

EXCLUSIEVE EN CONCURRERENDE BELANGENBEHARTIGERS: BALANCEREN OP GLAD IJS?

Ilja Tillema*

Deze bijdrage gaat over concurrerende belangenbehartigers en de voorgestelde wettelijke regeling voor de benoeming van een exclusieve belangenbehartiger in een collectieve (schadevergoedings)actie. Twee mogelijke toekomstscenario's vormen de aanleiding om het wetsvoorstel op dit punt kritisch te bezien.

1 Introductie

Wanneer verschillende (rechts)personen schade lijden door dezelfde gebeurtenis(sen) is sprake van massaschade. Dat is geen vastomlijnd begrip en kan zien op verschillende soorten inbreuken, schades en benadeelden. Het truckkartel, bijvoorbeeld, is een heel ander soort zaak dan die tegen de Staatsloterij, en de Volkswagen-affaire heeft mogelijk zowel consumenten, bedrijven als aandeelhouders benadeeld.¹ De civielrechtelijke afwikkeling van massaschade kan in Nederland op verschillende manieren plaatsvinden, maar nog niet door middel van een collectieve schadevergoedingsactie. De noodzaak en mogelijke consequenties van een dergelijke actie zijn al jaren onderwerp van debat.² Inmiddels is het wetsvoorstel dat zo'n actie beoogt in te voeren een eind onderweg in de Tweede Kamer. Een van de vernieuwingen die het introduceert, is de mogelijkheid tot benoeming van een exclusieve belangenbehartiger (verder: EB). In deze bijdrage bespreek ik twee toekomstscenario's rondom concurrerende belangenbehartigers in het (buiten)gerechtelijke traject: hun mogelijke wervingsactiviteiten en de toezichthoudende rol van niet-aangewezen belangenbehartigers. Ik bezie of de regeling aan de nadelige gevolgen daarvan tegemoetkomt (nadelig in het licht van het beoogde doel van de regeling). Ik doe dit mede aan de hand van enkele ervaringen uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Na een korte introductie van het wetsvoorstel en de regeling omtrent de EB (§ 2) bespreek ik de twee mogelijke toekomstscenario's (§ 3). Ik rond af in § 4.

Het wetsvoorstel opent de mogelijkheid voor belangenbehartigers om een collectieve schadevergoedingsactie in te stellen

2 De collectieve (schadevergoedings)actie zoals voorgesteld

2.1 Het wetsvoorstel in hoofdlijnen

Het wetsvoorstel opent de mogelijkheid voor belangenbehartigers om een collectieve schadevergoedingsactie in te stellen.³ Onder de huidige wettelijke regeling in artikel 3:305a lid 3 BW is dat niet mogelijk. Wel kunnen belangenbehartigers sinds 1994 een verklaring voor recht, gebod of verbod vorderen; denk bijvoorbeeld aan een verklaring voor recht dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld. Daarnaast kunnen belangenbehartigers en aangesproken partijen sinds 2005 via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) een collectieve schikkingsovereenkomst verbindend laten verklaren.⁴ Tussen beide routes bevindt zich thans een leemte,⁵ die zich vooral vraakt wanneer een schadeveroorzakende partij niet bereid is om te onderhandelen. Het wetsvoorstel biedt daarom 'een stok achter de deur', met als doel het bevorderen van een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade, volgens een stramen voor gecoördineerde afdoening dat streeft naar een balans tussen de belangen van gedupeerden en

* Mr. I. Tillema is promovenda aan de Erasmus School of Law aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

- Zie over deze zaken bijv. Rb. Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1681, Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512 respectievelijk www.veb.net/dossier/Volkswagen, <https://cleanww.org/> en www.volkswagenclaim.nl (laatst geraadpleegd op 10 april 2018). Over het begrip massaschade zie bijv. I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-7.
- Zie bijv. N. Frenk, *Kollektieve acties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, *Kamerstukken II* 2011/12, 33000-XIII, 14, de reacties op de consultatieronde, beschikbaar op www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reacties, O.A. Haazen e.a., 'Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijksma', *MvO* 2016, afl. 3 & 4, p. 74-80, en op Europees niveau bijv. Aanbevelingen 2013/396/EU.
- Met belangenbehartiger bedoel ik een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid zoals bedoeld in art. 3:305a lid 1 BW.
- Ingevolge art. 7:907-910 BW en 1013-1018a Rv.
- Collectieve afwikkeling door middel van gebundelde vorderingen daargelaten; zie hierover bijv. N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', *TPR* 2003, afl. 4, p. 1418-1423 en E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 503-506.
- Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 1 en 4 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 1-7.
- Art. 1018c en 1018d Rv (nieuw). Na kritiek is de concentratiebepaling (dat de rechtbank Amsterdam exclusief bevoegd zou zijn voor de behandeling van alle collectieve acties) uit het



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

wetsvoorstel verwijderd; *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6 en 7.

8 Art. 1018c lid 5 Rv (nieuw).

9 Art. 1018e Rv (nieuw); zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 37, 46.

10 Art. 1018g Rv (nieuw).

11 Art. 1018h Rv (nieuw).

12 Art. 1018i Rv (nieuw).

13 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 50-53. Zie hierover ook K. van Doorn & M. de Bruin, 'Collectieve afwikkeling van massaschade. Verdeelsleutels voor vergoedingen aan individuele benadeelden', *NJB* 2013/2405, A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017, afl. 11, p. 325-331 en T. Hartlief, 'Massaschade en de regelende rechter', *NJB* 2017/2138.

14 Art. 1018f lid 1 Rv en art. 1018h lid 5 Rv, zoals gewijzigd in *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7.

15 Voor zover toegestaan. Zie bijv. M. Faure, T. Hartlief & N. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten*, Maastricht: Universiteit Maastricht 2006, W.H. van Boom & J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RM Themis* 2015, afl. 5, p. 188-199 en, binnen de context van collectieve afwikkeling, I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *AA* 2016, afl. 5, p. 337-346, I.N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoe-

aangesproken partijen.⁶ De regeling geldt voor alle soorten civielrechtelijke collectieve acties, dus zowel voor schadevergoedingsacties als voormelde huidige typen acties.

De voorgestelde procedure bestaat uit drie fasen. In de eerste fase vindt registratie van de vordering(en) plaats. Indien een belangenbehartiger een collectieve actie indient en aante- kent in het openbare register voor collectieve acties, kunnen andere belangenbehartigers desgewenst binnen drie maanden bij dezelfde rechtbank een collectieve actie instellen voor dezelfde gebeurtenis over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen.⁷ Na afloop van de registratiefase vangt de tweede fase aan. Daarin beoordeelt de rechtbank de geschiktheid voor collectieve afwikkeling en de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger(s).⁸ Indien meerdere belangenbehartigers een vordering hebben ingediend, benoemt de rechtbank de meest geschikte belangenbehartiger tot EB (en, eventueel, een co-EB ter vertegenwoordiging van een deelbelang).⁹ In de derde fase wordt de vordering inhoudelijk behandeld. De rechter dient partijen te stimuleren om tot een schikkingsovereenkomst te komen. Om partijen daartoe de gelegenheid te geven, vangt deze fase aan met een pauze.¹⁰ Mochten partijen schikken, dan moet de rechter vervolgens de schikkingsovereenkomst goedkeuren.¹¹ Mochten partijen geen schikking bereiken en de actie

betreft een schadevergoedingsvordering, dan vindt rechterlijke vaststelling van de schadeafwikkeling plaats.¹² Het wetsvoorstel draagt de rechter op om dit, naar het voorbeeld van de WCAM, waar mogelijk te doen aan de hand van categorieën (*damage scheduling*), al dan niet zoals voorgesteld door de EB en verweerder of met behulp van een deskundigenbericht.¹³ De uitspraak bindt alle benadeelden die niet na de tweede fase hebben verklaard dat zij zich aan de collectieve belangenbehartiging willen onttrekken (opt-out-verklaring). Uitsluitend in het geval dat de rechter een collectieve schikkingsovereenkomst goedkeurt, krijgen benadeelden binnen een door de rechter vastgestelde termijn opnieuw de gelegenheid om zo'n verklaring af te leggen.¹⁴

2.2 De benoeming van een EB

Collectieve afwikkeling kan om commerciële redenen interessant zijn voor belangenbehartigers, advocaten en/of procesfinanciers wanneer zij in geval van succes een resultaatafhankelijke beloning of andere soort (kosten)vergoeding ontvangen.¹⁵ Het komt – mede – daarom voor dat verschillende belangenbehartigers naar aanleiding van eenzelfde gebeurtenis een afzonderlijke collectieve actie instellen, elk op een verschillend moment. De exacte frequentie van 'concurrerende' collectieve acties is bij mijn weten onbekend; in ieder geval bekend zijn die

rondom de aandelenleaseproducten, woekerpouwen, DSB en Fortis.¹⁶ Mogelijk voorkomen deze acties een veelvoud aan individuele procedures, maar ook de collectieve acties kunnen elkaar deels of volledig overlappen.

Het wetsvoorstel wil concurrerende acties voorkomen door de collectieve afwikkeling waar mogelijk in één procedure te laten plaatsvinden. Hiertoe introduceert het de mogelijkheid tot benoeming van een exclusieve belangenbehartiger

Het wetsvoorstel wil dergelijke concurrerende acties voorkomen door de collectieve afwikkeling waar mogelijk in één procedure te laten plaatsvinden. Hiertoe introduceert het de hiervoor beschreven registratiefase en mogelijkheid tot benoeming van een EB. De criteria voor benoeming van de meest geschikte belangenbehartiger tot EB zijn: de omvang van de groep personen voor wie de belangenbehartiger opkomt, de omvang van hun vorderingen (bij benadering), en de andere en eerdere activiteiten die de belangenbehartiger heeft ondernomen voor de vertegenwoordigde benadeelden en collectief verhaal in het algemeen.¹⁷ De rechter moet zijn keuze voor de EB motiveren, maar is vrij in de weging van de verschillende factoren per concreet geval. De benoemingscriteria beogen 'de niet serieuze of op eigen gewin gerichte organisaties buiten de deur te houden'.¹⁸ Ze overlappen deels met de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten die zien op de inrichting van de belangenorganisatie, diens financiële middelen en representativiteit. Ook reeds nu moet een belangenbehartiger de belangen van benadeelden in voldoende mate waarborgen, op straffe van niet-ontvankelijkheid.¹⁹ Bij de toetsing daarvan speelt onder meer een rol de ervaring en expertise van de belangenbehartiger, waaronder de andere en eerdere verrichte werkzaamheden, en diens naleving van de Claimcode, een zelfreguleringsinstrument voor belangenbehartigers.²⁰ Het wetsvoorstel verankert bepalingen uit de Claimcode en vult deze aan. Zo mogen de bestuurders van de belangenbehartiger geen rechtstreeks of middellijk winst oogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd. Ook kan de rechter (niet: de wederpartij) inzage krijgen in de financieringsconstructie van de belangenbehartiger om te beoordelen of deze de belangen van de gedupeerden voldoende waarborgt en niet leidt, bijvoorbeeld, tot een disproportionele vergoeding aan de belangenbehartiger of een daaraan gelieerde derde.²¹ In beginsel moet elke belangenbehartiger, dus ook een EB, aan de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten voldoen.²²

De benoeming van een EB en de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten beogen de efficiëntie en kwaliteit van collectieve (schade)afwikkeling te bewerkstelligen. Hieronder schaaft het wetsvoorstel de volgende elementen.²³ Het creëert efficiëntievoordelen qua kosten en inspanningen voor de aangesproken partij en rechterlijke macht, en verbetert een goede rechtsbedeling, want voorkomt tegenstrijdige uitspraken. Het verbetert eveneens de kwaliteit van belangenbehartiging, want er vindt geen *rush to the court* plaats met bijbehorend haastwerk, en de meest geschikte belangenbehartiger voert de procedure. Voor de – afwezige – benadeelden creëert dit duidelijkheid en vertrouwen in collectieve afwikkeling, ook omdat niet-aangewezen belangenbehartigers én de rechter toezien op de verrichtingen van de EB. Het vermindert het risico op misbruik, want belangenbehartigers moeten openheid geven over de omvang van de achterban en diens vordering, en een aangesproken partij kan de verschillende belangenbehartigers niet tegen elkaar uitspelen. De duidelijkheid over de onderhandelingspartner en omvang van de vordering beoogt ook de finaliteit voor de aangesproken partij²⁴ en daarmee diens schikkingsbereidheid te bevorderen.

De benoeming van een exclusieve belangenbehartiger en de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten beogen de efficiëntie en kwaliteit van collectieve (schade-) afwikkeling te bewerkstelligen

3 Twee mogelijke toekomstscenario's

3.1 Press # to join this class action: een race om ziertjes te winnen?

Tot zover het wetsvoorstel en de bedoeling ervan. Hierboven beschreef ik de drie fasen van de voorgestelde collectieve (schadevergoedings) actie. Daaraan gaat echter een buitengerechtigde fase vooraf, waarin naast het achterhalen van de inbreuk en het vormgeven van de actie ook het activeren van benadeelden plaatsvindt. Het is de vraag of de beoogde kwaliteitsverbetering doorwerkt in deze fase. Voor een belangenbehartiger is het belangrijk dat benadeelden zich bij de actie aansluiten. De omvang van de achterban en diens vorderingen vergroten immers de kans om tot EB te worden benoemd. Deze benoemingscriteria zullen de activiteiten van belangenbehartigers in de buitengerechtigde fase waarschijnlijk doen toenemen.²⁵ Ik bespreek een – mogelijk – nadelig en positief gevolg daarvan.

Concurrerende partijen kunnen verschillende (media)kanalen aanboren om hun activiteiten onder de aandacht te brengen en benadeelden aan zich te binden. Dergelijke wervingscampagnes kunnen op beschaafde wijze plaatsvinden, maar

dingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?', *TVP* 2017, afl. 4, p. 107-119 en M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, 'Over meelifers, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/ Ageas-schikking', *MvO* 2018, afl. 5.

¹⁶ Voor woekerpoliszaken zie bijv. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, Rb. Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072, Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5654, Rb. Rotterdam 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9684 en Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528. Zie over de aandelenleasezaken bijv. N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RM Themis* 2007, afl. 2, p. 51-60 en over de verschillende DSB-belangenbehartigers bijv. C.J.M. van Doorn, 'De afwikkeling van massaschade: optimale belangenbehartiging door belangenorganisaties?', *WPvNR* 2013, afl. 6982.

¹⁷ Art. 1018e lid 1 Rv (nieuw); zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 42-46.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 5.

¹⁹ Art. 3:305a lid 2 BW.

²⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 12 e.v. en *Kamerstukken II* 2012/13, 33126, 7, p. 10 e.v. De Claimcode is beschikbaar op www.consumentenbond.nl/morello-bestaan/pdf-algemeen-2013/compljunclaimcode-comm2011.pdf. Zie ook J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument Zelfregulerende claimstichtingen', *TFR* 2010, afl. 6, p. 158-163 en, hierna, § 3.1.

²¹ Art. 3:305a lid 3, onderdeel a, BW (nieuw); *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 10-12 en 25-27.

²² Toetsing aan de aangescherpte ontvankelijkheidscriteria kan achterwege blijven als dit disproportioneel is, zoals bij een belangenbehartiger die een algemeenbelangactie instelt met een zeer beperkt financieel belang; zie art. 3:305a lid 6 BW en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 8 en 29 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 11, 17 en 21.

²³ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 6, 9, 35, 41-42 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 6 en 22. Zie ook Haazen e.a. 2016.

²⁴ Dat aan het geschil een einde komt en geen nieuwe individuele of collectieve (gerechtelijke) acties volgen; vgl. T.M.C. Arons, 'Finaliteit, representativiteit en kwaliteitsborging door de rechter. De sleutelbegrippen van het collectief actierecht', *MvO* 2016, afl. 3 & 4, p. 85.

²⁵ Vgl. ook E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf?', *NJB* 2017/206, C.M.D.S. Pavillon & D.G.J. Althoff, 'Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat? De impact van de Aanbevelingen van de Juristengroep op het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie', *MvV*

2017, afl. 3, p. 108-109 en Tzankova 2017, p. 116.

26 Vgl. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *AA* 2015, afl. 10, p. 791-793 (AA20150784), C.J.M. van Doorn, 'De mensen achter de grote getallen', *NTBR* 2016/21, § 5.2 en M.R. Hebly & I. Tillema, 'De "gratis" telefoon die niet gratis was ...en dat toch werd?', *MvV* 2016, afl. 9, p. 240-241.

27 Zie bijv. P. Karsten, 'Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, a History to 1940', *DePaul Law Review* 1998, afl. 2, p. 250 e.v. en J.C. Coffee, *Entrepreneurial Litigation. It's Rise, Fall, and Future*, Cambridge: Harvard University Press 2015, p. 21.

28 Zie bijv. *Maclean v. Arentz Law Group*, US District Court of Texas, 2017 WL 3221170 en A. Frankel, 'Client solicitation 101: Don't robocall the guy running the mass tort', *Reuters* 30 augustus 2016.

29 Zie het persbericht van de toezichthouder, CMR, van 9 juli 2017, 'Crackdown on fake holiday sickness claims', beschikbaar op www.gov.uk/government/news/crackdown-on-fake-holiday-sickness-claims (laatst geraadpleegd op 10 april 2018). CMC's staan individuele partijen bij na massaschade, meestal consumenten, en hun bedrijfsmodel bestaat voornamelijk uit de afwikkeling van individuele zaken volgens gestandaardiseerde wijze. CMC's zijn in het Verenigd Koninkrijk al jaren actief en werden aanvankelijk gezien als welkome concurrentie voor de advocatuur; zie bijv. J. Peysner, *Access to Justice. A critical analysis of recoverable conditional fees and no-win no-fee funding*, Hampshire: Palgrave Macmillan 2014, p. 72.

30 Zie bijv. Ministry of Justice, *Claims Management Regulation Annual Report 16/17*, p. 43, Ministry of Justice, *Claims Management Regulation – Consultation. Cutting the costs for consumers – Financial Claims*, 2015 en de Financial Guidance and Claims Bill, section 17(2).

31 Een EB is enigszins vergelijkbaar met de Amerikaanse *lead plaintiff*; zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 9 en bijv. I.N. Tzankova, 'Kwaliteitsbewaking van belangenbehartiging bij collectieve acties en massaschade: "Who will guard the guardians?"', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 135-158. Zie over bedoelde wetswijziging bijv. O.A. Haazen, '20 Jaar Private Securities Litigation Reform Act – private rechtshandhaving in het Amerikaans financieel recht', *FR* 2017, afl. 3, p. 79-88.

32 E.J. Weiss & J.S. Beckerman, 'Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions', *The Yale Law Journal* 1995, p. 2053-2127.

33 Zie D.R. Hensler, 'Financing civil litigation: the US perspective', in: M.L. Tuit & L.T. Visscher, *New trends in financing*

ook uit de hand lopen. In dat laatste geval schiet het activeren van benadeelden door in onduidelijkheid en/of hinder.²⁶ Uit de Verenigde Staten kennen we de problematiek rondom agressieve marketingtechnieken en *ambulance chasers*.²⁷ Een hedendaags voorbeeld hiervan zijn zogeheten *robocalls*, automatische telefoontjes die de toegang tot een belangenbehartiger of *class action* voor benadeelden terugbrengen tot het indrukken van een toets op de telefoon.²⁸ Ook in het Verenigd Koninkrijk spelen zich dergelijke praktijken af. Vorig jaar vertoonden enkele *claims management companies* (CMC's) een nieuwe variant van *ambulance chasing*: een actieve zoektocht naar vakantiegevoelers die in Zuid-Europese vakantieoordelen mogelijk een voedselvergiftiging hadden opgelopen.²⁹ De zoektocht was gericht op het genereren van claims tegen de touroperator of het hotel. Daarbij deden de CMC's de toeristen allerlei beloften over schadevergoeding en bewogen ze hen zelfs om valse claims in te dienen. Vanwege een aanhoudende stroom van slechte pers rondom dit soort bedrijfjes heeft de Britse overheid ze steeds verder aan banden gelegd; de aangewezen toezichthouder heeft inmiddels onder meer gedragsrichtlijnen en een reclamecode opgesteld en voor bepaalde zaken de percentages gemaximeerd die CMC's in rekening mogen brengen.³⁰

Concurrerende partijen kunnen verschillende (media-) kanalen aanboren om hun activiteiten onder de aandacht te brengen en benadeelden aan zich te binden. Dergelijke wervingscampagnes kunnen op beschaafde wijze plaatsvinden, maar ook uit de hand lopen

Het bestaan van dergelijke 'toestanden' elders betekent niet zonder meer dat de voorgestelde Nederlandse regeling niet goed is of dat concurrerende belangenbehartigers ook hier verder aan banden moeten worden gelegd. Aan concurrentie tussen belangenbehartigers zijn immers ook voordelen verbonden. Benadeelden behouden aanvankelijk de keuze om hun belangenbehartiger te kiezen, wat mogelijk een positief effect heeft op de prijs en kwaliteit van belangenbehartiging. Illustratief in dit verband is de Amerikaanse wetswijziging in 1995 van de Private Securities Litigation Reform Act, waardoor de keuze van de meest geschikte *lead plaintiff* werd gebaseerd op de omvang van diens vordering.³¹ Dit vergrootte de prikkel voor en concurrentie tussen belangenbehartigers om de benadeelden met een grote claimomvang (institutionele beleggers) aan zich te binden. Dit zijn professionele partijen die veelal goed in staat zijn om de (kosten van de) verrichtingen van de belangenbehartiger te controleren en evalueren.³² In combinatie met de

mogelijkheid tot opt-out (zie ook hierna) had deze wetswijziging een positief effect op zowel de prijs als kwaliteit van belangenbehartiging.³³

De benoeming van een EB veronderstelt concurrentie. Als gezegd zal daarvan lang niet in elke (soort) massaschadezaak sprake zijn, al is het lastig inschatten hoe dit zich in de toekomst verder zal ontwikkelen. Daarnaast tonen bovenstaande voorbeelden dat de mate van de mogelijke effecten samenhangt met de types belangenbehartiger en benadeelden. Gelet hierop komt het wetsvoorstel mijns inziens vooralsnog voldoende tegemoet aan het risico op *ambulance chasing*. Het biedt de rechter immers ruimte om in een concreet geval bij zowel de beoordeling van de ontvankelijkheid als de eventuele benoeming van een EB de wijze van benadering van benadeelden mee te wegen. De rechter komt daarbij weliswaar beoordelingsvrijheid toe, maar recente rechtspraak toont reeds een kritische toets van de ontvankelijkheid van (commerciële) belangenbehartigers.³⁴ Wel gaat het dan om toetsing 'achteraf', zij het met een mogelijk preventief effect. Het is daarom wenselijk om het buitengerechtere traject goed te blijven monitoren. Mochten onwenselijke praktijken in dat traject de overhand nemen, dan kan bijvoorbeeld opnieuw een rol zijn weggelegd voor verdere regulering via de Claimcode. Dat vergt echter wel een betere (controle op de) naleving ervan dan thans het geval is.³⁵

Een belangenbehartiger die tot EB wordt benoemd is verantwoordelijk voor het voeren en coördineren van de collectieve actie. De niet-aangewezen belangenbehartigers blijven echter procespartij

3.2 Een prikkel tot monitoren of misbruik?

Volgens het wetsvoorstel is een belangenbehartiger die tot EB wordt benoemd verantwoordelijk voor het voeren en coördineren van de collectieve actie. Hij komt op voor *alle* benadeelden en is het aanspreekpunt voor de verweerder(s). De niet-aangewezen belangenbehartigers blijven echter procespartij, beschikken dus over de processtukken en mogen suggesties doen over inhoud of processtrategie. De rechter kan hen toestaan om daartoe een aanvullend processtuk in te dienen, waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen hoor en wederhoor en een eerlijke procesgang enerzijds, en efficiëntie en coördinatie anderzijds.³⁶ De EB moet de inbreng van niet-aangewezen belangenbehartigers hoe dan ook serieus nemen. Mocht dat onvoldoende het geval zijn, dan kunnen de niet-aangewezen belangenbehartigers de rechter daarvan op de hoogte stellen. Alhoewel de rechter moet waken voor misbruik van deze controlefunctie, kan hij bij serieuze klachten ingrijpen en in het uiterste

geval de EB uit die functie ontheffen en een andere belangenbehartiger als EB aanwijzen. De rechter heeft in dit opzicht vooral een regierol, maar met 'de nodige flexibiliteit' voor de invulling van de rol van de EB en overige belangenbehartigers.³⁷

De beoogde toezichthoudende rol voor niet-aangewezen belangenbehartigers kan positieve effecten hebben op collectieve schadeafwikkeling. Allereerst kunnen zij het zogeheten principaal-agentprobleem voorkomen, dat ontstaat wanneer sprake is van informatie-asymmetrie tussen principaal (in dit geval de benadeelden) en de agent (de EB), en de principaal onvoldoende middelen of kennis heeft om de verrichtingen van de agent te controleren.³⁸ Binnen de context van collectieve acties is een mogelijk gevolg van dit probleem dat de EB voor een te laag bedrag schikt en tegelijkertijd een aanzienlijke vergoeding ontvangt voor zijn werkzaamheden. De controle door niet-aangewezen belangenbehartigers vult de rechterlijke controle aan en vergroot zo de kans dat een EB het beoogde gedrag vertoont (het waarborgen van de belangen van alle benadeelden). Een tweede mogelijk positief effect van de controlerende taak is dat minder ervaren niet-aangewezen belangenbehartigers zo ervaring opdoen, wat een mogelijk toekomstige marktverheersing door gevestigde en dus ervaren belangenbehartigers kan voorkomen. Door de niet-aangewezen belangenbehartigers in de procedure te blijven betrekken, beoogt het wetsvoorstel eveneens te voorkomen dat zij benadeelden aansporen om een opt-out-verklaring af te leggen tijdens het eerste of eventuele tweede moment daartoe.³⁹

Het is echter de vraag of het wetsvoorstel de niet-aangewezen belangenbehartigers voldoende aanspoort om de beoogde toezichthoudende rol daadwerkelijk op zich te nemen, vooral wanneer zij (ook) worden gedreven door een commercieel motief. Dat motief kan hen evengoed aansporen om afkeurend te reageren op de verrichtingen van de EB, om deze in diskrediet te brengen en de benadeelden te bewegen om uit de procedure of schikking te stappen. Dergelijke praktijken deden zich althans voor in de Verenigde Staten na voormelde wetswijziging voor *securities class actions*. Die wijziging leidde niet alleen tot de hiervoor beschreven concurrentievoordelen, maar ook tot een toename van opt-out-verklaringen van institutionele beleggers, die daartoe (ook) werden bewogen door hun advocaten wanneer zij niet werden benoemd tot *lead plaintiff/counsel*.⁴⁰ Ook voor dit mogelijke effect geldt dat het samenhangt met de soort zaak. Indien de bereidheid van benadeelden om te procederen laag is, zoals bij zogeheten *negative-value claims* waar de mogelijke opbrengst van een individuele actie niet opweegt tegen de kosten ervan, zal ook het aantal benadeelden dat uitstapt naar verwachting relatief laag zijn.⁴¹

Het (doen) uitstappen kan weliswaar niet als misbruik worden aangemerkt, maar een groot aantal opt-out-verklaringen en – mogelijk – daarop volgende individuele acties⁴² kan de beoogde efficiëntie en de schikkingsbereidheid van verweerders verminderen.⁴³ Mocht dit on-

wenselijk worden geacht, dan helpt het wellicht om de niet-aangewezen belangenbehartiger een financiële prikkel te geven om de toezichthoudende taak te vervullen. In dat verband is relevant dat het wetsvoorstel niet voorziet in een regeling voor de kosten van niet-aanwezen belangenbehartigers, terwijl het wel vermeldt dat van elke belangenbehartiger griffierecht wordt geheven.⁴⁴ Wat de EB betreft heeft de rechter, als de actie eindigt met rechterlijke vaststelling van de schadeafwikkeling, de mogelijkheid om verweerder(s) te veroordelen tot vergoeding van diens volledige (redelijke en evenredige) proceskosten.⁴⁵ Dat is ingevoerd om tegemoet te komen aan de (financiële) lasten van de EB voor het voeren van de procedure, en om te verhinderen dat een verweerder niet wil schikken om zo de kosten van de EB te besparen (in een collectieve schikking vindt doorgaans een volledige kostenvergoeding plaats). Een niet-aangewezen belangenbehartiger blijft procespartij, dus krijgt zijn kosten waarschijnlijk vergoed via de reguliere kostenregels, en in het geval van een schikking zal het aankomen op de onderhandelingspositie van verweerder(s) en de rol van de EB en niet-aangewezen belangenbehartiger(s) in het specifieke geval.⁴⁶ Om de kosten voor verweerders niet disproportioneel te laten toenemen en/of het risico op misbruik te voorkomen,⁴⁷ kan het wenselijk zijn om de vergoeding aan de niet-aangewezen belangenbehartiger(s) te beperken; om de niet-aangewezen belangenbehartiger(s) aan te sporen om toezicht te houden, is dit mogelijk ineffectief. In dit verband is tot slot ook relevant wat de (contractuele) consequentie is van de benoeming van een andere belangenbehartiger tot EB dan degene bij wie een benadeelde zich heeft aangesloten. Als deze benadeelde schadevergoeding ontvangt door de inspanningen van de EB, heeft de niet-aangewezen belangenbehartiger dan nog steeds recht op de (volledige) afgesproken vergoeding?⁴⁸

Niet-aangewezen belangenbehartigers blijven procespartij en vervullen mogelijk een nuttige – aanvullende – toezichthoudende taak, maar het wetsvoorstel regelt niet de eventuele tegemoetkoming voor de (financiële) lasten daarvan

Ingevolge het wetsvoorstel blijven niet-aangewezen belangenbehartigers procespartij en vervullen zij mogelijk een nuttige – aanvullende – toezichthoudende taak, maar het wetsvoorstel regelt dus niet de eventuele tegemoetkoming voor de (financiële) lasten daarvan. Het is afwachten wat het effect van die lacune zal zijn; of en hoe partijen en rechter daaraan invulling zullen geven. In voorkomend geval lijkt het mij in ieder geval wenselijk

civil litigation in Europe, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 161, M. Perino, 'Institutional Activism Through Litigation: An Empirical Analysis of Public Pension Fund Participation in Securities Class Actions', *Journal of Empirical Legal Studies* 2012, afl. 2, p. 368-392 en Coffee 2015, p. 77-78.

34 Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512, Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373, Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892 en Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383.

35 Over de effectiviteit van de huidige Claimcode zie, kritisch, E. Bauw & T. Bruinen, 'Slow start of veeg teken?', *NJB* 2013/140 en E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *TOP* 2016/564. De Claimcode wordt momenteel herzien.

36 Art. 1018e lid 3 Rv (nieuw); *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 44-46 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 14-16.

37 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 21, 25 en 30.

38 Zie bijv. M.G. Faure & L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 14 en 22-23, met verdere verwijzingen.

39 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 15. Zie § 2.1.

40 Coffee 2015, p. 75-76 en 82-84.

41 Zie Faure & Visscher 2015, p. 46, die verwijzen naar T. Eisenberg & G.P. Miller, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *Vanderbilt Law Review* 2004, afl. 5, p. 1532. Met uitzondering van de *Dexia*-zaak lijkt dit in de WCAM-praktijk voornamelijk het geval te zijn; zie I. Tillema, 'Tien jaar WCAM: een overzicht', *MvO* 2016, afl. 3 & 4, p. 97.

42 Na een collectieve actie kan een belangenbehartiger namens uitgestapte benadeelden niet opnieuw een collectieve actie instellen, wel een individuele procedure; zie art. 1018f lid 4 Rv (nieuw) en 1018h lid 5 Rv (zoals gewijzigd in *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7); voor consumentenzaken staat mogelijk nog de route van 3:305d BW open, zie W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen', *WPvR* 2017, afl. 7145.

43 Zie, mede daarom kritisch over de introductie van de EB, T.M.C. Arons & G.F.C. Koster, 'Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht', *Ondernemingsrecht* 2017/86.

44 Art. 1018d lid 3 Rv; zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 42.

45 Art. 1018l Rv (nieuw); *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 54-55. Het

gaat hier om een eenzijdige volledige proceskostenveroordeling, een verweerder kan geen aanspraak maken op de regeling.

46 Zie art. 237 Rv en, mogelijk, art. 6:96 lid 2 BW; zie daarover HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, AW2080 en AW2082 (*Vie d'Or*) en bijv. N. Frenk, 'In der minne geschikt!', *NJB* 2007/2129, par. 1.4.

47 Denk bijv. aan prijsafspraken tussen de EB en niet-aangewezen belangenbehartigers.

48 Vgl. ook de vragen van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid; *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 8, p. 2-3.

49 Dus niet alleen in de ontvankelijkheidsfase; zie § 2.2. Vgl. de (rechterlijke toetsing van de) vergoeding aan de belangenbehartigers in de *Fortis/Ageas*-zaak (Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257 en Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368); zie hierover Tzankova 2017 en Rijndorp & Tillema 2018.

50 Deze evaluatie zal plaatsvinden vijf jaar na inwerkingtreding van de wet; *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7, artikel IV.

dat een (kosten)vergoeding in een schikkings-overeenkomst op redelijkheid wordt getoetst.⁴⁹ Indien nodig kan de kostenvergoedingsregeling worden herzien na de evaluatie van de wet.⁵⁰ Voor het overige lijkt mij de voorgestelde verdeling van verantwoordelijkheden een goed uitgangspunt en met voldoende waarborgen omkleed.

Ik meen dat het wetsvoorstel vooralsnog voldoende waarborgen bevat om de besproken nadelige gevolgen te beperken of tegen te gaan

4 Afronding

Het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie beoogt een balans te creëren tussen de belangen van diverse partijen. Wat betreft concurrerende belangenbehartigers en de mogelijkheid tot benoeming van een EB lijkt dat midden te zijn gevonden in een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en procespartijen. Mocht het wetsvoorstel worden aangenomen, dan zal de praktijk uitwijzen in

hoeverre de beoogde balans inderdaad wordt bereikt. In deze bijdrage stipte ik, mede op basis van ervaringen elders, enkele mogelijke effecten aan die samenhangen met de voorgestelde benoemingscriteria voor de EB en de beoogde rol van niet-aangewezen belangenbehartigers. Voor de buitengerechtelijke fase besprak ik het risico op onwenselijke wervingsactiviteiten door belangenbehartigers, waaraan de rechter consequenties kan verbinden en waartoe mogelijk een rol voor de Claimcode blijft weggelegd. Over de toezichthoudende rol van concurrerende, niet-aangewezen belangenbehartigers tijdens de procedure besprak ik het risico dat zij in plaats daarvan benadeelden bewegen om uit de procedure of een schikking te stappen. De rechter doet er in dat verband goed aan om te zijner tijd acht te blijven slaan op de motieven van en financiële prikkel voor niet-aangewezen belangenbehartigers. Concluderend meen ik dat het wetsvoorstel vooralsnog voldoende waarborgen bevat om de besproken nadelige gevolgen te beperken of tegen te gaan. Gelet op de belangrijke maar complexe taak voor de rechter in dit verband en diens grote beoordelingsvrijheid daarbij lijkt het mij echter goed dat het wetsvoorstel beoogt om de vinger aan de pols te houden door de wet vijf jaar na inwerkingtreding te evalueren.

talentbook: uw zakelijke toekomst

Ontdek wat voor u echt belangrijk is en kies zelf!

Vraag uw talentbook aan op vitaevalley.nl

20 pagina's met uw:

- talenten
- drijfveren
- ideale richting
- scores (bewust en onbewust)
- zelfbeeld
- mentaliteit
- groeipotentieel

Nu voor € 9,- met de kortingscode #AA#

www.vitaevalley.nl

 VITAE VALLEY