen registratieverplichting in het register voor ideële vorderingen, een verruiming van de uitzondering van art. 3:305a lid 6 BW, en het verplaatsen van de ontvankelijkheidsvraag naar het einde van de procedure) een belangrijke bijdrage leveren aan het toegankelijker, sneller en ook minder kostbaar maken van de procedure, waarmee een eventueel bestaande behoefte aan aanvullende financiering voor een deel van de partijen in belangrijke mate kan worden beperkt.

⁹⁴ Peters en van Wees 2022, p.29.

⁹⁵ Idem.

5. BEVINDINGEN FOCUSGROEP EN EXPERTMEETING

Dit hoofdstuk bevat de verslagen van een bijeenkomst met een focusgroep en van een expertmeeting. Hoewel deze ten dele een andere doelstelling en methode hadden en een andere doelgroep betreffen, is ervoor gekozen de bevindingen in hetzelfde hoofdstuk te plaatsen, omdat deze onderdelen van het onderzoek een vergelijkbare opzet hadden, waarbij grotendeels dezelfde vragen werden voorgelegd.

5.1 Inleiding en methode

De focusgroep en expertmeeting zijn opgezet om een aantal vragen voor te leggen aan professionals die vanwege de aard van de onderzoeksvraag niet zijn geïnterviewd en om aan de hand van de voorlopige bevindingen uit het onderzoek een aantal vragen voor te leggen aan experts. De focusgroep was gericht op het verkrijgen van input van advocaten met ruime ervaring met het optreden aan de kant van gedaagden, omdat de interviews – met het oog op de onderzoeksvraag naar de behoefte aan financiering – gehouden zijn met (onder andere) advocaten die optreden aan de kant van eisers. De expertmeeting was bedoeld om een aantal vragen voor te leggen aan met name academische experts. De vragen, die hieronder nader worden weergegeven, zagen op de behoefte aan financiering, de vraag of een publiek fonds hieraan een (positieve) bijdrage kan leveren, welk type zaken in aanmerking zouden moeten komen voor financiering en hoe zo'n fonds ingericht kan worden. De focusgroep en expertmeeting vonden online plaats op 23 november 2022.¹ Aan de focusgroep deden 5 advocaten mee en de expertmeeting kende 9 deelnemers. De focusgroep vond plaats in het Nederlands en de expertmeeting in het Engels omdat enkele deelnemers buitenlandse experts zijn. Ter voorbereiding kregen de deelnemers van tevoren vragen toegestuurd, samen met een korte inleiding op het onderzoek en voorlopige bevindingen. De door de onderzoekers gebruikte lijst van discussiepunten is als Bijlage 3 toegevoegd.

5.2 Focusgroep

5.2.1 Voorgelegde vragen

De vijf deelnemers waren allen advocaten met ruime ervaring in de praktijk van collectieve procedures aan de kant van gedaagde partijen. Respondenten werd gevraagd vanuit het perspectief van in collectieve procedures gedaagde partijen te reflecteren op de volgende vragen:

1. *Welke voor het onderzoek relevante ontwikkelingen/problemen kunnen vanuit het perspectief van in WAMCA-procedures gedaagde partijen worden geïdentificeerd?*
2. *Hoe zou een fonds een (positieve dan wel negatieve) bijdrage kunnen leveren aan de huidige praktijk?*
3. *In het geval er een fonds zou komen, welke zaken zou een fonds moeten financieren?*
4. *Hoe zou het fonds zelf gefinancierd kunnen worden?*
5. *Welke overwegingen zijn van belang bij de organisatie en institutionele inbedding van een fonds?*

¹ Onderzoekers Kramer, Tzankova, Hoevenaars en Van Doorn waren aanwezig bij de focusgroep; Kramer, Tzankova en Hoevenaars bij de expertmeeting.

5.2.2 Rapportage bevindingen

De discussie aan de hand van de bovenstaande vragen wordt hier verkort weergegeven. We zijn zoveel mogelijk bij de door de deelnemers gebruikte bewoordingen en uitlatingen gebleven.

(1) Gesignaleerde problemen en behoefte aan alternatieve vormen van financiering

Op de vraag of er in de praktijk een behoefte wordt signaleerd aan een alternatieve vorm van financiering voor claimende partijen benadrukken respondenten dat het van belang is om eerst die mogelijke behoefte vast te stellen. De vraag wordt opgeworpen of er daadwerkelijk sprake is van een tekort in rechtsbedeling. Respondenten observeren veel creativiteit aan de kant van claimende partijen in het mogelijk maken van claims. Er is sprake van een grote mate van marktwerking en competitie tussen claimende partijen om als exclusieve belangenbehartiger te worden aangewezen in WAMCA-procedures. In die zin wordt vastgesteld dat de WAMCA functioneert zoals beoogd en er voor specifiek dit type zaken in beginsel geen aanvullende financieringsbehoefte bestaat.

Een fonds zou in de praktijk dan ook slechts van belang zijn voor zaken die op geen enkele andere wijze financiering kunnen vinden. Hierbij wordt gewezen op zaken met een algemeen belang karakter, zoals bijvoorbeeld klimaatzaken, of zaken waarin een beperkte schadevergoeding voor consumenten aan de orde is, waar in de praktijk geen commerciële financiers voor kunnen worden gevonden: de ‘tussen-wal-en-schip’ zaken.

Hierbij wordt geopperd dat het de vraag is of een publiek fonds (een fonds gevoed met publieke middelen) hiervoor de enige oplossing is. Zo wordt de mogelijkheid genoemd dat commerciële financiers zelf een fonds kunnen oprichten naar het voorbeeld van advocatenkantoren die een deel van hun werk pro bono uitvoeren. In het kader van het nemen van maatschappelijke verantwoordelijkheid zien we nu soms wel dat financiers soms ‘potjes’ beschikbaar hebben voor algemeen belang-acties.

(2) Mogelijke positieve dan wel negatieve bijdrage van een processenfonds

Hierbij wordt de *agent-principle* spanning aan de kant van eisers genoemd (spanning tussen de belangen van de daadwerkelijke eisers en hun dienstverleners) waarbij de commerciële belangen van dienstverleners en eventuele commerciële financiers resulteren in harde onderhandelingen over de *fees* aan dienstverleners en onrealistische schadevergoedingseisen. Hierdoor kan bovendien de schikkingsbereidheid aan de eisende kant negatief worden beïnvloed. Gedaagde partijen hebben belang bij een afgewogen aanpak waarbij een neutrale partij een positieve rol zou kunnen spelen. Een publiek processenfonds zou mogelijk de commerciële belangen die gemoeid zijn met derdenfinanciering weg kunnen nemen en door het stellen van bepaalde voorwaarden voor een beroep op het fonds een gatekeeperfunctie kunnen vervullen op onrealistische claims. Bovendien zou dit het bereiken van schikkingen kunnen bevorderen.

Een alternatieve invulling van het idee van een processenfonds dat door verschillende respondenten werd genoemd dan wel bevestigd, is de behoefte aan een instantie voor de afwikkeling van schikkingen. Die zou aan een processenfonds gekoppeld kunnen worden; nu wordt daar steeds ad hoc een instantie voor opgezet. De complexiteit en kosten die hiermee verbonden zijn, bemoeilijken de efficiënte afwikkeling van een bereikte schikking tussen eisers en gedaagde partijen. Nu wordt bovendien het wiel steeds opnieuw uitgevonden door de schikkingspartijen. Het zou mooi zijn als een dergelijke, structurele ‘uitvoeringsinstantie’ ook onder het fonds kan worden gebracht. Hoewel dit buiten de scope van het onderzoek ligt wordt benadrukt dat, mocht er worden gekozen voor een

alternatieve vorm van financiering middels een fonds, ondersteuning bij de afwikkeling van schadevergoedingen (al dan niet bij schikkingen) voor gedaagde partijen een pluspunt zou zijn.

In algemene zin wordt benadrukt dat de schikkingsbereidheid van gedaagde partijen sterk afhankelijk is van duidelijkheid over de totale kosten. Bij claims die naar commercieel model worden gefinancierd, en de *success fee* van de financier die afhangt van de hoogte van de schadevergoeding, is dit problematisch.

Verschillende respondenten bevestigen dat er aan de kant van gedaagde partijen een sterke behoefte bestaat om af te stappen van een systeem waarbij de hoogte van de schadevergoeding en de ROI van de commerciële financier met elkaar verbonden zijn.

Benadrukt wordt dat het voor zowel claimende als gedaagde partijen bevorderlijk is als beide partijen weten waar zij qua kosten aan toe zijn (en dus eventueel duidelijk is dat een fonds bepaalde kosten aan de kant van eisers voor haar rekening zal nemen), omdat dit mogelijke schikkingen kan bevorderen en daarmee procedures kan de-escaleren en verkorten.

(3) Mogelijke financieringsvormen fonds

Genoemd worden boetes op grond van publieke handhaving, met mogelijkheid tot *leniency* als de beboete partij instemt met een 'donatie' aan een fonds in ruil voor korting op de totale boete (vgl. het mededingingsrecht, ook de ACM lijkt hier open voor te staan). Hierbij wordt benadrukt dat dit fonds in dat geval wel een algemeen fonds moet zijn omdat partijen anders in feite hun eigen mogelijke tegenclaims financieren, wat de bereidheid tot schikken negatief zal beïnvloeden.

Cy pres financiering, waarbij niet-geclaimde vergoedingen terugvloeien naar een processenfonds, wordt gezien als een problematische vorm van financiering omdat het bij collectieve claims soms gaat om een geschatte groep gedupeerden. Gedaagde partijen moeten hierbij schade vergoeden voor een groep schadegerechtigden van onduidelijke omvang. Omdat een vorm van *cy pres* financiering ervoor zorgt dat de claim voor de gehele groep benadeelden moet worden betaald, onafhankelijk van het percentage benadeelden dat zijn/haar claim daadwerkelijk te gelde maakt, kan dit de schikkingsbereidheid van gedaagde partijen beperken.

Vergelijkbaar wordt bij het overwegen van een vast percentage dat bij iedere collectieve actie aan het fonds moet worden betaald (als een soort 'belasting', naar Canadees model) benadrukt dat hierbij de vraag is of dit percentage wordt berekend over het gehele gevorderde bedrag, of over het uiteindelijk aan gedupeerden uitgekeerde bedrag aan schadevergoeding.

(4) Organisatie van een processenfonds

Een publiek fonds zou zich alleen moeten richten op de genoemde 'tussen-wal-en-schip' zaken waarvoor de rechtsbedeling momenteel tekortschiet. De commerciële markt bedient op het moment een belangrijk deel van het totaal aan claims, maar zaken die commercieel niet interessant zijn voor financiers hebben meer moeite financiering te vinden. Het fonds zou in die zin een flankerende rol kunnen spelen naast de commerciële initiatieven die er in de markt zijn.

Het fonds zou bovendien een strenge selectie moeten maken in aangebrachte zaken om *frivolous* claims en experimentele zaken te voorkomen. Meer in het algemeen wordt opgemerkt dat het gedaagden steekt wanneer ze gesubsidieerde procespartijen tegenover zich hebben.

Bij overwegingen over waar een fonds kan worden ondergebracht werden de Raad voor de Rechtsbijstand en het Openbaar Ministerie als ideeën genoemd. Hierbij werd overwogen dat de Raad

voor de Rechtsbijstand naar verwachting te weinig expertise in huis heeft voor een goede strenge selectie van zaken, dat het Openbaar Ministerie te veel aan de overheid gerelateerd is wat problemen oplevert wanneer zaken tegen de overheid worden aangebracht.

Het belang van het voorkomen van mogelijke *conflicts of interest* van bij het processenfonds betrokken beoordelaars wordt door respondenten onderstreept. En in het verlengde hiervan het belang van een goede *governance* structuur waarbij waarborgen en onafhankelijke toetsing worden ingebouwd.

Een beoordelingscommissie zal uit een mix van expertise moeten bestaan, waarbij onafhankelijkheid van de leden van cruciaal belang is. Hierbij werd overwogen dat de beoordelingscommissie zou kunnen opereren onder voorzitterschap van oud-rechters/wetenschappers, die kunnen toezien op de onafhankelijkheid van haar leden om belangenverstremming te voorkomen.

5.3 Expertmeeting²

5.3.1 Inleiding

De deelnemers aan de expertmeeting waren zes academici (werkzaam aan een Nederlandse of buitenlandse Universiteit), twee vertegenwoordigers van een consumentenorganisatie en één vertegenwoordiger van een commerciële funder. Alle respondenten beschikken zij over relevante expertise en ervaring met collectieve acties en schikkingen en (commerciële) financiering van deze zaken.

De respondenten werd gevraagd te reflecteren op de vijf volgende vragen:

- 1) *Is er een behoefte aan alternatieve wijzen van financiering geïdentificeerd?*
- 2) *Hoe zou een fonds een (positieve dan wel negatieve) bijdrage kunnen leveren aan de huidige praktijk?*
- 3) *In het geval er een fonds zou komen, welke zaken zou een fonds moeten financieren?*
- 4) *Hoe zou het fonds zelf gefinancierd kunnen worden?*
- 5) *Welke overwegingen zijn van belang bij de organisatie en institutionele inbedding van een fonds?*

5.3.2 Rapportage bevindingen

Hieronder volgt een verkorte weergave van de discussie aan de hand van de bovenstaande vragen. We hebben wederom zoveel mogelijk vastgehouden aan de door de deelnemers gebruikte bewoordingen en uitlatingen.

1) Behoeftte aan alternatieve wijzen van financiering en bijdrage publiek fonds

De deelnemers (niet zijnde de deelnemende commerciële financier) geven aan dat er duidelijk behoefte is aan financiering van zaken die niet worden gefinancierd door commerciële financiers. Niet alle zaken zijn commercieel aantrekkelijk, maar het afdwingen van naleving door procedures heeft ook andere dan commerciële belangen (maatschappelijke, morele en juridische). Daarom is het van

² De expertmeeting vond in het Engels plaats; vertaling van de discussie in het Nederlands heeft door de onderzoekers plaatsgevonden.

belang dat er alternatieve bronnen van financiering zijn naast die uit de commerciële markt. De huidige markt van commerciële financiering is ook onvoorspelbaar. Verschuivingen in de commerciële belangen van financiers, economische veranderingen, concurrentie met markten in andere landen of politieke besluiten die *third party funding* uitbreiden of beperken, zijn allemaal van invloed op de markt en kan drastische veranderingen met zich meebrengen voor financieringsmogelijkheden.

Opgemerkt wordt dat de totstandbrenging van een publiek fonds niet de enige mogelijkheid is om een eventueel financieringstekort op te lossen. De commerciële markt in Nederland is in een vroeg stadium van ontwikkeling en veranderingen in de markt kunnen financieringsmogelijkheden zowel positief als negatief beïnvloeden.

(2) Type zaken en soort kosten

De deelnemers zijn het er in grote lijnen over eens dat de financiering niet beperkt zou moeten zijn tot bepaalde type zaken. Opgemerkt wordt dat er constitutionele bezwaren kunnen zijn om publieke financiering alleen maar voor een deel van de zaken of markt mogelijk te maken. Een fonds zou een breed scala aan zaken moeten kunnen financieren om niet een bepaald type zaken op voorhand uit te sluiten. Om in aanmerking te komen voor financiering moeten wel criteria gelden die zeker stellen dat alleen zaken waarvoor financiering uit het fonds echt nodig is worden geselecteerd.

Genoemde criteria om voor bekostiging uit een publiek fonds in aanmerking te komen kunnen zijn: (1) dat het zaken betreft met een algemeen belang (ook al is het lastig deze te definiëren); (2) dat eisende partijen aantonen dat andere mogelijkheden zijn gezocht, maar niet beschikbaar zijn; (3) de gegrondheid van de zaak (niet kennelijk ongegrond). Geopperd wordt dat er een puntensysteem kan worden gebruikt om de nodige flexibiliteit bij het beoordelen van de criteria te waarborgen.

Wat betreft de kosten die voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen, wordt naar voren gebracht dat een dergelijk fonds een niet uitputtende lijst van kosten zou moeten vergoeden, inclusief onder meer kosten van kennisgeving en betekening, gerechtskosten en advocaatkosten. Ook de kosten van een communicatiecampagne en die welke zijn verbonden aan de distributie van de schadevergoeding onder eisende partijen/belanghebbenden worden specifiek genoemd, aangezien beide kostencategorieën zeer aanzienlijk kunnen zijn. Een aanvraag voor vergoeding zou een budget met kostenspecificatie moeten bevatten en de omvang van de gevraagde bijdrage van het fonds moeten specificeren.

Een vraag die wordt opgeworpen is of een fonds ook dekking moet bieden voor de kosten van de wederpartij die betaald moeten worden in het geval de eiser in het ongelijk wordt gesteld. Een deelnemer wijst in deze context op het bestaan van '*one way shifting of costs*' in andere landen, waar algemeen-belangzaken zijn uitgesloten van kostenveroordelingen.

Een algemene conclusie is dat een fonds zaken individueel moet bekijken en dat bij de beoordeling de verschillende stadia van de procedure en het gevraagde bedrag aan financiering indachtig moeten worden gehouden. Mogelijk kan de rechter hierin een actieve rol spelen.

(3) Mogelijke financiering van een processenfonds

Voor de financiering van een publiek fonds worden verschillende opties besproken. Geconcludeerd wordt dat een initiële kapitaalinjectie in ieder geval nodig is en dat het voor de hand ligt dat dit vanuit de overheid gebeurt. De mogelijkheid van filantropische donaties wordt genoemd, evenals de mogelijkheid om in distributieovereenkomsten op te nemen dat een deel van de schadevergoeding naar een processenfonds gaat (anders dan in een *cy pres* model).

Enkele deelnemers merken op dat een structurele bijdrage vanuit de overheid, nog afgezien van de vraag of hiervoor politieke bereidheid bestaat, een dergelijk processenfonds bloot zou kunnen stellen aan politieke invloed, zowel in termen van financiering als wat betreft de vaststelling van selectiecriteria.

Het 'Canadese' model waarbij een belasting geheven wordt over alle collectieve acties³ kan een poortwachtersfunctie vervullen ten aanzien van ongegronde vorderingen omdat de algemene ROI lager komt te liggen. Hiervoor is echter een solidariteitsmentaliteit nodig. Ook wordt genoemd dat er democratische controle nodig is gezien de opgelegde solidariteit.

Hoeveel er in het fonds wordt gestort hangt af van het type zaak en sommige zaken zullen niets opbrengen, ook als ze succesvol zijn. Alleen als er sprake is van schadevergoeding kan er een bepaald bedrag in het fonds worden gestort.

De deelnemers zijn het er niet over eens of er afgedragen zou moeten worden over alle succesvolle collectieve schadevergoedingsacties (zoals in Quebec)⁴ of alleen in het geval deze was gefinancierd door het fonds. In het eerste geval bewerkstelligt dit een meer structurele bron van inkomsten en bevordert dus het revolverend maken van het fonds. Sommige deelnemers waren evenwel fundamenteel tegen het idee dat partijen die geen gebruik hebben gemaakt van het fonds hieraan wel zouden moeten bijdragen.

Een vraag die opkomt ten aanzien van een model waarbij een percentage van de schadevergoeding moet worden afgedragen, met name als er sprake is van co-financiering uit private en publieke bronnen, is hoeveel er overblijft voor de eisers. Er wordt in dit kader gerefereerd aan de Resolutie van het Europees Parlement betreffende verantwoorde particuliere financiering van proceskosten, waarin een bepaald minimum voor de eisers wordt gegarandeerd.⁵

De suggestie van een afdracht uit boetes op grond van publieke handhaving wordt interessant gevonden, maar deelnemers wijzen erop dat opgelegde boetes beperkt zijn en dat publieke handhavingsautoriteiten ook met financieringsproblemen te maken hebben, wat alleen maar tot verschuiving van het financieringsprobleem zou leiden.

Tot slot wordt opgemerkt dat vragen rond financieringsmodellen nauw met elkaar verbonden zijn. De inrichting van een publiek processenfonds is complex omdat een bepaalde keuze ook van invloed kan zijn op andere aspecten. Als voorbeeld wordt genoemd dat in het geval een processenfonds revolverend is door middel van een afdracht vanuit succesvolle zaken, de vraag is in hoeverre dit haalbaar of wenselijk is. Indien een fonds alleen zaken financiert die niet voor financiering door commerciële financiers in aanmerking komen, bestaat het risico dat het fonds alleen kan worden gevoed uit zaken die minder sterk zijn of weinig 'opleveren'. Met andere woorden, een processenfonds inrichten voor zaken die niet voor commerciële financiering in aanmerking komt, kan een financieringsprobleem voor het fonds zelf opleveren.

(4) Organisatie van een processenfonds

Voor de inrichting van een processenfonds wordt gewezen op het belang van een mix van deskundigheid om over de aanvragen voor financiering te kunnen oordelen. Voor wat betreft de benodigde expertise en *due diligence* voor een beoordeling van de gronden van de zaak wijst een deelnemer op de expertise die verzekeringsmaatschappijen hebben. Ook de inrichting en expertise

³ Zie verder hoofdstuk 6.3.

⁴ Zie verder hoofdstuk 6.3.4.1.

⁵ Europees Parlement 2022 (2020/2130(INL)). Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.5.3.

van commerciële financiers, die gebruik maken van externe partijen, kan als voorbeeld dienen voor een publiek processenfonds.

Net als in de focusgroep wordt gewezen op het belang van het tegengaan van belangverstremming bij experts die in een commissie zitten en die over de aanvragen tot financiering oordelen. Het vinden van mensen die over de juiste expertise beschikken, maar geen enkele mogelijke belangenverstremming hebben, zou een uitdaging kunnen zijn. Mogelijk zouden gepensioneerde rechters als neutrale voorzitter van een selectiecommissie kunnen optreden.

5.4 Conclusies

De focusgroep en expertmeeting waren bedoeld om feedback te krijgen op vragen rond de behoeften aan financiering naast de bestaande wijzen van financiering, de mogelijke bijdrage van een publiek processenfonds en hoe een dergelijk fonds ingericht zou kunnen worden

De deelnemers aan de focusgroep constateren dat er in beginsel geen aanvullende behoefte aan financiering bestaat, omdat er sprake is van marktwerking en competitie tussen eisende partijen. Slechts in zaken waar geen enkele wijze van financiering mogelijk is, zou een publiek fonds van belang zijn, zoals bijvoorbeeld in zaken met een algemeen belang karakter of waarin geen of beperkte schadevergoeding wordt gevorderd. Gewezen wordt echter op andere wijzen van financiering, zoals financiers die vanuit maatschappelijke verantwoordelijkheid gelden beschikbaar willen maken, tegen niet-commerciële voorwaarden. Dit staat tot op zekere hoogte haaks op de gesignaleerde behoefte aan alternatieve vormen van financiering zoals die door de deelnemers aan de expertmeeting is geconstateerd, en – in mindere mate – ook op de problemen rond toepassing van de WAMCA en gevolgen voor de kosten en financiering, zoals de geïnterviewden die schetsen. Dit kan mogelijk ten dele worden verklaard vanuit de verschillende invalshoeken die de verschillende deelnemers innemen. Uit de hoek van gedaagden is wellicht de gedachte dat het aantal zaken dat wordt aangebracht en ontwikkelingen in de commerciële markt er blijk van geven dat er voldoende mogelijkheden zijn. Vanuit de hoek van eisende partijen en de deelnemende academici leeft kennelijk de wens om financieringsmogelijkheden uit te breiden, ook gezien de onzekerheid rondom ontwikkelingen in de financieringsmarkt.

Wel worden vanuit de focusgroep twee mogelijk positieve punten of functies van een publiek processenfonds genoemd. Deze kan bijdragen aan het opheffen van het *agent-principal* probleem doordat commerciële belangen van derdenfinanciers worden weggenomen en bepaalde voorwaarden voor een beroep op dit fonds zouden een gatekeeperfunctie kunnen vervullen. Hierdoor kan ook de schikkingsbereidheid worden bevorderd. Verder zou een alternatieve invulling van zo'n fonds kunnen zijn dat het een rol speelt bij de afwikkeling van schikkingen, gezien de complexiteit en kosten hiervan.

Wat betreft het type zaken dat gefinancierd zou kunnen worden door een processenfonds worden in het bijzonder zaken die een algemeen belang betreffen, zoals klimaatzaken, genoemd. De deelnemers aan de expertmeeting geven echter terecht aan dat het moeilijk is deze te definiëren.

Voor de financiering van een processenfonds bestaan verschillende mogelijkheden, zoals een bijdrage uit succesvolle collectieve acties – al dan niet beperkt tot die zaken waarin een beroep op het fonds is gedaan, cy pres, private donaties, en uit boetes die in het kader van publieke handhaving zijn opgelegd. Ook bijdragen van de overheid, met name als initiële kapitaalinjectie, zijn genoemd. Iedere financieringswijze heeft echter ook bepaalde mogelijke nadelen en de wijze van financiering is direct van invloed op de duurzaamheid van een fonds en dus op de vraag of het revolverend kan zijn. De meest structurele financiering, buiten overheidsbijdragen en bijdragen uit publieke handhaving die direct de overheidsfinanciën beïnvloeden, is een bijdrage (percentage) uit de opbrengst van alle

succesvolle schadevergoedingszaken. Dit heeft echter ook repercussies voor de hoogte van de schadevergoeding voor eisers en vergt dus wel solidariteit.

Wat betreft het type kosten dat uit het processenfonds vergoed kan of zou moeten worden, geldt eveneens dat het afhankelijk is van hoeveel gelden er beschikbaar zijn. Idealiter zouden, zoals naar voren gebracht in de expertmeeting, verschillende categorieën kosten in aanmerking moeten komen, inclusief gerechtelijke kosten, advocaatkosten, eventueel kosten van de wederpartij indien een zaak niet succesvol is, en kosten verbonden aan communicatie en de distributie van schadevergoeding onder eisende partijen/belanghebbenden. In aansluiting op wat ook uit de interviews naar voren kwam,⁶ is in ieder geval van belang om (vooraf) zicht te hebben op de omvang van de kosten. Dit is ook van belang voor de schikkingsbereidheid van partijen.

Bij de inrichting van een fonds is van belang dat leden van een commissie die de zaakselectie doet over voldoende expertise beschikken, maar dat tegelijkertijd voorkomen wordt dat er mogelijk sprake is van belangenverstrengeling gezien het feit dat het een relatief beperkte pool van experts betreft. Een selectiecommissie met een gemengde expertise zou mogelijk onder leiding van een oud-rechter kunnen staan, zoals in de expertmeeting is opgemerkt. De Raad voor de Rechtsbijstand en het Openbaar Ministerie zijn genoemd als mogelijke organisatie-eenheden, waarbij vanuit de focusgroep de vraag is opgeworpen of de eerste over voldoende expertise beschikt. Mogelijk kunnen ook externe experts een rol spelen in een dergelijke selectiecommissie.

⁶ Zie hoofdstuk 4, par. 4.10.1.

6. FINANCIERING EN PROCESSENFONDSEN COLLECTIEVE ACTIES IN ANDERE LANDEN

Dit hoofdstuk bevat de bevindingen van het onderzoek¹ in landen, waar een publiek fonds voor collectieve acties bestaat. Aandacht wordt besteed aan Canada (Quebec en Ontario), Israël en Australië. Dit onderzoek is grotendeels gebaseerd op desk onderzoek en aanvullende interviews met professionals uit deze jurisdicties die in een professionele hoedanigheid, hetzij als een wetenschappelijk onderzoeker, hetzij in een andere (processuele) hoedanigheid, ervaring hebben met het functioneren van het desbetreffende processenfonds. Volledigheidshalve wordt ook het processenfonds in Chili genoemd, maar omdat dat relatief kortgeleden is ingevoerd, wordt volstaan met deze signalering. Een Engelse vertaling van de consumentenwetgeving die ten grondslag ligt aan dit fonds is opgenomen in Bijlage 4 bij dit rapport.

6.1 Inleiding

Ook in andere landen is de toegang tot procesfinanciering een kernthema bij discussies over de toegang tot het recht.² Dit geldt nog meer in de context van *class actions*. In jurisdicties die traditioneel vasthouden aan de kostendelingsregel, waarbij "de verliezer betaalt", en waar bepaalde financieringsregelingen, zoals *no cure no pay* en/of een resultaatsafhankelijke beloning voor advocaten zijn verboden, is de vraag gerezen of de overheid moet ingrijpen om de financiering van collectieve vorderingen (verder) te faciliteren. Deze vraag speelt vooral in die jurisdicties, omdat ondersteuning in de vorm van (private en/of publieke) financiering nodig is om beleidsdoelstellingen, zoals toegang tot het recht, te kunnen verwezenlijken. Anders bestaat het risico dat het class-action mechanisme een dode letter in de wetgeving wordt.³

In dit hoofdstuk worden de rechtssystemen van landen onderzocht, waarin de overheid de rol van procesfinancier in *class actions* heeft gespeeld.⁴ Er zal worden ingegaan op de beleidsoverwegingen die de wetgevers in deze jurisdicties ertoe hebben gebracht om processenfonds op te richten, de beslissingen die zij hebben genomen bij het opzetten van deze fondsen en hun functioneren sinds hun oprichting. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Onder 6.2 wordt een kort overzicht gegeven van de beleidsafwegingen en initiatieven in een aantal landen om een *class action processenfonds* al dan niet op te richten, om vervolgens dieper in te gaan op de jurisdicties die daar wel voor hebben gekozen. Onder 6.3 worden de processenfonds van de Canadese provincies Quebec en Ontario onder de loep genomen. Eerst wordt de discussie in de wetenschappelijke literatuur onderzocht over het nut en noodzaak van de processenfonds in de desbetreffende landen. Daarna passeren de intenties van de wetgevers in die landen de revue om tenslotte meer in detail stil te staan bij de inrichting van de desbetreffende processenfonds. Onder 6.4 en 6.5 worden de ontwikkelingen in respectievelijk Australië en Israël besproken.

Vier vragen lopen als een rode draad door de rechtsvergelijkende paragrafen. Ten eerste de vraag waarom alleen deze geografisch ver van elkaar gelegen en cultureel verschillende jurisdicties een systeem hebben geïntroduceerd, waarin collectieve acties worden ondersteund door 'publieke'

¹ Dit rechtsvergelijkend onderzoek is tot stand gekomen met de medewerking van Michael FitzGerald. Zijn Engelstalige bijdrage is opgenomen als Bijlage 5.

² Mulheron 2020, p. 129.

³ Voet 2016, par. 3.

⁴ Mulheron 2020, p. 129.

financiering en/of 'openbare processenfonds'.⁵ Welke gemeenschappelijke deler ligt daaraan ten grondslag? Ten tweede de vraag of dergelijke processenfonds, waarin de overheid in enige mate een rol speelt of heeft gespeeld bij de financiering, concurreren met commerciële financiering en zo ja, of dergelijke concurrentie gunstig uitpakt voor de rechtzoekenden. Ten derde speelt de vraag in hoeverre op rechtsvergelijkend onderzoek kan worden vertrouwd bij het analyseren van het effect dat een bepaald financieringsmechanisme zou hebben binnen een specifieke en/of andere rechtscultuur. Tot slot speelt de vraag wat de parameters zijn aan de hand waarvan het succes van een fonds kan worden beoordeeld en/of wanneer is een processenfonds geslaagd in zijn opzet.

6.2 De internationale context

Wereldwijd bestaan er slechts in drie jurisdicties noemenswaardige ervaringen met openbare processenfonds voor *class actions*: in Quebec, Ontario en Israël. Dergelijke fondsen blijven een anomalie op het internationale toneel, ondanks aanbevelingen van verschillende wethervormingsinitiatieven die de optie van het publieke processenfonds bestempelen als "de meest aansprekende methode om collectieve vorderingen te ondersteunen".⁶ Eind 2021 publiceerde de *New Zealand Law Commission* een rapport over collectieve vorderingen, waarin onder meer een publiek processenfonds voor *class actions* werd aanbevolen.⁷ Mulheron noemt andere instanties die de oprichting van publieke processenfonds hebben voorgesteld.⁸ Daartoe behoren de *Law Reform Commission of Australia*,⁹ de *Victorian Law Reform Commission*,¹⁰ de *South Australian Law Reform Commission*¹¹ en de *Hong Kong Law Reform Commission*,¹² als ook de *Victorian Attorney-General's Law Reform Advisory Council*¹³ en de *Civil Justice Council of England and Wales*.¹⁴ Geen van deze aanbevelingen is tot dusver door de regeringen overgenomen. Ook in Duitsland is het nooit zo ver gekomen.¹⁵

Een beperkt aantal wethervormingsinstanties heeft de oprichting van een overheidsfonds zelfs afgeraden. Hiertoe behoren het *Alberta Law Reform Institute*,¹⁶ de *Manitoba Law Reform Commission*¹⁷ en de *Scottish Law Commission*,¹⁸ die elk de optie afraadden omdat deze politiek onrealistisch zou zijn, gezien de schaarste aan overheidsmiddelen. Opmerkelijk is dat de *Ontario Law Reform Commission* (OLRC) in 1982, tien jaar vóór de oprichting van het Ontario processenfonds, de oprichting van een dergelijk fonds zelfs sterk afgeraden heeft.¹⁹ De reden hiervoor was dat de commissie een ander maatregel geschikte achtte. In plaats van een processenfonds pleitte ze voor de oprichting van een '*no-costs*' regime voor *class actions* in Ontario. Deze maatregel zou een processenfonds overbodig maken. Tien jaar later, in 1990, heeft de *Attorney-General's Advisory*

⁵ De processenfonds worden op verschillende wijzen aangeduid. Voor Nederland hanteren wij 'processenfonds', zonder de toevoeging publiek of openbaar, omdat de wijze van inbedding bepaalt welk type fonds het is.

⁶ Canada Federal Court Rules Committee 2000, p. 102.

⁷ New Zealand Law Commission 2021, par. 18.9-18.17.

⁸ Mulheron 2020, p. 170.

⁹ Australian Law Reform Commission, par. 308.

¹⁰ Victorian Law Reform Commission, par. 10.

¹¹ South Australian Law Reform Commission.

¹² Hong Kong Law Reform Commission, par. 8.69.

¹³ Victorian Attorney-General's Law Reform Advisory Council, par 7.34.

¹⁴ Civil Justice Council of England & Wales, par. B.

¹⁵ Halfmeier, 2015.

¹⁶ Alberta Law Reform Institute, par. 391.

¹⁷ Manitoba Law Reform Commission, par. 86.

¹⁸ Scottish Law Commission, par. 5.21- 5.31, 5.48, 5.50.

¹⁹ Ontario Law Reform Commission, par. 713.

Committee on Class Action Reform de aanbeveling van de OLRC voor een 'no-costs' regime verworpen. Dit beleid leidde echter wel tot de oprichting van het *Class Proceedings Fund*.²⁰ In 1995 nam de Canadese provincie British Columbia de oorspronkelijke aanbevelingen van de OLRC volledig over, met inbegrip van een 'no costs' regime voor class actions, waardoor de eiser in class actions vrijwel immuun werd voor het betalen van kosten.²¹

Uit deze ontwikkelingen kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste heeft geen enkel beleidsinitiatief de oprichting van een overheidsfonds om andere inhoudelijke redenen, dan politieke onuitvoerbaarheid, afgeraden. De tweede is dat aanbevelingen voor overheidsprocessenfondsen niet vanzelfsprekend zijn: in de VS is er bijvoorbeeld geen serieuze aanbeveling geweest voor de oprichting van een overheidsprossenfonds. Het oprichten van een overheidsfonds wordt pas als een noodzaak ervaren, wanneer er een leemte in het financieringslandschap bestaat. Een dergelijke leemte kan om een aantal redenen ontstaan, waarvan de belangrijkste zijn beperkingen op resultaatafhankelijke honoraria en de toepassing van een *loser pays*-regel in de context van class actions. Mulheron merkt dan ook op dat bij gebrek aan een dergelijke leemte het nut van een processenfonds ernstig in twijfel moet worden getrokken.²²

6.3 Canada

6.3.1 Academische discussies: consensus en divergentie

Quebec en Ontario vertegenwoordigen twee van de drie voornaamste jurisdicties in de wereld die voorzien in een overheidsfonds voor de financiering van *collective redress*.²³ Wat het Quebec fonds betreft, zijn wetenschappers het erover eens dat het fonds een succes is; er is op grote schaal gebruik van gemaakt. Tot 2020 heeft het sinds zijn oprichting financiering toegekend aan 45% van alle collectieve acties in Quebec.²⁴ Het is geïntegreerd in de lokale rechtscultuur en alom geprezen als de "meest geschikte en effectieve manier om *class actions* te financieren".²⁵

De reacties van wetenschappers op de prestaties van het Ontario overheidsfonds waren meer gemengd; vroege critici waren onder meer Watson, die in een vaak geciteerd artikel uit 2001 het fonds in niet mis te verstane bewoordingen een mislukking noemde.²⁶ Mulheron merkt op dat de vooruitzichten voor het fonds in 2012 somber waren, en talrijke commentatoren uitten toen hun twijfels, waaronder de *Hong Kong Law Commission* die verwees naar de onderbenutting en de twijfelachtige levensvatbaarheid van het fonds.²⁷ In Canada merkten juristen op dat het overheidsfonds niet vaak werd gebruikt en dat het primaire financieringsmethode de resultaatsafhankelijke vergoeding is en zal blijven.²⁸ In *Fehr v Sun Life Assurance* (2012), merkte Perell op dat het fonds slechts in een minderheid van de gevallen wordt aangesproken, terwijl resultaatsafhankelijke class counsel vergoedingen vaker voorkomen.²⁹

²⁰ Kalajdzic 2022.

²¹ Watson 2001, p. 275: 'she is only liable if the action is "frivolous or vexatious" (merely losing is not enough).'

²² Mulheron 2020, p. 170.

²³ Met Israel als derde jurisdictie – Bukspan 2021, p. 528.

²⁴ Piché 2022, p. 70.

²⁵ Piché 2016, p. 779-811.

²⁶ Watson 2001, p. 276. Watson legt uit: 'the Fund has been a failure in that, due to inadequate financing, it has given funding to very few class actions (approximately six to date).'

²⁷ Hong Kong Law Reform Commission, par. 8.69; geciteerd in; Mulheron 2020, p. 146.

²⁸ Brown et al, p. 350, geciteerd in: Mulheron 2020, p. 146.

²⁹ [2012] ONSC 2715 [64]. Geciteerd in: Mulheron 2020, p. 146.

Vanaf 2012 is een verbetering waarneembaar in het gebruik van het Ontario-fonds. In de woorden van de voorzitter van het *Class Proceedings Fund*, uit zijn jaarverslag over 2017: "Het fonds is van relatief onbekend en onderbenut uitgegroeid tot een belangrijk onderdeel van het landschap van collectieve vorderingen... We schatten dat het fonds financiering biedt aan 10% van de *class actions* die in Ontario worden ingesteld".³⁰ Er moet echter worden opgemerkt dat ditzelfde cijfer door Kalajdzic wordt aangehaald om aan te tonen dat er sprake is van ernstige tekortkomingen die tot uiting komen in de onderbenutting van het fonds.³¹ Ook Piché merkt op dat het fonds tot op heden enorm onderbenut blijft: jaarlijks wordt slechts ongeveer 10% van alle zaken gefinancierd.³² Dit getal is derhalve voor verschillende interpretaties vatbaar.

Mulheron lijkt het echter meer eens te zijn met de voorzitter van het fonds, die van mening is dat het fonds – na het overwinnen van enkele kinderziektes – nu van ontegenzeggelijk groot belang is.³³ Kalajdzic waarschuwt in 2022 voor het hanteren van het percentage gefinancierde zaken als een maatstaf voor succes, en is het niet eens met Watsons eerdere oordeel uit 2001 dat het fonds een mislukking zou zijn.³⁴ Deze uiteenlopende waarderingen van hetzelfde feitenmateriaal laten zien dat succes geen eenduidig begrip is. Later in dit hoofdstuk wordt op dit onderwerp teruggekomen.

6.3.2 Doelstellingen en intentie van de wetgever

Het *Ontario Law Reform Commission's 1982 Report on Class Actions* wordt gezien als een bepalend document voor het Canadese collectieve actie regime, ondanks het feit dat het Quebec regime drie jaar eerder ontstond. Dat rapport kwam tot stand na de erkenning door het Hooggerechtshof van Canada in *Naken* dat de oude *class actions*-regeling ontoereikend was en dat een alomvattende wettelijke regeling voor het instellen en voeren van *class actions* nodig was.³⁵ Het rapport stelt drie vaak herhaalde beleidsdoelstellingen vast die, hoewel onopvallend, een gezaghebbende en principiële maatstaf bieden waartegen de opkomst van nationale *class actions* kan worden bekeken en geëvalueerd.³⁶ Deze drie doelstellingen zijn: toegang tot de rechter, proceseconomie en gedragsverandering. Deze drie maatstaven zijn in de Canadese *class action*-cultuur verankerd door een constante verwijzing daarnaar door de rechter.

In 1978 was Quebec een pionier bij de invoering van *class action* wetgeving. De Quebec wetgeving op het gebied van collectieve vorderingen leidde onder meer tot de oprichting van een publiek processenfonds voor collectieve acties, het *Fonds d'aide aux actions collectives* (1982). Dit fonds werd ingevoerd als een maatregel ter bevordering van het algemeen belang met de uitdrukkelijke doelstelling om de toegang tot de rechter te bevorderen en de sociale wetgeving efficiënter te handhaven.³⁷ Hoewel dergelijke algemene intentieverklaringen algemeen en plichtmatig kunnen lijken, is het belangrijk dat de wetgever van Quebec uitdrukkelijk de bedoeling had dat de nieuwe wet eisersvriendelijk zou zijn. Lauzon oordeelde vijf jaar na het ontwerp van de wet, dat de wetgever het gebruik van de procedure wilde bevorderen. Piché benadrukt ook dat de wetgever bezorgd was over de toegankelijkheid van de *class action* als proceduremiddel voor rechtzoekenden, ongeacht hun

³⁰ *Class Proceedings Fund Annual Report 2017*, p. 29, <https://lawfoundation.on.ca/download/2017-annual-report/>.

³¹ Kalajdzic 2022, par. 3: 'The structural deficiencies manifest in the underutilization of the Fund: at best, 10% of Ontario's class actions have been funded by the Class Proceedings Fund.'

³² Piché 2016, p. 800.

³³ Mulheron 2020, p. 149.

³⁴ Interview 21 Juli 2022.

³⁵ Piché 2016, p. 790.

³⁶ Marcus 2013, p. 45.

³⁷ Piché 2009, p. 118.

middelen.³⁸ Dit impliceert sterk dat de wetgever vooral, zo niet uitsluitend, gericht was op een betere toegang tot de procedure voor eisers.

Dit was anders in Ontario, toen de wetgever in 1992 onder aanzienlijke druk van een *Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* dat grotendeels uit vertegenwoordigers van het bedrijfsleven bestond,³⁹ de *Class Proceedings Act* aannam om de belangen van eisers en gedaagden in evenwicht te brengen. Er werd wetgeving ingevoerd die ervoor zou zorgen dat eisers en gedaagden eerlijk werden behandeld.⁴⁰ Waar het fonds van Quebec uitdrukkelijk werd opgericht om het probleem van de toegang tot het recht voor eisers te verhelpen, had het fonds van Ontario tot doel een evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van gedaagden en eisers. Deze discrepantie tussen de doelstellingen van de twee fondsen verklaart wellicht voor een deel waarom twee ogenschijnlijk vergelijkbare instanties in de afgelopen jaren zulke opmerkelijk verschillende resultaten hebben geboekt.

6.3.3 Identificatie van een tekort in rechtsbescherming⁴¹

Na de bespreking van beleidsdoelstellingen is het belangrijk om een meer praktisch punt te behandelen. Het onderliggende probleem dat de wetgevers in Quebec, en later in Ontario, wilden verhelpen met de invoering van publieke processenfonds, is de onverenigbaarheid van het mechanisme van collectieve procedures met de *loser pays*-regel.

Zoals uitgelegd door Lauzon (vertaald en geparafraseerd);

*"Om het belang van de rol van het publieke class action-fonds te begrijpen, is het belangrijk te bedenken dat in ons rechtstelsel de verliezende partij de kosten draagt. Dit geldt ook in collectieve procedures. Bij collectieve procedures staat de vertegenwoordiger echter alleen voor het Hof namens de leden van de groep. Een dergelijke verantwoordelijkheid staat niet in verhouding tot zijn persoonlijk belang bij de procedure. Anderzijds zou het praktisch onmogelijk zijn om deze kosten over de leden te verdelen. Het was om dit probleem op te lossen dat het class action fund werd opgericht."*⁴²

Lauzon schreef in 1984 over het Quebec fonds, maar Watson begreep later, in 2001, dat het voornaamste motief van het Ontario fonds ongeveer gelijk was: het bieden van assistentie aan de vertegenwoordigende eiser bij het voorkomen van aansprakelijkheid voor de kosten van de verweerder, indien de actie niet succesvol is.⁴³ Resultaatsafhankelijke beloningen zijn in heel Canada toegestaan als een stimulans voor advocatenkantoren om rechtszaken te financieren en daarom is het vooral de *loser pays*-regel die het tekort aan rechtsbescherming heeft gecreëerd die de wetgevers wilden opvullen door de oprichting van overheidsfondsen.

6.3.3 De Canadese setting voor collectieve vorderingen

Zoals gezegd kan het publieke processenfonds worden beschouwd als een manier om een *legal transplant* – de collectieve procedure – in te passen in een ander systeem dat zich onafhankelijk daarvan had ontwikkeld. Wegens de onverenigbaarheid van de “de verliezer betaalt”

³⁸ Piché 2016, p. 799.

³⁹ Kalajdzic 2022, p. 3: ‘Not surprisingly, this Committee, populated by organizations representing corporate (and therefore defendant) interests, rejected the OLRC approach to costs’.

⁴⁰ Ontario Hansards, 12 Juni 1990, (Ian Scott). http://hansardindex.ontla.on.ca/hansardespeaker/34-2/1045_90-22.html.

⁴¹ Mulheron 2020, p. 164.

⁴² Lauzon 1984, p. 324-335.

⁴³ Watson 2001, p. 275.

kostendelingsregeling met de *class action*, is er aanvullende (particuliere of openbare) procesfinanciering nodig om de wettelijke doelstelling van toegang tot het recht te verwezenlijken.

Het Canadese wettelijke kader voor collectieve acties is geregeld op het niveau van de provincies. De Quebec regeling, vergelijkbaar met de regelingen in Ontario (1993); Brits-Columbia (1995); Saskatchewan (2002); Newfoundland (2001); Manitoba (2002); de Federal Court (2002); Alberta (2004); New Brunswick (2006) en Nova Scotia (2008), is gemodelleerd naar de *US Federal Rule 23*, met een aantal aanpassingen (waaronder de oprichting van een openbaar processenfonds in Quebec en Ontario). Deze aangepaste 'transplantatie' van een uit de VS afgeleide regeling heeft geleid tot een enigszins geliberaliseerde⁴⁴ versie van het Amerikaanse "*Lawyer-Entrepreneur*"-model in Canada. Dit model garandeert echter niet noodzakelijkerwijs de werkelijke toegang tot het recht, die immers ook afhangt van de toegang tot procesfinanciering en de kwaliteit van de markt voor advocaten die voor eisers optreden. De *class action* regimes in de VS en Canada worden gestimuleerd en in stand gehouden door de mogelijkheid van aantrekkelijke, door de rechter goedgekeurde, resultaatsafhankelijke vergoedingen.⁴⁵

Ongeacht deze overeenkomsten op procedureel niveau (met uitzondering van de verschillende kostenregels), zijn er talrijke feitelijke verschillen die de wetgevers in Quebec en Ontario ertoe hebben aangezet de toegang tot de procedure te verbeteren door middel van een openbaar processenfonds. In de VS en Canada, zoals in de meeste ontwikkelde rechtsstelsels in de wereld, is de voornaamste overweging om *class actions* te introduceren, gestoeld op twee factoren. De ontwikkeling van de industriële samenleving, waarin massaschades vaker voorkomen, in combinatie met de toenemende kosten van procederen die leiden tot een toename van individueel niet-inbare vorderingen⁴⁶ (strooischade). In Canada zijn er veel meer dergelijke individueel niet-inbare vorderingen dan in de VS, als gevolg van een aantal factoren, waaronder: lage plafonds voor schadevergoeding in letselschadezaken; de zeldzaamheid van schadevergoedingen met een punitief karakter; de afwezigheid van (relatief onvoorspelbare) jury's en, ten slotte, de aanwezigheid van de *loser pays*-regel.⁴⁷ Door de samenspel van deze factoren is de verwachte opbrengst van procedures lager, terwijl de kostenrisico's aanzienlijk kunnen zijn. De Amerikaanse financieringsregeling, die al deze factoren ontbeert, is verreweg het gunstigst met betrekking tot de toegang tot *class actions* voor de eiser,⁴⁸ omdat aanzienlijke resultaten kunnen worden geboekt, terwijl de kostenrisico's lager zijn.

De *loser pays*-kostendelingsregeling is de voornaamste factor die de afwijkende financieringsvoorwaarden verklaart tussen de Amerikaanse en de Canadese aanpak in *class actions*. Het is die kostendelingsregeling die de aanpassingen – de introductie van publieke fondsen in Ontario en Quebec – bij de 'omzetting' van de Amerikaanse Rule 23 naar de Canadese *class action* regeling noodzakelijk maakte. De *loser pays*-regel creëert een groot financieel obstakel om de rol van een *klassevertegenwoordiger* op zich te nemen en dient tevens als een ontmoediging voor advocatenkantoren die anders eerder geneigd zouden zijn om zaken mee te financieren op basis van een resultaatafhankelijke beloning.⁴⁹ Door dit procedurele onderscheid wordt de Amerikaanse markt voor de status van *lead counsel* sterker, concurrerender en gezonder bevonden dan de Canadese.⁵⁰ Deze concurrentie leidt bovendien tot verlaging van de kosten voor eisers.

⁴⁴ Als in meer vrijelijk beschikbaar.

⁴⁵ Watson 2001, p. 273.

⁴⁶ Watson 2001, p. 270.

⁴⁷ Watson 2001, p. 270.

⁴⁸ Hensler 2017, p. 976.

⁴⁹ Kalajdzic, Cashman & Longmoore 2013, p. 104.

⁵⁰ Kalajdzic, Cashman & Longmoore 2013, p. 139.

Dat de representatieve eiser wordt blootgesteld aan een proceskostenveroordeling is in heel Canada het uitgangspunt, met uitzondering, zoals hierboven vermeld, van British-Columbia. Die heeft een speciale 'no-costs'-regeling die van toepassing is op *class actions*. Dat wil zeggen dat indien de actie niet succesvol is, er geen sprake is van een proceskostenveroordeling. Hoewel in Quebec wel een kostenrisico voor de eisers is, is dat te overzien, omdat er een plafond bestaat voor de kosten in de ontvankelijkheidsfase. Daardoor blijven de in die provincie te betalen kosten beperkt – zelfs nominaal. Dat is in Ontario echter anders. De blootstelling aan nadelige kosten in *class actions* in Ontario blijft een belangrijke drempel voor de zogenaamde klassevertegenwoordigers (vergelijkbaar met de representatieve organisatie in Nederland). Dat lokte zelfs een opmerking uit van *The Ontario Superior Court* dat de toegang tot de rechter te duur wordt, zelfs indien het plaatsvindt via een regeling die voor dat doel (de vergroting van de toegang tot het recht) ontworpen is.⁵¹

De toegenomen blootstelling aan proceskostenveroordelingen in Ontario zou in theorie moeten leiden tot een verhoogd aantal aanvragen bij het processenfonds dat juist tot doel heeft de representatieve eiser te vrijwaren van aansprakelijkheid voor de kosten van de verweerder.⁵² Echter, uit de data blijkt dat het Ontario fonds in de afgelopen tien jaar slechts 130 aanvragen heeft ontvangen, terwijl bij het Quebec fonds slechts in één jaar (2012-13) meer dan 100 aanvragen binnen zijn gekomen.⁵³ Om te kunnen begrijpen waarom het ene fonds, dat is gevestigd in een provincie waar het risico van een proceskostenveroordeling groter is, slechts 15% van het aantal financieringsaanvragen heeft van een ander fonds, dat gevestigd is in een provincie waar een proceskostenveroordeling onbeduidend is, moet naar de opzet van de fondsen worden gekeken.

6.3.4 De opzet van de Canadese fondsen

6.3.4.1 De opzet van het Quebec fonds

Het Quebec fonds is een rechtspersoon die in het algemeen belang is opgericht.⁵⁴ Het wordt beheerd door het ministerie van Justitie van Quebec via drie door de regering benoemde bestuursleden die twee dagen per maand vergaderen om de financieringsaanvragen te beoordelen. De dagelijkse activiteiten worden beheerd door een secretaris die door de bestuurders wordt aangesteld. De financiën van het fonds worden jaarlijks gecontroleerd door de auditeur-generaal van Quebec. De praktische opdracht van het fonds is de financiering van groepsacties in eerste aanleg of hoger beroep en de verspreiding van informatie over de (on)mogelijkheden van *class actions* in Quebec.⁵⁵ Het fonds mag bijdragen in de vorm van juridische kosten en onkosten en brengt geen rente in rekening.

Piché legt uit dat het fonds aanvankelijk werd gefinancierd uit vier inkomstenstromen, waaronder een jaarlijkse subsidie van de provinciale overheid. Tussen 2005 en 2013 daalden de bedragen die het fonds van de overheid ontving echter drastisch vanwege de toegenomen liquiditeit van het fonds, als gevolg van steeds grotere bedragen die werden ingehouden in collectieve acties. Vanaf 2012, toen de overheid haar financiële bijstand stopzette, is het fonds bijna volledig zelfvoorzienend geworden. Er gelden thans drie stromen van zelffinanciering.⁵⁶ Deze inkomstenstromen zijn: subrogatie in de rechten van de eiser die een proceskostenveroordeling krijgt in geval van succes, percentages op toegewezen schadevergoedingen (de *class action tax*) en rente op beleggingen (van deze gelden). Piché geeft aan dat het door een gebrek aan transparantie moeilijk is vast te stellen welke

⁵¹ Piché 2016, p. 784.

⁵² Watson 2001, p. 275.

⁵³ Piché 2016, p. 800.

⁵⁴ Piché 2016, p. 796.

⁵⁵ Piché 2016, p. 796.

⁵⁶ Piché 2016, p. 797.

inkomstenbron het belangrijkste is, maar schat dat de grootste inkomstenbron voor het fonds bestaat uit de *class action tax*.⁵⁷

De eerste bron van inkomsten van het fonds komt voort uit de subrogatie in de rechten van de eiser of zijn advocaat. Deze is beperkt tot het bedrag dat als een kostenveroordeling wordt uitbetaald en is afhankelijk van het succes van de actie. In ruil daarvoor neemt het fonds het kostenrisico op zich. De tweede en belangrijkste bron van zelffinanciering van het fonds is het percentage dat wordt ingehouden op de toegewezen schadevergoedingen. Dit is gecodificeerd in sectie 42 van de *Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives* and the *Regulation respecting applications for assistance for a class action*. Een derde verordening, de *Regulation respecting the percentage withheld by the Fonds d'Aide aux recours collectifs*, voorziet in de berekeningen en percentages aan de hand waarvan het fonds bepaalt wat het hem toegewezen deel van het niet-uitgekeerde saldo is, nadat de groepsleden aanspraak hebben gemaakt op schadeloosstelling. Deze verordening voorziet in drie categorieën procentuele invorderingen die het fonds kan doen, afhankelijk van het soort veroordeling. Piché beschreef de categorieën en percentages in 2016 als volgt:

50-90% van het saldo dat overblijft van de totale toewijzing, na vorderingen van de leden van de groep;

30-70% van de totale toewijzing verminderd met de kosten en de honoraria van de advocaat indien de rechter besluit geen individuele vorderingen toe te staan;

*2-10% van elke individuele toekenning (indien geen gezamenlijke toekenning plaatsvindt).*⁵⁸

Een belangrijk kenmerk van het Quebec fonds is dat het fonds een bijdrage ontvangt van *elke collectieve vordering* die in Quebec wordt ingesteld, ongeacht of het een desbetreffende actie heeft gefinancierd. Piché bevestigt dat dit kenmerk een sterke stimulans is voor rechtzoekenden om gebruik te maken van het overheidsfonds.⁵⁹ Zoals gezegd, is de derde inkomstenstroom de rente op investeringen.⁶⁰

Kortom, het fonds is in grote mate zelfvoorzienend. Hiernaast groeit het door middel van procentuele terugvordering van niet-uitgekeerde opbrengsten van alle succesvolle *class actions* in de staat Quebec. Bovendien behoudt het fonds zich het recht voor om zichzelf aan te vullen via subrogatie uit schikkingen en opbrengsten in zaken die het heeft gefinancierd (hetzij voor gerechtskosten, hetzij voor

⁵⁷ Interview 21 Juli 2022.

⁵⁸ Piché 2016, p. 799: Piché legt uit: 'Article 1(1) of the Percentage Regulation provides the calculation of the percentage withheld by the Fonds from the balance or from a liquidated claim. For example, there will be "collective" recovery when the judgment fixes a total amount payable to the class members as a whole. The members will each have to present a claim to be indemnified from this collective amount. After distribution to the members, some amounts will remain unclaimed. The Regulation indicates how and in what percentage the Fonds can claim a portion of the undistributed balance. Article 1(2) of the Percentage Regulation also applies to collective recoveries, but only when the court considers that the individual liquidation of the class members' claims or the distribution of an amount to each class member is impracticable, inappropriate or too costly, and seeks to determine the balance remaining after the collocation of the costs, fee and disbursements, thereby ordering that the amount be remitted to a third person it designates. 71 Article 1(3) of the Regulation provides for a percentage to be withheld on each "individual" recovery (i.e., the type of recovery that is ordered when it is not possible for the court to determine the total value of a valid claim), the whole pursuant to Article 599 C.p.c. Accordingly, the following percentages may be claimed, for each of the three categories (...). These percentages demonstrate that the most advantageous form of recovery for the Fonds in terms of claiming higher percentages of final recovery is collective recovery pursuant to paragraph 1.'

⁵⁹ Piché legt uit dat dit unieke kenmerk als inspiratie heeft gediend bij soortgelijke voorstellen in Frankrijk en België, die door Belogbi worden toegelicht: Belogbi 2017, p. 29-30. Deze voorstellen hebben echter niet tot concrete wetgevingsacties geleid.

⁶⁰ Piché 2022, p. 70.

onkosten). Dit is toegestaan tot maximaal het bedrag dat het fonds heeft bijgedragen. Belangrijk om op te merken is dat Piché aangeeft dat het deel van de gerechtskosten dat gewoonlijk door het fonds wordt gedekt te laag is, namelijk slechts 100 of 200 dollar per uur. Piché is van mening dat een grotere dekking van hoge advocatenhonoraria door het fonds de voorkeur verdient.

Het fonds beslist over financiering van zaken door onder andere na te gaan of de vordering levensvatbaar zou zijn zonder zijn bijstand. Hiernaast worden de gegrondheid van de zaak, alsmede de waarschijnlijkheid dat een procedure zal worden ingesteld en het vermoedelijke bestaan van het recht dat men wil doen gelden, onderzocht.⁶¹ Belangrijk is dat het fonds geen rekening houdt met de bijdrage van de procedure aan het openbaar belang: één van de criteria die zijn equivalent in Ontario wel in aanmerking neemt, zoals hierna zal blijken.

6.3.4.2 De opzet van het Ontario fonds

Het fonds van Ontario werd opgericht met een initiële overheidsbijdrage van CAD 500.000. Deze bijdrage bestond uit geld dat was opgebouwd door de *Law Foundation of Ontario* (waarvan het *Class Proceedings Fund* als verlengstuk werd opgericht).⁶² Deze organisatie werd in 1974 opgericht om rente te innen op gemengde trustrekeningen van advocaten voor uitgaven aan juridisch onderwijs en onderzoek. Daarom bestond dit startkapitaal niet uit publiek belastinggeld als zodanig, maar uit gelden die via wettelijke bepalingen van het ene doel naar het andere werden overgeheveld.⁶³

Het fonds heeft tot taak acties te financieren die de doelstellingen van de *Class Proceedings Act* (*Access, Efficiency, Deterrence*) bevorderen. Het wordt gerund door een groep van vijf vrijwilligers,⁶⁴ die ondersteund wordt door een full-time staff jurist.⁶⁵ In tegenstelling tot het Quebec fonds worden de advocaatkosten van de eisende partij hier niet gedekt, maar alleen de (op voorhand) goedgekeurde onkosten en eventuele proceskostenveroordelingen ten gunste van de wederpartij. De laatste categorie kosten wordt door het fonds gedekt op verzoek van de in het gelijkgestelde verweerder. Indien de eiser in het gelijk wordt gesteld, moet hij het fonds het voorgeschoten bedrag terugbetalen. Daarnaast rekent het fonds, indien een collectieve actie succesvol is, een vaste heffing van 10% op een eventuele schadevergoeding of schikking. Het fonds berekent de heffing en onkosten van het bedrag, nadat de advocaat zijn *success fee* heeft afgetrokken en voordat de groepsleden een claim indienen.⁶⁶ Dit verschilt van het Quebec model, waarbij pas een percentage wordt onttrokken, nadat de groepsleden hun vordering hebben ingediend.

Als de actie mislukt, draagt het fonds het risico. Mulheron onderstreept dat deze regeling gunstige gevolgen heeft voor zowel de eisende partij, als de verweerder.⁶⁷ Het voordeel voor de verweerder is dat het fonds de verweerder ervan verzekert dat hij de gemaakte kosten kan terugvorderen, indien hij in het gelijk wordt gesteld.⁶⁸ Deze onvoorwaardelijke wettelijke financiële plicht staat niet toe dat

⁶¹ Piché 2022, p. 62.

⁶² Om die reden en anders dan de Quebec fund, het Class Proceedings Fund is geen zelfstandige rechtspersoon en wordt in rechte vertegenwoordigd door het Law Foundation of Ontario.

⁶³ Mulheron 2020, p. 134.

⁶⁴ Eén daarvan is benoemd door de Attorney-General van Ontario, één daarvan door het Law Foundaiton of Ontario en de andere drie leden zijn een gezamenlijke benoeming van de Attorney-General en het Law Foundation. Het betreft doorgaans advocaten of juristen die werkzaam zijn in de praktijk: ofwel aan de verwerende kant ofwel in de non-profit sector. Zie ook <https://lawfoundation.on.ca/for-lawyers-and-paralegals/class-proceedings-fund/committee/>.

⁶⁵ Kalajdzic 2022, p. 11 e.v.

⁶⁶ Kalajdzic 2022.

⁶⁷ Mulheron 2020, p. 138.

⁶⁸ Mulheron 2020, p. 136.

het fonds een betaling kan weigeren. Wanneer de klassevertegenwoordiger eenmaal financiering uit het fonds ontvangt en de procedure verliest, is er voor het fonds geen mogelijkheid om te ontsnappen aan een betaling van de kosten van de verweerder.⁶⁹ Dit element brengt het risico met zich mee dat het fonds wordt weggevaagd door grote proceskostenveroordelingen, en verklaart voor een deel waarom het fonds zich zo traag heeft geprofileerd in het Ontario *class action* regime; het fonds kon pas risico's nemen bij de financiering van nieuwe zaken of zaken van algemeen belang wanneer het voldoende inkomsten had opgebouwd om zijn solvabiliteit te kunnen waarborgen.⁷⁰

De criteria die het Ontario fonds gebruikt om financiering aan zaken toe te kennen, kunnen worden onderscheiden in primaire en aanvullende criteria. De primaire criteria zijn: de verdiensten van de zaak; of er pogingen zijn ondernomen om elders fondsen te werven en de financiële controle van de eiser over de verdeling van eventuele opbrengsten. De aanvullende factoren die het fonds in overweging kan nemen zijn: of de kwesties het openbaar belang raken; de waarschijnlijkheid van een formele ontvankelijkheidsverklaring (in geval van een vroegtijdige aanvraag); en de financiële gezondheid en/of cash flow-situatie van het fonds.

Mulheron merkt op dat de juridische merites van een zaak de belangrijkste en meest bepalende factor zijn waarmee rekening moet worden gehouden,⁷¹ dat zaken met minder dan 50% kans op succes waarschijnlijk niet voor financiering in aanmerking komen, en dat gebrek aan middelen bij de eiser voor de desbetreffende vordering geen expliciete factor is voor het toekennen van financiering.⁷² Dit is een andere veelzeggende afwijking van het model van Quebec, dat expliciet financiering verstrekt voor anders niet inbare vorderingen. Kalajdzic en Piché geven aan dat het Ontario fonds waarschijnlijk zaken met hogere verwachte opbrengsten en/of kans op succes steunt dan het Quebec fonds.⁷³ Niettemin heeft het Ontario-fonds in de loop van zijn bestaan geweigerd om complexe mededingingszaken en effectenzaken te financieren, omdat de mogelijke blootstelling aan omvangrijke kostenveroordelingen en de daarmee gepaard gaande enorme uitgaven het fonds in de toekomst zouden kunnen ruïneren.⁷⁴ In één zaak, *Liebermann v Bank of Canada* (2006), leidde deze weigering tot de stopzetting van de *class action* en het opnieuw indienen ervan in het *no-costs regime* van British Columbia.

De wetgever van Ontario heeft geprobeerd de prohibitieve effecten van de regel 'de verliezer betaalt' in het kader van *class actions* te verzachten door *Section 31(1)* op te nemen in de *1992 Class Proceedings Act*. Op grond van deze regeling kunnen nadelige kosten op verzoek van de rechtbank worden verminderd of worden opgeheven wanneer de *class action* een principiële zaak betrof, een nieuw rechtsvraagstuk aan de orde stelde of een zaak van algemeen belang betrof. Wanneer de rechter vaststelt dat aan één van deze drie uitzonderingen is voldaan, kan hij naar eigen goeddunken de kostenveroordeling verminderen of opheffen. Tot op heden zijn de rechtbanken verdeeld in hun bereidheid om toepassing van deze bepaling toe te staan; met name één rechter merkte op "niets is zeker, behalve de dood, belastingen en de stelling dat een *class action* in het algemeen belang is".⁷⁵

⁶⁹ Mulheron 2020, p. 136.

⁷⁰ Mulheron 2020, p. 148.

⁷¹ Mulheron 2020, p. 140.

⁷² Mulheron 2020, p. 141.

⁷³ Interview 21 Juli 2022.

⁷⁴ Mulheron 2020, p. 138 – met verwijzing naar zaken; *David v Loblaw* (2018); *Bayens v Kinross* (2013); *Lieberman and Morris v Business Devp Bank of Canada* (2006).

⁷⁵ *Smith v Inco Ltd* (2013) ONCA 724 [64].

6.3.5 Vergelijkende analyse en deelconclusie

Uit het voorgaande komt een aantal inzichten naar voren. Ten eerste is het fonds van Quebec veruit het meest gebruikte van de twee fondsen. Dat fonds, dat in de afgelopen 40 jaar bijna de helft van de *class actions* in die provincie heeft gefinancierd, is een voorname en onmisbare financieringsbron binnen deze rechtscultuur gebleken en heeft zijn doel om de toegang tot de rechter voor eisers te verbeteren grotendeels bewezen. Anderzijds blijkt uit de meerderheid in de literatuur dat het gebruik van het Ontario fonds als teleurstellend wordt ervaren voor wat betreft het bedrag dat ervan is gebruikt. Echter, in de afgelopen tien jaar is sprake van aanzienlijke verbeteringen, doordat het fonds voldoende inkomsten heeft verworven om meer (verantwoorde) risico's te kunnen nemen bij de financiering van een grotere verscheidenheid aan zaken. De cijfers spreken echter voor zich en laten zien dat het Ontario-fonds in tien jaar tijd slechts 130 aanvragen heeft ontvangen, terwijl het Quebec-fonds in één jaar (2012-13) meer dan 100 aanvragen heeft verwerkt.⁷⁶ Deze constatering leidt tot een aantal vragen, waaronder waarom het Ontario fonds aanzienlijk minder aanvragen ontvangen en goedgekeurd heeft?

De belangrijkste oorzaak van het verschil in ontvangen aanvragen, die in de literatuur wordt aangevoerd, is de uiteenlopende financieringsmethode van de fondsen. De vaste heffing van 10% van het Ontario fonds op het behaalde resultaat, bovenop de resultaat gerelateerde vergoeding van de advocaat in geval van succes, zou als aanzienlijk en inflexibel kunnen worden aangemerkt ten opzichte van de omvang van de aangezochte financiering, of het stadium van de procedure. Dit wordt gezien als een belangrijke factor die het indienen van aanvragen bij het fonds ontmoedigt (dit is bevestigd door de jurisprudentie zoals samengevat door Mulheron).⁷⁷ Het Quebec model is daarentegen wel flexibel op deze punten. Daarnaast belast het Quebec fonds alle groepsacties, ongeacht of zij wel of geen gebruik hebben gemaakt van het fonds. Dit is anders in het Ontario model, waar alleen de via het fonds gefinancierde acties onderworpen zijn aan de (vaste) heffing.

In feite is de 10% heffing in Ontario een benchmark geworden voor *third party litigation funders* en ramingen van advocatenkantoren voor onvoorziene uitgaven. In tal van zaken werd verwezen naar de 10% heffing van het fonds ter ondersteuning van de vraag of een litigation funding overeenkomst met *class counsel* of commerciële financiers eerlijk en redelijk is. In *Marriott v. General Motors* (2018) oordeelde de rechter dat de *litigation funding*-overeenkomst billijk was omdat de daarin overeengekomen 7% minder was dan de 10%-premie die het *Class Proceedings Fund* toepast en er bovendien sprake was van een plafondbedrag, in tegenstelling tot bij het fonds.⁷⁸ In andere gevallen hebben rechters financieringsovereenkomsten als oneerlijk beoordeeld, wanneer financiers een hogere vergoeding eisten dan het overheidsfonds en hebben zij vaak verlagingen aanbevolen om de overeenkomst in overeenstemming te brengen met de *benchmark* van 10% van het fonds.⁷⁹

Met betrekking tot de vraag, waarom het Ontario-fonds minder aanvragen heeft goedgekeurd, wordt als voornaamste reden aangevoerd dat het fonds, door in de eerste jaren risicovolle en/of omvangrijke zaken aan te nemen, zijn bestaansrecht heeft geriskeerd. Deze terughoudendheid in de latere jaren was logisch en vloeide voort uit de lage initiële startfinanciering in combinatie met het feit dat er geen wettelijke verplichting voor de overheid bestaat om de middelen aan te vullen.⁸⁰ Daarom moest het

⁷⁶ Piché 2016, p. 800.

⁷⁷ Mulheron 2020, p. 137.

⁷⁸ Mulheron 2020, p. 159.

⁷⁹ Mulheron 2020, p. 159.

⁸⁰ Mulheron 2020, p. 149.

fonds tot 2012 uiterst voorzichtig zijn in de zaken die het financierde, om het bestaan van het fonds niet in gevaar te brengen.

De vraag of er meer flexibiliteit moet worden geïntroduceerd en/of dat de heffing moet worden verlaagd, werd in 2020 door het OLRC aan de orde gesteld. Het OLRC betoogde dat het fonds niet kon concurreren met commerciële financiering, omdat het fonds vast zit aan een heffing van 10%, terwijl commerciële financiers de voorwaarden van hun overeenkomsten kunnen wijzigen, afhankelijk van het risico dat inherent is aan een zaak.⁸¹ Dit argument is valide. Het *Class Proceedings Committee* was echter niet positief over eventuele aanpassingen, omdat het beheer van het fonds door 'onbezoldigde vrijwilligers' betekende dat elke discretionaire bevoegdheid met betrekking tot de heffing te veel tijd en middelen zou vergen van een vrijwilligersorganisatie. Een verlaging van de heffing zou bovendien verstrekende negatieve gevolgen hebben voor de levensvatbaarheid van het fonds.⁸² Ten aanzien van een aspect was er wel consensus: de statuten van het fonds moesten in elk geval worden gewijzigd om de financiering ook van de advocaatkosten mogelijk te maken.⁸³ In een aanbeveling van Kalajdzic wordt bovendien het probleem geadresseerd dat voortvloeit uit de vaste heffing van 10% wanneer deze wordt toegepast op zeer omvangrijke *class actions*.⁸⁴ In grote zaken lijkt het rendement van het fonds onevenredig met het risico dat het loopt bij de financiering van deze zaken. Een mogelijke oplossing is de invoering van een plafond voor de bedragen die het fonds kan heffen (zie paragraaf 6.4 voor een bespreking van dit onderwerp).

Een belangrijk aspect van het functioneren van de processenfondsen in Canada is dat *contingency billing* (resultaatafhankelijke beloning en/of no win no fee-arrangementen) daar is toegestaan. Het probleem van onderbenutting dat het Ontario fonds kent of heeft gekend, is voornamelijk veroorzaakt door het feit dat eisers er de voorkeur aan geven hun zaken door het advocatenkantoor te laten financieren op basis van resultaatsafhankelijke vergoedingen. In een rechtsgebied waar *contingency billing* niet is toegestaan, zou een overheidsfonds waarschijnlijk veel meer aanvragen aantrekken.

Kortom, het grootste probleem van het Ontario fonds is, zoals eerder gezegd, de rigide heffing, in combinatie met het model, waarbij alleen opbrengsten worden verkregen uit de zaken die het fonds financiert. Deze heffing wordt toegepast op het collectieve schadebedrag, voordat de klasleden hun vordering hebben ingediend, en gaat derhalve ten koste van de leden van de groep, wier vertegenwoordigers dan logischerwijs op zoek gaan naar meer winstgevende financieringsbronnen via resultaatafhankelijke honoraria en financiering door derden,⁸⁵ met wie meer gunstige, voor de *class*, vergoedingsafspraken kunnen worden gemaakt. Het Quebec model daarentegen, dat is gebaseerd op grote mate van solidariteit en is cultureel geaccepteerd, brengt geen vergelijkbare last mee voor de eisers. Deze factoren verklaren waarom het fonds van Quebec op grotere schaal en op consequente wijze als een succes is beschreven, terwijl het Ontario fonds een meer gemengde reacties heeft gekregen zowel in de wetenschap, als door gebruikers.

6.4 Australië

Australië kent een lange geschiedenis van aanbevelingen voor wetsvorming met betrekking tot de oprichting van publieke *class action funds*. De *South Australian Law Reform Commission* beval in 1977 de oprichting aan van een openbaar fonds genaamd "*The Class Action Indemnity Fund*", en stelde

⁸¹ Mulheron 2020, p. 149.

⁸² Kalajdzic 2022, p. 9.

⁸³ Kalajdzic 2022, p. 9.

⁸⁴ Interview 21 Juli 2022.

⁸⁵ Mulheron 2020, p. 145.

gedetailleerde bepalingen vast betreffende de oprichting en het beheer ervan.⁸⁶ In 1988 beval de *Australian Law Reform Commission* in *Report 46*, dat leidde tot de invoering van *class actions* bij de federale rechtbank, in algemene termen de oprichting van een overheidsfonds aan.⁸⁷ Later werden meer gedetailleerde aanbevelingen opgenomen in de *Civil Justice Review* van de *Victorian Law Reform Commission* van 2008.⁸⁸ Geen van deze aanbevelingen is echter door de regering opgevolgd.

De eerdergenoemde *Victorian Civil Justice Review* van 2008 biedt het meest gedetailleerde schema voor een overheidsfonds aan en is volgens de commissaris ervan, Peter Cashman, de meest geschikte aanbeveling om te bestuderen als leidraad. Het *Justice Fund* – de werktitel van het voorstel – werd ontworpen als een zichzelf financierende entiteit die niet beperkt was tot *class actions*.⁸⁹ Dit fonds was bedoeld om financiële bijstand, schadeloosstelling voor proceskostenveroordelingen en zekerheid voor door de rechter opgelegde kosten te verlenen. De entiteit zou werken op basis van zelffinanciering via terugvorderingen uit succesvolle zaken (percentage niet gespecificeerd), kosten die worden verhaald op in het ongelijk gestelde partijen, en door de rechter opgelegde *cy pres*-betalingen.⁹⁰ Zoals werd geadviseerd door de *Australian Law Reform Commission* in een eerdere aanbeveling, zou een belangrijke bron van inkomsten voor het fonds bestaan uit geldelijke tegemoetkomingen die niet door in aanmerking komende groepsleden worden opgeëist.⁹¹

In het rapport wordt een uitgebreide lijst van problemen genoemd die het *Justice Fund* zou moeten verhelpen. De meest belangwekkende daarvan hebben betrekking op de problemen in verband met de blootstelling van de eiser aan proceskostenveroordelingen. Ten eerste is het belang van de klassevertegenwoordiger in de vordering vaak niet evenredig aan het grote risico dat hij loopt. Dit betekent dat eisers logischerwijs worden ontmoedigd om in *class actions* als klassevertegenwoordigers op te treden. Ten tweede is de in het ongelijk gestelde eisende partij vaak niet in staat om de kosten van de verweerder te dekken, hetgeen leidt tot problemen voor verweerders om hun kosten vergoed te krijgen indien zij de procedure winnen. Hierdoor blijft voor klassevertegenwoordigers alleen de mogelijkheid over om een financieringsovereenkomst te sluiten met een commerciële financier, maar deze financiers zijn vaak alleen bereid dergelijke overeenkomsten te sluiten met betrekking tot in de financieringsovereenkomst genoemde groepsleden. Deze realiteit heeft wat bedoeld was als een opt-out regeling, veranderd in een de facto opt-in regeling. Dit heeft een schadelijk effect gehad op de mate waarin de regeling haar doel – genoegdoening voor allen die schade hebben geleden door het gedrag dat aanleiding heeft gegeven tot het geschil – heeft kunnen verwezenlijken.⁹²

In het rapport wordt aanbevolen het *Justice Fund* – net als in Ontario werd gedaan – op te richten als een aanvulling op een bestaande entiteit om de administratieve overheadkosten en de oprichtingskosten te beperken. In het verslag wordt *Victoria Legal Aid* voorgesteld als een geschikte bestaande instantie voor dit doel. In het rapport wordt onderstreept dat het fonds een statutaire grondslag (waarin de doelstellingen en de criteria voor steunverlening worden gespecificeerd) en een startsubsidie nodig heeft, voordat het fonds zichzelf kan financieren. Belangrijk is dat in het verslag wordt onderstreept dat het fonds weliswaar joint ventures met commerciële financiers zou kunnen aangaan, maar dat het algemene doel van het fonds volledig zou verschillen van dat van de

⁸⁶ South Australian Law Reform Commission, p. 16-17.

⁸⁷ Cashman 2022; Australian Law Reform Commission, p. 308.

⁸⁸ Victorian Law Reform Commission, H 10.

⁸⁹ Victorian Law Reform Commission, p. 614.

⁹⁰ Victorian Law Reform Commission, p. 615.

⁹¹ Victorian Law Reform Commission, p. 615.

⁹² Victorian Law Reform Commission, p. 616.

commerciële financiers, omdat het fonds zonder winstoogmerk zou trachten de verworven inkomsten te herinvesteren om in de toekomst geschillen van algemeen belang, en juridisch onderzoek te financieren.⁹³

In het rapport wordt benadrukt dat het fonds zodanig moet worden opgezet dat het over aanzienlijke flexibiliteit beschikt met betrekking tot de voorwaarden van de financieringsregeling, zowel wat betreft het deel van de kosten van de zaak dat wordt gefinancierd, als het percentage waarmee het fonds zijn investering terugverdient in geval van succes. In het verslag wordt geraamd dat het fonds succesvolle zaken zou moeten steunen in een verhouding van 2:1 tot niet-succesvolle zaken om zelf financierend te zijn. In het rapport wordt geschat dat deze verhouding haalbaar moet zijn.⁹⁴ In het rapport wordt onder meer aanbevolen de blootstelling van het fonds aan proceskostenveroordelingen, althans in het begin, te beperken tot het niveau van de door het fonds verstrekte financiële bijstand.

The Justice Fund zou worden beheerd door een professionele, voltijd staf en een raad van bestuur. Het zou onder toezicht van *the Civil Justice Council*, een onafhankelijk overheidsorgaan, opereren. Het is de bedoeling dat het fonds zowel voor gezonde concurrentie, als samenwerking in de vorm van *joint ventures* met commerciële partijen zorgt. Daarom wordt in het rapport herhaaldelijk vermeld dat het fonds flexibel moet kunnen opereren. Deze nadruk op flexibiliteit lijkt te zijn ingegeven door de moeilijkheden die het Ontario fonds ondervond met zijn inflexibele heffing van 10%.

Het rapport sluit af met opmerkingen, steun en kritiek over het voorgestelde fonds van meerdere entiteiten en wetenschappers.⁹⁵ Het voorstel werd bovendien gesteund door een groot aantal sectorale toezichthouders en NGO's omdat het de toegang tot rechtszaken op het gebied van milieu, geestelijke gezondheid, openbaar belang en consumentenzaken kan verruimen.⁹⁶ Het *Human Rights Law Centre* spitste zijn bijdrage toe op de noodzaak om de toegang tot rechtsbijstand uit te breiden. Professor Peta Spender benadrukte dat het fonds de groei van commerciële financiering zou aanmoedigen door concurrentie op de markt voor de financiering van rechtszaken te creëren, maar merkte op dat het fonds meer rechtstreeks zou moeten worden gericht op zaken die waarschijnlijk niet door de commerciële procesfinanciers zullen worden gefinancierd.⁹⁷

De belangrijkste Australische commerciële financier IMF (thans Omni Bridgeway) maakte geen bezwaar tegen het voorstel, maar merkte op dat de waarschijnlijke belastingvrije status van het fonds het gelijke speelveld voor concurrentie tussen de publieke en particuliere financieringsopties zou verstoren.⁹⁸ In haar antwoord merkte de commissie op dat er geen gelijke concurrentievoorwaarden mogen worden verwacht, gezien de verschillende doelstellingen van het overheidsfonds, en herhaalde zij dat het fonds baat zou hebben bij *joint ventures* met private financiering en de toegang tot expertise en middelen die deze regelingen mogelijk zouden maken. Het *Law Institute of Victoria* steunde het fonds, maar onderstreepte dat het zijn financiering niet mocht beperken tot commercieel levensvatbare, kansrijke geschillen, en dat de winst van het fonds ook moest worden gebruikt om bijstand te verlenen aan rechtzoekenden in handelszaken die een kansrijke vordering (of verdediging) hebben, ongeacht of het fonds een percentage van een geldelijke beloning kan innen.⁹⁹ Ook het *Consumer Action Centre* steunde het fonds, maar merkte op dat de voorgestelde beperking van de

⁹³ Victorian Law Reform Commission, p. 617.

⁹⁴ Victorian Law Reform Commission, p. 617.

⁹⁵ Victorian Law Reform Commission, p. 618.

⁹⁶ Victorian Law Reform Commission, p. 618.

⁹⁷ Victorian Law Reform Commission, p. 619.

⁹⁸ Victorian Law Reform Commission, p. 620.

⁹⁹ Victorian Law Reform Commission, p. 620.

aansprakelijkheid van het fonds voor kostenveroordelingen het doel van het fonds zou ondermijnen, aangezien potentiële rechtzoekenden niet bereid zouden zijn een rechtszaak te beginnen wanneer zij het risico zouden lopen het verschil tussen de aansprakelijkheid van het fonds en het totale bedrag van de te betalen kosten te moeten betalen.¹⁰⁰ Deze laatste, speculatieve zorg lijkt enigszins te worden weggenomen door het succes van het hierna te bespreken Israëlische fonds, ondanks het feit dat het de eisers slechts een gedeeltelijke dekking biedt (zie paragraaf 6.5).

Hierentegen waren er ook talrijke reacties van advocatenkantoren, ondernemingen en de *Australian Corporate Lawyers Association* die zich verzetten tegen het voorstel van het *Justice Fund*. In deze reacties werd betoogd dat het fonds onnodig was gezien de toegang tot commerciële financiering in Australië en de beschikbaarheid van *no win no fee*-regelingen voor advocaten in Victoria (deze regelingen zijn niet beschikbaar in de rest van Australië).¹⁰¹ Een ander kritiekpunt luidde dat het fonds zou leiden tot eindeloze bureaucratie en niet-commerciële besluitvorming.¹⁰²

In een samenvatting van de reacties herhaalde de commissie dat er een dringende behoefte was aan de oprichting van een dergelijk fonds, maar dat bepaalde wijzigingen passend zouden zijn.¹⁰³ Ten eerste zou de bovengrens voor de aansprakelijkheid van het fonds voor kostenveroordelingen slechts voor een beperkte periode moeten gelden, afhankelijk van de financiële resultaten van het fonds. Ten tweede moeten de beheerders van het fonds de flexibiliteit hebben om eventuele tekorten van het fonds te dekken.

Al met al kan worden geconcludeerd dat hoewel in Australië een goed uitgewerkt en gedetailleerd voorstel voor handen lag voor de introductie van een processenfonds, dat op veel onderdelen een breed maatschappelijke steun genoot, dat uiteindelijk niet in een actie van de wetgever heeft geresulteerd. Of dat uitsluitend te wijten is aan een goed georganiseerde lobby van het bedrijfsleven en procesfinanciers is echter onduidelijk.

6.5 Israël

Het *Israeli Public Fund* werd in 2006 opgericht als onderdeel van de *Israeli Class Action Law*. Deze nieuwe regeling leidde tot een voortdurende opwaartse trend in *class action litigation* in Israël; in 2007, een jaar nadat de wet was vastgesteld, werden 28 *class actions* ingediend, in 2010 steeg dit aantal tot 335, in 2012 tot 820, en in 2018 tot 1.250.¹⁰⁴

Het Israëlische fonds is nadrukkelijker gericht op het algemeen belang dan zijn Canadese tegenhangers. Zijn expliciete opdracht bestaat erin het sociale en publieke belang van de rechtszaak te beoordelen en afhankelijk van dat belang al dan niet te financieren. Bukspan benadrukt dat het fonds meer een publieke en minder een juridische waarde heeft, omdat het zich uitsluitend richt op de sociale en publieke verdiensten van de actie in plaats van de kans op succes.¹⁰⁵

Het fonds wordt bemand door negen leden van regelgevende instanties, die door de minister van Justitie worden benoemd. Zij treden op als onbevooroordeelde, de facto openbare jury bij het screenen van zaken op hun publieke belang. Het fonds benadrukt dus, in tegenstelling tot zijn Canadese tegenhangers, duidelijk en onomstotelijk de opvatting van de wetgever dat de class action

¹⁰⁰ Victorian Law Reform Commission, p. 620.

¹⁰¹ Victorian Law Reform Commission, p. 621.

¹⁰² Victorian Law Reform Commission, p. 622.

¹⁰³ Victorian Law Reform Commission, p. 622.

¹⁰⁴ Bukspan 2021, p. 528.

¹⁰⁵ Bukspan 2021, p. 532.

een "particulier handhavinginstrument" is dat de behoefte aan openbare regelgevende handhaving aanvult en vermindert.¹⁰⁶

Het fonds ontvangt van de regering een beperkt jaarlijks budget van minder dan een half miljoen USD (dit kan niet worden overgedragen naar het volgende begrotingsjaar). Het fonds financiert voornamelijk vergoedingen voor deskundigenadvies, vergoedt proceskostenveroordelingen en betaalt sinds kort advocaatkosten.¹⁰⁷ In 2021 had het 700 aanvragen beoordeeld en aan meer dan 45% van deze aanvragen financiering toegekend, wat een opmerkelijk hoog percentage is.¹⁰⁸ Het werkt door zoveel mogelijk rechtszaken gedeeltelijk te financieren, wat betekent dat succesvolle aanvragers in de meeste gevallen nog steeds het grootste deel van hun kosten moeten financieren.

Het fonds komt elk kwartaal bijeen en de aanvraagstroom neemt toe, wat erop wijst dat het fonds bekender wordt en in de financieringsomgeving wordt geïntegreerd. De meeste gefinancierde zaken zijn consumentenzaken, maar het fonds steunt ook vaak antitrustzaken, milieuzaken, discriminatiezaken, verzekeringszaken, en zaken betreffende de rechten van gehandicapten.¹⁰⁹ Verder heeft het zich sterk toegelegd op het bevorderen van maatschappelijk verantwoord ondernemen, alsmede op mededingingsvorderingen, de handhaving van grondwettelijke rechten in de particuliere sector, schendingen van privacy en arbeidsrechten.¹¹⁰

Kortom, het fonds is opgericht door het ministerie van Justitie, maar wordt onafhankelijk beheerd door vertegenwoordigers van verschillende toezichthouders, en zijn activiteiten worden uitdrukkelijk beschouwd als quasi-regelgevend: dat wil zeggen dat zijn activiteiten dienen in plaats van of in aanvulling op openbare handhaving.

6.6 Conclusies

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek volgt een aantal conclusies. Publieke processenfondszen zijn geschikt wanneer er een leemte in het financieringslandschap ontstaat dat vaak het gevolg is van een *loser pays*-regel of een verbod op resultaatsafhankelijke honoraria. Als dat zich voordoet, dan zijn publieke processenfondszen een manier om deze leemte op te vullen, maar de totstandkomingsgeschiedenis van het Ontario fonds laat zien dat een *no-cost rule* voor de klassevertegenwoordiger ook een mogelijkheid is of het afzien van een proceskostenveroordeling in zaken dit het algemeen belang betreffen of principieel van aard zijn.

Ook blijkt uit het rechtsvergelijkende onderzoek dat waar een dergelijke leemte bestaat, de argumenten voor een publiek processenfonds sterker gewogen worden dan de argumenten tegen (behalve in Australië).

Het rechtsvergelijkende onderzoek laat zien dat de publieke processenfondszen niet haaks staan op de aanwezigheid van commerciële procesfinanciering, maar voor een gezonde concurrentie kunnen zorgen, waardoor de kosten omlaag gaan en tegelijkertijd tegemoet wordt gekomen aan behoeften van het publiek waar commerciële, op winst gerichte, procesfinanciers onvoldoende oplossing voor bieden.

¹⁰⁶ Bukspan 2021, p. 532.

¹⁰⁷ Bukspan 2021, p. 533.

¹⁰⁸ Bukspan 2021, p. 533.

¹⁰⁹ Bukspan 2021, p. 533.

¹¹⁰ Bukspan 2021, p. 535.

Indien een overheidsfonds, zoals in Ontario, werkt met een vaste heffing (om de kosten laag te houden, omdat het werk door vrijwilligers wordt gedaan), kan deze heffing een maatstaf worden, waaraan TPLF-overeenkomsten aan moeten voldoen, en waaraan deze kunnen worden getoetst.

In jurisdicties waar *cost orders* hoog zijn, waar alleen heffing op gefinancierde zaken bestaat en waar alternatieven, zoals resultaatsafhankelijke honoraria aanwezig zijn, zullen andere procesfinanciers (zoals in Ontario) proberen de tarieven van het fonds te onderbieden, met een eventuele onderbenutting van het fonds als gevolg.

De Quebec aanpak, waarbij alle *class actions* worden belast, vormt een krachtige stimulans voor rechtzoekenden om gebruik te maken van het publieke fonds. Dat vereist echter een grote mate van solidariteit.

De Israëlische aanpak onderstreept de voordelen die kunnen voortvloeien uit een principiële aanvaarding van de *class action* als privaat mechanisme met een publiek regulerend effect.

De Australische ontwerpen voor een publiek fonds laten zien dat in de literatuur een voorkeur bestaat voor een systeem waarbij de groepsleden voorrang krijgen op de uitkeringen en de niet-uitgekeerde opbrengsten naar het fonds gaan (dus nadat de groepsleden hebben geclaimd), ten opzichte van de aanpak in Ontario, waar het fonds bij de uitkering voorrang krijgt op de groepsleden.

De statutair vastgelegde inflexibiliteit van de hoogte van de heffing in Ontario wordt in het algemeen als een beperking beschouwd en een eigenschap die niet voor herhaling vatbaar is. In de Australische aanbevelingen wordt geadviseerd om het fonds op te richten naar het model van een commerciële onderneming, met volledige flexibiliteit om over voorwaarden te onderhandelen, zij het zonder winstoogmerk. Dat betekent echter dat het fonds niet gerund kan worden door vrijwilligers. Andere nadelen van het Ontario fonds zijn het lage startkapitaal, de beperking tot vergoeding van alleen onkosten en eventuele proceskostenveroordelingen en het ontbreken van een plafond voor eventuele proceskostenveroordelingen.

Een model waarbij de financiering van zowel gerechtskosten als advocaathonoraria en onkosten mogelijk is, wordt in de literatuur als het meest optimale beschouwd, hoewel Cashman sterk aanbeveelt een volledige dekking van advocaatkosten te vermijden.¹¹¹

Ten slotte is het in de praktijk een economisch en organisatorisch voordeel om een fonds op te richten als aanvulling op een bestaande entiteit – zoals een juridische stichting – met een bestaande infrastructuur en personeel, zodat opstartkosten worden vermeden.¹¹²

¹¹¹ Interview 19 juli 2022.

¹¹² Interview van 19 juli 2022.

7. ANALYSE EN CONCLUSIES

7.1 Inleiding

7.1.1 Invoering WAMCA

Centraal in dit onderzoek staat de vraag naar het nut en de noodzaak van een processenfonds voor collectieve acties in het kader van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA)¹, en in het verlengde daarvan, hoe een dergelijk fonds vormgegeven kan worden. Met de invoering van de WAMCA op 1 januari 2020, is de mogelijkheid om collectieve schadevorderingen in te dienen op basis van opt out mogelijk gemaakt onder art. 3:305a e.v. BW. Met de WAMCA is het Nederlands instrumentarium voor de afwikkeling van collectieve schade, samen met de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)² uit 2005 voor collectieve schikkingen³, gecomplementeerd.⁴ Met de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie op basis van opt out, zijn de ontvankelijkheidsvereisten verder aangescherpt, voor zowel schadevergoedingsacties als voor de niet-schadevergoedingsacties. Zo zijn de vereisten voor de representativiteit van belangenorganisaties aan de eisende kant (stichtingen, verenigingen) aangescherpt, die onder meer zien op toezicht, passende besluitvormingsmechanismen, en de beschikbaarheid van relevante informatie op een goed toegankelijke internetpagina. Ook dient de belangenorganisatie over voldoende financiële middelen te beschikken en ervaring en deskundigheid te hebben ten aanzien van het voeren van collectieve acties. Daarnaast moet de vordering een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer.⁵ Tot slot dient de collectieve actie de meest effectieve en efficiënte manier te zijn om de vordering af te wikkelen.⁶ Dat is het geval als de groep benadeelden voldoende groot is en het gemoeide belang individueel, dan wel collectief, voldoende substantieel. Als de rechter ervan overtuigd is dat de eisende organisatie aan de wettelijke vereisten voldoet, wijst hij haar als exclusieve belangenbehartiger aan. Als er meerdere organisaties zijn die aan de eisen voldoen, kunnen zij gezamenlijk worden aangewezen. Daarna begint de opt out periode te lopen. Benadeelden die niet tijdig uitstappen, worden gebonden aan de uitkomst van de procedure, ongeacht wat deze uitkomst is. Als een collectieve schikking uitblijft, volgt een rechterlijke uitspraak, zonder mogelijkheid van opt out. De uitspraak van de rechter, positief of negatief, is bindend voor iedereen die onder de nauw omschreven groep valt en niet uitgestapt is. Alleen als er later in de procedure een collectieve schikking volgt, is er nog een mogelijkheid tot opt out.

7.2.2 Achtergrond onderzoek

De implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen is de concrete aanleiding voor dit onderzoek. De Richtlijn verlangt van de lidstaten het treffen van maatregelen die de financiering van collectieve (schadevergoedings)acties faciliteert en ervoor zorgt dat consumenten volledig gecompenseerd worden voor de gemaakte proceskosten. De maatregelen kunnen allerlei vormen aannemen: van het verstrekken van overheidssubsidies en het verlagen van griffierechten, tot het invoeren van bijzondere proceskostendelingsregels voor collectieve acties of resultaatafhankelijke

¹ Stb. 2019, 130.

² Stb. 2005, 340.

³ Zie voor WODC onderzoek over de WCAM: Van Lith 2010.

⁴ Zie hoofdstuk 2, par. 2.1.

⁵ Zie hoofdstuk 2, par. 2.1.3 en art. 3:305 leden 1-3 BW.

⁶ Zie hoofdstuk 2, par. 2.1.2. Zie ook art. 1018c lid 5 Rv.

beloningen. Daarnaast noemt de Richtlijn als optie voor de lidstaten de mogelijkheid om *cy pres* te introduceren ten aanzien van eventuele overgebleven gelden. Dat wil zeggen dat als niet alle gedupeerden hun vordering verzilveren, hetgeen in de praktijk vaker voorkomt, het restant van een schadevergoedingsfonds kan worden overgemaakt aan een goed doel of aan een andere bestemming die in het verlengde van de collectieve actie ligt. Dat zou ook een eventueel processenfonds kunnen zijn. Hierdoor zou het fonds revolverend kunnen zijn en een overheidssubsidiering niet (permanent) nodig. Een ander bijkomstig voordeel hiervan zou zijn dat er zicht ontstaat op de afwikkeling van collectieve schikkingen, waardoor eventueel misbruik, zoals met het Converium-fonds door notaris Oranje, voorkomen kan worden.

7.1.3 Opzet onderzoek en conclusie

Aan de hand van de onderzoeksvragen⁷ is onderzoek gedaan naar de financieringsmogelijkheden in het algemeen en specifiek naar hoe het financieringsbeeld er onder de WAMCA uitziet, met name op basis van zaakskenmerken en verdere informatie uit het WAMCA-register (deelvraag 1). In kaart is gebracht hoe de markt van commerciële procesfinanciering zich heeft ontwikkeld, en in bijzonder voor collectieve acties (deelvraag 2), en welke regulering hiervoor geldt in andere landen, in Nederland en op Europees niveau (deelvraag 3). Voor het opzetten en in stand houden van een revolverend processenfonds is immers een volwassen collectieve actie-praktijk nodig. Indien daarvan geen sprake is, zal het fonds snel 'uitgeput' raken. Op basis van deskonderzoek en interviews is daarom meer inzicht verworven in de kosten die verbonden zijn aan het voeren van collectieve acties onder de WAMCA (deelvraag 4). Nagegaan is welke problemen er spelen bij de financiering, en voor welke problemen een (revolverend) processenfonds mogelijk een oplossing kan zijn (deelvragen 5 en 6).

Om zicht te krijgen op de mogelijke vormgeving van een dergelijk processenfonds is nader onderzocht welke processenfonds in andere landen bestaan en wat de ervaringen daarmee zijn, waarbij met name Canada (Quebec en Ontario) en Israël van belang zijn (deelvraag 7). Vervolgens is bekeken wat de voor- en nadelen van een eventueel Nederlands processenfonds zijn, hoe een dergelijk fonds zich verhoudt tot andere vormen van financiering en hoe dit fonds verder zou kunnen worden ingericht (deelvraag 8).

In het onderhavige hoofdstuk worden conclusies getrokken, voortbouwend op de deelconclusies in de vorige hoofdstukken en wordt een antwoord gegeven op de vraag in hoeverre een processenfonds, mede met het oog op de implementatie van de Richtlijn representatieve vorderingen en verdere ontwikkelingen, nuttig en wenselijk is (onderzoeksvraag 9).⁸ Deze conclusies zijn gebaseerd op het uitgevoerde deskonderzoek,⁹ de analyse van het WAMCA-register,¹⁰ de kwalitatieve analyse op basis van interviews,¹¹ de bevindingen uit de focusgroep en expertmeeting¹² en het onderzoek naar buitenlandse processenfonds,¹³ waarvan in de vorige hoofdstukken verslag is gedaan.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat bij gebrek aan een nulmeting en gelet op de vooralsnog beperkte gegevens over en ervaringen met het functioneren van de WAMCA in de praktijk, er niet op alle punten harde conclusies kunnen worden getrokken. Dat en andere voortgaande ontwikkelingen op EU niveau die samen de werking en toegankelijkheid van de collectieve actie in Nederland

⁷ Zie hoofdstuk 1, par. 1.2 en verder par. 7.2.

⁸ Zie par. 7.9.

⁹ Hoofdstuk 2.

¹⁰ Hoofdstuk 3.

¹¹ Hoofdstuk 4.

¹² Hoofdstuk 5.

¹³ Hoofdstuk 6.

beïnvloeden, zorgen ervoor dat onze bevindingen een voorlopig karakter hebben. Zij kunnen echter wel als een kader dienen, waartegen effecten van eventuele reguleringsinitiatieven en wetgevingsmaatregelen op het terrein van de financiering van collectieve acties kunnen worden afgewogen om de toegang tot het recht te waarborgen.

In dit hoofdstuk worden eerst op basis van de conclusies in de vorige hoofdstukken deelvragen 1 t/m 8 in kort bestek beantwoord (par. 7.2). Vervolgens worden, om de laatste omvattende onderzoeksvraag 9 naar het nut en de wenselijkheid te kunnen beantwoorden, een aantal belangrijke punten eruit gelicht en verder geanalyseerd. Dit betreft een reflectie op het aantal en type WAMCA-zaken en de financiering daarvan (par. 7.3), ontwikkelingen in de financieringsmogelijkheden en problemen rond financiering (par. 7.4 en 7.5), het juridisch kader en de reguleringsdynamiek van commerciële derdenfinanciering (par. 7.6), bevindingen over het nut en de noodzaak van een processenfonds en mogelijke alternatieven voor een processenfonds (par. 7.7) en de vereisten voor en mogelijke vormgeving van een (revolverend) processenfonds (par. 7.8). Afgesloten wordt met een eindconclusie en aanbevelingen voor verder onderzoek (7.9).

7.2 Beantwoording onderzoeksvragen (deelvragen 1-8)

Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet, is de probleemstelling in dit onderzoek tweeledig. Ten eerste, bestaat er de noodzaak en/of de behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken? Ten tweede, hoe zou een (revolverend) processenfonds in Nederland bekostigd en vormgegeven kunnen worden?

Deze tweeledige probleemstelling valt uiteen in twee hoofdvragen (A en B), met bijbehorende deelvragen.

A. Nut en noodzaak van een (revolverend) processenfonds

Deze onderzoeksvraag (A) naar de noodzaak en/of behoefte om te komen tot een (revolverend) processenfonds voor collectieve rechtszaken, is beantwoord aan de hand van de volgende zes deelvragen (par. 7.2.1-6).

7.2.1 Financieringsmogelijkheden en financieringsbeeld WAMCA (deelvraag 1)

Welke financieringsmogelijkheden bestaan thans in het algemeen om een collectieve actie onder de WAMCA te financieren en wat zijn de voor- en de nadelen daarvan? Hoe ziet het financieringsbeeld in Nederland eruit?

In hoofdstuk 2 zijn de financieringsmogelijkheden voor collectieve acties in kaart gebracht.¹⁴ Rechtszaken kunnen in het algemeen op verschillende wijzen worden gefinancierd, waarbij onder het Nederlandse recht de eigen bijdrage, publiek gefinancierde rechtsbijstand en rechtsbijstandsverzekeringen de belangrijkste zijn. Publiek gefinancierde rechtsbijstand is echter niet beschikbaar voor collectieve acties waarin organisaties (stichtingen, verenigingen) als eisende partij optreden. Rechtsbijstandsverzekeringen richten zich primair op individuele verzekerden en spelen vooral in de fase van afwikkeling van collectieve schade een rol en soms in beperkte mate in de zogenoemde scoping fase, waarin bij gesignaleerde misstanden de mogelijkheden van en een plan voor de procedure worden uitgewerkt. Andere financieringsmogelijkheden zijn afkomstig uit crowdfunding, private (filantropische) fondsen en donaties. In de praktijk spelen deze financieringsbronnen vooralsnog een beperkte rol bij collectieve acties. Resultaatsgerichte beloningen voor de advocatuur, die in sommige andere landen van groot belang zijn in collectieve acties, zijn in

¹⁴ Hoofdstuk 2, par. 2.2 en 2.3.

Nederland niet of zeer beperkt toegestaan. Uit de analyse van de WAMCA-zaken in hoofdstuk 3 en de interviews waarvan verslag is gedaan in hoofdstuk 4, blijkt dat eigen bijdragen voor acties die niet strekken tot schadevergoeding de belangrijkste financieringsbron zijn.¹⁵ Dit betreft eigen bijdragen die organisaties – veelal *repeat players* – vanuit lidmaatschappen en eventuele andere bronnen (bijvoorbeeld donaties) ontvangen. Voor collectieve acties tot schadevergoeding is procesfinanciering door commerciële derden van essentieel belang; in alle WAMCA-zaken die strekken tot het verkrijgen van schadevergoeding is er sprake van commerciële derdenfinanciering.¹⁶

7.2.2 Markontwikkelingen commerciële procesfinanciering en collectieve acties (deelvraag 2)

Hoe heeft de markt voor commerciële derdenfinanciering, ofwel Third Party Litigation Funding, zich ontwikkeld en in het bijzonder voor collectieve acties?

De markt voor commerciële procesfinanciering is volop in ontwikkeling. Zoals in hoofdstuk 2 beschreven, begon deze ontwikkeling onder de WCAM en heeft deze met de WAMCA een verdere impuls gekregen.¹⁷ Naast een aantal in Nederland gevestigde *third party litigation funders*, zijn buitenlandse partijen werkzaam op de Nederlandse markt. Ook is er een aantal ad hoc financiers voor bepaalde (consumenten)zaken en zijn er investeerders die in samenwerking met advocatenkantoren zich richten op het financieren van specifieke claims, zoals de Dieselgate zaken tegen autofabrikanten in verband met sjoemel software, waarmee emissienormen ongemerkt overschreden konden worden. Een aantal Amerikaanse advocatenkantoren is tevens in Nederland als procesfinancier actief en recentelijk heeft een aantal kantoren hier vestigingen opgezet ten behoeve van het voeren van collectieve acties.¹⁸ De werkwijzen van procesfinanciers verschillen en sommige doen scoping en/of due diligence onderzoek in-house, terwijl andere investeerders afhankelijk zijn van aanvragen vanuit de markt en due diligence processen uitbesteden aan externe advocatenkantoren.¹⁹ Deze ontwikkelingen hebben ook andere marktreacties opgeroepen, zoals de opkomst van *multi-purpose* (ad hoc opgerichte) stichtingen die voor specifieke collectieve belangen opkomen (met name op het gebied van het consumentenrecht en privacy) en een nauwere samenwerking tussen de advocatuur en procesfinanciers.²⁰ Hieronder in par. 7.4 wordt in meer detail ingegaan op de financieringsmogelijkheden en ontwikkelingen in de markt.

7.2.3 Regulering van procesfinanciering door commerciële derden (deelvraag 3)

Welke regulering geldt op internationaal, nationaal en Europees niveau, in het bijzonder de Richtlijn Representatieve vorderingen?

De regulering van procesfinanciering door commerciële derden is vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als in de meeste andere landen.²¹ In de eerste plaats bevat art. 3:305a BW (ontvankelijkheids)vereisten die ertoe strekken de representativiteit en professionaliteit van eisende belangenorganisaties te waarborgen, alsmede te garanderen dat deze over voldoende middelen beschikken en de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij deze organisaties ligt. Ook zijn onder de WAMCA nieuwe proceskostendelingsregels ingevoerd, zowel ten laste, als ten voordele van eisende belangenorganisaties: indien een collectieve actie kennelijk ongegrond is, kan

¹⁵ Hoofdstuk 3, par. 4, par. 4.4.1.

¹⁶ Hoofdstuk 3, par. 3.3.2 en 3.4.3, en hoofdstuk 4 par. 4.4.2. Zie voor een verdere analyse par. 7.3.

¹⁷ Hoofdstuk 2, par. 2.4 en in het bijzonder par 2.4.1 en 2.4.2.

¹⁸ Hoofdstuk 2, par. 2.4.3.

¹⁹ Hoofdstuk 2, par. 2.4.4.

²⁰ Hoofdstuk 2, par. 2.4.5.

²¹ Hoofdstuk 2, par. 2.5.

de rechter in het kader van de ontvankelijkheidsbeoordeling vijf keer het geldende liquidatietarief ten laste van de eiser toekennen. Indien de actie succesvol is, kan de belangenorganisatie aanspraak maken op een redelijke vergoeding van de werkelijke proceskosten. Daarnaast zijn de soft law bepalingen van de Claimcode 2011 als herzien in 2019 van belang. Deze Claimcode vereist onder andere ten aanzien van de financiering door commerciële organisaties dat de financieringsovereenkomst schriftelijk is, en dat openbaar dient te worden gemaakt dat sprake is van externe procesfinanciering.²² De sinds 25 juni 2023 toepasselijke Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten staat commerciële derdenfinanciering onder bepaalde voorwaarden toe. Deze Richtlijn heeft tot een aanpassing van art. 3:305a BW²³ geleid voor gevallen die onder de Richtlijn vallen. Deze strekken ertoe te garanderen dat de financiering niet afkomstig is van een financier die een concurrent is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt of van een financier die afhankelijk is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt.²⁴ Tot slot is er vanuit het Europees Parlement een initiatief voor striktere regulering voor commerciële financiering in de vorm van een aanbevolen richtlijn voor ‘verantwoorde particuliere procesfinanciering’. Vooralsnog lijkt dit echter niet tot de invoering van nieuwe wetgeving te leiden gezien de eerste reactie van de Europese Commissie,²⁵ die meer ‘evidence of need’ van striktere regulering verlangt en de resultaten van de implementatie van de Richtlijn wil afwachten. Hieronder in par. 7.6 wordt nader ingegaan op het juridisch kader en de reguleringsdynamiek van commerciële derdenfinanciering.

7.2.4 Kosten verbonden aan collectieve acties (deelvraag 4)

Welke kosten zijn verbonden aan het voeren van collectieve acties zoals die onder de WAMCA worden gevoerd?

Het is lastig gebleken om een volledig beeld te krijgen van de kosten die verbonden zijn aan collectieve acties, mede omdat de schadevergoedingsacties zich nog in een vroeg stadium van de procedure bevinden en deze gegevens vertrouwelijk zijn. De processtukken in het WAMCA-register bieden hierin ook (nog) geen inzicht, maar uit de interviews waarvan in hoofdstuk 4 verslag is gedaan, is wel meer duidelijk geworden over de kostenopbouw.²⁶ Voor niet-schadevergoedingszaken bestaan de kosten vrijwel volledig uit de honoraria voor advocaten, waarbij voor kortgedingsprocedures bedragen van rond de €25.000 zijn genoemd en voor bodemprocedures tussen de €40.000 en €50.000. Daarnaast zijn er onder meer deurwaarderskosten, vertaalkosten in het geval van buitenlandse partijen, de kosten van experts, gerechtskosten en een eventuele kostenveroordeling indien de actie niet succesvol is.²⁷ Voor schadevergoedingsacties zijn de kosten aanzienlijk hoger en minder voorspelbaar. De advocaatkosten werden, afhankelijk van de complexiteit van een zaak, ingeschat op €150.000 tot €500.000 voor het opstellen van de dagvaarding alleen. In complexe zaken is het totaal aan advocaatkosten en andere juridische experts nog (veel) hoger, mede door de veel uitgebreidere ontvankelijkheidsfase. Daarnaast zijn aanzienlijke kosten verbonden aan de voorfase, waaronder kosten van *scoping*, het feitelijke en juridische (voor)onderzoek, de kosten van het aantrekken van financiering en het oprichten en onderhouden van (ad hoc) stichtingen, samenwerking en expert analyse. Ten slotte zijn kosten verbonden aan de identificatie en het activeren van de groep benadeelden (*bookbuilding*), kosten van de verplichte onderhandeling met gedaagde partijen en aan

²² Hoofdstuk 2, par. 2.5.1 en 2.1.3.

²³ Zie art. 3:305a lid 2 sub f BW.

²⁴ Hoofdstuk 2, par. 2.5.2 en 2.1.3.

²⁵ Hoofdstuk 2, par. 2.5.3.

²⁶ Hoofdstuk 4, par. 4.3.

²⁷ Hoofdstuk 4, par. 4.3.1.

de afwikkeling en uitkering van de schadevergoeding.²⁸ Het totaal betreft al snel enkele miljoenen euro's.

7.2.5 Problemen bij financiering collectieve acties (deelvraag 5)

Welke problemen spelen er bij de financiering en is er een behoefte aan andere financieringsbronnen?

Voor niet-schadevergoedingszaken gaven de geïnterviewde bestaande belangenorganisaties met budget aan dat zij jaarlijks een potje opzetten, waaruit proceskosten worden betaald en eventuele opbrengsten terugvloeien, maar dit is doorgaans geen revolverende financieringsvorm. De financiering dient aangevuld te worden vanuit de ledencontributie en/of vanuit private, veelal filantropische, fondsen.²⁹ *Repeat players*, die verantwoordelijk zijn voor een substantieel deel van de WAMCA procedures, gaven aan dat het beschikbare budget beperkt is, zij strikt moeten selecteren in zaken en dat de WAMCA kostenverhogend is gebleken ten opzichte van het oude regime voor collectieve acties.³⁰ Voor schadevergoedingszaken zijn eisende partijen op dit moment volledig aangewezen op financiering door commerciële derden.³¹ Vooralsnog hebben zich voor het relatief beperkt aantal schadevergoedingszaken geen noemenswaardige problemen voorgedaan bij het vinden van derdenfinanciers. Het kon in elk geval niet worden vastgesteld of er zaken zijn geweest, waar geen externe financiering voor gevonden kon worden. Knelpunten zijn vooral de kosten die gemoeid zijn met het vooronderzoek van de zaak, omdat er op dat moment nog geen zicht is op financiers of er nog geen concrete afspraken met financiers zijn.³² Soms wordt wel een deel van deze kosten gedragen door bijvoorbeeld ondernemende advocaten en andere adviseurs. Sommige financiers 'ontwikkelen' ook wel zelf zaken door onwenselijk gedrag bij multinationals te monitoren en/of worden rechtstreeks door gedupeerden of technische experts benaderd die op een probleem zijn gestuit. In de focusgroep werd in aanvulling hierop gewezen op de hoge kosten van afwikkeling van zaken als er eenmaal een schikking is, omdat deze kosten niet meer onder de procedurekosten vallen.³³ In de interviews werden ook enkele procedurele knelpunten rond de WAMCA genoemd die tijd en kosten met zich meebrengen. In het bijzonder werd gewezen op de lange voorfase, het nodige onderzoek in het kader van de ontvankelijkheidsdiscussie, de documentatie voor de inschrijving in het register en de overlegverplichting. Enkele onzekerheden die samenhangen met de nog relatief nieuwe wetgeving,³⁴ waaronder de onduidelijkheid rondom de invulling van representativiteit, vergen ook extra investeringen om de risico's op formele niet-ontvankelijkheid te beperken. Behoeft aan financiering bestaat vooral bij legitieme, doch commercieel minder interessante, algemeen belang claims, vanwege het ontbreken van of een geringe schadevergoeding.³⁵

7.2.6 Mogelijke oplossing (revolverend) fonds (deelvraag 6)

Voor welke problemen zou een processenfonds een oplossing kunnen zijn, en zou een processenfonds revolverend kunnen zijn?

Zoals hierboven bij de beantwoording van deelvraag 5 betreffende de knelpunten rond de financiering al werd geconstateerd, kwam in de interviews naar voren dat vooralsnog voor de aangebrachte

²⁸ Hoofdstuk 4, par. 4.3.2.

²⁹ Hoofdstuk 4, par. 4.4.1.

³⁰ Hoofdstuk 4, par. 4.9.6.

³¹ Hoofdstuk 4, par. 4.4.2.

³² Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.9.2.

³³ Hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

³⁴ Hoofdstuk 4, par. 4.4, 4.7 en 4.8. Zie ook 2.1.2 en 2.1.3 over kernpunten van de WAMCA procedure, het overgangsrecht en de verzwaarde ontvankelijkheidsvereisten.

³⁵ Hoofdstuk 4, par. 4.9.3 en hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

schadevergoedingszaken er geen evidente problemen waren om derdenfinanciering te verkrijgen. In sommige zaken zijn zelfs meerdere belangenorganisaties actief. De markt heeft zich zodanig ontwikkeld dat commerciële financiers, advocaten en belangenorganisaties elkaar weten te vinden en op elkaar inspelen. Wel is in de interviews en in de focusgroep gewezen op de hoge kosten van de voorfase, waarin mogelijk nog geen financier is betrokken, en de kosten van de afwikkeling van deze zaken als er eenmaal een schikking is bereikt. Mogelijk zou een processenfonds hierin een rol kunnen spelen. Verder is in de interviews, de focusgroep en de expertmeeting erop gewezen dat niet alle zaken aantrekkelijk zijn voor commerciële financiers. Dit betreft bepaalde algemeen-belangzaken en zaken waarin de verwachte schadevergoeding gering is.³⁶ Ook is gewezen op de onvoorspelbaarheid van de huidige markt van commerciële financiering, omdat die nog volop in ontwikkeling is en het ook nog onduidelijk is hoe de rechter daarmee zal omgaan, terwijl ook mogelijk toekomstige strengere regulering van invloed kan zijn.³⁷ Vooral nog betreft het merendeel van de WAMCA-zaken niet-schadevergoedingszaken. Zoals uit de analyse van het WAMCA-register en de interviews blijkt, is bij deze categorie geen sprake van commerciële derdenfinanciering.³⁸ Mogelijk zou een processenfonds in deze zaken ook een rol kunnen spelen. Of een fonds revolverend kan zijn, is afhankelijk van de inkomstenbronnen en uitgaven. Van belang is dat voldoende gelden terugstromen in een dergelijk fonds. Daarvoor is een volwassen collectieve actie-praktijk nodig en meer duidelijkheid over de aanwezigheid van voldoende financiering voor WAMCA-schadevergoedingsprocedures, aangezien zij het revolverende fonds zullen moeten vullen. Zoals gezegd, is een oordeel hierover op dit moment prematuur. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek kwam ook naar voren dat publieke processenfonds niet haaks staan op commerciële derdenfinanciering, maar juist baat kunnen hebben bij het bestaan van een gezonde concurrentie.³⁹ Hier wordt in par. 7.8 nader op ingegaan.

B. (Financiële) vormgeving en kosten van een (revolverend) fonds

Deze onderzoeksvraag (B) naar de vormgeving en bekostiging van een (revolverend) processenfonds in Nederland is beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen (par. 7.2.7-7.2.8 en par. 7.9 voor de eindconclusie).

7.2.7 Processenfonds in enkele andere landen (deelvraag 7)

Bestaan er dergelijke fondsen in andere landen en zo ja, hoe zijn ze vormgegeven? Welke elementen uit (revolverende) processenfonds elders zouden zich voor toepassing in de Nederlandse context lenen?

Zoals besproken in hoofdstuk 6, bestaan processenfonds voor collectieve acties waarmee noemenswaardige ervaring is opgedaan in Canada (Quebec en Ontario) en Israël, terwijl ook in Australië verschillende gedetailleerde voorstellen voor een publiek fonds zijn geweest en weer in andere landen een praktische afweging is gemaakt om een dergelijk fonds niet in te stellen.⁴⁰ In de eerste groep landen zijn verschillende keuzes gemaakt, zowel ten aanzien van de financiering van het fonds, als het type zaken en type kosten dat kan worden vergoed. Het meest 'ruime' processenfonds is dat van Quebec dat in tegenstelling tot dat van Ontario en Israël niet beperkt is tot zaken met een algemeen belang. In beginsel komen alle zaken en type kosten, inclusief advocaatkosten, voor vergoeding in aanmerking wanneer deze niet op een andere wijze gefinancierd kunnen worden. Het

³⁶ Hoofdstuk 4, par. 4.9.3 en hoofdstuk 5, par. 5.2.2 en 5.3.2.

³⁷ Hoofdstuk 5 par. 5.3.2. Zie over de invloed van regulering deelvraag 5 (par. 7.2.5) en verder par. 7.6.

³⁸ Hoofdstuk 3, par. 3.4.2 en hoofdstuk 4, par. 4.4.1.

³⁹ Hoofdstuk 6, par. 6.6.

⁴⁰ Hoofdstuk 6, par. 6.1. Een recentelijk opgericht revolverend processenfonds in Chili is slechts gesignaleerd, zie hoofdstuk 6 en hoofdstuk 1, par. 1.3.2.

fonds wordt gevoed door bijdragen uit alle class actions, ongeacht of die zaken zelf gebruik hebben gemaakt van het fonds. Ongeveer 50% van de zaken ontvangt een vergoeding uit het fonds. Het fonds in Ontario vergoedt *niet* de advocaatkosten en het fonds zelf wordt gefinancierd uit bijdragen uit succesvolle zaken gefinancierd uit het fonds, waarbij een standaard *fee* van 10% wordt afgedragen aan het fonds (ongeacht de omvang van de financiering of de uitkomst); ongeveer 10% van de zaken wordt op deze wijze gefinancierd. Zaken die bijdragen aan de rechtsontwikkeling of het algemeen belang kunnen voor financiering in aanmerking komen. De 'overhead' van dit fonds is gering, omdat het door vrijwilligers wordt gerund, hetgeen echter om andere redenen als problematisch kan worden gezien, zoals het gebrek aan capaciteit en transparantie. Het Israëliëse fonds wordt volledig gevoed vanuit de overheid en geeft slechts een kleine bijdrage aan (een groot aantal) algemeen belang zaken. Dit fonds kan worden gezien als een privaat mechanisme met een publiek regulerend effect, omdat het algemeen belang acties mogelijk maakt en/of het adresseren ook van strooischade, waar publieke organen en toezichthouders ook een rol (kunnen) hebben.

7.2.8 Voor- en nadelen processenfonds in Nederland en mogelijke inrichting (deelvraag 8)

Wat zouden de voor- en de nadelen van een eventueel Nederlands processenfonds kunnen zijn, hoe verhoudt het zich tot de andere financieringsvormen, en hoe kan dit fonds verder worden ingericht?

Zoals geconcludeerd werd in hoofdstuk 6, zijn publieke processenfonds geschikt als er een leemte in het financieringslandschap bestaat. Dit kan ontstaan door een verbod op resultaatsafhankelijke honoraria en/of het gevolg zijn van een *loser pays*-regel waarbij de eiser het risico van een meer dan symbolische proceskostenveroordeling loopt en de aanwezige financieringsbronnen in collectieve acties ontoereikend zijn, zoals dat in Nederland het geval is.⁴¹ Processenfonds zijn een manier om deze leemte op te vullen. Andere manieren uit de onderzochte jurisdicties zijn een *no cost-rule* ten behoeve van de niet-succesvolle eisers in *class actions* en/of een discretionaire bevoegdheid van de rechter om van een dergelijke proceskostenveroordeling af te zien op verzoek van de verliezende eiser, als het een principiële zaak betreft en/of een zaak in het algemeen belang. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek kwam verder naar voren dat indien een dergelijke leemte in de rechtsbescherming bestaat, de argumenten voor een publiek processenfonds in de desbetreffende jurisdicties sterker zijn gewogen dan de argumenten tegen, met uitzondering van Australië.⁴² Voordelen van een processenfonds zijn dat hiermee ook zaken die mogelijk buiten de boot vallen, omdat ze niet aantrekkelijk genoeg zijn voor procesfinanciers, aangebracht zouden kunnen worden en dat deze zaken hiermee minder afhankelijk van de markt zijn. Zoals in de expertmeeting werd geconcludeerd, dient het afdwingen van naleving door collectieve procedures ook andere dan commerciële belangen, namelijk maatschappelijke, morele en juridische belangen.⁴³ Tijdens de interviews is in het verlengde hiervan gewezen op de mogelijke bijdrage van een processenfonds aan de rechtsontwikkeling (o.a. consumentenrecht, privacy, milieubescherming).⁴⁴ Ook opgemerkt is dat een dergelijk fonds een rol kan spelen bij het voorkomen van concurrentie tussen verschillende claimende partijen, omdat mogelijk al bij de aanvraag bekeken kan worden wie de meest geschikte belangenbehartiger is.⁴⁵ Daarvoor geldt wel dat er aandacht moet zijn voor de inrichting van een dergelijk proces om de legitimiteit van een dergelijke belangrijke beslissing over de toegang tot het recht te waarborgen. Ten slotte kwam in de focusgroep naar voren dat een processenfonds een

⁴¹ Hoofdstuk 6, par. 6.6.

⁴² Hoofdstuk 6, par. 6.6

⁴³ Hoofdstuk 5, par. 5.3.2.

⁴⁴ Hoofdstuk 4, par. 4.9.5.

⁴⁵ Hoofdstuk 4, par. 4.9.7.

gatekeeper-functie zou kunnen vervullen op onrealistische claims, omdat deze niet voor financiering in aanmerking zouden (moeten) komen, en het fonds zou kunnen bijdragen aan het bereiken van een schikking. De verwachting werd uitgesproken dat onrealistische claims geen financiering zouden krijgen,⁴⁶ maar gelet op de ervaringen tot nu toe kan betwijfeld worden of dit een echt probleem is waarvoor het fonds dan een oplossing zou moeten bieden. De verhouding tot andere vormen van financiering, in het bijzonder commerciële derdenfinanciering en alternatieven voor een dergelijk fonds komen in par. 7.7 nader aan de orde. De mogelijke inrichting van een fonds wordt verder besproken in par. 7.8. Mogelijke nadelen, die daar ook besproken zullen worden, zijn dat de met het processenfonds gemoeide tijd en kosten voor het opzetten en functioneren daarvan de verwachten baten mogelijk niet overtreffen. Dit hangt samen met het geringe aantal zaken, de wisselwerking met commerciële derdenfinanciering en de complexiteiten rond en kosten van de organisatie van een dergelijk fonds. Deze uitvoerbaarheidsvraag staat nog los van de vraag naar de noodzaak van een processenfonds.

7.2.9 Nut en noodzaak van een processenfonds (deelvraag 9)

Zoals in de Inleiding (par. 7.1.3) uiteen is gezet wordt deelvraag na een verdere analyse op basis van de bevindingen naar aanleiding van deelvragen 1-8 beantwoord in par. 7.9. Hieronder in par. 7.3-7.8 volgt een nadere reflectie op het aantal en type WAMCA-zaken en de financiering daarvan, de mogelijkheden en problemen rond financiering, de reguleringsdynamiek van commerciële derdenfinanciering, bevindingen over het nut en de noodzaak van een processenfonds en mogelijke alternatieven voor een processenfonds en de vereisten voor en mogelijke vormgeving van een (revoluerend) processenfonds.

7.3 Drie jaar WAMCA-zaken: wat suggereren de cijfers

In deze paragraaf wordt een nadere duiding gegeven van het kwantitatieve onderzoek naar de WAMCA in de eerste drie jaar na het toepasselijk worden daarvan, zoals dat in hoofdstuk 3 is uitgewerkt.

7.3.1 Geen stijging collectieve acties

Een belangrijke constatering naar aanleiding van het onderzoek in het WAMCA-register (hoofdstuk 3) en eerder onderzoek betreft het feit dat het absolute aantal acties na de introductie van de collectieve schadevergoedingsregeling per 1 januari 2020 niet (aanzienlijk) gestegen is, zoals door sommigen bij de introductie van de WAMCA werd gevreesd. De invoering van de WAMCA lijkt dus geen grote gevolgen te hebben gehad op het totaal aantal collectieve acties. Voor zover er al gesproken zou kunnen worden van een verandering daarin, zou dat eerder een lichte daling zijn, aangezien het door Tillema pre-WAMCA geschatte 25 collectieve acties per jaar sinds de invoering van art. 3:305a e.v. BW

⁴⁶ Hoofdstuk 5, par. 5.5.2. A

in 1994, door de WAMCA (met een totaal aantal van 63 tussen 1 januari 2020-1 januari 2023)⁴⁷ vooralsnog niet gehaald lijkt te worden.⁴⁸

Niettemin lijkt er een hardnekkige perceptie te bestaan dat de WAMCA tot een (aanzienlijke) stijging van het totaal aantal collectieve procedures heeft geleid.⁴⁹ Zo kopte het *NRC* bijvoorbeeld dat Nederland ‘een claimparadijs is geworden’ en schreef het dat het aantal massaclaims met de wetswijziging (WAMCA) dat bij Nederlandse rechtbanken ingediend wordt, ‘razendsnel’ oploopt.⁵⁰ Voor deze perceptie zijn verschillende verklaringen denkbaar. Er is thans een registratieplicht voor elke nieuwe actie, waardoor het grote publiek eerder op de hoogte raakt van nieuwe claiminitiatieven dan in het verleden. Nieuwe zaken zijn meteen zichtbaar, waardoor zij ook gevolgd kunnen worden door derden en de media, ook als er geen publiciteit wordt gezocht. Verder is de WAMCA ook ingezet voor de afwikkeling van massaschadezaken die een maatschappelijk belang betreffen en nieuwswaardig zijn, zoals die inzake het klimaat, de dieselaaffaire, *Facebook* en *Tiktok*, al was hierop niet steeds de WAMCA van toepassing⁵¹, maar dat verschil is voor het grote publiek vaak niet kenbaar of relevant. Daarnaast is de komst van een aantal Amerikaanse advocatenkantoren naar Amsterdam niet onopgemerkt gebleven in de media.⁵² Verder wordt door aspirant belangenorganisaties actiever aandacht gezocht in de media om de achterban te activeren om aan de eis van representativiteit te kunnen voldoen.⁵³ Daardoor wordt de zichtbaarheid van massaschade en/of collectieve acties vergroot, zonder dat van een cijfermatige stijging van het aantal collectieve acties sprake hoeft te zijn. Het doorlopen van de zwaardere nieuwe ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA⁵⁴ vergt bovendien dat partijen en de rechter veel meer proces(management)handelingen moeten verrichten. Dat kan als een cijfermatige toename van het aantal collectieve acties worden gevoeld, zonder dat daarvan sprake is. Overigens, ook als er op enig moment wel sprake zou zijn van een stijging van het aantal collectieve acties, hoeft dat enkele feit op zich niet reeds tot de conclusie te leiden dat er sprake is van een toegenomen claimcultuur. Er zijn meerdere oorzaken denkbaar, waaronder een verbeterde toegang tot het recht, waardoor massaschade beter en sneller gedetecteerd en geadresseerd wordt, of – ondanks het bestaan van de WCAM – de beperkte mogelijkheden om massaschade op een adequate wijze buitengerechtelijk af te wikkelen. Nader onderzoek en analyse is nodig om signalen die op een verhoogde claimcultuur lijken te wijzen, te verifiëren en duiden, voordat normatieve uitspraken daarover kunnen worden gedaan en (vergaande) regulerende maatregelen worden getroffen.

⁴⁷ Het onderzoek van Tillema, evenals dit onderzoek, heeft geen betrekking op niet-collectieve, maar wel op enige andere wijze ‘gebundelde’ acties die de afwikkeling van massaschade betreffen. Denk daarbij aan kartelschades of aan de aardbevingen in Groningen en zelfs de toeslagenaffaire. Dergelijke voorbeelden van massaschade beïnvloeden ook de beeldvorming over claimcultuur. Daarnaast is het onduidelijk in hoeverre het door Tillema genoemde aantal ook collectieve acties in kort geding betreft. Onder de WAMCA moeten deze geregistreerd worden. Indien kort geding acties niet meegenomen zijn in het onderzoek van Tillema, dan is het aantal collectieve acties onder de WAMCA (nog) lager in vergelijking met de pre-WAMCA periode.

⁴⁸ Zie de voorgaande voetnoot en hoofdstuk 3, par. 3.2 voor een bespreking van de methodologische beperkingen van de analyse.

⁴⁹ Zie bv. Martijn Pols, ‘Stroom aan nieuwe Nederlandse massaclaims om privacy op komst’, *Financieel Dagblad*, 6 februari 2022; Roos Kraaier, ‘Claimcultuur rukt op in Nederland’, *De Limburger*, 19 februari 2022.

⁵⁰ Stefan Vermeulen, ‘Nederland is een claimparadijs geworden voor buitenlandse investeerders’, *NRC*, 16 februari 2022.

⁵¹ Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.1.2 onder (a).

⁵² Zie bv. Maarten Albers, ‘Viert straks in Nederland claimland het Amerikaans opportunisme hoogtij?’, *de Volkskrant*, 6 juni 2022; Martijn Pols, ‘Toestroom Amerikaanse claimadvocaten leidt tot groeiend ongemak’, *Financieel Dagblad*, 29 april 2022.

⁵³ Hoofdstuk 4, par. 4.3.2 en 4.5.2 (met betrekking tot de activering en de registratie van de achterban).

⁵⁴ Hoofdstuk 2, par. 2.1.3.

7.3.2 *Financiering van schadevergoedings- en niet-schadevergoedingszaken*

Een andere belangrijke constatering betreft het feit dat circa 80% van alle tot nu toe ingestelde acties niet-schadevergoedingszaken betreft, die door *repeat players* zijn ingesteld en zelf gefinancierd zijn. Dit betreft vergelijkbare zaken zoals die onder het oude art. 3:305a BW werden aangebracht. Daarmee is dit type zaken dus wellicht zelfs iets afgenomen onder de WAMCA, al is mogelijk een aantal zaken dat voorheen alleen een verklaring voor recht zou zijn nu (tevens) een schadevergoedingszaak. Een mogelijke verklaring hiervoor is de verzwaring van de ontvankelijkheidseisen waardoor de voorbereidingstijd en kosten wellicht zijn toegenomen, maar het onderzoek biedt hier onvoldoende inzicht in. Uit de interviews komt naar voren dat het budget dat voorheen bij bestaande belangenorganisaties beschikbaar was om niet-schadevergoedingsacties te voeren nu sneller opdraakt door de langere ontvankelijkheidsfase. Artikel 3:305a lid 6 BW dat minder zware eisen stelt aan rechtsvorderingen met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang zou in theorie een uitkomst moeten bieden. Maar in de praktijk moet meer gesteld worden om dit te onderbouwen, waardoor verweer kan worden gevoerd. Dat werkt kostenverhogend en leidt ertoe dat hetzelfde budget over een kleiner aantal acties moet worden ingezet.⁵⁵

De schadevergoedingsacties betreffen een relatief klein percentage van alle onder het nieuwe regime ingestelde collectieve vorderingen. Ook van belang is dat deze schadevergoedingszaken vooralsnog uitsluitend door ad hoc opgerichte belangenorganisaties werden ingesteld, al dan niet met de (immateriële) steun van bestaande belangenorganisaties, en extern (commercieel) werden gefinancierd. Wij hebben daar geen verklaring voor kunnen vinden op basis van de afgenomen interviews, maar sluiten niet uit dat dit te maken heeft met de vereiste expertise die dergelijke acties vergen, die per actie kan worden aangezocht, en het feit dat het voeren van WAMCA-acties tijdrovend, risicovol en kostbaar is. Bestaande belangenorganisaties beschikken zelf in de regel niet over de diepe zakken die daarvoor nodig zijn en hebben geen ervaring met commerciële financiers of met (langdurig) procederen. Dit doet de vraag (en zorg) rijzen wat de gevolgen voor de schadevergoedingsacties onder de WAMCA zouden zijn als procesfinanciering niet of beperkt beschikbaar zou zijn en er geen alternatieven voor handen zijn.

7.3.3 *Verloop WAMCA-zaken en doorlooptijden*

Drie jaar na inwerkingtreding van de WAMCA is nog in geen van de schadevergoedingsprocedures tot een afronding van de ontvankelijkheidsfase en de daaropvolgende aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger gekomen. Ook dat is een belangrijke constatering, al zijn natuurlijk niet al die zaken in het eerste jaar ingediend en zegt het nog weinig over de doorloop. Wel is het mogelijk een eerste teken van een wellicht moeizamer verloop van het type zaken dat nieuw is onder de WAMCA, namelijk schadevergoedingszaken, in vergelijking met het oude regime. Doorlooptijden zijn van invloed op het rendement van financiers. Indien lange doorlooptijden geen kinderziekte blijken te zijn, maar een structureel onderdeel van de WAMCA, zal dat ook gevolgen hebben voor de benodigde en beschikbare financiering. Ofwel minder financiers zullen bereid gevonden worden om in WAMCA-procedures te financieren, ofwel zullen de procesfinanciers die wel daartoe bereid zijn, hogere succesvergoedingen in rekening brengen. Beide gevolgen zijn niet optimaal vanuit het perspectief van de toegang tot het recht voor gedupeerden, zeker als er geen alternatieven zijn. Het tweede gevolg (hogere succesvergoedingen) is evenmin optimaal vanuit het perspectief van gedaagden als zij veroordeeld zouden worden in de reële kosten van de procedure, waaronder de vergoeding van de procesfinancier. Het gevolg van een kleiner aantal (succesvolle) WAMCA-schadevergoedingszaken zal

⁵⁵ Hoofdstuk 4, par. 4.5.4, 4.7 en 4.9.6.

tevens zijn dat er minder overgebleven middelen zullen zijn die naar een eventueel revolverend processenfonds zullen kunnen (terug)vloeien.

Hoewel het totaal aantal zaken onder de WAMCA niet is gestegen en er wellicht zelfs licht is afgenomen, lijkt er wel sprake te zijn van langere doorlooptijden en daarmee van hogere kosten in de ontvankelijkheidsfase (*front loading of costs*).⁵⁶ Zoals gezegd, maakt dat deze fase intensiever in vergelijking met de procedure onder het oude recht.⁵⁷ Dat geldt zowel voor niet-schadevergoedingsacties, als voor schadevergoedingsacties, hoewel in verschillende mate en met andere (kosten)gevolgen.

7.3.4 Privacyzaken

Tot slot valt het op dat de zorgen in het Big Data-rapport dat privacy zaken niet of nauwelijks aangebracht zouden worden vooralsnog niet gegrond lijken te zijn: privacy zaken zijn goed vertegenwoordigd in de nieuwe WAMCA-procedure, al zijn de absolute aantallen gering. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de rechtspraak een manier heeft gevonden om deze zaken als schadevergoedingszaken aanhangig te maken. Daarmee is commerciële financiering mogelijk gebleken. De financiering van privacy zaken op dit moment berust echter op aannames over geanticipeerde ontwikkelingen in de AVG- en WAMCA-rechtspraak met betrekking tot de manier waarop de rechter de schade bij data-inbreuken zal vaststellen en de *success fee* van de financier zal berekenen en/of laten vergoeden als reële kosten van de belangenorganisatie. Of deze aannames juist zijn, zal moeten blijken. Als dat niet zo is, dan zal de financieringsbehoefte in dat type zaken opnieuw bekeken moeten worden en kunnen de zorgen uit het Big Data-rapport weer actueel worden. In elk geval zou de toegang tot het recht in dit type zaken geborgd zijn als er toegang is tot financiering, ook als er geen schadevergoeding wordt gevorderd. Een processenfonds is een mogelijkheid, een andere mogelijkheid is als aan de procesfinancier een vergoeding van het meervoud van de investering (de *success fee* van de procesfinancier) wordt toegekend die door de verliezende partij separaat als *lump sum* wordt vergoed.

7.4 Financieringsmogelijkheden en ontwikkelingen in de markt

Zoals besproken in hoofdstuk 2, en hierboven in par. 7.2.1 kort samengevat⁵⁸ bestaan er voor de financiering van vorderingen – naast financiering door commerciële derden – in theorie een groot aantal mogelijkheden, die in de praktijk belangrijke beperkingen kennen in het geval van collectieve acties, waaronder de WAMCA. Voor de eigen bijdragen van gedupeerden aan de belangenorganisaties, die doorgaans uit lidmaatschapscontributies komen (verenigingen), geldt bovendien dat zij niet alleen niet toereikend zijn voor meer complexe zaken en schadevergoedingszaken, maar ook mogelijk minder goed verenigbaar zijn met de opdracht aan de wetgever onder de Richtlijn om consumenten volledig te compenseren.

De beperkte beschikbaarheid van financieringsbronnen bij de afwikkeling van massaschade is een belangrijke reden dat internationaal en ook in Nederland financiering door commerciële derden (third party litigation funding, TPLF) belangrijker is geworden. Voordelen van TPLF zijn dat een professionele partij de financiële risico's draagt. De expertise die door sommige financiers wordt ingebracht, kan ook bijdragen aan de afwikkeling die bij grotere massaschade-claims per definitie complex, tijdrovend en zeer kostbaar is. Nadelen of gevaren van TPLF waarop gewezen is, zijn het risico van belangenverstremming, welke ook de mogelijkheid of voorwaarden van een schikking zouden kunnen

⁵⁶ Hoofdstuk 4, par. 4.5.1.

⁵⁷ Zie par. 7.1 en hoofdstuk 2, par. 2.1.3.

⁵⁸ Hoofdstuk 2, par. 2.2 en 2.3 en par. 7.2.1.

beïnvloeden.⁵⁹ Ook geeft het procesfinanciers indirect, bij gebrek aan alternatieve financiering, invloed op welke zaken wel en niet aangebracht kunnen worden, aangezien niet alle zaken commercieel interessant zijn voor financiers. Zoals hierboven geconstateerd, speelt TPLF een centrale rol in de collectieve schadevergoedingsactiepraktijk in Nederland en is ook essentieel gezien de beperkte alternatieve financieringsbronnen en de hoge kosten en de risico's verbonden aan de afwikkeling van dit type zaken.⁶⁰ Eventuele reguleringsmaatregelen die een drukkend effect daarop (zouden) hebben, zouden dan ook idealiter op een andere manier gecompenseerd worden om de toegang tot financiering onder de WAMCA te waarborgen.

Op basis van de analyse van het WAMCA-register en de afgenomen interviews (hoofdstuk 3 en 4), kan de conclusie worden getrokken dat de collectieve actie-markt in Nederland sterk in beweging is en een professionaliseringsslag lijkt te maken,⁶¹ hoewel ook hier bij gebrek aan een nulmeting geldt dat het lastig is om vergaande uitspraken te doen over vergelijkingen met de situatie onder het oude recht. Zoals hierboven in 7.2 geconcludeerd werd, is er een toenemend aantal procesfinanciers actief met een uiteenlopende achtergrond en er zijn ook partijen die, meer of minder incidenteel, met het signaleren van (vermeende) misstanden en de ontwikkeling van een financieringspropositie voor derden een verdienmodel nastreven. Ook lijken Nederlandse advocaten open te staan voor het faciliteren van onderzoek naar (vermeende) misstanden, nog voordat financiering in zicht is en/of ter facilitering van een financieringsaanvraag, hoewel de aard en omvang van dergelijke juridische ondersteuning vooralsnog beperkt zijn. Uit de interviews kwam naar voren dat in de Nederlandse markt voldoende interesse is vanuit TPLF om de WAMCA te laten werken, echter moet het financiële belang substantieel zijn en dat is niet bij alle zaken het geval.⁶² Daarmee vallen de relatief kleinere zaken buiten de spreekwoordelijke financieringsboot. De voorspelling in de literatuur voorafgaand aan de introductie van de WAMCA dat de nieuwe wetgeving tot een kleiner aantal zaken zal leiden, maar dat de zaken die wel worden ingesteld (en gefinancierd) substantieel zullen zijn, lijkt op dat punt uit te komen.⁶³

Zoals hierboven al geconstateerd valt verder het verschil op tussen de financiering van niet-schadevergoedingszaken en schadevergoedingszaken. De eerste categorie wordt uit eigen middelen gedaan en door de lange ontvankelijkheidsfase onder de WAMCA gaat meer van het beschikbare budget van *repeat players* op aan kwesties (ontvankelijkheid van de organisatie) die voorheen niet of sneller beslecht hoefden te worden. De budgetten voor dit type zaken zijn substantieel lager zijn dan de budgetten die voor schadevergoedingszaken beschikbaar zijn. De eerste categorie zaken is ook eerder afhankelijk van het werk van *pro bono* advocaten. De beperkte financieringsmogelijkheden zijn voor zaken met een algemeen belang of maatschappelijke rechtvaardigheid-component bezwaarlijk. Aanvullende financiering via een processenfonds zou hier een verschil kunnen maken, maar ook een verkorting of versimpeling van de ontvankelijkheidsfase voor dergelijke organisaties, zodat die meer in lijn is met de situatie onder het oude recht. De uitzondering in lid 6 van artikel 3:305a BW voor met name ideële vorderingen lijkt vooralsnog onvoldoende soelaas te bieden.

7.5 Problemen rond financiering

Zoals hierboven naar voren kwam, zijn de meer traditionele vormen van procesfinanciering vaak niet of maar beperkt geschikt en in ieder geval niet voor de meer complexe en kostbaardere

⁵⁹ Hoofdstuk 2, par. 2.3.3 en hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

⁶⁰ Zie par. 7.2.1-5.

⁶¹ Hoofdstuk 3, par. 3.3.2 en 3.4.3 en hoofdstuk 4, par. 4.4.2 en 4.4.3. Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.4.

⁶² Hoofdstuk 4, par. 4.9.7. Zie ook hierboven, par. 7.2.5.

⁶³ Tzankova 2017, p. 119.

schadevergoedingszaken. TPLF is voor dit type zaken een uitkomst, maar omdat een zaak gezien de grote investeringen voldoende renderend moet zijn voor commerciële financiers komen niet alle zaken voor financiering in aanmerking. Dit kan gaan om zaken waarin slechts een beperkte schadevergoeding wordt gevraagd of die meer risicovol zijn en mogelijk in bepaalde zaken met een algemeen belang karakter.⁶⁴ Daarnaast kwam in het kwalitatieve onderzoek een aantal specifieke problemen rondom de financiering van WAMCA-zaken naar voren.

Procesfinanciers zijn niet geïnteresseerd in de financiering van niet-schadevergoedingszaken, omdat zij een *Return On Investment (ROI)* berekenen als percentage van de schadevergoeding die in beginsel van het collectief kan worden gevorderd. Als de eisende belangenorganisatie echter een meervoud van de investering als reële (financierings)kosten van de verweerder zou kunnen vorderen, dan zouden ook niet-schadevergoedingszaken in aanmerking kunnen komen voor procesfinanciering. De letter van de wet lijkt een dergelijke interpretatie niet uit te sluiten, maar de wetgever zou een verduidelijking van art. 1018I lid 2 Rv, kunnen overwegen om een dergelijke oplossing te versnellen en/of te faciliteren. Deze bepaling maakt afwijking van de gewone kostenveroordeling mogelijk, en bepaalt dat een rechter de in het ongelijk gestelde partij kan veroordelen in 'redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten' van de in het gelijk gestelde partij. Een feit blijft echter dat TPLF een kostbare financieringsvorm blijft, dat niet alle zaken voor TPLF in aanmerking komen en dat het onwenselijk is dat TPLF een monopolie op de financiering van collectieve acties houden, zeker als het algemeen belang in het geding is. Een processenfonds zou dan ook een meerwaarde kunnen hebben.

Uit de interviews blijkt voorts dat aan het verkrijgen van procesfinanciering een uitgebreid onderzoeks- en voorbereidingsfase vooraf gaat, zowel voor wat betreft de juridische merites van de zaak, als de feitelijke onderbouwing en de omvang van de schade. In deze initiële fase, waarin sprake is van een (vermeende) misstand, maar nog geen financiering aanwezig is, blijkt een behoefte aan financiering te liggen.⁶⁵ Zoals hierboven geconstateerd, zijn de verzwaarde ontvankelijkheidseisen van en enkele processuele onzekerheden rond de WAMCA – zoals de toepassing van het overgangsrecht, de invulling van representativiteit en de scope rule – van invloed op de voorbereidingsfase en kosten.⁶⁶ Verwacht mag echter worden dat de rechtspraak op termijn duidelijkheid rond deze zaken zal verschaffen. Daarnaast is in de focusgroep gewezen op de kosten verbonden aan de daadwerkelijke afwikkeling en verdeling van de schadevergoeding.⁶⁷ Of een processenfonds daarvoor de oplossing is of zou moeten zijn, valt echter te betwijfelen.

7.6 Juridisch kader en reguleringsdynamiek commerciële derdenfinanciering

TPLF is een contract dat tot stand komt tussen een belangenorganisatie die een collectieve schadevergoedingsactie wil instellen en een procesfinancier. Zoals hierboven geconcludeerd is de regulering van TPLF vooralsnog beperkt, zowel in Nederland als in andere landen en op Europees niveau.⁶⁸ In Nederland liggen financiële en andere waarborgen voor claimorganisaties besloten in art. 3:305a BW, die door implementatie van de Richtlijn op een enkel punt worden aangevuld.⁶⁹ Voor consumentenzaken die onder de Richtlijn vallen, mag de financiering niet afkomstig zijn van een financier die een concurrent is van degene tegen wie de rechtsovereenkomst zich richt of van een financier

⁶⁴ Hoofdstuk 4, par. 4.9.3 en hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

⁶⁵ Zie i.h.b. hoofdstuk 4, par. 4.3.2 en par. 4.9.2.

⁶⁶ Par. 7.2.5. Zie verder Hoofdstuk 4, par. 4.4, 4.7 en 4.8. Zie ook 2.1.2 en 2.1.3 over kernpunten van de WAMCA procedure, het overgangsrecht en de verzwaarde ontvankelijkheidsvereisten, waaronder de scope rule op grond waarvan een nauwe verbondenheid met Nederland vereist is.

⁶⁷ Hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

⁶⁸ Par. 7.2.3. Zie verder hoofdstuk 2, par. 2.5.

⁶⁹ Art. 3:305a lid 3 sub (f) BW, ingevoerd op 25 juni 2023 naar aanleiding van de implementatie van de richtlijn.

die afhankelijk is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt. Dit vereiste ziet op het voorkomen van eventuele belangenverstrengeling. In Nederland speelt daarnaast de Claim Code van 2010 als herzien in 2019 een belangrijke rol. De herziene Claim Code bevat aanvullende regels die in de schadevergoedingszaken die in het WAMCA-register zijn geregistreerd, door de desbetreffende partijen worden nageleefd (*comply or explain*) en in die zin succesvol is. Een aantal van de betrokken financiers is tevens lid van de *Association of Litigation Funders*. Zelfregulering speelt derhalve een belangrijke rol in de markt van commerciële derdenfinanciering.

Op Europees niveau zijn thans ontwikkelingen gaande die van invloed kunnen zijn op het gebruik van TPLF in Nederland. Al genoemd is de aanvulling in art. 3:305a BW naar aanleiding van de Richtlijn. Deze richtlijn laat TPLF onder bepaalde voorwaarden – die afdoende in de WAMCA worden gewaarborgd – toe, maar staat in het kader van de ‘loser pays’-regel niet toe dat proceskosten door individuele consumenten worden gedragen, op geringe eigen bijdragen na. In de literatuur is betoogd dat onduidelijk is in hoeverre TPLF verenigbaar is met de Richtlijn in het geval dat de proceskosten niet geheel door de verliezende partij worden gedragen, maar deels door de winnende claimstichting en daarmee indirect worden afgewenteld op consumenten, omdat belangenorganisaties niet (afdoende) over eigen middelen beschikken.⁷⁰ Een veroordeling in de reële kosten en niet op basis van gemaximeerde forfaitaire tarieven zou deze mogelijke spanning in ieder geval oplossen. Daarnaast is gewezen op het initiatief van het Europees Parlement voor verantwoorde particuliere financiering.⁷¹

Het is op dit moment onzeker of er implicaties zijn van bestaande Europese regulering voor de huidige financieringspraktijk en of er mogelijk in de toekomst meer wetgeving komt en of deze tot sterke regulering en/of beperking van TPLF zullen leiden en zo ja, welke invloed dat zal hebben op de WAMCA-praktijk. Strengere regulering kan op verschillende wijzen van invloed zijn. Ten eerste kan strengere regulering het onaantrekkelijker maken voor commerciële financiers om op de Nederlandse/EU markt te opereren. Daarmee komen mogelijk ook WAMCA-schadevergoedingszaken die nu wel voor financiering in aanmerking onder druk te staan. Ten tweede zou dit een eventueel revolverend processenfonds – dat juist belangrijker zou worden in het geval TPLF deels zou wegvallen – bemoeilijken omdat de voeding van een dergelijk fonds nu juist in belangrijke mate afhankelijk is van succesvolle en omvangrijke schadevergoedingszaken. Als een eventueel revolverend processenfonds geheel of voor een belangrijk deel afhankelijk is van overgebleven middelen uit collectieve schadevergoedingsacties, en collectieve schadevergoedingsacties op hun beurt (zoals thans het geval is) volledig afhankelijk zijn van TPLF, dan zou een revolverend processenfonds niet levensvatbaar zijn.

Naast voeding vanuit succesvolle, door TPLF gefinancierde schadevergoedingszaken, zijn WCAM-schikkingen een andere potentiële financieringsbron, zoals op grond van art. 9 lid 7 van de Richtlijn is toegestaan. Deze lijken op zichzelf ook onvoldoende om het bestaan van een revolverend processenfonds te kunnen garanderen. WCAM-schikkingen blijven (nu ook al) een relatieve rariteit in de Nederlandse massaschade-praktijk en verwacht mag worden dat een beperking van TPLF niet alleen een drukkend effect zal hebben voor collectieve acties, maar ook voor collectieve schikkingen. Bovendien kan worden verwacht dat in het kader van collectieve schikkingen vaker gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid om overgebleven middelen terug te geven aan de verweerder.

Een andere mogelijkheid die ook steun vindt in art. 20 van de Richtlijn, zou kunnen zijn dat het fonds een initiële storting krijgt van de overheid. Indien het fonds legitieme acties zou selecteren die uit financieel oogpunt lucratief zijn en in die zaken commerciële afspraken zou bedingen (door

⁷⁰ Zie hierover hoofdstuk 2, par. 2.5.2.

⁷¹ Zie par. 7.2.4 en hoofdstuk 2, par. 2.5.3.

bijvoorbeeld als een *success fee* een meervoud van de investering te bedingen en/of een percentage van de schadevergoeding), dan zou het zichzelf in stand kunnen houden. Hieraan kleeft echter een aantal praktische, maar mogelijk ook meer principiële, bezwaren. Praktische bezwaren zijn bijvoorbeeld dat er onafhankelijke en commercieel onderlegde personen met relevante financieringservaring bereid gevonden moeten worden om een openbaar belang-organisatie als een succesvolle onderneming te leiden. Het uitonderhandelen van een succesvergoeding per zaak is tijdrovend, terwijl de ervaringen in Ontario laten zien dat een vast percentage, ongeacht het belang van de zaak en de steun die wordt verstrekt, in de praktijk als rigide wordt ervaren. Een principiële bezwaar is dat algemeen belang acties in een dergelijk systeem alsnog het onderspit kunnen delven. Ook zou de overheidsbijdrage mogelijk als een verboden overheidssteun kunnen worden gezien.

7.7 Bevindingen nut en noodzaak van een processenfonds en mogelijke alternatieven

In deze paragraaf worden bevindingen over nut en noodzaak van een processenfonds op basis van het onderzoek weergegeven en mogelijke alternatieven geschetst. Na een bespreking van de vereisten en mogelijke inrichting van een processenfonds (par. 7.8) worden tot slot enkele slotconclusies getrokken met betrekking tot een eventueel processenfonds (par. 7.9).

7.7.1 Nut en noodzaak processenfonds

Op open vragen naar het nut en de noodzaak van een fonds tijdens de interviews, de focusgroep en de expertmeeting kwamen deels verschillende antwoorden. Zoals hierboven in par. 7.2 werd geconcludeerd, kwam uit de interviews naar voren dat er vooralsnog geen evidente problemen waren om financiering te verkrijgen voor de onder de WAMCA aangebrachte schadevergoedingszaken.⁷² Dit wordt ondersteund door de bevindingen op basis van het WAMCA-register, waaruit blijkt dat bij deze zaken steeds één of meer derdenfinanciers betrokken zijn. In de focusgroep werd opgemerkt dat het lijkt alsof eisende partijen vooralsnog voldoende creatief zijn gebleken om zaken te kunnen financieren en aan te brengen.⁷³ Dit neemt niet weg dat het mogelijk is, of dat het zich in de toekomst voor kan doen, dat bepaalde zaken niet of moeilijk gefinancierd kunnen worden, vooral als het om zaken met een beperkte omvang en geringe schadevergoeding gaat. Zowel in de interviews, de focusgroep en de expertmeeting werd naar voren gebracht dat er zaken tussen de wal en het schip kunnen vallen, met name algemeen belangzaken met een gering commercieel belang. Ook is gewezen op onzekerheid in de financieringsmarkt en de regulering.

Voor niet-schadevergoedingszaken ligt het anders. Zoals uit het WAMCA-register en de interviews blijkt, is hier vooralsnog geen sprake van financiering door commerciële derden en worden deze vooral uit eigen bijdragen gefinancierd. In veel van deze zaken gaat het om *repeat players*. In de interviews kwam naar voren dat het beschikbare budget beperkt is, en zij daarom strikt moeten selecteren in zaken, terwijl de invoering van de WAMCA kostenverhogend heeft gewerkt.⁷⁴

Alles overziend blijkt uit het onderzoek dat een processenfonds met name nut zou kunnen hebben bij de financiering van niet-schadevergoedingsacties en kleine schadevergoedingsacties, die niet lucratief zijn voor procesfinanciers en in de voorfase van grote schadevergoedingsacties. Zoals hierboven al werd geconcludeerd, kan het daarnaast ook vanuit politiek-juridisch oogpunt onwenselijk worden geacht dat TPLF een monopolie heeft op de financiering van collectieve acties, zeker als het algemeen

⁷² Par. 7.2.5 en 7.2.6.

⁷³ Hoofdstuk 5, par. 5.2.2.

⁷⁴ Hoofdstuk 4, par. 4.9.6.

belang in het geding is. Een processenfonds zou dus een meerwaarde kunnen hebben, ook al zitten daar beperkingen aan en is ook juist dit fonds weer gebaat bij een TPLF-markt.

Met name vanuit de focusgroep werden nog drie mogelijk positieve functies van een processenfonds genoemd.⁷⁵ Dit fonds zou kunnen bijdragen aan het verminderen van het *agent-principal* probleem (een spanning tussen de belangen van de daadwerkelijke eisers en hun dienstverleners) doordat commerciële belangen van derdenfinanciers worden weggenomen en omdat aan bepaalde voorwaarden voor een beroep op dit fonds moet worden voldaan, zou het tevens een *gatekeeper*-functie kunnen vervullen. Ook zou het bestaan van een dergelijk publiek fonds de schikkingsbereidheid kunnen bevorderen. Tot slot werd gesuggereerd dat vanwege de hoge kosten van de afwikkeling van zaken na een schikking een processenfonds wenselijk zou kunnen zijn, omdat een dergelijk fonds mogelijk daarin een rol kan spelen.

Met name voor de niet-schadevergoedingsacties en geringe vorderingen zijn ook andere oplossingen dan een processenfonds denkbaar, zoals hieronder in 7.7.2 nader wordt uitgewerkt. Voor wat betreft de voorfase van grote schadevergoedingsacties is de vraag of het alleen de oprichting van een processenfonds rechtvaardigt om in feite procesfinanciers verder te faciliteren in een verdienmodel. Anderzijds, als het fonds daardoor in feite als medefinancier optreedt en van een gunstig eindresultaat kan meeprofiteren, terwijl het de *success fee* van een TPLF drukt, omdat *seed funding* (de financiering van de voorfase) het meest kostbare is, zou dat weer voordelen kunnen hebben voor de toegang tot het recht. In elk geval lijken dergelijke conclusies op dit moment voorbarig. Een en ander is ook afhankelijk van de verdere ontwikkelingen in de financieringsmarkt, in de toepassing van de WAMCA en eventuele verdere regulering. Tot slot is de vraag of een processenfonds ook een rol kan spelen bij de afwikkeling van collectieve schikkingen en schadevergoedingszaken en in ieder geval is een processenfonds niet primair hiervoor bedoeld.

7.7.2 Mogelijke alternatieven voor een processenfonds

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat er – naast een processenfonds – meerdere manieren zijn om eisers in collectieve acties financieel tegemoet te komen en het is goed om op te merken dat de WAMCA al in een aantal daarvan voorziet. Wij bespreken hierna alternatieven en geven aan of deze als kostenverlagende maatregelen en/of tegemoetkomingen in de zin van de Richtlijn representatieve vorderingen kwalificeren ter ondersteuning van collectieve acties.

(a) Afschaffing of verlaging griffierechten

Een eerste alternatief zou kunnen zijn om de griffierechten te verlagen of af te schaffen in bepaalde categorie zaken, bijvoorbeeld als geen schadevergoeding wordt gevorderd, het een algemeen belang actie-betreft en de zaak niet commercieel gefinancierd is. Dit alternatief past in de Richtlijn⁷⁶, al ziet deze op consumentenzaken en niet zonder meer op algemeen-belangzaken. Dit zal echter niet tot een substantiële kostenverlaging leiden, omdat de griffierechten in veel collectieve acties maar een fractie van de totale kosten zal zijn. Een echt alternatief is het dan ook niet, hooguit een maatregel die in combinatie kan worden toegepast met andere maatregelen.

(b) Verruiming gefinancierde rechtsbijstand

Zoals in hoofdstuk 2 besproken is publiek gefinancierde rechtsbijstand op grond van de Wet op de rechtsbijstand niet beschikbaar voor representatieve belangenorganisaties in het kader van

⁷⁵ Hoofdstuk 5, pr. 5.2.2.

⁷⁶ Art. 20 lid 1 Richtlijn. Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.5.2.

collectieve acties.⁷⁷ Overwogen zou kunnen worden om rechtsbijstand ook mogelijk te maken voor belangenorganisaties in het kader van collectieve acties. Dit roept vragen op naar de criteria die hiervoor precies zouden moeten gelden, maar dit zou voor een deel van de collectieve acties een oplossing kunnen bieden. Ook deze maatregel zou passen bij de Richtlijn waarin als mogelijke maatregelen meer structurele steun voor bevoegde belangenorganisaties, waaronder toegang tot rechtsbijstand wordt genoemd.⁷⁸ Hoewel deze beperkt is tot consumentenzaken, hoeft verruiming van de toegang tot rechtsbijstand hier vanzelfsprekend niet toe te worden beperkt.

(c) Geen proceskostenveroordeling bij niet succesvolle actie

De aanwezigheid van een proceskostenveroordeling ten laste van de klassevertegenwoordiger in het geval de collectieve actie niet succesvol is, heeft in Ontario tot de introductie van het processenfonds aldaar geleid, omdat daarmee bepaalde risico's kunnen worden afgedekt. Het spiegelbeeld van deze redenering zou zijn dat als de proceskostenveroordeling zou worden afgeschaft, er geen of minder behoefte zou zijn aan een processenfonds. In de Nederlandse massaschadepraktijk bestaat thans de mogelijkheid van een reële proceskostenveroordeling ten gunste van de succesvolle belangenorganisatie. Indien de actie niet succesvol is, kan de verweerder echter nog altijd aanspraak maken op een proceskostenvergoeding volgens het liquidatietarief. Hoewel de bedragen bij een proceskostenveroordeling volgens het liquidatietarief in het niet vallen ten opzichte van de totale proceskosten van WAMCA-procedures, kunnen zij wel een serieuze drempel vormen voor belangenorganisaties die geen gebruik maken van commerciële procesfinanciering. Indien een processenfonds geen reële optie zou zijn, zou daarom overwogen kunnen worden om deze proceskostenveroordeling in het geheel af te schaffen, indien een belangenorganisatie niet commercieel gefinancierd is, als het een algemeen belang actie betreft en/of als de actie in het belang is van de rechtsontwikkeling en principieel karakter heeft. Ook dit alternatief past in de Richtlijn. In tegenstelling tot de vorige maatregel worden hier geen middelen aan de rechtspraak onttrokken, maar wordt er een drempel verlaagd. Dat zou een onbedoelde aanzuigende werking kunnen hebben.

(d) Reële proceskostenveroordeling

De mogelijkheid van een reële proceskostenveroordeling ten behoeve van de succesvolle belangenorganisatie in het kader van art. 1018l lid 2 Rv zou ook als een alternatieve financieringsmaatregel kunnen worden gezien, omdat het commerciële financiering zou kunnen aantrekken ook voor zuivere niet-schadevergoedingszaken. Deze zaken zijn thans voor TPLF-financiers niet interessant. Meer in het bijzonder moet worden gedacht aan de mogelijkheid voor een succesvolle belangenorganisatie om een meervoud van de investering als reële (financierings)kosten van de verweerder te vorderen. Een explicitering daarvan in art. 1018l lid 2 Rv – dat dit thans ook niet uitsluit – zou een dergelijke oplossing duidelijker kunnen faciliteren. Een nadeel is dat de afhankelijkheid van TPLF vergroot wordt, tenzij organisaties die *repeat players* zijn via de mogelijkheid van een reële proceskostenveroordeling een eigen 'strijdbudget' weten op te bouwen en te beheren.

(e) No win-no fee afspraken toestaan in collectieve acties

Een laatste alternatief dat wij zouden willen noemen is om *no win-no fee* afspraken toe te staan in collectieve schadevergoedingsacties als een alternatief voor TPLF en niet zo zeer als een alternatief voor een processenfonds. Een duidelijk nadeel is dat dit alternatief beperkt blijft tot dezelfde soort zaken, als die waarvoor ook TPLF beschikbaar is. Het vergroot eventueel de concurrentie ten opzichte van TPLF en drukt daardoor mogelijk de kosten van financiering, maar het vult niet een leemte op ten

⁷⁷ Hoofdstuk 2, par. 2.2.2.

⁷⁸ Art. 20 lid 2 Richtlijn. Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.5.2.

aanzien van het typen zaken. Het zou wel kunnen bijdragen aan het wegnemen van obstakels die thans ten aanzien van de financiering van de voorfase worden gesignaleerd.

7.8 Vereisten van en mogelijke vormgeving voor een (revoluerend) processenfonds

7.8.1 Een (revoluerend) processenfonds

In een rapport van de Algemene Rekenkamer uit 2019 werd geconstateerd dat revoluerende fondsen door overheden in toenemende mate gebruikt worden om gezamenlijk⁷⁹ nieuwe initiatieven te organiseren en te financieren.⁸⁰ Het idee van een processenfonds is dat het wordt opgericht door een bestuursorgaan, voor een deel met publiek geld is gevuld en van waaruit derden worden gefinancierd, waarbij die financiering na verloop van tijd weer terugvloeit naar het fonds.⁸¹ In het geval van een revoluerend processenfonds voor collectieve acties zou het dan onder andere of in het bijzonder gaan om schadevergoeding verkregen in een collectieve actie, waarvan een deel – dat is overgebleven of een percentage – zou terugvloeien in het fonds en ter financiering van andere collectieve acties ingezet kan worden.

Ten aanzien van het revolueren van een fonds is uit genoemd rapport duidelijk geworden dat er steeds sprake is van een (initiële) bijdrage van de overheid. Dit zou voor een processenfonds dan ook dienen te gelden en lijkt ook noodzakelijk om zo'n fonds te kunnen starten, al is het in theorie mogelijk dat de overheid helemaal niet betrokken is en het fonds van het begin af aan gevoed wordt vanuit collectieve acties en schikkingen. Dit laatste lijkt gezien het voorsnog geringe aantal schadevergoedingszaken en de tijd die gemoeid is met de afwikkeling echter niet realistisch. Ook is het mogelijk dat er jaarlijks een structurele bijdrage vanuit de overheid wordt gegeven. Zo wordt in Israël het processenfonds zelfs helemaal gevoed vanuit de overheid.⁸² Dit is echter niet de insteek van het onderhavige onderzoek, waarbij het idee is dat het fonds mogelijk zal kunnen revolueren. Ook zou een uitsluitend met overheidsbijdragen gefinancierd fonds bezwarend kunnen zijn als de collectieve actie tegen de Staat of een semipublieke entiteit is gericht. Voor het merendeel van de fondsen zijn gewenste streefwaarden opgesteld voor de mate van revolueren. In het geval van een processenfonds zal het wellicht moeilijk zijn streefwaarden vast te stellen en zal er in ieder geval (aanvankelijk) een grote mate van onzekerheid over de inkomsten zijn, omdat dit met name afhankelijk is van het aantal schadevergoedingszaken en de omvang daarvan.⁸³

Een kritiek die is geuit op het gebruik van revoluerende fondsen is dat er onzekerheid is of de gestorte bijdragen ook daadwerkelijk terugkomen en dat het kan leiden tot verstoring van de marktverhoudingen en ongeoorloofde staatssteun. Voor een processenfonds zou in ieder geval een initiële storting van de overheid nodig zijn om het fonds van start te kunnen laten gaan en om de benodigde kosten van het (opstarten van het) beheer ervan te dragen. Of deze bijdrage terugkomt en het fonds dus niet leegloopt, maar ingezet kan worden voor de financiering van andere zaken, zal afhankelijk zijn van de voeding van het fonds. Zoals uit de bestudering van buitenlandse stelsels naar voren kwam, zijn er verschillende mogelijkheden.⁸⁴ In Quebec wordt het fonds gevoed door bijdragen (een bepaald percentage) uit alle class actions, ongeacht of die zaken (deels) door het fonds gefinancierd zijn. Dit vergt een vergaande vorm van solidariteit. In Ontario is er alleen sprake van een vaste bijdrage van 10% vanuit alleen die zaken die door het fonds zijn gefinancierd. In dit geval zal,

⁷⁹ Met andere overheden, het bedrijfsleven, maatschappelijke organisaties of particulieren.

⁸⁰ Algemene Rekenkamer 2019, p. 5.

⁸¹ J.E. van den Brink 2018, p. 11. Zie ook hoofdstuk 1, par. 1.2.3 onder (c).

⁸² Zie hoofdstuk 6, par. 6.5 en zie hierboven par. 7.2.7.

⁸³ Zie ook Algemene Rekenkamer 2019, p. 30-34.

⁸⁴ Zie hoofdstuk 6 en hierboven par. 7.2.7.

zeker gezien de vooralsnog relatief kleine markt van collectieve acties, revolveren lastiger zijn, tenzij de bijdragen per zaak vanuit het fonds flink worden beperkt. Hierna wordt verder ingegaan op de financiering van het fonds en de gevolgen daarvan.⁸⁵

Van een mogelijke verstoring van marktverhoudingen of ongeoorloofde staatssteun zal naar ons oordeel in beginsel geen sprake zijn. Ten eerste is het garanderen van het recht op toegang tot het recht primair een overheidstaak en niet die van een commerciële markt. Ten tweede is het processenfonds niet bedoeld ter vervanging van commerciële financiering, maar als aanvulling hierop. Zij zijn communicerende vaten: het processenfonds is alleen nodig waar er geen andere middelen zijn, en de voeding van het fonds is mede afhankelijk van succesvolle zaken gefinancierd door commerciële financiers. Alleen indien besloten zou worden ook zaken die voor TPLF in aanmerking komen uit het fonds te financieren en er dus concurrentie optreedt met de commerciële financiers, zou er sprake kunnen zijn van ongeoorloofde staatssteun. Daar wordt in dit geval niet vanuit gegaan en een verdere uitwerking van deze optie valt buiten het bestek van dit onderzoek. Het is wel zo dat wanneer het fonds complementair aan TPLF zou zijn en niet daarmee concurrerend, er een verdere mate van solidariteit nodig zou zijn om het revolverend te laten zijn.

Voor revolverende fondsen in het algemeen kwam de Algemene Rekenkamer tot een aantal conclusies en aanbevelingen, die slechts ten dele relevant zijn voor dit onderzoek.⁸⁶ Zo werd geconcludeerd dat vooralsnog onduidelijk is waar verantwoordelijkheden liggen voor de opzet en regelgeving van revolverende fondsen. Ook is er vooralsnog geen afzonderlijk juridisch kader, zijn er geen eenduidige criteria over hoe een fonds kan revolveren en ontbreekt centraal toezicht. Vooralsnog is er geen concrete opvolging gegeven aan aanbevelingen op deze punten om verbeteringen aan te brengen.

Voor wat betreft een processenfonds zou het voor de hand liggen dat de primaire verantwoordelijkheid voor de oprichting bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid ligt. Afhankelijk van de verhouding van het fonds tot de overheid zal het een publiekrechtelijk fonds zijn dat financieringsbesluiten neemt of zal de toekenning door het fonds van financiering gebaseerd zijn op een privaatrechtelijke financieringsovereenkomst. Dit heeft ook gevolgen voor de toepasselijke (publiek- en/of privaatrechtelijke) regels.⁸⁷ Wat betreft de inrichting geldt, zoals bovengenoemd rapport concludeert, dat dit per revolverend fonds kan verschillen. In dit rapport wordt niet nader op deze aspecten ingegaan, maar zal alleen aandacht worden besteed aan enkele aspecten waarmee rekening moet worden gehouden voor de vormgeving van een processenfonds voor collectieve acties.

7.8.2 Vormgeving en organisatie van een (revolverend) processenfonds

Het rechtsvergelijkende onderzoek naar processenfondsen in andere jurisdicties, aangevuld met het kwalitatief onderzoek, waaronder de focusgroep en expertmeeting, geeft inzichten ten aanzien van vier aspecten die van belang zijn bij de vormgeving en organisatie van een processenfonds. Deze betreffen:

(a) Type zaken dat gefinancierd zou moeten worden

Ten aanzien van het type zaken dat gefinancierd zou worden uit een processenfonds is een principiële keuze mogelijk over de verhouding tussen TPLF en een processenfonds. In een scenario is een processenfonds niet slechts een aanvulling op TPLF, maar maakt het de financiering mogelijk ook van

⁸⁵ Zie par. 7.8.2 onder (c) en (e).

⁸⁶ Algemene Rekenkamer 2019, p. 52-54.

⁸⁷ Zie hierover bijv. V.A. van Waarde 2021.

zaken die in aanmerking komen voor TPLF, maar tegen aantrekkelijkere voorwaarden. Vergelijk hiervoor ook het Ontario model dat standaard van 10% succesvergoeding uitgaat, hoewel dat alleen voor bepaalde soorten kosten geldt, terwijl TPLF in beginsel alle kostensoorten kan betreffen. Zoals hiervoor aangegeven, zou dit scenario echter tot ongeoorloofde staatssteun kunnen leiden en is nader onderzoek hiernaar gewenst als voor dit scenario zou worden gechopt. Een meer voor de hand liggend aanpak is dat het processenfonds juist complementair is aan TPLF: dat is de voorkeur die in de interviews en focusgroep naar voren lijkt te komen. Het voordeel van het 'concurrentiemodel' zou kunnen zijn dat niet alleen procesfinanciers profiteren van de financiering van omvangrijke en minder riskante zaken (de zaken waar procesfinanciers doorgaans in geïnteresseerd zijn) en dat in dat geval een minder vergaande vorm van solidariteit nodig zou zijn, omdat het fonds gemakkelijker zelfvoorzienend kan zijn. Vergaande vormen van solidariteit om het processenfonds revolverend te laten zijn, zouden op onvoldoende steun onder stakeholders kunnen rekenen. Het nadeel van een 'complementair model' zou kunnen zijn dat rechtzoekenden eerst zouden moeten aantonen dat zij niet voor TPLF in aanmerking komen om van het processenfonds te kunnen profiteren. Dat brengt mogelijk allerlei praktische bezwaren met zich.

Wat betreft het type zaken dat gefinancierd zou kunnen worden door een processenfonds zijn genoemd in het bijzonder zaken die een algemeen belang betreffen, zoals klimaatzaken, al is het lastig te definiëren wat onder algemeen belang zaken valt. Dit sluit aan bij processenfonds in andere landen. Het fonds in Ontario en in Israël richten zich op zaken met een publiek belang. In Ontario heeft dit ertoe geleid dat ongeveer 10% van de zaken op deze wijze worden gefinancierd.

Om niet op voorhand bepaalde zaken uit te sluiten en afbakeningsproblemen te voorkomen, zou kunnen worden gekozen om financiering mogelijk te maken voor alle zaken, zoals wel is gesuggereerd in de expertmeeting. Maar of dit realistisch is, zal ook afhankelijk zijn van de beschikbare gelden. Een filtering zou in ieder geval moeten zijn dat er geen andere wijze van financiering mogelijk is en de zaak niet kennelijk ongegrond is. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de criteria van de Wet op de Rechtsbijstand. Een voorbeeld dat hierop aansluit is het fonds in Quebec waarbij in beginsel alle potentieel succesvolle zaken uit het fonds kunnen putten, wat ertoe leidt dat ongeveer 50% van de *class actions* op deze wijze wordt gefinancierd.

(b) Type kosten dat gedekt zou moeten worden

Wat betreft het type kosten dat uit het processenfonds vergoed kan of zou moeten worden, geldt eveneens dat het afhankelijk is van hoeveel gelden er beschikbaar zijn. Idealiter zouden, zoals ook naar voren gebracht in de expertmeeting, verschillende categorieën kosten in aanmerking moeten komen, inclusief gerechtelijke kosten, advocaatkosten, experts, eventueel kosten van de wederpartij indien een zaak niet succesvol is, en kosten verbonden aan communicatie en de distributie van schadevergoeding onder eisende partijen/belanghebbenden. In het buitenland zijn verschillende modellen. In Ontario worden advocaatkosten niet gedekt, omdat ze daar op basis van no cure no pay-methode voor vergoeding in aanmerking komen, maar in Nederland is dat anders en beslaan de advocaatkosten en de kosten van de belangenorganisaties (waaronder claimstichtingen) juist een substantieel deel van de kosten. In Quebec komen advocaatkosten wel voor financiering in aanmerking. Hetzelfde geldt voor Israël, maar daar is ervoor gekozen om maar een geringe bijdrage, gefinancierd door de overheid, aan zaken te geven. In aansluiting op wat ook uit de interviews naar voren kwam, is in ieder geval van belang om zicht te hebben op de omvang van de kosten. Dit is ook van belang voor de schikkingsbereidheid. De omvang van de kosten is op basis van dit onderzoek nog niet precies vast te stellen en is ook gezien de relatief geringe ervaring met de WAMCA en enkele processuele onzekerheden nog onduidelijk.

(c) Wijzen van financiering van het processenfonds

Voor de financiering van een processenfonds bestaan verschillende mogelijkheden. Deze bronnen van financiering kunnen ook naast elkaar bestaan. Iedere mogelijke financieringswijze heeft echter ook bepaalde mogelijke nadelen en de wijze van financiering is direct van invloed op de duurzaamheid van een processenfonds en dus op de vraag of het revolverend kan zijn.

De meest substantiële wijze van bijdragen zou bestaan uit een percentage van de opbrengst uit succesvolle collectieve acties. Daarbij kan worden gekozen voor een bepaald percentage, zoals in Ontario. Een belangrijke keuze is om ofwel alleen zaken die gefinancierd zijn uit het fonds te laten bijdragen of alle succesvolle collectieve acties, zoals in Quebec. Hoewel dit laatste vanzelfsprekend gunstig uitwerkt op de inkomsten van het fonds, vergt dit een grote mate van solidariteit en dit model zal mogelijk op minder steun kunnen rekenen vanuit de markt. Daarnaast heeft dit mogelijk ook gevolgen voor de hoogte van de schadevergoeding voor eisers als de afdracht plaatsvindt voordat uitkeringen aan gedupeerden hebben plaatsgevonden. Dergelijke voortijdige afdracht zou in consumentenzaken mogelijk in strijd komen met de Richtlijn collectieve vorderingen, omdat het als een vorm van 'eigen bijdrage' door de consumenten aan rechtzaken (van andere gedupeerden) zou kunnen worden gezien en zou impliceren dat gedupeerden niet volledig vergoed worden.

Een andere bron van financiering zijn *cy pres* bijdragen, bestaande uit overgebleven gelden uit collectieve acties en schikkingen. Afdracht volgens *cy pres* vindt plaats nadat gedupeerden hun vordering hebben ingediend, daarom is dit verenigbaar met de Richtlijn. Het is ook met zoveel woorden toegestaan op grond van de Richtlijn⁸⁸ en met de WCAM is ook reeds enige ervaring opgedaan met alternatieve bestemmingen uit overgebleven gelden. Terugbetaling aan de gedaagde kan op weinig maatschappelijke steun rekenen, zoals onder meer uit de expertmeeting bleek.

Daarnaast zijn private donaties, al dan niet uit opgezette gerichte crowdfunding acties een mogelijkheid. Dit zal, evenals *cy pres* bijdragen, waarschijnlijk maar een beperkte en een onzekere bron van inkomsten zijn, al kan dit in bepaalde publiek belang-zaken anders zijn. Private donaties en crowdfunding acties ten behoeve van een publiek processenfonds vergt wel enige inkadering.

Tot slot kan een processenfonds ook mede vanuit publieke gelden worden gefinancierd. Vanuit publieke gelden zijn bijdragen uit boetes in het kader van publieke handhaving ook als een mogelijke bron van financiering genoemd, omdat daarbij een directere link bestaat tussen een normschending en eventuele redres-acties. Het probleem daarvan is dat ook met publieke handhaving aanzienlijke kosten gemoeid zijn en dat het wellicht tot een verschuiving van problemen leidt. Vanuit de overheid zal, zoals genoemd, in ieder geval een initiële bijdrage voor de opstart van een processenfonds voor de hand liggen, uit welk budget dan ook. Zoals gezegd geldt voor het processenfonds in Israël zelfs dat het geheel door de overheid wordt gefinancierd.

(d) Inbedding en organisatie processenfonds

Bij de inrichting van een fonds is van belang dat leden van een commissie die de zaakselectie doet over voldoende expertise beschikken, maar dat tegelijkertijd voorkomen wordt dat er mogelijk sprake is van belangenverstremgeling gezien het feit dat het een relatief beperkte pool van experts betreft. Een selectiecommissie met een gemengde expertise zou mogelijk onder leiding van een oud-rechter kunnen staan om het risico van belangenverstremgeling tegen te gaan, zoals in de expertmeeting is opgemerkt. De Raad voor de Rechtsbijstand en het Openbaar Ministerie zijn genoemd als mogelijke organisatie-eenheden, waarbij vanuit de focusgroep de vraag is opgeworpen of de eerste over

⁸⁸ Zie art. 9 lid 7 Richtlijn.

voldoende expertise beschikt. Mogelijk kunnen ook externe experts een rol spelen in een dergelijke selectiecommissie.

De keuzes die gemaakt worden ten aanzien van de eerste twee aspecten (type zaken en type kosten) werken door bij de invulling van de andere twee aspecten (en vice versa). Het is goed om deze interactie voor ogen te houden, omdat zij bepalend is voor de effectiviteit en levensvatbaarheid van een processenfonds. Omdat de bevindingen van dit onderzoek voorlopig zijn, wordt hierna slechts een aantal voorbeelden besproken dat illustreert welke implicaties bepaalde keuzes ten aanzien van het type zaken en type kosten zouden hebben ten aanzien van de wijze van financiering en de inbedding van het processenfonds.

(e) Opties voor inrichting en voorbeelden

Aan de hand van de volgende voorbeelden wordt inzichtelijk gemaakt, hoe de verschillende opties en keuzes op elkaar inwerken. In het vervolg kan in een voorkomend geval steeds een dergelijke afweging worden gedaan.

Voorbeeld 1:

Wat betreft het type zaken dat gefinancierd zou kunnen worden door een processenfonds, bleek dat in het bijzonder (niet-schadevergoedings)zaken worden genoemd die een algemeen belang betreffen, zoals klimaatzaken. Laten we aannemen dat dit een werkbare definitie is en dat alleen dit type zaken voor financiering via het processenfonds in aanmerking zou komen.

Alle kosten die verband houden met deze zaken zouden door een processenfonds gefinancierd kunnen worden of alleen bepaalde type kosten, zoals expertisekosten en/of een eventuele proceskostenveroordeling, indien de zaak niet succesvol is. In het eerste geval is een ruimer budget nodig.

Als deze zaken in geval van succes niets of heel weinig terugbrengen naar het processenfonds, wat niet onwaarschijnlijk is, zou het heel lastig zo niet onmogelijk zijn om het fonds in stand te houden. Het zou niet revolverend zijn. De enige manier om het revolverend te laten zijn, is om een bijdrage (percentage) te vragen uit de opbrengst van alle succesvolle schadevergoedingszaken (zoals in Quebec) en/of te rekenen op *cy pres* of op overgebleven middelen in commercieel gefinancierde schadevergoedingsacties. Het eerste (Quebec model) veronderstelt solidariteit, wat niet vanzelfsprekend is. Daarvoor leek ook weinig steun te zijn in de interviews en focusgroep. Het tweede veronderstelt dat er een gezonde en dynamische markt bestaat voor commercieel gefinancierde collectieve (schadevergoedings)acties. Als TPLF minder toegankelijk wordt, zal dat ook een uitwerking hebben op overgebleven middelen die naar het fonds toevloeien.

In dit voorbeeld zou het eerder passend kunnen zijn om het processenfonds onder te brengen bij de Raad voor de Rechtsbijstand, omdat geen commerciële beslissingen genomen hoeven te worden en de aard van de zaken eerder in lijn ligt bij waar de Raad voor de Rechtsbijstand zich mee bezig houdt.

Voorbeeld 2:

Dit voorbeeld is hetzelfde als voorbeeld 1, alleen wordt het type zaken dat via het fonds gefinancierd uitgebreid met kleine schadevergoedingszaken die niet aantrekkelijk zijn voor procesfinanciers. Dit veronderstelt dat er geen concurrentie is met dit type financiering. Dit zou kunnen betekenen dat in geval van succes enige succesvergoeding terugvloeit naar het fonds. Dit zou niet van hetzelfde niveau zijn als bij commercieel opererende procesfinanciers, maar meer omvatten dan een reële

proceskostenveroordeling: bijvoorbeeld een percentage van de schadevergoeding en/of een meervoud van de investering.

Dit is wel relevant voor de inbedding, omdat dat het nemen van commerciële beslissingen veronderstelt bij de selectie van de zaken en de bepaling van de financieringsvoorwaarden. Dit laatste zou vergemakkelijkt kunnen worden door voor alle zaken een vast percentage op te leggen (zoals in Ontario), maar dat is elders juist als een nadeel van het processenfonds ervaren. In dit voorbeeld zou de inbedding organisatorisch nog altijd onder de Raad voor de Rechtsbijstand kunnen zijn, maar deze instantie beschikt niet over de vereiste ervaring en expertise om een commerciële financieringspraktijk te onderhouden. Externe expertise is nodig niet alleen met betrekking tot de selectie van de zaken, maar ook voor de bepaling van de financieringsvoorwaarden.

7.9 Eindconclusie en aanbevelingen vervolgonderzoek

In deze slotparagraaf wordt de laatste deelvraag beantwoord, namelijk: *Is alles afwegende de introductie van een dergelijke processenfonds in Nederland, mede in het licht van de Richtlijn representatieve vorderingen, nuttig en wenselijk?*

Vervolgens worden enkele aanbevelingen voor vervolgonderzoek gedaan.

7.9.1 Nut en noodzaak: enkele conclusies

Uit het onderzoek is gebleken dat een grote diversiteit aan WAMCA-zaken aanhangig is gemaakt en dat het merendeel hiervan niet-schadevergoedingszaken betreft. Wat betreft de financiering is duidelijk dat voor schadevergoedingszaken financiering door een commerciële procesfinanciering noodzakelijk is, gezien de hoge kosten, en dat deze vooralsnog is verkregen voor de aangebrachte zaken. Niet gebleken is dat er schadevergoedingszaken wegens gebrek aan financiering niet aangebracht konden worden, maar het is zonder meer denkbaar dat er zaken zijn of zullen komen die vanwege een geringe schadevergoeding of mogelijk meer risico niet lucratief zijn voor financiers. Voor niet-schadevergoedingszaken ligt de zaak volledig anders: vooralsnog is er geen sprake van commerciële derdenfinanciering van deze zaken en worden deze – na selectie – uit eigen bijdragen van de achterban en eventuele andere bronnen (private donaties of crowdfunding) gefinancierd.

Een processenfonds lijkt vooralsnog dan ook vooral voor geringe schadevergoedingszaken en niet-schadevergoedingszaken een meerwaarde te hebben. Daarbij moet aangetekend worden dat er ook voor grote schadevergoedingszaken bepaalde nadelen kunnen kleven aan de afhankelijkheid van commerciële derdenfinanciering, met name indien deze riskanter zijn en/of betrekking hebben op nieuwe rechtsvragen. De vraag is of vooral voor zaken met een algemeen belang de commerciële markt bepalend moet zijn of een zaak wel of niet met de benodigde financiering kan worden aangebracht. Ook zijn er (economische) onzekerheden in de zich snel ontwikkelende financieringsmarkt en kan toekomstige (Europese) regulering van invloed zijn op de verdere ontwikkeling.

Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, heeft de oprichting van een processenfonds nogal wat voeten in aarde. Er moeten keuzes gemaakt worden voor wat betreft de financiering van een dergelijk fonds, waarbij een initiële of zelfs meer structurele bijdrage van de overheid nodig zal zijn, mede met het oog op het vooralsnog gering aantal schadevergoedingszaken. Ook moeten er keuzes worden gemaakt voor wat betreft het type zaken en welke kosten gefinancierd zouden moeten worden. Tot slot roepen de oprichting, organisatie en het onderhouden van een dergelijk fonds vragen rond de

inbedding, expertise en onderzoek naar de kansrijkheid van de voorgelegde zaken op, en brengt dit ook de nodige kosten met zich mee.

Op grond van de vooralsnog geringe ervaring met de WAMCA, waarin nog geen einduitspraken in schadevergoedingszaken zijn gedaan, de zich snel ontwikkelende financieringsmarkt, de vooralsnog niet evidente problemen om financiering te verkrijgen (in schadevergoedingszaken) alsmede onzekerheden rond (Europese) regulering, lijkt het prematuur om zonder verder onderzoek op dit moment over te gaan tot de oprichting van een processenfonds. De onderzoekers onderkennen echter dat er onzekerheden zijn in de financiering en dat er in bepaalde zaken en in de voorbereidingsfase van zaken behoefte is aan meer mogelijkheden en – met name voor niet-schadevergoedingszaken – een meer structurele financiering. Voor een gezonde collectieve actie-markt en het succes van de WAMCA is een goede financiering van groot belang. Een deel van de problemen lijkt echter ook gelegen in de WAMCA-procedure zelf, of in de procedurele onzekerheden die er vooralsnog bestaan. Verder kan wellicht een deel van de financieringsproblemen vooralsnog ook op een andere wijze worden opgelost.

Onze conclusie kan als volgt worden samengevat. Een revolverend processenfonds dat niet afhankelijk is van overheidsmiddelen zou op dit moment volledig afhankelijk zijn van TPLF en van ontwikkelingen in de rechtspraak onder de WAMCA. Onzeker is vooralsnog of er voldoende schadevergoedingen worden toegewezen, en of de kosten van financiering zodanig zijn dat voldoende ‘overblijft’ om terug te vloeien in het fonds. Ook veronderstelt het in stand houden van een dergelijk fonds enige vorm van solidariteit. De vraag is of daarvoor voldoende maatschappelijke steun is en ook steun onder de stakeholders. Al met al, gelet op alle ontwikkelingen op dit moment zowel ten aanzien van TPLF, als ten aanzien van de WAMCA lijkt de introductie van een revolverend processenfonds op dit moment niet haalbaar. Overwogen zou kunnen worden om de mogelijkheid van cy pres uitdrukkelijk te erkennen, zodat in de praktijk daarmee ervaring kan worden opgedaan en inzicht kan worden verkregen in de omvang van overgebleven middelen. Afhankelijk van de resultaten zou dat opgevolgd kunnen worden door een processenfonds.

7.9.2 Aanbevelingen vervolgonderzoek

Een belangrijke beperking in dit onderzoek, zoals hierboven geconstateerd,⁸⁹ is het gebrek aan een nulmeting over het gebruik van collectieve acties onder het oude recht, zodat de situatie onder de WAMCA niet vergeleken kan worden met die onder het oude recht. Een systematisch empirisch onderzoek daarnaar blijft relevant en noodzakelijk en zou alsnog uitgevoerd kunnen worden, aangezien eerder onderzoek – in het bijzonder het genoemde onderzoek van Tillema – niet op alle voor de nulmeting relevante onderdelen een antwoord bevat.⁹⁰

Het onderhavige onderzoek kan als een nulmeting dienen voor vervolgonderzoek over ontwikkelingen onder de WAMCA. Ook zal over naar schatting drie tot vijf jaar veel meer gezegd kunnen worden over het aantal en verloop van WAMCA (schadevergoedings)zaken, de afwikkeling van schadevergoedingszaken en over de toepassing van de ontvankelijkheidsvereisten en andere procedurele eisen van de WAMCA. Dit zal meer inzicht verschaffen in de verhouding tussen schadevergoedings- en niet schadevergoedingszaken, de eisende belangenorganisaties, de hoogte van de toegekende bedragen in collectieve schadevergoedingsacties, de financiering en totale kosten van deze zaken en in de toepassing van de WAMCA-vereisten in de praktijk. Dan zal er ook meer zicht zijn op en meer onderzoek gedaan kunnen worden naar de Europese regelgeving, in het bijzonder de

⁸⁹ Par. 7.1 en 7.3. Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.1 en 3.4.2.

⁹⁰ Tillema 2019a. Zie hoofdstuk 2, par. 3.3.1.

toepassing en uitleg van de richtlijn voor Representatieve vorderingen, eventuele verdere regulering van commerciële derdenfinanciering, verdere ontwikkelingen in de financieringsmarkt en eventuele problemen rond de financiering van collectieve acties. Idealiter zal dat zowel een kwantitatief als kwalitatief onderzoek zijn, omdat met name interviews de resultaten van kwantitatieve onderzoeken helpen duiden. Zo is in dit onderzoek onderbelicht gebleven waarom schadevergoedingsacties alleen door specialistische (ad hoc opgerichte) belangenorganisaties worden ingesteld en uitsluitend commercieel gefinancierd zijn. Dit is ook een belangrijke vervolgonderzoeksvraag.

Verder onderzoek naar de ervaringen in andere jurisdicties met *cy pres* zou duidelijk kunnen maken met welke eventuele nadelen rekening gehouden zou moeten worden in de Nederlandse context indien het mechanisme als zodanig expliciet onder de WAMCA erkenning zou krijgen.

Vervolgonderzoek is ook wenselijk naar de ervaring van belangenorganisaties met procesfinanciering, zoals ook recentelijk door de Europese Commissie is benadrukt in reactie op de resolutie van het Europees Parlement betreffende verantwoorde particuliere financiering.⁹¹ Onderzoek naar de hiervoor in par. 7.7.2 geschetste alternatieven zou ook wenselijk zijn. Niet duidelijk is, waarom het succesvolle experiment met *no cure no pay* in letselschade zaken niet uitgebreid zou kunnen worden tot andere terreinen en/of tot collectieve acties. Verder is de rol van rechtsbijstandverzekeraars in de scoping fase en/of in de daaropvolgende voorfase van massaschade-afwikkeling onderbelicht is. Daar is ook meer onderzoek naar gewenst.

Zou uiteindelijk voor de revolverende fonds-route worden gekozen met een beperkte overheidsbijdrage, dan zouden eventuele staatsteunimplicaties moeten worden bekeken en is het nuttig om precies in kaart te brengen waarom soortgelijke initiatieven in Engeland en Duitsland destijds niet van de grond zijn gekomen. Verder is Chili een jurisdictie om in de gaten te houden voor wat betreft de ervaringen met het recent ingevoerde processenfonds voor consumentenzaken voor bepaalde belangenorganisaties.

⁹¹ Europese Commissie, A 007282, 1 december 2022 (in bezit onderzoekers).

LITERATUUR

Abrahams & Chen 2013

S. Abrahams & L. Chen, 'A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding', *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2013, p. 1075-1109.

Albers 2022

M. Albers, 'Viert straks in Nederland claimland het Amerikaans opportunisme hoogtij?', *de Volkskrant* 6 juni 2022.

Alberta Law Reform Institute 2000

Alberta Law Reform Institute, *Class Actions*, Report 85, Edmonton: Alberta Law Reform Institute 2000.

Algemene Rekenkamer 2019

Algemene Rekenkamer, *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, 2019.

Australian Law Reform Commission 2018

Australian Law Reform Commission, *Integrity, Fairness and Efficiency: Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders*, Brisbane: Australian Law Reform Commission 2018.

Australian Law Reform Commission 1988

Australian Law Reform Commission, *Grouped proceedings in the Federal Court*, No. 46, 1988, Canberra: Australian Government Publishing Service 1988.

Bauw & Voet 2017

E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', *NJB* 2017, afl. 4, p. 240-247.

Barker 2012

G.R. Barker, *Third Party Litigation Funding in Australia and Europe*, (ANU College of Law Working Paper No. 2) 2012.

Belogbi 2022

F. Belogbi, 'Le fonds d'aide aux actions collectives' in: Barreau du Québec, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, Montréal: Éditions Yvon Blais 2022.

Biard & Kramer 2019

A. Biard & X.E. Kramer, 'The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2019, p. 249-259.

Van Boom 2019

W.H. van Boom, 'WCA -> WCAM -> WAMCA', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2019, p. 154-160.

Van Boom & Weber 2017

W.H. van Boom en F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', *WPNR* 2017/7145.

Van Boom & Luiten 2015

W.H. van Boom & J.L. Luiten, Procesfinanciering door derden, *RM Themis* 2015/5, p. 188-199.

Van den Brink 2018

J.E. van den Brink, *Realistisch revolverend. Het revolverend fonds met een Europese touch* (inaugurale rede Universiteit Maastricht), Deventer: Kluwer 2018

Brown 2011, geciteerd in Mulheron 2020

J. Brown et al, *Defending Class Actions in Canada*, CCH Canadian Ltd 2011 geciteerd in; R. Mulheron, *Class Actions and Government*, Cambridge University Press 2020.

Bukspan 2021

E. Bukspan, 'The Israeli Public Class Action Fund: New Approach for Integrating Business and Social Responsibility', in: B. Fitzpatrick & R. Thomas (red.), *The Cambridge Handbook of Class Actions*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 528-541.

Canada Federal Court Rules Committee 2000

Canada Federal Court Rules Committee, *Class proceedings in the Federal Court of Canada: a discussion paper*, Ottawa: The Committee 2000.

Cashman 2022

P. Cashman, 'Class Actions Reforms: An Analysis of Data, Dollars and Doctrines – Part 2', *Australian Law Journal* 2022, afl. 8, p. 564-580.

Cashman 2021

P. Cashman, 'Class Action and Litigation Funding Reform: Lessons from Down Under?', *Mass Claims. An International Journal with a European Focus* 2021, afl. 2, p. 93-106.

Civil Justice Council of England & Wales 2008

Civil Justice Council, J. Sorabji, M. Napier & R. Musgrove (eds), *Improving Access to Justice through Collective Actions, Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*, November 2008.

Civil Justice Council of England & Wales 2007

Civil Justice Council of England & Wales, *The Future Funding of Litigation: Funding Options and Proportionate Costs: Alternative Funding Structures, Chapter B*, 2007.

Commissie Claimcode 2019

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

Cordina & Storskrubb 2022

A. Cordina & E. Storskrubb, 'The future regulation of third-party funding in Europe, Conference Report, 22 June 2022, Erasmus University Rotterdam', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement (TDM)* 2022, p. 38-45.

Cordina 2021

A. Cordina, 'Is It All That Fishy? A Critical Review of the Concerns Surrounding Third Party Litigation Funding in Europe', *Erasmus Law Review* 2021, p. 270-280.

Van Dijck, Van Doorn & Tzankova 2010

G. van Dijck, C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, 'Individueel of collectief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden', Den Haag, BJU: 2010.

Dammingh 2017

J.J. Dammingh, 'Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?' *TCR* 2017, p. 78-87.

Davidson 2011

C.M. Davidson, 'Fee Shifting and After-the-Event Insurance: A Twist to a Thirteenth Century Approach to Shifting Attorneys' Fees to Solve a Twenty-First Century Problem', *Drake Law Review* 2011, p. 1200-1224.

Derrington 2018

Justice Sarah Derrington, *Litigation Funding: Access and Ethics* (Australian Academy of Law Lecture), Brisbane 2018.

Eijssermans-van Abeelen 2020

D. Eijssermans-van Abeelen, *De uitkering van massaschadeclaims: Professionalisering van het distributieproces bij collectieve schikkingen* (diss. Tilburg), ProefschriftMaken 2020.

Elliott 2018

Michael Elliott, 'Trial by Social Media: The Rise of Litigation Crowdfunding', *University of Cincinnati Law Review* 2018-84, p. 529-552.

EPRS 2021

European Parliamentary Research Service, 'Responsible private funding of litigation', *EPRS Rapport* 2021.

ELI & UNIDROIT (eds.) 2021

European Law Institute & UNIDROIT (red), *ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Oxford University Press 2021.

Gomez 2015

M.A. Gomez, 'Crowdfunded justice: on the potential benefits and challenges of crowdfunding as litigation financing tool', *University of San Francisco Law Review* 2015, 49(2).

Gousgounis 2009

M.A. Gousgounis, 'Association-Driven Class Actions: Peanuts Effect and Democratization of Litigation Governance', 2009, available at SSRN 1469046.

Gsell 2021

B. Gsell, 'The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – A huge, but blurry step forward', *Common Market Law Review* 2021, p. 1365-1400.

Halfmeier 2015

A. Halfmeier, 'Möglichkeiten und Grenzen Kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz des Handlungsbedarf', rapport in opdracht van de Verbruucherzentrale Bundesverbands e. V., 25 september 2015

Hamer e.a. 2011

Hamer e.a., *Defending class actions in Canada*, Toronto: CCH Canadian 2011.

Hensler 2017

D.R. Hensler, 'From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally', *Kansas Law Review* 2017, p. 976-988.

Hensler 2010

D. Hensler, *Financing Civil Litigation: the US Perspective*, Cheltenham: Edward Elgar 2010.

Hodges et al. 2009

C. Hodges et al., 'The Costs and Funding of Civil Litigation: a Comparative Study', Oxford Legal Studies Research Paper, 2009, p. 1-119.

Hong Kong Law Reform Commission 2012

Hong Kong Law Reform Commission, *Class Actions*, Hong Kong: Hong Kong Law Reform Commission 2012.

International Arbitration Report 2016

S. Petit & D. Jacob, 'Maintenance and champerty An end to historic rules preventing third-party funding?', International arbitration report, issue 7, September 2016, p. 9

Ishakawa 2022

T. Ishakawa (Lionfish), 'Voss report is unsatisfyingly hollow and narrow', *The Law Society Gazette* 7 oktober 2022.

Kalajdzic 2022

J. Kalajdzic, 'For Justice, Not Profit: Public Funding of Collective Redress', *Mass Claims* 2022, afl. 2, p. 11-18.

Kalajdzic, Cashman & Longmoore 2013

J. Kalajdzic, P. Cashman & A. Longmoore, 'Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding', *American Journal of Comparative Law* 2013, afl. 1, p. 93-148.

Kilian & Regan 2004

M. Kilian & F. Regan, 'Legal expenses insurance and legal aid – two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden', *International Journal of the Legal Profession* 2004, Vol. 11(3).

Kilian 2003

M. Kilian, 'Alternatives to public provision: the role of legal expenses insurance in broadening access to justice: the German experience', *Journal of Law and Society* 2003, Vol. 52. 30.

Klein & Rutten 2022

J. Klein & K. Rutten, 'Twee jaar WAMCA – een kwantitatieve analyse', *deminor.com*, 8 maart 2022.

Kraaier 2022

R. Kraaier, 'Claimcultuur rukt op in Nederland', *De Limburger* 19 februari 2022.

Van der Krans 2019

A. van der Krans, 'Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?', *Onderneming en Financiering* 2019, p. 61-71.

Van der Krans 2018

A. Van der Krans, 'Third party litigation funding, de voordelen, aandachtspunten en aanbevelingen om risico's te beheersen', *Onderneming en Financiering* 2018, p. 30-41.

Kramer e.a. 2022

X.E. Kramer e.a. (red.), *Frontiers in Civil Justice. Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Cheltenham: Edward Elgar 2022.

Kramer & Tillema 2020

X.E. Kramer & I. Tillema, 'The Funding of Collective Redress by Entrepreneurial Parties: The EU and Dutch Context', *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* (2) 2020, p. 165-181.

Kramer 2019

X.E. Kramer, 'Strengthening Civil Justice Cooperation: The Quest for Model Rules and Common Minimum Standards of Civil Procedure in Europe', in MA Rodrigues & H Zaneti Jr, *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.13 - Cooperação Internacional* (Editora Juspodivm 2019) 591-607.

Latham & Rees 2022

S. Latham & G. Rees, 'The Third Party Litigation Funding Law Review: United Kingdom – England & Wales', *The Law Reviews* 2022.

Lauzon 1984

Y. Lauzon, 'Le Recours Collectif Quebecois: Description et Bilan', *Canadian Business law Journal* 1984, afl. 3, p. 324-350.

The Law Foundation of Ontario 2017

The Law Foundation of Ontario, *Legal Help on the Frontlines. 2017 Annual Report*, *lawfoundation.on.ca*, 31 december 2017.

Van Lith 2010

H. van Lith, *The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law. Aspecten van Internationaal Privaatrecht in de WCAM 2010*, WODC 2010.

Manitoba Law Reform Commission 1999

Manitoba Law Reform Commission, *Class proceedings*, Report 100, Winnipeg: Manitoba Law Reform Commission 1999.

Marcus 2013

J. Marcus, 'National Class Actions in Canada: Yet Another Call for Clarity and Coordination', *Comparative Research in Law & Political Economy* 2013, p. 43-71.

Mölenberg 1995

L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

De Monchy & Kluwen 2020

M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak. Ontvankelijkheid, ambtshalve toetsing, meerdere acties, schikkingstermijn en bevoegde rechter', *MvV* 2020, p. 83-94.

Morabito 2017

V. Morabito, An empirical study of Australia's class action regimes, (Fifth report) 2017, available at SSRN 3005901.

Morabito & Waye 2011

V. Morabito & V.C. Waye, 'Reining in Litigation Entrepreneurs: A New Zealand Proposal', *New Zealand Law Review* 2011.

Morabito & Epstein 1997

V. Morabito & J. Epstein, *Class Actions in Victoria: Time for a New Approach*, Melbourne: Victorian Attorney-General's Reform Advisory Council 1997.

Mulheron 2020

R. Mulheron, *Class Actions and Government*, Cambridge: Cambridge University Press 2020.

New Zealand Law Commission 2021

New Zealand Law Commission, *Class actions and litigation funding*, Wellington: Law Commission 2021.

Ontario Law Reform Commission 1982

Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions, Volume I*, Toronto: Ministry of the Attorney General 1982.

NOvA Evaluatierapport 2018

NOvA, Evaluatierapport, Evaluatie Experiment Resultaatgerelateerde beloning in letsel- en overlijdensschadezaken, 5 november 2018.

Oving 2020

A.A.L. Oving, 'De WAMCA onder de loep genomen', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2020, p. 11-19.

Perrin 2019

Leslie Perrin, 'England and Wales', in *The Third Party Litigation Funding Review*, Londen: Law Business Research 2019.

Peters & van Wees 2022

F.M. Peters & A.J. van Wees, 'Wachten op Godot – de problematische toepasbaarheid van de WAMCA op ideële zaken', *TOP* 2022, afl. 4, p. 25-30.

Piché 2022

C. Piché, 'Transparency and Oversight of Class Actions Funding in Canada', in: X.E. Kramer, J. Hoevenaars, B. Kas & E. Themeli (eds.), *Frontiers in Civil Justice. Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, p. 276-296.

Piché 2016

C. Piché, 'Public Financiers as Overseers of Class Proceedings', *New York University Journal of Law and Business* 2016, afl. 3, p. 779-811.

Piché 2009

C. Piché, 'The Cultural Analysis of Class Action Law', *Journal of Civil Law Studies* 2019, afl. 1, p. 101-146.

Van der Plas 2019

C.G. Van der Plas, 'De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territoriaal ontvankelijkheidsvereiste onder de loep', *NIPR* 2019-3, p. 537-552.

Pols 2022

M. Pols, 'Toestroom Amerikaanse claimadvocaten leidt tot groeiend ongemak', *Financieel Dagblad* 29 april 2022.

Pols 2022

M. Pols, 'Stroom aan nieuwe Nederlandse massaclaims om privacy op komst', *Financieel Dagblad* 6 februari 2022.

Regan 2003

F. Regan, 'The Swedish legal services policy remix: the shift from public legal aid to private legal expenses insurance', *Journal of Law and Society* 2003, p. 49-65.

Regan 2001

F. Regan, 'Whatever happened to legal expenses insurance?', *Alternative Law Journal* 2001, Vol. 26(6), p. 293-297.

Scottish Law Commission 1996

Scottish Law Commission, *Multi-Party Actions*, Edinburgh: Scottish Law Commission 1996.

Shephard 2011

J. Shephard, 'Ideal Versus Reality in Third-Party Litigation Financing', *Journal of Law, Economics & Policy* 2011, p. 611.

Van der Sloot & Van Schendel 2019

B. van der Sloot & S. van Schendel, *De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data, Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving*, WODC 2019.

Sorabji 2019

J. Sorabji, 'The ELI-UNIDROIT Project – An Introduction and an English Perspective', in: A. Nylund & M. Strandberg (eds), *Civil Procedure and the Harmonisation of Law*, Intersentia 2019, p. 46-50.

South Australian Law Reform Commission 1977

South Australian Law Reform Commission, *Report Relating to Class Actions*, report 36, Government Printer 1977.

Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor burgerlijk recht 2016

Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en Adviescommissie voor burgerlijk recht, Advies scope rule van het voorontwerp wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie (uitvoering motie Dijkema), 1 april 2016, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-789395.pdf>.

Stadler 2022a

A. Stadler, 'German collective actions – is litigation funding in a dead end?', in: X.E. Kramer, J. Hoevenaars, B. Kas & E. Themeli (eds.), *Frontiers in Civil Justice. Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, p. 260-275.

Stadler 2022b

A. Stadler, 'Third-Party Funding in Collective Redress, in X.E. Kramer *et al* (eds), *Delivering Justice: A Holistic and Multidisciplinary Approach*, Hart Publishing 2022, p. 151-159.

Stadler, Jeuland & Smith (eds.) 2020

A. Stadler, E. Jeuland & V. Smith (eds), *Collective and Mass Litigation in Europe: Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar: Cheltenham 2020

Tillema 2019a

I. Tillema, *Entrepreneurial Mass Litigation: Balancing the building blocks* (diss. EUR), Den Haag: Eleven International Publishing, 2019.

Tillema 2019b

I. Tillema, 'Naar een gebalanceerde mate van transparantie rondom procesfinanciering bij massaschadezaken', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 283-301.

Tillema 2019c

I. Tillema, 'Commerciële actoren in massaschadezaken: pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur', *AA* 2019, p. 506-515.

Tillema 2018

I. Tillema, 'Tien jaar WCAM: een overzicht', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2018, p. 90-99.

Tillema 2016

I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *AA* 2016, p. 337-346.

Tzankova & Kramer 2021

I.N. Tzankova & X.E. Kramer, 'From Injunction and Settlement to Action: Collective Redress and Funding in the Netherlands', in: A. Uzelac & S. Voet (red.), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?*, Cham: Springer 2021, p. 97-130.

Tzankova 2020

I.N. Tzankova, 'Legal standing in collective redress', in: A. Stadler, E. Jeuland & V. Smith (eds), *Collective and Mass Litigation in Europe: Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Cheltenham: Edward Elgar: 2020, p. 127-152.

Tzankova 2017

I.N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: Een oplossing voor welk probleem ook alweer?', *TVP* 2017, p. 107-119.

Tzankova 2012

I.N. Tzankova, Funding of mass disputes: Lessons from the Netherlands, *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, p. 549-591.

Veljanovski 2012

C. Veljanovski, 'Third Party Litigation Funding in Europe', *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, 405-450.

Velthoven & Haarhuis 2011

B.C. Van Velthoven & C. Haarhuis 'Legal Aid and Legal Expenses Insurance, Complements or Substitutes The Case of the Netherlands', *Journal of Empirical Legal Studies* 2011, 8(3), 587-612.

Vermeulen 2022

S. Vermeulen, 'Nederland is een claimparadijs geworden voor buitenlandse investeerders', *NRC* 16 februari 2022.

Victorian Law Reform Commission 2008

Victorian Law Reform Commission, *Civil Justice Review Final Report 14*, Melbourne: Victorian Law Reform Commission 2008.

Visscher, De Mot & Faure 2018

L. Visscher, J. de Mot & M. Faure, 'Procesfinanciering door derden - een rechtseconomische bespreking', in: J.H. Lemstra (red.), *Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 25-39.

Voet 2016

S. Voet, 'The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms', in: B. Hess, M. Bergström & E. Storskrubb (red.), *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 201-222.

Van Waarde 2021

V.A. van Waarde, *Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht. De eisen van de rechtsstaat getoetst* (preadvies Jonge VAR), 2021.

Van Waarde 2020

V.A. van Waarde, 'Transparant revolveren kan met leren!', *NTB* 2020/206.

Watson 2001

G.D. Watson, 'Class Actions: The Canadian Experience', *Duke Journal of Comparative & International Law* 2001, afl. 2, p. 269-287.

JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie EU

HvJ 25 januari 2018, zaak C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems/Facebook*)

Hoge Raad

HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES dochters*)

Gerechtshof

Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940.

Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*)

Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763 (*Nederlandse Letselstichting/Geïntimeerden*).

Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440, *NJ* 2006/461 (*Stichting DES Centrum*)

Rechtbank

Rb. Amsterdam 28 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:940 (*Vattenfall*).

Rb. Amsterdam, 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:468 (*Renault*)

Rb. Amsterdam, 9 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488 (*TikTok*)

Rb. Oost-Brabant 14 september 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3931 (*FNV en CNV/GXO Logistics*)

Rb. Amsterdam, 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1542 (*Stellantis*)

Rb. Amsterdam, 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541 (*Volkswagen*)

Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (*TPC/Oracle en Salesforce*)

Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142 (*Brein/YISP e.a.*)

Rb. Amsterdam 15 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3574

Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635

Rb. Rotterdam (vzr.) 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228 (*Boskalis*)

Canada

Ontario Superior Court of Justice 1 september 2018, *David v. Loblaw* [2018] ONSC 198

Ontario Court of Appeal 11 juni 2014, *Bayerns v Kinross Gold Corp* [2014] ONCA 901

Ontario Court of Appeal 29 november 2013, *Smith v Inco Ltd* [2013] ONCA 724

Ontario Supreme Court of Justice 7 mei 2012, *Fehr v Sun Life Assurance Company of Canada* [2012] ONSC 2715

British Columbia Court of Appeal 2 augustus 2006, *Lieberman v Business Development Bank of Canada* [2006] BCCA 363

Engeland en Wales

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Farrar v Candey Ltd* [2022] EWCA Civ 295

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Casehub Ltd v Wolf Cola Ltd* [2017] EWHC 1169).

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Jennifer Simpson (as assignee of Alan Catchpole) v Norfolk & Norwich University Hospital NHS Trust* [2011] EWCA Civ 1149

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Arkin v. Borchard Lines Ltd & Others* [2005] EWCA Civ 655

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *R (on the application of Factortame and others) v. Secretary of State for Transport, Environment and the Regions (No. 2)* [2002] EWCA Civ 932

BIJLAGEN

Bijlage 1 – Zaken WAMCA-register

Bijlage bij hoofdstuk 3: de nummers ter aanduiding van zaken in de voetnoten verwijzen naar de volgende zaken uit het WAMCA-register.

Nog lopende zaken (d.d. 1 oktober 2022)⁹²:

1. Drie verenigingen/gedaagde Repsol
2. Stichting Recht op bescherming tegen Vlieghinder/Staat
3. Stichting ter bevordering van de fossielvrij beweging/KLM
4. Stichting Ukrainian Victims of War/Prosus c.s.
5. FNV/Mebin
6. Stichting Foodwatch Nederland/Staat
7. Stichting Nuon Claim/Vattenfall c.s.
8. The Privacy Collective/Oracle en Salesforce
9. Stichting Viruswaarheid c.s./Staat
10. Namaakbestrijding React/SHLC Technology Co
11. Stichting Vredesbeweging Pax Nederland c.s./Staat
12. Stichting Investor Loss Compensation/Airbus SE
13. Stichting Clara Wichmann c.s./Staat
14. Stichting BREIN/gedaagde
15. Stichting BREIN/gedaagde
16. FNV en CNV/ GXO Logistics
17. CNV/Consultants on Targeted Security Netherlands
18. International Air Transport Association/Airport Coordination Netherlands
19. Vakbond in de maritieme sector/Acta Marina Holding
20. Stichting Vredesbeweging PAX c.s./Staat
21. Right to Consumer Justice/Apple
22. FNV en vakvereniging voor machinisten en conducteurs/NS
23. Nationaal Comité tegen verplichte mondkapjes c.s./Staat
24. Vereniging Groupe PSA Contractpartners Nederland/Citroen Nederland BV
25. Vereniging Groupe PSA Contractpartners Nederland/Peugeot Nederland NV
- 26a. Stichting Emission Claim/Stellantis NV, Peugeot Nederland NV c.s.
- 26b. Stichting Carclaim/Stellantis NV, Peugeot Nederland NV c.s.
- 26c. Stichting Diesel Emissions Justice/ Stellantis NV, Peugeot Nederland NV c.s.
- 27a. Stichting Massaschade en Consument/Air BNB Ireland UC
- 27b. Stichting Aequitas belangenbehartiging/Air BNB Ireland UC
28. FNV/Wibra Supermarkt BV
- 29a. Stichting Marktinformatie/TikTok Technology Limited
- 29b. Stichting Take back your privacy/TikTok Technology Limited
- 30a. Stichting Emission Claim/Renault SA c.s.
- 30b. Stichting Car Claim/Renault SA c.s.
- 30c. Stichting Diesel Emissions Justice/Renault SA c.s.
31. Coöperatie Laatste Wil c.s./Staat
32. Stichting BREIN/Ziggo, XS4all, Internet BV en KPN
33. Stichting Republikeins Genootschap e.a./Staat en Willem-Alexander van Oranje
34. Stichting BREIN, Talpa en RTL/gedaagde

⁹² Datum afsluiting inhoudelijke analyse WAMCA-register.

35. Koninklijke Horeca Nederland/Staat
36. Stichting Namaakbestrijding React/Contextlogic c.s.
37. Stichting BREIN/gedaagde
38. Stichting Privacy First/Staat
39. Stichting BREIN/gedaagde
40. FNV en CNV/Temper BV
41. Marktonderzoekassociatie.nl/Staat
42. Stichting BREIN/ExpatsIPTV
43. Stichting BREIN/ Yisp BV, Worldstrem BV, Serverius BV (II)
44. Stichting Diesel Emissions Justice/Fiat Chrysler c.s.
45. The Privacy Collective/Oracle Nederland BV, SFDC Netherlands BV c.s.
- 46a. Stichting Diesel Emissions Justice/Mercedes c.s.
- 46b. Stichting Car Claim/ Mercedes c.s.
- 46c. Stichting Emission Claim/Mercedes c.s.
47. Stichting BREIN/gedaagde
48. Defence for Children c.s./Staat c.s.
49. Stichting Diesel Emissions Justice/Volkswagen c.s.
50. Eisers en Stichting Radar c.s./Staat
51. Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland/BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt

Reeds afgeronde zaken (d.d. 1 oktober 2022)⁹³:

1. Stichting Huurdersbelang Stadswonen/Stichting Woonstad Rotterdam
2. Stichting Privacy First/Staat
3. Stichting Behartiging Belangen Sportscholen/Staat
4. Ondernemersorganisatie/Staat
5. Stop Online Shaming/Stichting Slachtoffers Iatrogene Nalatigheid-Nederland en gedaagde
6. Stichting BREIN/ Yisp BV, Worldstream BV, Serverius BV (I)
7. Stichting Stop Online Shaming en Stichting Expertisebureau Online Kindermisbruik/gedaagde
8. Stichting Clara Wichmann c.s./Staat

⁹³ Datum afsluiting inhoudelijke analyse WAMCA-register.

Bijlage 2 – Topiclijsten interviews

(1) Topiclijst Advocaten en vertegenwoordigers belangenorganisaties

1. Introductie van het onderzoek

- Voorstellen interviewer
- Uitleg onderwerp, doel en belangrijkste onderzoeksvragen
- Procedure & anonimiteit Interviews

2. Algemene persoonskenmerken

- Korte omschrijving profiel, ervaring en specialisatie algemeen
- Hoeveel ervaring met massaschade-procedures
- Ervaring met WAMCA in het bijzonder
- Andere relevante ervaring

3. Omschrijving ervaringen met Massaschade-procedure(s)

- Hoe wordt een zaak gestart en opgebouwd
- Welke partijen worden hierbij betrokken
- Hoe verhoudt de werkwijze zich tot een ander type procedure, wat zijn de belangrijkste verschillen

4. Kosten Massaschade-zaak

- Hoe zijn de kosten van deze zaken opgebouwd
- Wat zijn de grootste kostenposten
- Welke kosten zijn specifiek gerelateerd aan schadevergoedingsprocedures
- Kunt u een indicatie geven van de totale kosten van een dergelijke procedure

5. Financiering

- Op welke manier wordt/worden deze procedure(s) gefinancierd
- Zijn andere financieringsvormen overwogen, zo ja welke
- Waarom is uiteindelijk voor deze vorm gekozen

bij derdenfinanciering

- In welk stadium wordt gezocht naar een financier
- Via welke wegen gebeurt dit
- Wat zijn de overwegingen bij het in zee gaan met een financier
- Op welke manier wordt vervolgens met de financier samengewerkt
- Welke invloed heeft dit op het verdere verloop dan wel de afhandeling van de procedure

bij interne/andere financiering

- In welk stadium wordt financiering gezocht

- Via welke wegen gebeurt dit
- Wat zijn de belangrijkste overwegingen bij het kiezen voor de vorm van financiering
- Hoe ruim of beperkt is het budget
- Welke invloed heeft dit op de gekozen strategie

6. **Belemmeringen financiering**

- In hoeverre bepaalt het zekerstellen van financiering de keuze voor het al dan niet starten van procedures, dan wel andere strategische keuzes.
- Zijn er voorbeelden te noemen van zaken die het om deze reden niet tot een dagvaarding hebben gehaald of anderszins zijn belemmerd door moeilijkheden rondom de financiering
- W.v.t.t.k.

7. **Reflecties op 'nut & noodzaak' van een processenfonds**

- Is er sprake van een financierings-gat dat door een dergelijk fonds gevuld zou kunnen worden.
- Voor welke problemen zou een fonds een oplossing kunnen zijn.
- Zijn er specifieke zaken die met name geholpen zouden zijn met een dergelijke financieringsmogelijkheid.
- Hoe zou een dergelijk fonds moeten worden georganiseerd (verantwoording, selectie criteria financiering, welke kosten gedekt, etc.)
- Welke overweging zijn hierbij belangrijk vanuit het perspectief van de respondent.

8. **Afsluiting**

- Zijn er andere personen die zonder meer benaderd zouden moeten worden voor dit onderzoek (peers en wederpartijen)
- Zijn er nog vragen van de kant van de respondent.
- Herhaling verdere uitwerking, review transcript en consent.

(2) Topicijst financiers

1. Introduction

- Introducing interviewer
- Explanation of subject, purpose of research and main research questions
- Procedure & Anonymity Interviews

2. General personal characteristics

- Brief description of respondent's profile and experience
- Funder profile: history, active jurisdictions, source of funding
- Other Research Relevant Characteristics

3. Market segment funder

- Which part of the market is the funder targeting?
- Which areas of law/type of disputes fall within the portfolio
- Are there types of matters that by definition fall outside the funder's portfolio?
- What are the average amounts that are made available and is there a minimum or maximum?
- To what extent is the funder focused on the Dutch market
- Relevant recent and future developments in the Dutch market

4. Practice financing mass damage procedure

- How are cases brought to funder
- At what stage of a dispute is the funder involved
- Which parties/persons are subsequently involved
- On what criteria are these cases assessed
- On what criteria can a case be dismissed?
- Can there be co-financing (in combination with, for example, crowdfunding / legal aid)
- How is the total portfolio determined?

5. Cost & risk assessment

- How are the costs of these cases built up?
- What are the biggest cost items
- Which costs are specifically related to mass damage proceedings
- Can you give an indication of the total costs that are budgeted per case?
- Is there a limited total budget or is financing sought per case?
- Which criteria are important when making a risk assessment per case
- How is the success fee determined?

6. Reflections on the idea of a public process fund

- To what extent is there a financing gap that could be filled by such a fund? Are there, specific matters that are not covered by the current financing market?
- To what extent would the existence of such a fund influence the financing practice from a funder
- Which considerations are important from the perspective of funders
- How would the existence of such a fund affect the way funders determine their fees
- In case the fund is financed by collecting percentage on claims and settlement amounts: How does this affect the financing practice
- Would the possibility of co-financing be attractive to the funder (e.g. partial coverage of initial out-of-pocket costs)
- Would pre-financing of research and scoping be of interest to funders?
- Further considerations from the funder regarding the influence of a possible process fund on the financing market

7. **Closing**

- Are there other people who should definitely be approached for this research?
- Are there any questions from the respondent?
- Repeat further elaboration, review transcript and consent

Bijlage 3 – Discussiepunten focusgroep en expertmeeting

Discussiepunten 'nut & noodzaak' van een publiek processenfonds

- Welke voor het onderzoek relevante ontwikkelingen/problemen kunnen vanuit het perspectief van in WAMCA procedures gedaagde partijen worden geïdentificeerd?
- Hoe zou een publiek processenfonds bijdragen (positief dan wel negatief) aan de huidige praktijk van collectieve procedures?
- Voor welke problemen zou een fonds een oplossing kunnen zijn?
- Welke zaken zou een fonds moeten financieren?
 - Alle representatieve vorderingen tot schadevergoeding
 - Beperkt tot zaken van algemeen belang
 - Alleen zaken die op andere manieren geen financiering vinden
 - Anders...
- Wat zou een fonds moeten financieren?
 - Onderzoeks- en voorbereidingskosten
 - Kosten alleen na dagvaarding
 - Volledige onkostendekking, inclusief advocatenhonoraria)
 - Beperkte uitgaven (experts, overheadkosten)
 - Anders...
- Hoe zou een fonds het best gefinancierd kunnen worden?
 - Directe overheidsfinanciering
 - Het innen van een deel van de verhaalde schade in andere door het fonds gefinancierde zaken
 - Het innen van een deel van de verhaalde schadevergoeding in alle collectieve acties
 - *Cy-près* financiering door niet-geïnde schade uit andere claims
 - Door boetes geïnd bij publieke handhaving
 - Andere...
- Hoe zou een dergelijk fonds moeten worden georganiseerd? (verantwoording, institutionele inbedding, etc.)
- Welke overweging zijn hierbij belangrijk vanuit het perspectief van gedaagde partijen en hun advocaten?

Bijlage 4 – Informele Engelse vertaling van de Chileense Consumentenbeschermingswet

Chile's Consumer law act.*94 (selection)

Title II, Second paragraph: Organizations for the protection of consumer rights.

Art. 5. The Consumer Association shall be understood as the organization constituted by natural or legal persons, independent of any economic, commercial, or political interest, whose objective is to protect, inform and educate consumers and assume the representation and defense of the rights of its affiliates and the consumers who so request it, all regardless of any other interest.

Article 8.- The organizations referred to in this paragraph may carry out the following activities:

- a) Spread knowledge about the provisions of this law and its complementary regulations.
- b) Inform, guide, and educate consumers on the proper exercise of their rights and provide advice when required;
- c) Study and propose measures aim to protect the consumer rights and carry out or support research in the area of consumption;
- d) Represent its members and exercise the legal actions referred to in this law in defense of those consumers who grant it the respective mandate;
- e) Represent both the individual interest and the collective and diffuse interest of consumers before the jurisdictional or administrative authorities, through the exercise of the actions and resources that proceed.

The exercise of this activity includes the individual representation of the consumers in the cases that were initiated before the courts of justice to determine the compensation for damages;

- h) Conduct, at the request of a consumer, individual mediations and
- i) Carry out, following this law, any other activity aimed at protecting, informing, and educating consumers.

Article 9.- The organizations referred to in this paragraph may under no circumstances:

- a) Be constituted or operate for the purpose of redistributing their funds to their founding members, directors, partners, or persons related to the foregoing under the terms of Article 100 of Law No. 18,045.
- b) Distribute procedural and personal costs, surpluses, profits, or pecuniary benefits of its activities among its founding members, directors, partners, persons related to the foregoing following Article 100 of Law No. 18,045, or workers, with the exception of the legal bonuses that correspond to it. The income obtained from its activities shall be used exclusively for its financing, institutional development, research, studies, or for the support of its objectives.

* Law 19496. Last modification: April 20th 2021. Please, keep in mind this is an informal and not an official translation.

Article 11 bis.- A Competitive Fund is created, destined to the financing of initiatives that the Consumer Associations, constituted according to the provisions of the present law, develop in the fulfillment of their objectives.

Said Fund shall be composed by the contributions contemplated each year in the budget of the National Consumer Service, by donations made for such purpose by national or international non-profit organizations, and of the undistributed and unclaimed remainders arising from solutions reached through voluntary proceedings for the protection of the collective or diffuse interest of consumers or in the context of collective lawsuits, by the provisions of articles 53 B, 53 C and 54 P.

An administrative regulation signed by the Minister of Economy, Development, and Tourism will establish the constitution and composition of the Board of Directors of the Fund, preserving the autonomy of the consumer associations and the management of the Fund. The Executive Secretariat of said Board shall be located in the Ministry of Economy, Development, and Tourism under the provisions of said regulation.

The basis of the contests to be carried out to allocate such funds shall specify the means of verification of compliance with the rules in this paragraph 2.

The regulations shall establish the deadlines, conditions, and modalities according to which the resources of the Fund shall be allocated to those Consumers Associations that functions indicated in letters d) and e) of article 8 of the law.

Article 11 ter.- The character of a national consumer association will be recognized to those associations that operate in eight or more regions of the country, which must be duly accredited before the Ministry of Economy, Development and Tourism in accordance with the procedure established by the regulation. The Competitive Fund to which the previous article will consider a special line of permanent financing to said associations for the development of their functions.

Title IV, Paragraph 3: Special proceedings for the protection of collective or diffuse interests.

Article 51.- The procedure indicated in this paragraph shall be applied when the collective or diffuse interest of consumers is affected. In this special procedure the evidence shall be assessed according to the rules of sound criticism and shall be subject to the following rules:

1.- It shall be initiated by a complaint filed by:

The National Consumer Service;

A Consumers' Association constituted, at least, six months before the filing of the action, and which has the due authorization of its board of directors to do so, or

A group of consumers affected in the same interest, in a number not less than 50 persons, duly individualized.

The court shall order notification to the defendant and, for the provisions of No. 9, to the National Consumer Service, when the latter has not initiated the proceeding.

2.- Notwithstanding the general requirements of the lawsuit, with respect to requests for damages, it will suffice to indicate the damage suffered and request the compensation that the judge determines, according to the merits of the process, which must be the same for all consumers who are in the same situation. To this end, the judge will proceed in accordance with the provisions of article 53 A. There will be no place for the reservation provided for in the second paragraph of article 173 of the Code of Civil Procedure.

The compensation determined in this procedure may be extended to non-pecuniary damage provided that the physical or mental integrity or dignity of consumers has been affected. If the facts invoked

have caused said affectation, it will be a substantial, pertinent, and controversial fact in the resolution that receives the cause on trial. In order to facilitate access to compensation for non-material damage in this procedure, the Service will make available to potentially affected consumers a quick and expeditious registration system, which will allow them to avail themselves of the mechanism for determining the common minimums regulated in the following paragraphs. The foregoing, without prejudice to the exercise of the right enshrined in paragraph 4.

In determining the moral damage suffered by consumers, the judge may establish a common minimum amount, for which, ex officio or at the request of a party, he may order an expert opinion, without prejudice to being able to request other means of evidence. Said expert opinion will be the responsibility of the offender in case of having established his responsibility. Otherwise, the provisions of the second and third paragraphs of article 411 of the Code of Civil Procedure will apply.

In the event that a common minimum amount is established, those consumers who consider that their affectation exceeds said minimum amount may pursue the difference in a subsequent trial whose sole purpose is said determination, without the need for compensation to be discussed. This procedure will be carried out before the same court that heard the main claim, according to the rules of the summary procedure, in which the counterclaim will not be admissible; or before the competent local police court according to the general rules, at the choice of the consumer.

The provider may make a proposal for compensation or repair of non-pecuniary damage, which, in accordance with the preceding paragraphs, will consider a common minimum amount for all affected consumers. Said proposal may differentiate by groups or subgroups of consumers, where appropriate, and may be made throughout the trial.

3. Once the aforementioned lawsuit has been initiated, any person with legal standing may become a party to it. Likewise, any consumer who considers himself affected may appear for the sole purpose of reserving his rights.

4. In the case of the National Consumer Service or a Consumer Association, the plaintiff shall not be required to prove the representation of specific consumers of the group in whose interest is acting.

5. The plaintiff who is a party to a proceeding regulated in this paragraph may not, while the proceeding is pending, file claims of individual interest based on the same facts.

6. The filing of the claim shall have the effect of interrupting the statute of limitations of the indemnity actions corresponding to the affected consumers. Concerning the persons who reserve their rights in accordance with article 54 C, the computation of the new prescription period shall be counted from the time the judgment is final and enforceable.

7. In the event that the judge considers that the actions of the lawyers hinder the regular course of the trial, he shall request the parties to the proceedings to appoint a common lawyer from among their respective attorneys, within ten days. Alternatively, the judge shall appoint the latter from among the same attorneys.

The powers and actions of the common lawyer, as well as the rights of the parties represented by him and those of the court, shall be governed by the provisions of Title II of Book I of the Code of Civil Procedure. However, the decision issued by the court pursuant to Article 12 of the Code of Civil Procedure shall be notified by notices, in the manner determined by the court. These notices shall be drawn up by the clerk.

Notwithstanding the foregoing, the judge may provide for a different form of notification in those cases in which the number of affected parties allows to ensure the knowledge of each and every one of them by another means.

The judge will prudently regulate the fees of the common lawyer, upon proposal of the latter, considering the economic faculties of the plaintiffs and the amount of the trial.

For the purposes of the provisions of the preceding paragraph, the judge shall fix the fees in the final judgment or once the members of the group or subgroup have been defined.

In the event that the judge considers that the actions of the attorneys hinder the regular course of the trial, he shall request the parties to the proceedings to appoint a common procurator from among their respective attorneys, within ten days. Alternatively, the judge shall appoint the latter from among the same attorneys.

The powers and actions of the common procurator, as well as the rights of the parties represented by him and those of the court, shall be governed by the provisions of Title II of Book I of the Code of Civil Procedure. However, the decision issued by the court pursuant to Article 12 of the Code of Civil Procedure shall be notified by notices, in the manner determined by the court. These notices shall be drawn up by the clerk.

Notwithstanding the foregoing, the judge may provide for a different form of notification in those cases in which the number of affected parties allows to ensure the knowledge of each and every one of them by another means.

The judge will prudently regulate the fees of the common lawyer, upon proposal of the latter, considering the economic faculties of the plaintiffs and the amount of the trial.

For the purposes of the provisions of the preceding paragraph, the judge shall fix the fees in the final judgment or once the members of the group or subgroup have been defined.

The judge, ex officio or at the request of a party and by founded resolution, may revoke the injunction, when the representation of the collective or diffuse interest is not adequate to effectively protect the interests of consumers or when there is another reason that justifies the revocation.

(...)

Article 53 B.- The judge may call for conciliation as many times as he deems necessary during the process.

For his part, the defendant may make offers of settlement, which must be public.

These offers shall provide, at least, sufficient information on the fact that motivates them, the global amount of the damage caused to the consumers and the objective bases used for its determination, the individualization of the groups or subgroups of consumers affected, the amounts of the indemnities and refunds, and the manner in which the indemnities, refunds and repairs shall be made effective. Likewise, it must indicate how it will prove the full calculation of the global amount of the damage caused to the groups and subgroups of consumers as well as the execution of the indemnities, refunds and reparations equivalent to such global amount.

Any settlement, conciliation or transaction must be submitted to the judge for approval. In order to approve it, the judge must verify its conformity with the rules for the protection of consumers' rights. The approval shall be without prejudice to the possible application of fines in case of infringements of this law. However, the court shall consider the reparation of the damage caused by the supplier in order to reduce the amount of the fine by up to 50%.

In the event of withdrawal of the party entitled to bring the action, the court shall transfer the case to the National Consumer Service, which may take part in the trial within five days. This decision will be notified in accordance with article 48 of the Code of Civil Procedure. The same procedure shall be followed in the event that the party entitled to bring the action loses its capacity as such.

Article 53 C.- In the judgment that accepts the claim, the judge, in addition to the provisions of Article 170 of the Code of Civil Procedure, shall:

(a) Declare the manner in which such facts have affected the collective or diffuse interest of consumers.

b) Declare the responsibility of the defendant supplier or suppliers in the facts denounced and the application of the fine or sanction that may be appropriate. The sum of the fines to be applied for each consumer affected shall take into consideration in its calculation the elements described in article 24 A and especially the damage potentially caused to all consumers affected by the same situation.

(c) Declare the appropriateness of the corresponding indemnities or reparations and the amount of the indemnity or reparation in favor of the group or of each of the subgroups, when applicable. In those cases in which the circumstances referred to in the fifth paragraph of article 24 are present, the court may increase the amount of the corresponding indemnity by 25%.

d) To order the refund of what has been paid in excess and the manner in which it shall be made effective, in the case of proceedings initiated by virtue of an undue collection of certain sums of money. In the case of defective products, the restitution of the value of such products at the time of payment shall be ordered.

e) To order the publication of the notices referred to in the third paragraph of Article 54, at the expense of the offender or offenders.

In any case, the judge may order that some or all of the compensation, reparations or refunds that may be due with respect to a group or subgroup be made by the defendant without the need for the appearance of the interested parties established in article 54 C, when the judge determines that the supplier has the necessary information to identify them and proceed with them. In the latter case, the judgment shall establish a minimum set of actions aimed at informing those who are reached by the respective agreement the claims they have in their favor, facilitate their collection and, ultimately, achieve the effective delivery of the amount corresponding to each consumer, being able to impose on the supplier the burden of mandating an independent third party for the execution of such actions, at its own expense and with the approval of the court. The supplier must transfer the totality of the funds to the third party in charge of their delivery to the consumers. The judgment shall also establish a time limit during which the actions referred to in this paragraph must be executed. After two years from the expiration of such term, the remainders that have not been transferred or claimed by the consumers shall lapse and the rights of the respective holders shall be extinguished, and the supplier, or the third party in charge of the delivery, shall pay the amounts corresponding to the fund established in article 11 bis.

An appeal may be lodged against the final judgment, in both effects.

The appeals filed against the final judgment shall have preference for its hearing and ruling.

Title IV, Paragraph 4: Voluntary proceedings for the protection of collective or diffuse interests.

Article 54 H.- The purpose of the procedure referred to in this paragraph is to obtain an expeditious, complete and transparent solution in the event of conduct that may affect the collective or diffuse interest of consumers. It shall be in charge of an independent and specialized sub-directorate within the Service, in accordance with the provisions of the tenth paragraph of article 58. The basic principles that regulate it are consumer indemnity, procedural economy, publicity, integrity and due process.

The procedure will be initiated by resolution of the Service, which will be issued ex officio, at the request of the supplier, or by virtue of a well-founded complaint from a consumer association, and

will be notified to the supplier involved. This resolution will indicate the antecedents that support the possible affectation of the collective or diffuse interest of the consumers and the potentially infringed norms.

In the resolution initiating the procedure, the Service will inform the supplier and the consumer association, if any, about the voluntary nature of the procedure, the facts that give rise to it and its purpose.

The Service may not initiate this procedure once class actions have been brought with respect to the same facts and while such actions are pending. Likewise, once the procedure has been initiated, neither the Service nor those who have standing to do so in accordance with this law may exercise actions to protect the collective or diffuse interest of consumers with respect to the same facts while the procedure is pending.

The statute of limitations of the complaints and actions established in this law shall be suspended during the time between the notification to the supplier of the resolution initiating the procedure and the notification of the resolution of termination.

Article 54 P. In the event of reaching an agreement, the Service shall issue a resolution establishing the terms thereof and the obligations assumed by each of the parties.

The resolution referred to in the preceding paragraph shall contemplate, at least, the following aspects:

The cessation of the conduct that could have affected the collective or diffuse interest of the consumers.

The calculation of the respective refunds, compensations, or indemnifications for each of the affected consumers, when applicable.

A solution that is proportional to the damage caused, that reaches all affected consumers and that is based on objective elements.

The way in which the terms of the agreement will be effective and the procedure by which the supplier will make refunds, compensate or indemnify the affected consumers.

The procedures through which compliance with the agreement will be enforced, at the expense of the supplier.

The resolution may contemplate the submission by the supplier of a compliance plan, which shall contain, as a minimum, the designation of a compliance officer, the identification of corrective or preventive actions or measures, the deadlines for their implementation, and a protocol aimed at avoiding the risks of non-compliance.

The solution proposed by the supplier shall not imply its acknowledgment of the facts constituting the eventual infringement.

When the agreement contemplates the delivery to consumers of sums of money, the provisions of the final paragraph of article 53 B shall apply.

Article 54 Q.- In order for the agreement contained in the resolution issued by the Service to produce erga omnes effect, it must be approved by the civil judge corresponding to the domicile of the supplier.

The court may only reject the erga omnes effect if the agreement does not comply with the minimum aspects established in the second paragraph of the preceding article. The court shall rule flatly and

only an appeal for reconsideration with an appeal in subsidy against the resolution rejecting the agreement shall be admissible.

Once the court decision referred to in the preceding paragraph has been executed and the publication referred to in the following paragraph has taken place, the agreement shall have the effect of an out-of-court settlement with respect to all potentially affected consumers, with the exception of those who have previously asserted their rights before the courts, have entered into individual settlements or transactions with the supplier or have made a reservation of their actions pursuant to the penultimate paragraph.

The authorized copy of the resolution of the Service in which the agreement is recorded shall have executive merit thirty days after the publication of the extract of the resolution in the Official Gazette and in a medium of national circulation, at the expense of the supplier, as well as in the institutional website of the Service, counting the term from the last publication. The publications shall be made no later than the tenth day from the date of the administrative resolution in which the agreement is recorded or from the date the judicial resolution approving it is executed, as the case may be.

In those cases in which the agreement has erga omnes effect, during the term referred to in the preceding paragraph, the affected consumers who do not agree with the solution reached, in order not to be subject to it, must make express reservation of their individual actions before the court that approved the agreement, which may be done without legal counsel, personally attending the court or entering the Virtual Judicial Office of the Judiciary or the system that replaces it.

Failure to comply with the terms of the agreement constitutes a breach of this law.

Bijlage 5 – Tried and Tested: The Design and Function Of Public Class Action Funds Abroad

Memorandum

Michael FitzGerald

Tilburg University

30/07/22

Note:

Numerous aspects of the debate could not be covered thoroughly in this memorandum; some of these include, firstly, the potential for a public fund to act as an ‘overseer’ of class action, maintaining and collating data on the performance of a class action regime, ensuring transparency and communicating information to the public. For a discussion of this potential, see Piché (n30); secondly, the benefit that public funding provides by reducing agency conflicts and conflicts of interest which are inherent in commercial litigation finance. Interview respondents throughout the research confirmed that public funding can be seen as a partial solution to these problems.

Introduction and Summary

Litigation financing lies ‘at the root of all civil procedure’. This is nowhere more true than in the class action context. In those jurisdictions which, traditionally, adhere to a ‘loser pays’ rule for adverse costs, or which prohibit certain financing arrangements, such as the contingent fee, the question has arisen as to whether the government should step in to assist in the financing of class action. This question has arisen primarily because the class action mechanism, a creature of American law, when transplanted into jurisdictions which are less enabling of plaintiff-side litigation funding, requires transfusions of financing (private or public) in order to integrate with the legal system, and satisfactorily achieve its policy objectives, or else risk becoming a ‘dead letter’ in legislation.

The following memorandum will examine the international jurisdictions where this approach of ‘government as class action funder’ has been attempted. This memorandum will examine, in particular, the reasons that legislators in those jurisdictions were moved to establish public funds; the decisions they made in designing the funds; and the functioning of the funds since their establishment. Section One will give a broad overview of the international picture in relation to the establishment, and recommendation, of public class action funds. Section Two, which occupies the bulk of the memorandum, will examine the Canadian provinces of Quebec and Ontario; first, investigating the scholarly evaluation of the funds, then the legislative intent, and finally focusing, in detail, on design aspects. Sections Three and Four will examine developments in Australia and Israel respectively.

This research has been driven by a number of questions, which re-emerge throughout the analysis. Firstly, the question of why only these few geographically distant and culturally distinct jurisdictions have engaged seriously with the public financing of collective action. Secondly, the question of whether public funds are competitive with commercial finance and, if so, whether this competition is beneficial. Thirdly, to what extent can comparative research be relied upon in analysing the effect a given mechanism will have within a distinct legal culture? Finally, what are the parameters by which success and failure can be assessed?

Section One: The Picture Internationally

Public class action funds exist in only three jurisdictions worldwide; Quebec, Ontario and Israel. Such funds remain an anomaly on the international stage despite strong advice from law reform bodies which have frequently recommended the option of the public fund as being, to quote the Federal Court of Canada Rules Committee, ‘the most attractive method of supporting class proceedings’. In late 2021, the New Zealand Law Commission published a class action report recommending *inter alia* a public class action fund. Mulheron lists other bodies which have recommended the establishment of public funds as follows; the Law Reform Commissions of Australia, Victoria, South Australia and Hong Kong, along with the Victorian Attorney-General’s Law Reform Council and the Civil Justice Council of England and Wales. None of these recommendations have, as yet, been taken up by governments.

On the other hand, there have been a limited number of law reform bodies which have advised against the establishment of a public fund. These include the Alberta Law Reform Institute, the Manitoba Law Reform Commission and the Scottish Law Commission, which each advised against the option as being ‘politically unrealistic’ given the scarcity of public funds. Ironically, the Ontario Law Reform Commission (OLRC), in 1982, ten years prior to the establishment of the Ontarian public fund, strongly advised against the fund. The reason for this recommendation, though, was due to the fact that the commission was advocating, instead, for the creation of a ‘no-costs’ regime for class action in Ontario,

which would have obviated the need for a public financier. Ten years on, in 1990, the Attorney-General's Advisory Committee on Class Action Reform would reject the OLRC's recommendation of a 'no-costs' regime, and this policy would lead directly to the establishment of the Class Proceedings Fund. In 1995, British Columbia adopted the original recommendations of the OLRC in full, including a 'no costs regime for class actions 'rendering the representative plaintiff virtually immune from paying costs'.

From this summary, it is worth noting two points; firstly, no major scholarly or law reform body has advised against the creation of a public fund on substantive grounds other than political infeasibility; and secondly, public funds do not tend to be recommended ubiquitously (for example, there has been no major recommendation of a public fund in the US). The public fund is not a necessary apparatus of civil justice except where there is a gap, or void, in the funding landscape. Such a gap may emerge for a number of reasons, of which the most important are; procedural regulations on contingency fees and the application of a 'loser-pays' rule in the class action context. 'In the absence of such a gap', Mulheron notes, 'the utility of such a fund must be seriously in doubt'.

Section Two: Canada

The Scholarship: Consensus and Divergence

Quebec and Ontario represent two out of three jurisdictions in the world which provide a public fund for the financing of collective redress. Regarding the Quebecois fund, the scholarship is in agreement that the fund has been a success; the Quebecois fund has been widely used. It has granted funding, since its inception, to 45% of all class actions in Quebec as of 2020. It has been integrated into the Quebecois legal culture, and widely celebrated as a 'most appropriate and effective way to finance class action'.

On the other hand, scholarly responses to the performance of the Ontario fund have been more mixed; early critics included Watson who, in a frequently cited 2001 paper, described the fund, in no uncertain terms, as a failure. Mulheron notes that the outlook for the fund was bleak in 2012, and numerous commentators expressed their misgivings at that time, including the Hong Kong Law Commission which referred to the Ontario fund's under-utilisation and questionable viability. Within Canada, legal practitioners noted that the public fund is not frequently used and that 'the dominant financing device is, and will continue to be, the contingent fee'. In *Fehr v Sun Life Assurance* (2012), Perell J observed that the fund is only solicited in a minority of cases while class counsel contingent indemnities are prevalent.

There has been a marked change for the better since 2012 in terms of the Ontario fund's utilisation; in the words of the Class Proceedings Fund's Chair, from its 2017 Annual Report, 'the Fund has grown from being relatively unknown and underutilised to a significant part of the class action landscape... We estimate the fund provides funding to 10% of class actions commenced in Ontario'. It should be noted however that this same figure, 10% of commenced class actions, is referenced by Kalajdzic as being evidence of the 'structural deficiencies manifest in the underutilization of the Fund'. Piché remarks that the 'fund remains, to date, vastly underused with only about 10% of all cases being funded annually.'

Mulheron, however, seems to agree more with the Chair of the Fund, holding that the fund's 'significance is now undeniably very marked, after some rather Spartan early years'. Kalajdzic, in 2022, cautions against the reductiveness of using the percentage of cases funded, as an overall metric for

success, and disagrees with Watson's earlier 2001 assessment that the fund is a 'failure'. However, with such scholarly divergence in response to the same set of data, it is difficult to resolve the issue except to say that scholarly opinions are mixed. This memorandum will return to this topic later on.

Stated Objectives and Legislative Intent

Though the Quebec regime preceded it by three years, the Ontario Law Reform Commission's 1982 Report on Class Actions is a foundational document of Canadian class action. The impetus behind the document's drafting was the 'recognition by the Supreme Court of Canada in *Naken* that the previous rules of court for representative proceedings were inadequate, and that a "comprehensive legislative scheme for the institution and conduct of class actions" was needed'. The report establishes the three, oft-repeated, policy objectives which, though unremarkable, provide an 'authoritative and principled lens through which the emergence of national class actions can be viewed and evaluated'. These three objectives are well-known; improved access to justice, enhanced judicial economy and behaviour modification (deterrence). These metrics have been cemented in Canadian class action culture by constant reference in the courts.

In 1978, Quebec pioneered the introduction of class action legislation in Canada. The Quebecois class action law, which, *inter alia*, led to the establishment of a public class action fund called the Fonds d'aide aux actions collectives (1982), was introduced as a 'measure intended to advance a public interest agenda' with the explicit public policy objective of 'promoting and favouring access to justice, and more efficiently enforcing social and remedial legislation'. While such broad statements of intent may seem generic or platitudinous, it is important that the Quebecois legislator explicitly intended the class action law to inure to the benefit of plaintiffs. Lauzon, writing five years after the law's drafting, held that the legislator was 'anxious to promote use of the procedure' and Piché concurs, in 2015, that the legislator was 'preoccupied by the accessibility of the class action as a procedural tool for litigants regardless of their resources'. This mention of resources strongly implies the legislator was primarily, if not wholly, concerned with increasing access to the procedure for plaintiffs.

This can be contrasted with the Ontario legislator's intention in 1992 when, under significant pressure from an Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform composed largely of corporate associations, the Class Proceedings Act was passed to 'balance the interests of plaintiffs and defendants'; introducing legislation that would 'ensure that plaintiffs and defendants are treated fairly'. Therefore, in respect to their stated objectives, the Quebecois fund was established explicitly to ameliorate the problem of access for plaintiffs, while the Ontario fund aimed to strike a balance between defendant and plaintiff interests. This disjunction between the purposes of the two funds' creation may go some way to explaining why two ostensibly similar entities have produced such remarkably different results in the years since.

Identifying the Gap

Beyond discussion of stated policy objectives, it is important to note, more practically, that the essential, underlying problem that legislators, first in Quebec, and then in Ontario in 1993, sought to remedy when they introduced their public class action funds was the incompatibility between the class action mechanism and the 'loser pays' rule.

As explained by Lauzon (translated and paraphrased);

‘To understand the importance of the role of the public class action fund, it’s important to remember that in our judicial system the losing party bears the costs. This also applies in collective redress. However, in collective proceedings, the representative is alone before the Court on behalf of the class members. Such a responsibility is incommensurate with his personal interest in the appeal. On the other hand, to share these costs among the members would have been practically impossible. It was to solve this problem that the class action fund was created.’

Lauzon was writing in 1984 in regard to the Quebecois fund, however, Watson, in 2001, understood the primary motive of the Ontario fund to have been roughly similar: ‘to relieve the representative plaintiff from liability for the defendant's costs.’ Contingency fees are allowed throughout Canada as an incentive for law firms to fund litigation and, therefore, it is primarily the ‘loser pays’ rule (as distinct from the American rule) which created the gap that legislatures sought to fill by establishing public funds.

The Canadian Environment for Class Action

As mentioned in the introduction, the public fund can be understood as one means by which to accommodate a legal transplant, the class action, into a body of civil law that had evolved independently of it. Due to the incompatibility between the English rule and the class action, the mechanism requires transfusions of financing (private or public) in order to integrate more fully with the legal system.

The Canadian class action framework is articulated provincially. The Quebecois framework, similar to those since established in; Ontario (1993); British Columbia (1995); Saskatchewan (2002); Newfoundland (2001); Manitoba (2002); the Federal Court (2002); Alberta (2004); New Brunswick (2006) and Nova Scotia (2008); was modelled upon and sought to replicate US Federal Rule 23, with a number of modifications and additions (including the establishment, in Quebec and Ontario, of a public fund). This modified transplantation of a US derived framework has resulted in the creation of a somewhat liberalised version of the American ‘Lawyer-Entrepreneur’ model in Canada. Though this does not necessarily guarantee accessibility in fact which relies also on the accessibility of financing and the health of the market for lead counsel. The system in the US and Canada is initiated and driven by lawyers incentivised by the possibility of handsome, court-awarded contingency fees.

Regardless of this similarity on a systemic, procedural level (excepting the distinct costs rules), there are numerous factual distinctions which moved legislators in Quebec and Ontario to increase access to the procedure by means of a public fund. In the US and Canada, as in most jurisdictions around the world, a primary motivation toward establishing access to class action is that mass harms in industrial societies combined with the prohibitive cost of litigation gives rise to a proliferation of ‘individually non-viable claims’. There are many more such individually non-viable claims in Canada than there are in the US due to a variety of factors including; low Canadian ceilings on damages in personal injury cases; the rarity of punitive damage awards in Canada; widespread control of civil action by judges rather than ‘relatively uncontrolled’ juries in the US and, finally, the aforementioned fee-shifting rule. Due to its factual accessibility, the US financing regime is by far the more favourable for plaintiff’s access to class action (Deborah R. Hensler, ‘From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally’ (2017) *Kansas Law Review*, 976).

This “loser pays” costs rule is the central factor which produces the distinct conditions for financing between the two jurisdictions and which necessitated Canadian derogations, exceptions and additions (of public funds in the case of Ontario and Quebec) in the transplantation of US Rule 23. The “loser pays” rule creates ‘a great financial disincentive to take on the role of representative’ and ‘serves as a powerful disincentive’ to law firms that might otherwise take cases on a speculative basis for a fee

contingent on settlement. Due to this procedural distinction, the US market for lead counsel status is more established, more competitive and healthier than the Canadian. This competition naturally drives down costs.

The representative plaintiff's exposure to adverse costs is a rule throughout Canada, though, as mentioned above, British Columbia allows for an exception through a 'no-costs' regime applicable to class action. However, because certification costs are capped in Quebec, costs payable in that province remain 'moderate - even nominal', while in Ontario this exposure remains a significant deterrent to representatives. The Ontario Superior Court observed that 'access to justice, even in the very area that was specifically designed to achieve this goal, is becoming too expensive.'

This increased exposure to adverse costs in Ontario should, intuitively, result in increased numbers of applications to a public fund which seeks to 'to relieve the representative plaintiff from liability for the defendant's costs.' Contrary to that intuitive assumption, the data reveals that over the course of ten years the Ontario fund only received 130 applications whereas the Quebec fund received more than 100 applications in one year (2012-13). In order to understand why one fund, located in a province in which the exposure to adverse costs is high, receives only 15% of the solicitations for financing than another fund, located in a province where adverse costs are insignificant, it is necessary to examine the design of the funds themselves.

The Design of the Canadian Funds

Before examining the differences between the two funds' design, it is worthwhile to underline two important points; firstly, the legal environment in Ontario, in which adverse costs are higher, should encourage use of the fund. Therefore, the reason for the Ontario fund's under-utilisation is unlikely to be environmental. Furthermore it is not primarily due to any particularly strict standards of application assessment. The Ontario fund simply has not received enough applications and it is likely that this is due to its design.

Secondly, it is likely that the primary causes of the variation in the respective funds' success are twofold; the Ontario fund's fixed 10% levy is prohibitively steep and inflexible in respect to the quantum of funding or the stage of advancement of the indemnity. On the other hand, the Quebec model is flexible. Finally, the Quebec fund's innovation in irrespectively 'taxing' all class actions, as opposed to the Ontario model wherein only publicly funded actions are subject to public levy, acts as an incentive for plaintiffs to make use of the procedure.

The Design of the Quebec Fund

The Quebecois fund is 'a legal person established in the public interest'. It is managed by the Quebec Ministry of Justice through three government-appointed administrators who sit for two days each month to assess funding applications. Its daily operations are managed by a secretary named by the administrators. The fund's accounts are reviewed annually by the Auditor-General of Quebec. Its practical mandate is to finance class actions on first instance or appeal and to disseminate information regarding the exercise of mass claims in Quebec. The fund is permitted to assist with legal fees and with disbursements, and it does not charge interest.

Piché explains that, at first, the fund was financed through four revenue streams, of which one was an annual subsidy from the provincial government. However, between 2005 and 2013, the amounts that the fund received from government fell drastically, and since 2012, when the government

cancelled its financial assistance to litigants (owing to the fund's increasing liquidity due to ever larger sums withheld in collective recovery claims), the fund has been 'almost entirely self-sustainable' and has replenished itself through three streams of self-financing. These revenue streams are; subrogation in the rights of the recipient (reimbursement in case of success), percentages on recoveries (the 'class action tax' feature) and interest on investments. Piché indicates that it is difficult to establish which source of revenue is the most significant, due to a lack of transparency, but estimates that the largest source of revenue for the fund is in percentages (the 'tax' feature) withheld from large-scale, successful claims.

The fund's first source of revenue emerges from subrogation in the rights of the recipient or his attorney. This is restricted to the amount paid to them and is contingent upon the claim's success. Otherwise, the fund assumes the risk. The fund's second source of self-finance, and its most significant, is in percentage of recoveries. This is codified in Section 42 of the Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives and the Regulation respecting applications for assistance for a class action. A third regulation, the Regulation respecting the percentage withheld by the Fonds d'Aide aux recours collectifs, provides the calculations and percentages by which the fund determines its allotted portion of the undistributed balance leftover after the class members have claimed indemnification. This regulation, in three provisions, provides for three categories of percentage recoveries that the fund may make depending on the type of the award. Piché, writing in 2016, describes the categories and percentages as follows;

1. 50-90% of the balance remaining after claims by class members from any aggregate award;
2. 30-70% of the total award less costs and attorney's fees if the court decides not to allow individual claims;
3. 2-10% of each individual award (if no aggregate award is made).

To clarify, this revenue stream is the mechanism by which the fund may obtain a percentage from any collective recovery which is made in Quebec, regardless of whether it was involved in funding the case. Piché concurs that this feature acts as a strong incentive for litigants to make use of the public fund. Piché explains that this unique feature has inspired similar recommendations in France and Belgium which are explained by Belogbi (paper not found). The third revenue stream is listed as; interest on investments.

In summary, the fund primarily finances itself, and grows, by means of percentage recovery on the undistributed proceeds from all successful class actions in the state of Quebec. Furthermore, it reserves the right to replenish itself through subrogation up to the amount it contributed from settlements and awards in cases that it did fund (either for legal fees or disbursements). Note that Piché indicates that the proportion of legal fees that are typically covered by the fund are too low, amounting to only 100\$ or 200\$ per-hour, and Piché would prefer if high lawyers' fees were covered more comprehensively by the fund. On the other hand, the Ontario fund does not cover any legal fees (only disbursements).

Aside from financing, the fund decides upon which cases to fund by analysing whether the action would be viable without its assistance, and by examining the merits of the case, the probability that it will be brought, and the probable existence of the right intended to be asserted. Importantly, the fund does not consider the public interest value of the case, which is among the criteria that its Ontarian equivalent assesses.

The Design of the Ontario Fund

In comparison, the Ontario fund was established with a government infusion of \$500,000. This infusion was seeded from monies which had been built up by the Law Foundation of Ontario (to which the Class Proceedings Fund was established as an adjunct). This foundation was established in 1974 to collect interest on lawyers' mixed trust accounts for spending on legal education and research. Therefore, this initial infusion, or seed money, was not public taxpayer money as such, but money redirected from one purpose to another through statutory enactments.

The fund's mandate is to finance actions that will further the goals of the Class Proceedings Act (Access, Efficiency, Deterrence). Unlike the Quebec fund, legal fees are not covered, but approved disbursements and adverse costs awards are. Adverse costs are covered by the fund upon application by the successful defendant, and in case the plaintiff succeeds, the plaintiff must repay the fund up to the amount contributed. Finally, as previously mentioned, the fund charges a fixed 10% levy on awards and settlements.

The operation of the Ontario fund is to provide financial assistance for disbursements and to indemnify the plaintiff or lawyer from adverse costs in the case of failure. The 'price' which the fund charges on this support is a levy of 10%, and a reimbursement of disbursement costs up to the amount paid. Both charges only manifest if the action is successful. The fund charges its levy and disbursements from the net award (or settlement) before the class members can claim (subject to a fairness hearing). This is distinct from the Quebec model's percentage recovery which is drawn from the undistributed proceeds after class members have claimed.

If the action fails, the fund bears the risk alone. Mulheron underlines that this arrangement importantly 'has very beneficial consequences for both the (plaintiff) party and for the defendant'. The benefit to the defendant is that the fund 'definitively ensures recovery of adverse costs by the successful defendant'. This inescapable statutory financial burden leaves the fund with 'no legal authority or mechanism to deny payment of an adverse cost award from the fund', and 'once the representative plaintiff receives funding from the fund, and loses' there is no way for the fund to escape indemnifying the plaintiff against the defendant's costs. This element leaves the fund at considerable risk of being wiped out by large adverse costs orders, and goes some way to explaining why the fund was so slow to assert itself on the Ontarian class action landscape; the fund could only begin to take risks funding novel or public interest cases once it had accrued significant revenue to protect its solvency.

The criteria upon which the Ontario fund evaluates cases are codified as primary and additional factors for consideration. The primary factors are; the case's merits; whether attempts have been made to raise funds elsewhere; the plaintiff's financial controls over the distribution of any eventual proceeds; and any other matter relevant. The additional factors that the fund may consider are; whether the issues affect the public interest; the likelihood of certification (in case of early application); and the health of the fund's accounts.

Mulheron notes that the merits is the 'most important and most determinative factor to be considered', that cases under 50% probability of success are unlikely to achieve funding, and that impecuniosity is not an explicit factor. This is another revealing departure from the Quebec model, which explicitly funds otherwise unviable (typically impecunious) cases. Kalajdzic and Piché indicate that it is likely that the Ontario fund tends to support higher value cases than the Quebec fund. Nevertheless, throughout its existence, the Ontario fund has refused to fund complex competition law actions and securities actions on grounds that the potential exposure to adverse costs, and the

massive disbursements involved, would be potentially ruinous for the fund's viability into the future. In one case, *Liebermann v Bank of Canada* (2006) this refusal resulted in the discontinuation of the action and its re-filing in the no-costs regime of British Columbia.

The Ontario Legislature did attempt to soften the prohibitive effects of the 'loser pays' rule in the class action context by including Section 31(1) in its Class Proceedings Act of 1992. This Section allows adverse cost orders to be reduced or eliminated upon application to the court where, to quote the provision, 'the court may consider whether the class proceeding was a test case, raised a novel point of law, or involved a matter of public interest'. Where the court determines that any one of these three exemptions is met, the court may, at its own discretion, reduce or eliminate the adverse costs order. Courts to date have been mixed in their willingness to allow application of this provision; notably one judge remarked 'nothing can be said to be certain, except death, taxes and the submission that a class action is in the public interest'.

Comparative Analysis and Section Conclusion

A number of comparative insights are evident from the information contained in this Section. First, the Quebec fund has been by far the more widely used of the two funds. The Quebec fund, funding almost half of Quebecois class actions over the last 40 years, is a central and indispensable mechanism within its legal culture and has, to a large extent, achieved its mandate of increasing access to justice for plaintiffs. On the other hand, the preponderance of the scholarship indicates that the Ontario fund has been disappointing in terms of the amount that it has been used, although there have been significant improvements over the last decade due to its having acquired sufficient revenue to take risks funding a wider variety of cases. The data, as mentioned above, is quite clear and reveals that over the course of ten years the Ontario fund only received 130 applications whereas the Quebec fund received more than 100 applications in one year (2012-13). However, this question of 'use' must be split into two distinct inquiries; first, why has the Ontario fund received significantly fewer applications? And second, why has it approved fewer of the applications it has received?

The main cause for the first disparity, in applications received, has been the funds' different methods of financing. The Quebec fund's percentage on undisputed proceeds from all class actions in the province acts as an incentive for litigants to apply to use the fund. On the other hand, the Ontario fund's steep, statutorily fixed and inflexible 10% levy on funded cases has often been seen as a factor discouraging application to the fund (this has been supported throughout the case law as summarised by Mulheron).

In fact, the Ontarian 10% levy has de facto become a benchmark for third party litigation funders and law-firm's contingency funding estimates. In numerous cases, the fund's 10% levy has been referenced to support whether a litigation funding agreement with class counsel or commercial financiers is 'fair and reasonable'. In *Marriott v. General Motors* (2018) the court held the litigation funding agreement was fair due to the fact that its 7% was 'less than the 10% premium applied by the Class Proceedings Fund and is capped at a fixed amount unlike the fund'. In other cases, courts have judged such agreements unfair if they require higher compensation than the public fund and have frequently recommended reductions to bring the agreement into line with the fund's benchmark 10%.

In regard to the second question - of why the Ontario fund has approved less applications - the primary reason is because the fund feared being wiped out by taking on risky or high-value cases in its early years. This tentativeness was logical and resulted from its low initial seed-funding coupled with the fact that 'there is no statutory requirement for the government (...) to replenish its funds'. Given

this, the fund, at least until 2012, was required to be extremely cautious in those cases that it funded, or risk disastrous and existential risks through adverse costs orders.

The question of whether more flexibility should be introduced, or that the levy should be reduced, was raised by the OLRC in 2020. The OLRC argued that the fund could not be competitive with commercial finance because, while the fund is restricted to a 10% levy, commercial funders can alter the terms of their agreements depending on the risk inherent in the case. This argument is valid. Nevertheless, the Class Proceedings Committee argued against any change, holding that, due to the fund's voluntary administration, any discretion as to the levy would be too 'resource-intensive' for a volunteer body and, furthermore, that to reduce the levy would be disastrous for the health and viability of the fund. Both parties agreed, however, that the statute should be amended to allow funding of legal fees. Another recommendation, mentioned by Kalajdzic, assesses that a major problem with the fund emerges from the fixed 10% levy when it is applied to truly massive class actions. In large cases, the fund's return seems entirely disproportionate to the risk it incurs in funding the case. A possible solution to this problem would be to introduce a cap on the amounts that the fund can levy (for a discussion on this aspect, see Section Three on Australian recommendations).

An important aspect to note is that contingency billing is allowed in Canada. The problems of under-use that the Ontario fund has experienced have primarily been caused because the preferred solution of plaintiffs is to have their cases funded by the law firm on contingency. In a jurisdiction without contingency fees, a public fund would likely attract many more applications for use, given this alternative avenue of financing is prohibited.

In summary, as held previously, the major problem with the Ontario fund has been its steep and inflexible levy, combined with its model of only eliciting proceeds from the cases which it funds. This levy is from the net common fund before the members can claim, and therefore is at the expense of the class members, whose representatives then logically seek more profitable avenues of finance through contingency fees and third party finance. The Quebec model, on the other hand, which raises finance from all class actions, through their undisputed proceeds, does not manifest an equally tangible burden upon plaintiffs. These factors explain why the Quebec fund has been more widely and consistently described as a success, while the Ontario fund has received a more mixed response in scholarly and legal communities.

Section Three: Australia

Australia has a long history of law reform recommendations regarding the establishment of public class action funds. The South Australian Law Reform Commission recommended, in 1977, that a public fund called 'The Class Action Indemnity Fund' be created, and supplied detailed provisions as to its constitution and management. In 1988 the Australian Law Reform Commission, in 'Report 46', which led to the introduction of class actions in the Federal Court, recommended, in general terms, that a public fund be established. Later, more detailed recommendations were included in the Victorian Law Reform Commission's Civil Justice Review of 2008. None of these recommendations have been acted upon by the government.

The aforementioned Victorian Civil Justice Review of 2008 provides the most detailed schematic for a public fund and, according to its commissioner, Peter Cashman, is the most appropriate recommendation to examine for guidance. The 'Justice Fund' - which was the working title for the proposal - was designed as a self-funding entity not restricted to class action. This fund was intended to provide financial assistance, indemnity for adverse costs, and security for court-imposed costs. The

entity would self-finance through recoveries from successful cases (percentage not specified), costs recovered from unsuccessful parties, and court-ordered cy-pres payments. Like the Australian Law Reform recommendation before it, an important envisioned source of revenue for the fund would be 'monetary relief not claimed by eligible class members'.

The report cites an extensive list of difficulties which the Justice Fund would be intended to ameliorate. The most interesting of these relate to the difficulties involving the representative plaintiff's exposure to adverse cost orders. Firstly, the representative's stake in the claim tends to be incommensurate with the massive risk that this exposure implies. This means plaintiffs are logically disincentivised from representing class actions. Secondly, the unsuccessful representative plaintiff is often unable to cover the defendant's costs, which leads to difficulties for defendants covering their costs in successful defences. Thirdly, due to these problems, the only possibility is for representatives to enter into a finance arrangement with a commercial funder, but these funders are often only willing to enter into such agreements in respect to class members named in the finance agreement. This reality has transformed what was intended to be an opt-out regime into a de facto opt-in regime, which has had a deleterious effect on the performance of the regime to achieve its mandate; to obtain 'a remedy for all of those adversely affected by the conduct giving rise to the litigation'.

The Report recommends that the Justice Fund be set up as an adjunct to an existing entity (such as was the case in Ontario but not in Quebec where the fund was established as an entity in its own right) in order to reduce administrative overheads and establishment costs. The report suggests Victoria Legal Aid as an appropriate existing body for this purpose. The Report underlines that the fund would require a statutory foundation (specifying its objectives and the criteria for granting assistance) and an initial seeding grant before the fund would seek to become self-sustaining. The Report, importantly, underlines that, while the fund could enter into joint ventures with commercial funders, its overall purpose and object would be entirely distinct from the commercial funders because it would seek, on a not-for-profit basis, to reinvest accrued revenues to fund meritorious and public interest litigation into the future and to finance legal research.

The Report emphasises that the fund should be organised to have considerable flexibility over the terms of the funding arrangement, both in respect to the proportion of the case costs that are funded, and the rate at which the fund would recoup its investment in case of success. The Report estimates that the fund would need to support successful cases at a ratio of 2:1 to unsuccessful cases in order to be self-sustaining, and the Report estimates that this ratio should be achievable. The Report recommends the fund's exposure to adverse costs, at least initially, should be capped (in the manner developed by the English Court of Appeal in determining the exposure of litigation funders) at the level of financial assistance provided by the fund. Finally, the fund would be permitted to receive cy-pres orders including from cases where no public financing was provided.

The Justice Fund would be operated by a professional, full-time staff and an honorary board of directors. It would be subject to audit under the scrutiny of the Civil Justice Council. The fund was envisioned as providing both healthy competition, and collaboration in joint venture arrangements, with commercial funders and, for this purpose, the Report reiterates that the fund must be allowed to be flexible in its operations and levies. This focus on flexibility seems to have been arrived at in response to the difficulties experienced by the Ontario fund with its inflexible 10% levy.

The Report concludes by noting submissions, support and criticism regarding the proposed fund from numerous entities and scholars. The proposal was supported by numerous sectoral regulators and NGOs for its potential to expand access to litigation for environmental, mental health, public interest and consumer issues. The Human Rights Law Centre focused its submission on the need for expanding

access to legal aid. Professor Peta Spender underlined that the fund would encourage growth of commercial finance by ‘creating competition in the market for litigation funding’, but observed that the fund should be targeted more directly toward ‘matters that are unlikely to be funded by the commercial litigation funders’.

The major Australian commercial funder IMF did not object to the proposal while noting that the likely tax-exempt status of the fund would skew the level playing field for competition between the public and private financing options. The commission in response noted there should be no expectation for a level playing field given the different and valid objectives of the public fund, and reiterated that the fund would stand to benefit and flourish from joint ventures with private funding; and the access to expertise and resources that those arrangements would enable. The Law Institute of Victoria supported the fund but underlined that it should ‘not limit its funding to “commercially viable” meritorious litigation’, and that the profits of the Fund should also be applied in providing assistance to ‘any litigant in a commercial matter ... who has a meritorious claim [or defence] regardless of whether there is a prospect of the Fund recovering a percentage of a monetary award’. The Consumer Action Centre also supported the fund but noted that ‘the proposed limit on the fund’s liability for adverse costs would defeat the purpose of the fund, as potential litigants would be unwilling to embark on litigation where they remained at risk for the shortfall between the liability of the fund and the total amount of costs ordered to be paid.’ This final, speculative worry seems answered somewhat by the success of the Israeli fund despite only supplying partial coverage to plaintiffs (see Section Four).

Numerous submissions were received opposing the Justice Fund proposal from law firms, companies and the Australian Corporate Lawyers Association. These responses argued that the fund was unnecessary given the access to commercial funding in Australia, and the availability of contingent, speculative and no win no fee arrangements for plaintiff lawyers in Victoria (these arrangements are not available in Australia as a whole). Another criticism held that the fund would create ‘endless bureaucracy and non-market decision making’.

The Commission summarised the submissions, reiterating that there was a ‘pressing need for the establishment of such a fund’, but indicated, on the basis of the submissions, that certain changes were appropriate. Firstly, the cap on the fund’s liability for adverse costs should only exist for a limited period, depending on the fund’s financial performance. Secondly, the fund’s administrators should have the flexibility to cover shortfalls between the costs ordered and the capped amount payable by the fund.

Section Four: Israel

The Israeli Public Fund was established in 2006 as part of the Israeli Class Action Law. This new regime led to a huge and continuous upward trend in class action litigation in Israel; ‘in 2007, one year after the law was enacted, 28 motions were filed to certify class action suits, in 2010 this number rose to 335, in 2012, 820, 2 and in 2018, 1,250.’

The Israeli fund is more explicitly focused on the public interest than its Canadian counterparts. Its explicit mandate is to assess the social and public significance of the suit and to finance depending on that significance. Bukspan underlines that the fund ‘has more of a public, and less of a legal, value’ in that it focuses ‘solely on the claim’s social and public merits’ rather than its probability of success.

The fund is staffed by members of nine regulatory agencies, appointed by the Minister of Justice, who act as ‘an unbiased, de facto public jury’ in screening cases for their public importance. The fund, therefore, unlike its Canadian equivalents, clearly and uncontroversially emphasises the legislatures’ understanding that the class action is a ‘private enforcement tool’ which complements and reduces the need for public regulatory enforcement.

The fund receives a limited annual budget from the government approximately equivalent to less than half a million US\$ (this cannot be carried into the next fiscal year). The fund ‘mainly finances expert opinion fees, reimburses court expenses for failed claims and, more recently pays court fees’. As of 2021, it had reviewed 700 applications and granted financing to more than 45%, which is a ‘remarkably high percentage’. It operates by supplying partial funding to as many suits as possible, meaning that successful applicants in most cases still have to fund the majority of their costs.

The fund meets quarterly, and the application stream is increasing which indicates it is becoming more well-known and integrated into the funding environment. The majority of cases funded have been consumer cases though the fund frequently supports antitrust, environmental, discrimination, insurance and disability rights cases. Furthermore, it has had a marked focus on imposing corporate social responsibility (targeting corporate health hazards etc.) through its financing, along with claims against monopolistic practices, along with the enforcement of constitutional rights in the private sector, violations of customer privacy and employment rights.

In summary, the fund is established by the Ministry of Justice, but is operated independently by representatives of various regulators, and its activities are explicitly seen as quasi-regulatory, filed in lieu of, or in addition to, public enforcement.

Conclusions

1. Public funds are appropriate where there is a gap in the financing landscape often created by a ‘loser pays’ rule and / or prohibitions on contingency fees.
2. Public funds are a desirable means to fill this gap and, where such a gap exists, the arguments for public funds strongly outweigh the arguments that have been raised against.
3. Public funds are not antagonistic to commercial financing but provide healthy competition, driving down costs, while meeting public demands that are not sufficiently addressed by commercial financiers focused on profit.
4. If a public fund operates, as in Ontario, on an inflexible levy, this levy will become a benchmark to which private litigation agreements adhere, and by which private litigation agreements will be evaluated.
5. In jurisdictions where cost orders are high, and where the levy is drawn only from funded cases, and where alternatives exist such as contingency fees, other funders (as in Ontario) will seek to undercut the rates of the public fund resulting in under-utilisation.
6. The Quebecois approach, on the other hand, by ‘taxing’ all class actions, serves as a powerful incentive for litigants to make use of the public fund.
7. The Israeli approach underlines the benefits that can accrue from a principled acceptance of the class action as a private mechanism with a public regulatory effect.

8. The Australian designs for a public fund demonstrate that international experts have tended more toward self-financing through undistributed proceeds, after class members have claimed, rather than the Ontarian approach where the fund is given priority over class members.
9. The inflexibility of the Ontario levy, which is fixed in statute, has generally been perceived as a failure, and the Australian recommendations advise the fund should be designed in the model of commercial enterprise, with full flexibility to negotiate terms, though without the profit motive.
10. The low initial seed money and the lack of cap on adverse costs in Ontario is perceived as a failure.
11. In most jurisdictions, scholars perceive financing both legal fees and disbursements as optimal, though Cashman recommends avoiding, 'like the plague', full coverage of legal fees.
12. Finally, practically, there is economic benefit in establishing a fund as an adjunct to an existing entity such as a law foundation with a premises and existing staff, thus avoiding early administrative overheads.