

***Class actions* en financiering in Nederland: een vergelijkend perspectief**

Xandra Kramer & Jos Hoevenaars*

Collectieve acties zijn een belangrijke wijze om inbreuken op collectieve belangen aan de kaak te stellen en om massaschades af te handelen. Collectieve schadevergoedingsclaims (*class actions*) bestonden al lang in verschillende andere landen, zoals in de Verenigde Staten, Australië en Canada. Sinds de invoering van de WAMCA in 2020 zijn ook in Nederland collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding mogelijk. Deze collectieve acties brengen veel kosten met zich mee. Onderzocht is op welke wijze collectieve acties gefinancierd kunnen worden en of het wenselijk is een processenfonds in te voeren, zoals dit ook in een aantal andere landen bestaat.

1 Inleiding

Massaschades met grote groepen gedupeerden zijn al tientallen jaren onderwerp van discussie. Deze discussies zijn in de afgelopen jaren aangewakkerd door zaken zoals het Volkswagen-diesemissieschandaal, schadelijke borstimplantaten die door de farmaceutische industrie op de markt zijn gebracht en schending van privacy en concurrentievervalsing door big-tech-bedrijven en platforms als Facebook, Google en TikTok.¹ De toegang tot het recht staat in die gevallen onder druk omdat het voor individuen complex, tijdrovend en kostbaar is om dit type vorderingen aan te brengen.

In de Verenigde Staten en in sommige andere (vooral common-law-)landen, hebben *class actions*, waarin namens een groep benadeelden (de *class*) schade kan worden gevorderd, een lange geschiedenis, die teruggaat tot de 19e eeuw.² Vooral vanaf de jaren zestig van

de vorige eeuw zijn deze een belangrijke rol gaan spelen in met name zaken van productaansprakelijkheid, letselschade, discriminatie, milieuaansprakelijkheid en rond financiële producten en fraude.³ In Nederland werd in 1994 de mogelijkheid om een collectieve actie in te stellen ingevoerd (art. 3:305a (oud) BW). Deze voorzag echter alleen in de mogelijkheid van een verbod, gebod of declaratoir vonnis en niet in de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen. Naar aanleiding van de *DES*-zaak betreffende schadelijke farmaceutische producten, waarin de aansprakelijkheid van de gedaagden al was vastgesteld,⁴ werd in 2005 de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) ingevoerd.⁵ Op grond van de WCAM kan een schikking in een massaschadezaak verbindend worden verklaard door het hof Amsterdam. Voor de WCAM liet de wetgever zich inspireren door de class-action-praktijk in de Verenigde Staten, die liet zien dat col-

* Prof. mr. dr. X.E. Kramer is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Dr. J. Hoevenaars is postdoctoraal onderzoeker aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze publicatie maakt deel uit van het Vici-project 'Affordable Access to Justice: towards sustainable cost and funding mechanisms for civil litigation in Europe' met projectnummer VI.C.191.082) dat mede is gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO), waaraan beide onderzoekers verbonden zijn. Zie www.euciviljustice.eu.

1 Tegen al deze bedrijven zijn collectieve acties ingesteld, resulterend in één of meer (tussen)vonnissen, zie ook Centraal register voor collectieve vorderingen, www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen. Zie o.m. Rb. Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307 (*Data Privacy Stichting / Facebook*) die nog onder het oude collectieve actierecht viel; Rb. Amsterdam 18 december



lectieve acties voor schadevergoeding vaak gecompliceerd zijn, maar dat een *collective settlement* een aantrekkelijke optie is omdat deze veelal tot snellere resultaten leidt dan een rechtszaak, benadeelden geen individuele rechtszaken hoeven te voeren en het aansprakelijke partijen meer finaliteit biedt door in één keer met een hele groep benadeelden tot een overeenkomst te komen.⁶

De roep om een collectieve actie voor schadevergoeding werd echter sterker, omdat slechts in een beperkt aantal gevallen een schikking werd getroffen. Op 1 januari 2020 trad uiteindelijk de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in werking. Dit heeft tot aanpassing van het collectieve-actierecht van artikel 305a e.v. BW geleid en tot een invoering van een nieuw procesrechtelijk regime (art. 1018b-n Rv).⁷ Ook binnen EU-verband zijn collectieve acties al langere tijd onderwerp van discussie, mede omdat deze zaken niet zelden een grensoverschrijdend karakter hebben.⁸ Dit heeft geresulteerd in Richtlijn (EU) 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen in consumentenzaken, die op 25 juni 2023 toepasselijk werd.⁹

Een kernthema binnen het collectieve-actierecht is de financiering van deze zaken. Door hun omvang en complexiteit brengen deze vaak enorme kosten met zich mee. Traditionele wijzen van financiering, bijvoorbeeld uit eigen middelen of met een beroep op rechtsbijstand, schieten tekort of zijn niet beschikbaar. Dit heeft mede geleid tot de opkomst van *third party litigation funding* (TPLF), ofwel financiering door commerciële derden.¹⁰ Deze vorm van financiering blijkt echter niet voor elke claim toereikend en dit heeft de vraag doen rijzen naar alternatieven, in het bijzonder een processenfonds voor collectieve acties.

De ontwikkeling van collectieve acties onder de WAMCA, de financiering hiervan en de vraag naar de wenselijkheid van een processenfonds stond centraal in een WODC-rapport van 2023, waarbij beide auteurs als onderzoeker en projectleider betrokken waren.¹¹ In dit artikel wordt het rechtsvergelijkende onderzoek belicht dat tot doel had om buitenlandse financieringsmodellen en voorbeelden van processenfonds in kaart te brengen en hieruit lessen te trekken voor de Nederlandse context.

In het hiernavolgende worden eerst de onderzoeksmethoden uiteengezet, met bijzondere aandacht voor rechtsvergelijking (par. 2). Daarna bespreken wij de resultaten van deze

rechtsvergelijking voor de financiering van collectieve acties in het algemeen (par. 3) en specifiek met betrekking tot een processenfonds (par. 4). Tot slot gaan wij in op de vraag welke lessen hieruit getrokken kunnen worden voor Nederland (par. 5) en sluiten wij af met enkele conclusies (par. 6).

In dit artikel wordt het rechtsvergelijkende onderzoek belicht dat tot doel had om buitenlandse financieringsmodellen en voorbeelden van processenfonds in kaart te brengen en hieruit lessen te trekken voor de Nederlandse context

2 Internationale vergelijking: doel, selectie rechtsstelsels en methoden

2.1 Doel, selectie rechtsstelsels en oriënterend (literatuur)onderzoek

De internationale vergelijking in het genoemde onderzoek naar de financiering van collectieve acties en de mogelijke invoering van een processenfonds, diende verschillende doelen. Ten eerste werd ter algemene oriëntatie op de verschillende mogelijke financieringsmethoden die bestaan voor collectieve acties onderzoek gedaan naar buitenlandse rechtsstelsels. Ten tweede werd verdiepend onderzoek gedaan naar bestaande processenfonds voor dergelijke procedures in een aantal landen. Het doel van de vergelijkende exercitie was om te analyseren welke wijzen van financiering er bestaan en wat de voor- en nadelen hiervan zijn en – voor het verdiepende onderzoek – welke typen processenfonds bestaan en hoe die zijn ingericht. Aan de hand daarvan kon worden bekeken welke elementen hiervan mogelijk ook in de Nederlandse context bruikbaar zijn.

Voor het onderzoek hanteerden wij een combinatie van methoden. Omdat het Nederlandse recht centraal stond en de bestudering van buitenlandse stelsels in het kader daarvan plaatsvond, is naast een *quickscan* van mogelijk interessante buitenlandse rechtsstelsels eerst het Nederlandse recht uitgebreid bestudeerd. Onderzoek is verricht naar ontwikkelingen in het Nederlandse

2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8425 (*Stichting App Stores Claims / Alphabet en Google*); Rb. Amsterdam 10 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:83 (*SOM en STBYP / TikTok cs*).

- 2 Zie o.m. M.A. Eizenga & E. Davis, 'A history of class actions: modern lessons from deep roots', *The Canadian Class Action Review* (7) 2011, afl. 1, p. 5-31.
- 3 D. Marcus, 'The history of modern class action, Part II: Ligation and Legitimacy, 1981-1994', *Fordham Law Review* (86) 2018, afl. 4, p. 1785-1845.
- 4 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES dochters*).
- 5 Zie art. 7:907-910 BW (vaststellingsovereenkomst) en art. 1013-1018a Rv (procedurale bepalingen).
- 6 Benadeelden hebben onder de WCAM de mogelijkheid tot een opt-out indien zij niet aan de vaststellingsovereenkomst gebonden willen zijn. *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4-6, 9 (punt 4, 5 en 7).
- 7 Zie o.m. W.H. van Boom, 'WCA -> WCAM -> WAMCA, *TvC* 2019, afl. 4, p. 154-160.
- 8 A. Biard & X.E. Kramer, 'The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2019, afl. 2, p. 249-259.
- 9 Richtlijn (EU) 2020/1828 van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2020, L 409/1.
- 10 Zie o.m. X.E. Kramer & I. Tillema, 'The Funding of Collective Redress by Entrepreneurial Parties: The EU and Dutch Context', *Revista Italo-Española de Derecho Procesal* 2020, afl. 2, p. 165-181, en uitgebreid I. Tillema, *Entrepreneurial mass litigation. Balancing the building blocks*, Den Haag: Eleven Publishing 2019.
- 11 X.E. Kramer, I. Tzankova, J. Hoevenaars & C.J.M. van Doorn, *Nut, noodzaak, vormgeving en kosten van een (revolverend) processenfonds voor collectieve*

collectieve-actierecht en de bestaande mogelijkheden omtrent financiering. Voor het deel dat zich richtte op vragen omtrent knelpunten in de huidige financieringspraktijk werden interviews afgenomen met belangrijke spelers in het collectieve-actieveld, waaronder advocaten, vertegenwoordigers van belangengroepen en commerciële *funders*. De rechtsvergelijking binnen dit onderzoek was met name gericht op het bezien welke financieringsmodellen in andere jurisdicties leidend zijn in het geval van collectief procederen en hoe deze zich laten vergelijken met de Nederlandse situatie. Voor het verdiepend onderzoek werd gezocht naar voorbeelden van processenfondsens voor collectieve procedures in het buitenland en welke aspecten hiervan mogelijk in Nederland toepasbaar zouden kunnen zijn. Het onderzoek was met name gericht op een functionele vergelijking van bestaande systemen rondom collectieve acties en de financiering hiervan ter inspiratie en evaluatie van het zich sterk ontwikkelende systeem in Nederland.

Voor wat betreft het collectieve-actierecht en de financiering in de internationale context is hoofzakelijk gekeken naar landen waar ruime ervaring is met collectief procederen. Hierbij springen jurisdicties zoals de Verenigde Staten, Australië, het Verenigd Koninkrijk en – in mindere mate – Duitsland in het oog

Voor wat betreft het collectieve-actierecht en de financiering in de internationale context is hoofzakelijk gekeken naar landen waar ruime ervaring is met collectief procederen. Hierbij springen jurisdicties zoals de Verenigde Staten, Australië, het Verenigd Koninkrijk en – in mindere mate – Duitsland in het oog vanwege hun historie op het gebied van collectief actierecht alsook de uiteenlopende financieringsmodellen in deze landen.

Voor wat betreft de inrichting van een dergelijk fonds voor collectieve acties is onderzoek gedaan naar bestaande fondsen voor collectieve procedures in andere landen. Deze bleken zeer schaars. Wereldwijd bestaan er slechts drie jurisdicties met ruime ervaring met dergelijke fondsen voor collectieve acties: Quebec, Ontario en Israël. Deze fondsen ver-

schillen in zowel omvang, financieringsvoorwaarden, alsook de wijze waarop de fondsen worden bekostigd. Dit maakte relevante vergelijking mogelijk en diende het doel van ons onderzoek om verschillende aspecten tegen elkaar af te wegen. Verder onderzoek liet zien dat in andere landen – onder andere Australië, Duitsland, Nieuw-Zeeland en Hong Kong – publieke fondsen wel zijn overwogen maar nooit werd overgegaan tot daadwerkelijke oprichting ervan.¹²

Wereldwijd bestaan er slechts drie jurisdicties met ruime ervaring met fondsen voor collectieve acties: Quebec, Ontario en Israël

2.2 Verdiepend onderzoek via interviews

Naast de bestudering van primaire bronnen en literatuur over de processenfondsens hebben wij interviews gehouden met experts uit Canada en Israël om beter inzicht te verkrijgen in het functioneren van de bestaande fondsen. Omdat beschikbare literatuur beperkt bleek en primaire bronnen niet voldoende informatie gaven over de praktijk van de financiering van collectieve procedures, waren deze interviews cruciaal om nader inzicht te vergaren. Een bijkomend voordeel van dergelijke interviews was dat inzicht kan worden verkregen in de discussies die in de verschillende jurisdicties speelden voorafgaand aan de oprichting van de processenfondsens en de specifieke wijzen waarop deze fondsen in de praktijk van elkaar verschillen, en welke voor- en nadelen daaraan kleven. Door experts uit Quebec en Ontario tegelijkertijd te interviewen konden deze verschillen bovendien direct in onderlinge vergelijking worden besproken.

Ook zijn interviews afgenomen met experts uit Australië en de Verenigde Staten. Met de eerste vooral omdat in Australië niet alleen al langere tijd commerciële derdenfinanciering een van de belangrijkste financieringsmodellen is, maar er daarnaast ook al geruime tijd academische en politieke discussie is over de oprichting van een (publiek) fonds als alternatief voor commerciële financiering. Dit maakte het mogelijk om belangrijke overwegingen die ook van belang waren voor de vragen van ons onderzoek in kaart te brengen. Met experts uit de Verenigde Staten werd vooral gesproken over de praktische uitwerking van het uitkeren van schadevergoedingen en de toepassing van het zogenaamde 'cy-près'-model, waarbij

acties (WODC-rapport 3279), Rotterdam/Tilburg: Erasmus School of Law/Tilburg University 2023, <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/3294>. Een belangrijk deel van het rechtsvergelijkende onderzoek voor dit rapport is uitgevoerd door Michael FitzGerald, toenmalig student-assistent aan het Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT) van Tilburg University.

12 Kramer, Tzankova, Hoevenaars & Van Doorn 2023, p. 40, 65-66, 131-133 voor de keuze van stelsels en methodologische aspecten.

13 M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadvieszen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Paris 2015, p. 89-93.

14 Ook in Nederland werd dit model al eens toegepast in het kader van de afwikkeling van de Dexia-schikking en bij de Staatsloterijclaim.

15 De Richtlijn representatieve vorderingen staat een dergelijke alternatieve bestemming van overgebleven gelden toe (art. 9 lid 7), en laat het aan de lidstaten om hieromtrent nadere regels op te stellen.

gelden die bij de afwikkeling van een collectieve procedure of schikking niet worden opgeëist door gerechtigden, worden aangewend voor een ander doel dat indirect ten gunste komt aan het collectieve belang van de gerechtigden.¹³ Hierbij kan worden gedacht aan de donatie van de gelden aan een stichting die opkomt voor de belangen van deze doelgroep of een investering in onderzoek naar misstanden op het betreffende terrein.¹⁴ In de VS is al langere tijd ervaring opgedaan met dit model en de inzichten die konden worden verkregen uit de interviews met experts hielpen om een overzicht te creëren van de knelpunten die zich hierbij voordoen en van de mogelijkheden die er zijn voor toepassing van een vergelijkbaar model in de Nederlandse context.¹⁵

Het systeem van gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland is vooralsnog niet ingericht op de financiering van collectieve claims. De huidige toepassing van publieke rechtsbijstand staat een effectieve financiering van collectieve acties in de weg

3 Financiering van collectieve acties

3.1 Wijzen van financiering in Nederland en in het buitenland

Het systeem van gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland is vooralsnog niet ingericht op de financiering van collectieve claims. De huidige toepassing van publieke rechtsbijstand staat een effectieve financiering van collectieve acties in de weg. Zo is rechtsbijstand alleen toegankelijk voor natuurlijke personen of rechtspersonen die geen representatieve organisatie zijn, zoals bij collectieve acties wel het geval is. Ook financiering middels rechtsbijstandverzekering is in het geval van collectieve claims zelden geschikt omdat deze is ingericht op individuen.¹⁶ In het geval van collectieve schade zullen doorgaans ook sommige belanghebbenden in de groep een rechtsbijstandverzekering hebben en andere niet, waarbij het onwaarschijnlijk is dat een rechtsbijstandsverzekeraar ook voor leden van de groep die niet bij hen verzekerd zijn een procedure zullen financieren. De verwachte kosten zullen vaak te hoog zijn in vergelijking met de premies die de individuele deelnemers betalen.

Modellen die ook significante beperkingen kennen, maar wel sporadisch worden gebruikt in Nederland zijn de bundeling van eigen bijdragen van benadeelden, private fondsen en donaties, en vormen van *crowdfunding*.¹⁷ Financiering op basis van eigen bijdragen vereist een substantiële groep benadeelden die bovendien draagkrachtig genoeg zijn en waarbij de inleg laag genoeg moet zijn om op te wegen tegen de te vorderen schadevergoeding.¹⁸ Dit model speelt in de Nederlandse praktijk vooral een rol in het geval van belangenverenigingen – zoals de Consumentenbond of Milieudefensie – die middels ledenbijdragen procedures weten te bekostigen. Vaak gaat het dan overigens niet om zaken die zien op schadevergoeding, maar om – veel minder kostbare – zaken voor een verbod of gebod. Het gebruik van private fondsen, donaties en vormen van *crowdfunding* worden sporadisch toegepast, met name in het geval van algemeenbelangacties, zoals in milieuzaken, waar in de regel geen schade wordt gevorderd.¹⁹ De markt voor commerciële derdenfinanciering had in Nederland tot voor kort een bescheiden omvang, maar heeft sinds de WAMCA een vlucht genomen, waarover meer in paragraaf 3.2.

Bij de internationale vergelijking komen ook andere financieringsmodellen naar voren dan die in Nederland een belangrijke rol spelen. In de VS spelen vormen van *contingency fees* – een financieringsmodel dat in Nederland niet is toegestaan – een centrale rol.²⁰ Advocaten en advocatenkantoren zijn in belangrijke mate verantwoordelijk voor de (voor) financiering van *class actions* door te werken op basis van ‘no cure no pay’-overeenkomsten.²¹ De voordelen van dergelijke afspraken zijn onder andere het verschuiven van het procesrisico van de cliënt naar de advocaat, waardoor de toegang tot de rechter wordt vergroot. Een risico van het systeem is echter dat eisers afhankelijk zijn van de selectie van bepaalde zaken door de advocatuur en het bedrijfsmodel van advocatenkantoren, en van de beschikbaarheid van voldoende werkkapitaal om langdurige en kostbare procedures te ondersteunen.

Bij het bestuderen van de situatie in het Verenigd Koninkrijk (VK) blijken rechtsbijstandverzekeringen een belangrijke plek in te nemen in het financieringslandschap. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen zogenaamde ‘before the event’- en ‘after the event’-verzekeringen (BTE- en ATE-verzekeringen). Hierbij duidt de eerste op wat we in Nederland een rechtsbijstandverzekering zouden noemen, en is de tweede een verzeke-

16 Uit het onderzoek kwam één uitzonderlijk geval naar voren waarbij de rechtsbijstandsverzekeraar van één van de betrokken partijen bereid was de kosten van de gehele procedure te vergoeden.

17 In Nederland was het cessiemodel tot voor kort een belangrijk model dat werd toegepast in het geval van (collectieve) schadevorderingen. Dit is echter strikt genomen geen financieeringsmodel, daar via dit mechanisme een vordering wordt overgedragen aan een claimvehicle voor een lager bedrag dan de waarde ervan, waarmee ook de incasso en de bijbehorende risico's worden overgedragen.

18 Hierbij vormt bovendien het zogenaamde ‘free-rider’-probleem, waarbij benadeelden die niet bijdragen toch kunnen profiteren van een door anderen bekostigde collectieve procedure, een belangrijk obstakel.

19 De zaak van stichting Milieudefensie tegen Shell, die onder het oude collectieveactieregime (vóór 1 januari 2020) was gebracht werd gefinancierd door middel van een combinatie van ledenbijdragen, private donaties en *crowdfunding*. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie / Shell*).

20 Zie art. 7.7 Verordening op de advocatuur (verbod op resultaatgerichte beloning) met uitzonderingen in par. 7.4.3 (Experiment letsel- en overlijdensschadezaken). Op het verbod op *no cure no pay* bestaat één uitzondering. Bij wijze van experiment van de Nederlandse Orde van Advocaten mogen advocaten sinds 1 januari 2014 met hun cliënten een resultaatafhankelijke beloningsafspraken maken in letsel- en overlijdenszaken. Zie verder par. 5.

21 D.R. Hensler, ‘Third-party Financing of Class Action Litigation in the United States: Will the Sky Fall’, *DePaul Law Review* (63) 2014, afl. 2, p. 504-505.

22 Voor een overzicht zie: D. Grave, M. McIntosh & G. Rowan (red.), *Class Actions in England and Wales*, Mytholmroyd (VK): Sweet & Maxwell 2018.

23 J.J. Stroble & L. Welikson, ‘Third-party Litigation Funding: Review of Recent Industry Developments’,

Defense Counsel Journal (87) 2020, afl. 1, p. 6-7.

24 G.R. Barker, *Third Party Litigation Funding in Australia and Europe* (ANU College of Law Working Paper No. 2), 2012, p. 452.

25 V. Morabito, *An empirical study of Australia's class action regimes* (Fifth Report), 2017, p. 35. Het aandeel extern gefinancierde collectieve claims groeide van 1,7% in de periode 1997-2002 naar ongeveer 75% in de afgelopen jaren. Zie Australian Law Reform Commission, *Integrity, Fairness and Efficiency: Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders*, Brisbane: Australian Law Reform Commission 2018, p. 75.

26 Deze percentages lopen in de praktijk sterk uiteen; er zijn verschillen per land en *funder*, maar vooral het type zaak en het risico dat gelopen wordt speelt een rol. Er bestaan geen harde cijfers; uit wat we weten uit de praktijk en de interviews is dat dit vaak tussen de 20 tot 40% is, maar het kan ook oplopen tot 50 of 60%. Rendementen worden ook op verschillende wijzen bepaald.

27 In Australië zelf blijft financiering door derden een groeiende markt met een totale omzet van ongeveer \$ 105,4 miljoen in 2018, met een winst van \$ 44,8 miljoen. Australian Law Reform Commission 2018, p. 50.

28 Zie J. Saulnie, m.m.v. I. Koronthalyova & K. Müller, *Responsible Private Funding of Litigation*, ERPS | European Added Value Assessment 2021, p. 8; S. Augenhöfer & A. Dori, 'The proposed regulation of Third Party Litigation Funding – much ado about nothing?', *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* (20) 2023, afl. 5, p. 200-201; CMS, *European Class Action Report*, 2023, p. 7.

29 Kramer, Tzankova, Hoevenaars & Van Doorn 2023, p. 10-11.

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

ring die wordt afgesloten voor een specifieke rechtszaak om het risico van een nadelige proceskostenveroordeling te dekken. Dit type verzekeringen speelt in het VK een belangrijke rol, omdat daar de zogenaamde *loser-pays rule* omtrent proceskosten met name in het geval van complexe en langdurige *class actions* kan leiden tot enorme proceskostenveroordelingen wanneer de claimende partij in het ongelijk wordt gesteld. Een ATE-verzekering dekt (een groot deel van) deze mogelijke kosten voor de claimende partij.²²

Of bijvoorbeeld resultaatgerichte beloning, zoals 'no cure no pay'-overeenkomsten, wel of niet is toegestaan, heeft een aanzienlijke impact op de manier waarop de rest van het financieringslandschap wordt gestructureerd

Uit de vergelijking van de belangrijkste financieringsmodellen per jurisdictie blijkt al snel hoezeer de regelgeving rondom financiering bepalend is voor het financieringslandschap. Of bijvoorbeeld resultaatgerichte beloning, zoals 'no cure no pay'-overeenkomsten, wel of niet is toegestaan, heeft een aanzienlijke impact op de manier waarop de rest van het financieringslandschap wordt gestructureerd. Zo is de markt voor commerciële derdenfinanciering in de Verenigde Staten nog relatief beperkt doordat het overgrote deel van de zaken wordt (voor)gefinancierd door advocatenkantoren op basis van een 'no cure no pay'-model.²³ Ook procesrechtelijke aspecten, zoals regels omtrent (de hoogte van) proceskostenveroordelingen bij verlies van een zaak, zijn bepalend voor de omvang van de mogelijke kosten van een rechtszaak en het kostenrisico dat partijen lopen in het geval van verlies. Zo staan ATE-verzekeringen centraal in landen waar een dergelijk risico wordt gelopen, terwijl deze in Nederland, waar kostenveroordelingen in de regel beperkt van omvang zijn, niet voorkomen.

3.2 De rol van third-party litigation funding (TPLF)

Naast bovengenoemde bestaande modellen is een toenemende rol waarneembaar van commerciële derdenfinanciering. Australië was het eerste land waar zich een substantiële markt van procesfinanciers ontwik-

kelde. Sinds 1995 is het in Australië mogelijk om insolventiezaken op die wijze extern te financieren. In de loop van de tijd is de financiering van rechtszaken door derden verder uitgebreid, ook voor collectieve acties met betrekking tot aandelenmarkt- en concurrentiegeschillen.²⁴ TPLF is al sinds geruime tijd de drijvende kracht achter het merendeel van de collectieve zaken.²⁵ Omdat het in Australië over het algemeen niet is toegestaan een claim aan een derde over te dragen (*cessie*), ontvangen financiers bij winst een percentage van de opbrengst van de collectieve claim.²⁶ Financiers die actief waren in Australië, hebben hun activiteiten vervolgens uitgebreid naar andere landen, waaronder Zuid-Afrika, Nieuw-Zeeland, de Verenigde Staten, Canada en recent ook Europa.²⁷

Mede door de komst van de WAMCA is Nederland, met het VK en Duitsland, een van de koplopers in de groei van de praktijk van TPLF.²⁸ Uit het WODC-onderzoek bleek ook dat tot nu toe alle collectieve schadevergoedingszaken worden gefinancierd door commerciële financiers.²⁹ Kennelijk is dit vooralsnog de enige reële mogelijkheid om deze zeer kostbare zaken te bekostigen. De praktijk van TPLF is echter niet zonder kritiek, in het bijzonder vanwege het risico van belangenverstremming en angst voor een 'claimcultuur' omdat procederen dan mogelijk aantrekkelijk wordt gemaakt vanwege de winstmarge voor *fundeurs*. Zo nam het Europees Parlement in 2022 een resolutie aan waarin het een aanbeveling aan de Europese Commissie doet voor een richtlijn voor 'verantwoorde particuliere procesfinanciering' waarin een striktere regulering wordt voorgesteld.³⁰ Op dit moment wordt op verzoek van de Europese Commissie verdere studie verricht naar TPLF. Mocht het tot een striktere EU-regulering komen, zal dit vanzelfsprekend ook gevolgen voor Nederland hebben, waar commerciële *fundeurs* een belangrijke rol spelen in de financiering van collectieve schadevergoedingsacties.

4 Processenfondsen voor collectieve acties in Canada en Israël

4.1 Een mogelijk (revolverend) processenfonds voor collectieve acties

Het is duidelijk dat voor het goed functioneren van een systeem van collectieve acties, en dus voor het succes van de WAMCA, financiering van fundamenteel belang is. Voor consumentenzaken vloeit ook uit artikel 20 van de genoemde Richtlijn representatieve vorde-

ringen voort dat de kosten van de collectieve acties in de zin van de richtlijn niet zodanig mogen zijn dat het belangenorganisaties belet om een representatieve vordering in te stellen. In die bepaling wordt verwezen naar maatregelen die genomen kunnen worden, waaronder overheidsfinanciering, structurele steun voor belangenorganisaties of toegang tot rechtsbijstand. Zoals in de inleiding aangegeven heeft dit vanuit het Ministerie van Justitie & Veiligheid en het WODC geleid tot de vraag of een door de overheid ingesteld processenfonds voor collectieve acties, zoals dit ook in enkele andere landen bestaat, wenselijk is, en zo ja, hoe dit zou moeten worden vormgegeven. Zoals toegelicht in paragraaf 2 zijn Canada en Israël de landen waar dergelijke fondsen bestaan en hier veel ervaring mee is. Tevens werd daarbij de vraag gesteld in hoeverre een dergelijk fonds zichzelf in stand kan houden, met andere woorden: revolveren, met name door de opbrengst van (een percentage van) succesvolle collectieve schadevergoedingszaken.

4.2 Processenfondsen voor collectieve acties in Canada en Israël

De Canadese provincies Quebec en Ontario hebben beide een fonds dat gericht is op het financieren van collectieve acties. Hierbij zijn er een aantal relevante verschillen in de inrichting en financiering van de fondsen. Het Fonds d'aide aux actions collectives (opgericht in 1982) in Quebec heeft als belangrijkste missie het verbeteren van de toegang tot de rechter en het efficiënter handhaven van sociale wetgeving door middel van het financieren van *class actions* in de provincie.³¹ Het fonds verstrekt financieringsbijdragen in de vorm van advocaatkosten en andere uitgaven. Het kwam tot stand door een initiële investering vanuit de overheid, maar sinds 2012 is het fonds vrijwel geheel zelfvoorzienend. Een belangrijk kenmerk van het Quebec-fonds is dat opzicht is dat het een percentage van de opbrengst ontvangt van elke succesvolle collectieve actie die in Quebec wordt ingesteld, ongeacht of het fonds de betreffende actie heeft gefinancierd of niet.³²

Het Ontario Class Proceedings Fund (opgericht in 1992) heeft als taak het financieren van collectieve acties die de doelstellingen (toegang, efficiëntie, afschrikking) van de Class Action Proceedings Act bevorderen. In tegenstelling tot het Quebec-fonds worden in dit geval niet de advocaatkosten van de eisende partij gedekt, maar alleen de (vooraf goedgekeurde) kosten en eventuele kosten-

veroordelingen ten gunste van de wederpartij. Ook dit fonds kwam tot stand met een initiële investering van publiek geld. Als de eiser in het gelijk wordt gesteld, moet hij het voorgeschoten bedrag aan het fonds terugbetalen. Als een *class action* succesvol is, brengt het fonds bovendien een vaste vergoeding van 10% in rekening over eventuele schadevergoedingen of schikkingsbedragen.³³ De afhankelijkheid van dit vaste vergoedingspercentage over alleen de zaken die het fonds financiert, heeft het fonds echter financieel minder bestendig gemaakt en dat is een van de belangrijke redenen waarom het, in vergelijking met het Quebec-fonds, als minder succesvol wordt gezien.³⁴

Het fonds in Israël (opgericht in 2006) is expliciet gericht op algemeenbelangzaken, vanuit het idee dat *class actions* als private handhaving de publieke handhaving kan ontlasten.³⁵ In tegenstelling tot zijn Canadese tegenhangers wordt dit fonds gefinancierd op basis van een jaarlijkse overheidsbijdrage van omgerekend ongeveer een half miljoen euro. Het fonds financiert voornamelijk de honoraria van deskundigen, vergoedt (delen van) proceskostenveroordelingen en is onlangs begonnen met het (deels) dekken van advocatenkosten. Het streven van het fonds is om zoveel mogelijk claims te financieren, wat in de praktijk betekent dat succesvolle aanvragers in de meeste gevallen slechts een bescheiden bedrag gefinancierd krijgen en nog altijd het grootste deel van hun kosten op andere wijze moeten financieren.

Processenfondsen blijken geschikt voor het opvullen van een gat in het financieringslandschap. Dit gat werd in het geval van de onderzochte jurisdicties veelal veroorzaakt door hoge proceskostenrisico's als gevolg van een *loser-pays rule* en een verbod op *contingency fees*, zoals Nederland dit ook kent

4.3 Een rechtsvergelijkende conclusie

Het onderzoek naar buitenlandse rechtssystemen verschaft veel inzicht in de verschillende mogelijkheden van financiering van collectieve acties, de rol die een processenfonds kan spelen en hoe een dergelijk fonds ingericht

31 C. Piché, 'The Cultural Analysis of Class Action Law', *Journal of Civil Law Studies* (2) 2019, afl. 1, p. 118.

32 C. Piché, 'Transparency and Oversight of Class Actions Funding in Canada', in: X.E. Kramer, J. Hoevenaars, B. Kas & E. Themeli (red.), *Frontiers in Civil Justice. Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Cheltenham (VK): Edward Elgar 2022, p. 287-290.

33 R. Mulheron, *Class Actions and Government*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, p. 134.

34 Zie ook par. 4.3.

35 E. Buksan, '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.

zou kunnen worden. Zo blijken processenfondsen geschikt voor het opvullen van een gat in het financieringslandschap. Dit gat werd in het geval van de onderzochte jurisdicties veelal veroorzaakt door hoge proceskostenrisico's als gevolg van een *loser-pays rule* en een verbod op *contingency fees*, zoals Nederland dit ook kent. Vooral de fondsen in Ontario en Quebec bleken van grote waarde bij het verkrijgen van inzichten over de mogelijke invulling van een fonds en de uitwerking die verschillende keuzes daarbij in de praktijk hebben.

Van groot belang voor de vraag naar een mogelijk fonds in Nederland is de wijze waarop deze fondsen voorzien in hun eigen financiering, en dus revolverend kunnen zijn. Hierbij blijkt de opzet van het procesfondsen in Quebec de meest succesvolle. Dit fonds beperkt zich in tegenstelling de fondsen in Ontario en Israël, niet tot zaken van algemeen belang – en vergoedt bovendien alle soorten kosten, inclusief advocaatkosten, wanneer deze niet op een andere wijze gefinancierd kunnen worden. Dit model zou tegemoetkomen aan de wens om in beginsel alle typen zaken die onder de WAMCA aangebracht kunnen worden in aanmerking te laten komen voor financiering, en niet op voorhand bepaalde kosten – zoals de juist substantiële advocaatkosten – uit te sluiten. Verder is het collectieve processenfonds zoals dat in Quebec is ingericht in staat revolverend te zijn door een zogenaamde *collective action tax* te heffen op alle *class actions* in de provincie, ongeacht of die zaken zelf gebruik hebben gemaakt van het fonds. Het fonds in Israël bleek in dat opzicht minder bruikbaar ter inspiratie doordat het slechts zeer beperkte financiering beschikbaar stelt, waardoor van een toereikend alternatief voor bestaande financieringsmodellen geen sprake is. Bovendien is het niet revolverend en afhankelijk van jaarlijkse overheidsbijdragen.

5 Lering voor financiering van collectieve acties in Nederland

De invoering van de WAMCA heeft de vraag naar de financiering van kostbare collectieve acties voor schadevergoeding urgent gemaakt. De resultaten van de bestudering van andere stelsels die al langer collectieve schadevergoedingsacties kennen is daarom van grote waarde. Een belangrijke vraag hierbij is in hoeverre bepaalde financieringsvormen binnen het Nederlandse systeem passen en van toegevoegde waarde zijn.

In common-law-landen, waaronder de VS, Canada en het Verenigd Koninkrijk, spelen resultaatsbeloningen, zoals *contingency fees*, een belangrijke rol. In Nederland is dit in het algemeen niet toegestaan. Dit is ook een belangrijke verklaring waarom in Nederland *third-party litigation funding* voor collectieve schadevergoedingsacties sterk in opkomst is. Zoals in paragraaf 3.2 besproken kleven hieraan wel bepaalde beperkingen, omdat niet alle zaken interessant zijn voor commerciële financiers en dus niet alle mogelijke claims middels deze vorm van financiering kunnen worden bekostigd. Daarnaast kan mogelijke verdergaande regulering vanuit de EU de markt voor derdenfinanciering in sterke mate beïnvloeden.

In common-law-landen spelen resultaatsbeloningen een belangrijke rol. In Nederland is dit in het algemeen niet toegestaan. Dit is ook een belangrijke verklaring waarom in Nederland *third-party litigation funding* voor collectieve schadevergoedingsacties sterk in opkomst is

Het opzetten van een processenfonds voor collectieve acties kan een uitkomst bieden voor bepaalde collectieve acties. Dit zal dan met name gaan om zaken waar er geen of slechts geringe schadevergoeding wordt gevorderd of voor (meer risicovolle) algemeenbelangacties, waarvoor de commerciële markt geen uitkomst biedt. Om revolverend te kunnen zijn, is het echter van belang dat het fonds gevoed wordt door de opbrengst van succesvolle schadevergoedingszaken, waardoor zo'n fonds ook weer grotendeels afhankelijk is van de commerciële markt. Het processenfonds zoals dit in Quebec bestaat is in opzet het meest geschikt als model voor Nederland omdat het revolverend is, ook advocaatkosten vergoedt, geen onderscheid maakt tussen type zaken en in de praktijk het meest blijkt te worden gebruikt.³⁶

Uit de bestudering van de processenfondsen in het buitenland en bij de vraag naar de verdere inrichting en organisatie van een dergelijk fonds in Nederland, kwam ook naar voren dat de opzet van een dergelijk fonds nogal wat voeten in de aarde heeft.³⁷ Het vergt keuzes

36 Het Ontario-fonds heeft in tien jaar tijd slechts 130 aanvragen ontvangen, terwijl het Quebec-fonds in slechts één jaar (2012-2013) meer dan 100 aanvragen heeft verwerkt. C. Piché, 'Public Financiers as Overseers of Class Proceedings', *New York University Journal of Law and Business* (12) 2016, afl. 3, p. 800.

37 Naast het vergelijkend onderzoek kwam dit ook naar voren uit de interviews en een focusgroep ten behoeve van het onderzoek. Zie Kramer, Tzankova, Hoevenaars & Van Doorn 2023, p. 171-172.

ten aanzien van met name de wijze van financiering, het type zaken en soort kosten dat onder het fonds zou vallen. De oprichting, organisatie en het bestuur van een processen-fonds voor collectieve acties roepen vragen op ten aanzien van de inbedding van de benodigde expertise voor de beoordeling of complexe collectieve vorderingen,³⁸ waarbij onafhankelijkheid in een kleine markt als Nederland ook een punt van zorg kan zijn. Om revolverend te kunnen zijn, zoals het fonds in Quebec, is van belang dat er voldoende succesvolle schadevergoedingszaken zijn die kunnen bijdragen aan de voeding van een processen-fonds.

In het WODC-onderzoek werd op grond hiervan geconcludeerd dat op dit moment de invoering van een dergelijk processen-fonds niet haalbaar is, nu ook de ervaring met WAMCA-schadevergoedingszaken nog te beperkt is. Op dit moment zijn er nog steeds geen einduitspraken in WAMCA-zaken die strekken tot schadevergoeding, en in de aanhangige zaken is vooralsnog in de financieringsbehoefte voldaan omdat commerciële financiering beschikbaar was.³⁹

Tot slot gaf de rechtsvergelijking inspiratie voor vervolgonderzoek.⁴⁰ Zo kan verder worden onderzocht of bepaalde vormen van resultaatgerichte beloningen binnen de advocatuur een mogelijkheid zijn ten behoeve van de financiering van collectieve acties. In Nederland sluit dit aan op de experimenten met *no cure no pay* in letselschadezaken die in 2014 van start gingen en sindsdien een aantal keer zijn verlengd.⁴¹ Verder bieden ervaringen in het buitenland met het hierboven genoemde ‘cy-pres’-model, waarbij gelden die bij de afwikkeling van een collectieve procedure of schikking niet worden opgeëist mogelijk ten goede komen aan andere collectieve acties.⁴² Deze financieringsmogelijkheid wordt ook uitdrukkelijk toegestaan voor collectieve acties in EU-consumentenzaken onder de Richtlijn representatieve vorderingen.⁴³ Tot slot is de rol van rechtsbijstandsverzekeraars verder onderzocht waard, mede op basis van de geobserveerde praktijk in het Verenigd Koninkrijk.

6 Tot besluit

In de ontwikkeling van geschikte procedures voor collectieve acties en de financiering van deze complexe en niet zelden internationale zaken, speelt rechtsvergelijking een belangrijke rol. Ook met het oog op EU-regulering kan men niet om rechtsvergelijking heen,

omdat het kennis en begrip van de verschillen en overeenkomsten tussen rechtsstelsels van de lidstaten vereist. Voor Nederland is met name de Verenigde Staten als jurisdictie met een ontwikkeld systeem van *class actions* van belang geweest. Daarbij is in Nederland en in Europa ook lering getrokken hoe het beter of anders kan om ‘Amerikaanse toestanden’ te voorkomen. Zo nam het Europees Parlement in 2012 in de aanloop naar de EU Aanbeveling voor collectieve vorderingen⁴⁴ een resolutie aan waarin het ‘onderstreept dat Europa ervan af moet zien een class action-systeem naar Amerikaans model [...] in te voeren’.⁴⁵ Daarbij speelde overigens ook de – in Nederland niet toegestane – mogelijkheid van *punitive damages* een rol als katalysator van een niet gewenste claimcultuur.

Met de invoering van de WAMCA en de nieuwe Richtlijn representatieve vorderingen is de discussie rond collectieve acties en de financiering actueler dan ooit. De bestudering van andere rechtsstelsels binnen en buiten de EU is daarbij onontbeerlijk

Met de invoering van de WAMCA en de nieuwe Richtlijn representatieve vorderingen, die ook op een enkel punt tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving heeft geleid, is de discussie rond collectieve acties en de financiering actueler dan ooit. De bestudering van andere rechtsstelsels binnen en buiten de EU is daarbij onontbeerlijk. Naar aanleiding van de in 2022 door het Europees Parlement aangenomen resolutie, waarbij *third party funding* aan banden wordt gelegd, wordt op dit moment een EU-brede studie naar regulering en praktijk van deze vorm van financiering gedaan.⁴⁶ In Nederland zal binnenkort de evaluatie van de WAMCA van start gaan, waarbij vergelijking met collectieve acties in andere landen weer een belangrijke rol zal spelen. Over een aantal jaar zal ook de evaluatie van de Richtlijn representatieve vorderingen, inclusief het vraagstuk van de financiering, op de EU-agenda staan. Dit levert rijke informatie op, waarbij het steeds weer aan de onderzoeker, beleidsmaker, wetgever en praktijkjurist is om daar lering uit te trekken.

38 Bijvoorbeeld bij de Raad voor de Rechtsbijstand, het Openbaar Ministerie of een andere organisatie-eenheid.

39 Kramer, Tzankova, Hoevenaars & Van Doorn 2023, p. 172.

40 Kramer, Tzankova, Hoevenaars & Van Doorn 2023, p. 172-173.

41 Zie art. 7.7 Verordening op de advocatuur (verbod op resultaatgerichte beloning) met uitzonderingen in par. 7.4.3 (Experiment letsel- en overlijdensschadezaken). Deze is verlengd tot 1 januari 2026 en zal dan uitgebreid worden geëvalueerd. Zie Nederlandse Orde van Advocaten, ‘Experiment resultaatgerichte beloning verlengd tot 1 januari 2026 en breed geëvalueerd’, *advocaten orde.nl*, 20 december 2023.

42 Zie par. 2.2.

43 Art. 9 lid 7 Richtlijn representatieve vorderingen.

44 Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *PbEU* 2013, L 201/60.

45 Europees Parlement, Resolutie 2 februari 2012 over ‘Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalmechanismen’ (2011/2089(INI)), *PbEU* 2013, C 2339E/32, nr. 2.

46 Zie par. 3.2.