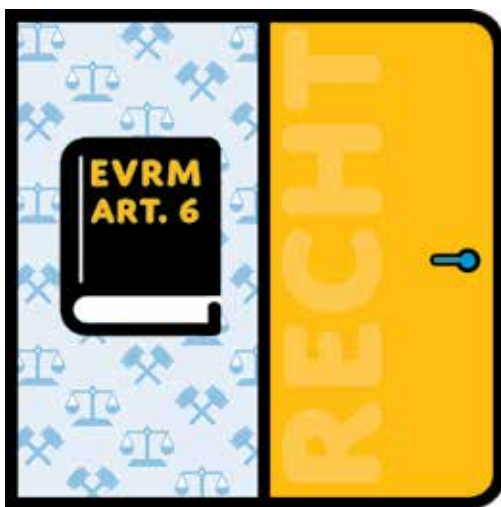


Commerciële actoren in massaschadezaken: pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur

Ilja Tillema*

Onlangs werd de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie vastgesteld. Dat betekent dat het in de toekomst mogelijk wordt om in een collectieve actie ex artikel 3:305a BW ook een vordering tot schadevergoeding in geld in te stellen. Dit geeft aanleiding om in deze 'Rode Draad' terug te kijken op de ervaringen die in vijftientig jaar zijn opgedaan met collectieve afwikkeling van massaschade, in het bijzonder op de bijdrage van commerciële belangenbehartigers aan de toegang tot het recht en de keerzijde daarvan, een claimcultuur. De ervaringen bieden eveneens stof voor een vooruitblik.



1 Inleiding

Bij wet van 6 april 1994 werd de collectieve actieregeling van artikel 3:305a BW vastgelegd.¹ Op grond van deze regeling kregen stichtingen en verenigingen de bevoegdheid

om ter bescherming van de belangen van anderen een rechtsvordering in te stellen, met uitzondering van een vordering die strekt tot schadevergoeding in geld. Vijftientig jaar later, op 1 april 2019, werd de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie (WAMCA) gepubliceerd.² Dat betekent dat het in de toekomst mogelijk wordt om in een collectieve actie ook een vordering tot schadevergoeding in geld in te stellen. Beide mijlpalen bieden aanleiding om in deze bijdrage aandacht te besteden aan de ontwikkeling van collectieve acties in Nederland en het belang daarvan voor de toegang tot het recht. Daarbij richt ik mij in het bijzonder op de ontwikkeling van de markt van belangenbehartigers. Steeds vaker hebben deze actoren of daaraan verbonden derden ook een commercieel motief bij de afwikkeling van massaschade. Op welke wijze heeft dit bijgedragen aan de toegang tot het recht en wat staat ons mogelijk op dit terrein te wachten?

* Mr.dr. I. Tillema is universitair docent aan de Erasmus School of Law aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Een deel van deze bijdrage (par. 2 en 3) is gebaseerd op haar proefschrift, *Entrepreneurial Mass Litigation. Balancing the building blocks* (diss. Rotterdam 2019; de handelseditie verschijnt later dit jaar bij Eleven Publishing) (hierna: Tillema 2019), par. 2.2.4, 3.4.1 en 3.5.1.

- 1 *Stb.* 1994, 269. Op 1 juli 1994 trad de regeling in werking; *Stb.* 1994, 391.
- 2 *Stb.* 2019, 130. De wet treedt in werking op een nog te bepalen tijdstip.
- 3 De huidige collectieve actieregeling bevat ook sporen van oudere wetgeving en jurisprudentie. Zo kan een vakbond op grond van de Wet CAO sinds 1927 een vordering instellen die de belangen betreft van werknemers. Zie M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang – verdediging van kollektieve belangen via de Nederlandse burgerlijke rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 5-6 en N. Frenk, *Kollektieve acties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 105 e.v.
- 4 Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake wettelijke maatregelen ter bevordering van het ordelijk economisch verkeer*, 15 oktober 1971 (no. 21), p. 7.

- 5 Zie bijv. *Kamerstukken II* 1975/76, 13611, 3, p. 8.
- 6 Zo introduceert de Wet misleidende reclame de mogelijkheid voor consumentenorganisaties om een bevel te vorderen tot stopzetting of rectificatie van misleidende advertenties en staat de Auteurswet bepaalde belangenbehartigers toe om in rechte de belangen van auteursrechtelijken te vertegenwoordigen.
- 7 Zie bijv. Verburgh 1975, C. van Mierlo, 'Acties van belangenorganisaties in het civiele geding', AA 1985, afl. 4, p. 183-189 (AA19850183) en Frenk 1994, hoofdstuk 3.
- 8 HR 27 juni 1986, NJ 1987/743, m.nt. W.H. Heemskerck (*Amsterdam: Nieuwe Meer*).
- 9 Met de invoering van art. 3:305a BW werden de in verschillende wetgeving neergelegde bevoegdheden ingetrokken, met uitzondering van die van art. 6:240 BW. Zie daarover bijv. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769.
- 10 Art. 236 Rv.
- 11 Art. 7:907-910 BW en art. 1013-1018a Rv. Daarnaast kunnen rechtbanken en hoven vanaf 2012 in zaken van massaschade en andere massavorderingen prejudiciële vragen voorleggen aan de Hoge Raad, als het antwoord daarop relevant is voor vele gelijksoortige zaken (art. 392-394 Rv, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32612). Ook kunnen belangenbehartigers en/of aangesproken partijen sinds 2013 een rechtbank verzoeken om, ten behoeve van het bereiken van een WCAM-schikking, een preprocesuele comparitie te houden en hen te begeleiden bij, bijvoorbeeld, het bepalen van de belangrijkste geschilpunten en/of processtrategie (art. 1018a Rv, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126).
- 12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000-XIII, 14.
- 13 Aan het wetsvoorstel ging een wetsontwerp vooraf, dat op forse kritiek stuitte. Naar aanleiding van die kritiek werd het ontwerp aanzienlijk gewijzigd. Zie bijv. www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reacties, *Kamerstukken II* 2015/16, 31762, 4 en O.A. Haazen e.a., 'Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijksma', *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 74-80.
- 14 Mits de betreffende vordering is ingesteld op of na inwerkingtreding van de wet; zie art. 119a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (nieuw) en *Kamerstukken II* 2018/19, 34608, 13.

Ik bespreek achtereenvolgens het juridische kader rondom de twee mijlpalen (par. 2), de potentiële bijdrage van commerciële actoren aan de toegang tot het recht en de keerzijde daarvan (par. 3) en de ontwikkelingen in de markt en rechtspraak, inclusief enkele spraakmakende zaken (par. 4). Op basis van deze bevindingen volgt een korte vooruitblik (par. 5) en ik sluit af in paragraaf 6.

De voornaamste reden voor het idee dat bepaalde organisaties de bevoegdheid moeten hebben om in rechte de belangen van anderen te behartigen, is dat individuen niet bereid of in staat zijn om te procederen

2 1994-2019: van kollektieve aktie naar collectieve schadevergoedingsactie

Artikel 3:305a BW biedt een rechtsvordering aan een derde, een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (hierna: belangenbehartiger), die geen eigen recht of belang heeft bij die vordering, maar in plaats daarvan op basis van haar statuten de gelijksoortige belangen van andere personen beschermt. De regeling bestaat sinds 1994, en is tot stand gekomen langs de volgende lijnen.

De eerste Nederlandse debatten rondom collectieve acties dateren van omstreeks 1970.³ Zo brengt de Sociaal-Economische Raad in 1971 een advies uit dat ingaat op de moeizame privaatrechtelijke handhaving van het consumenten- en mededingingsrecht en de mogelijke verbetering daarvan door belangenbehartigers.⁴ De voornaamste reden voor het idee dat bepaalde organisaties de bevoegdheid moeten hebben om in rechte de belangen van anderen te behartigen, is dat individuen niet bereid of in staat zijn om te procederen.⁵ Dat kan zijn omdat de mogelijke opbrengst niet opweegt tegen de kosten en risico's ervan, of omdat hun belangen te diffuus zijn. In de jaren 80 treedt dan ook steeds meer wetgeving in werking die ziet op de bevoegdheid van belangenbehartigers.⁶ Ook de jurisprudentie rond dit thema neemt toe.⁷ In een baanbrekende uitspraak uit 1986 oordeelt de Hoge Raad dat drie milieu-organisaties, ondanks het ontbreken van een eigen belang, ontvankelijk zijn in hun vordering tot verkrijging van een rechter-

lijk verbod jegens een gemeente om zonder vergunning bagger te storten.⁸ Uiteindelijk leiden jurisprudentie en versnipperde wetgeving tot de collectieve-actieregeling van artikel 3:305a BW.⁹ Ingevolge die bepaling kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een vordering instellen die de gelijksoortige belangen van anderen beschermt. Dit geldt voor alle civielrechtelijke vorderingen, maar bevat een belangrijke uitzondering: de vordering kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld (lid 3). De uitspraak in een collectieve actie bindt uitsluitend de belangenbehartiger en aangesproken partij, dus niet de benadeelden zelf.¹⁰

In de jaren daarna vinden aanvullingen op de collectieve-actieregeling en andere innovaties plaats om de collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. Zo treedt in 2005 de Wet collectieve actie afwikkeling massaschade (WCAM) in werking, op grond waarvan belangenbehartiger(s) en aangesproken partij(en) het Hof Amsterdam kunnen verzoeken om een collectieve schikking verbindend te verklaren.¹¹ Indien het hof het verzoek toewijst, bindt de schikking alle benadeelden, behalve degenen die door middel van een opt-out-verklaring hebben laten weten dat zij zich aan de schikking onttrekken.

Ondertussen blijft het debat over een collectieve *schadevergoedingsactie* gaande. De belangrijkste aanleiding is het vermeende 'gat' tussen artikel 3:305a BW en de WCAM. Indien een aangesproken partij niet bereid is om te onderhandelen en een collectieve schikking uitblijft, moeten benadeelden alsnog een individuele actie instellen, willen zij hun schade vergoed krijgen. Zelfs wanneer een succesvolle collectieve actie is gevoerd. In november 2011 dienen vier Tweede Kamerleden daarom een motie in om 'het fundamentele recht van consumenten op schadevergoeding tot een realiteit te maken' door middel van een collectieve schadevergoedingsactie.¹² De motie leidt uiteindelijk tot het wetsvoorstel voor een collectieve schadevergoedingsactie van november 2016, dat als gezegd onlangs is aangenomen.¹³ Voor civielrechtelijke vorderingen die zien op een schadeveroorzakende gebeurtenis die heeft plaatsgevonden op of na 15 november 2016¹⁴ kan een (exclusieve) belangenbehartiger ook een vordering tot schadevergoeding instellen. De regeling beoogt door strengere ontvankelijkheidscriteria de kwaliteit van belangenbehartigers te verbeteren (met

name diens *governance*, financiering en representativiteit) en met de eventuele benoeming van een ‘exclusieve belangenbehartiger’ collectieve acties te coördineren. De regeling is gericht op collectieve afwikkeling door middel van een schikking.¹⁵ Mochten partijen desondanks geen overeenstemming kunnen bereiken, dan wordt de zaak inhoudelijk behandeld en vindt in voorkomend geval rechterlijke vaststelling van de schadeafwikkeling plaats.¹⁶ Een rechterlijke uitspraak bindt alle benadeelden die niet na de ontvankelijkheidsfase hebben verklaard dat zij zich aan de collectieve belangenbehartiging willen onttrekken, tenzij bij die uitspraak een collectieve schikkingsovereenkomst wordt goedgekeurd. In dat geval krijgen benadeelden opnieuw de gelegenheid om zo’n verklaring af te leggen.¹⁷

Gaandeweg heeft zich een juridisch landschap afgetekend waarin ook het eigen belang van de belangenbehartiger en/of de daaraan verbonden procesfinancier een rol speelt

3 Belangenbehartiging als verdienmodel: aanjager van toegang tot het recht of een claimcultuur?

3.1 De ontwikkeling van het motief voor belangenbehartiging

Ter collectieve afwikkeling van massaschade kunnen belangenbehartigers zich dus inzetten voor de bescherming van het belang van anderen. Dan gaat het om algemene belangen, zoals het milieu of volksgezondheid, of om groepsbelangen, zoals die van consumenten of beleggers. Gelet op de complexiteit en schaal van een dergelijke procedure kan de afwikkeling van massaschade echter een kostbare en risicovolle onderneming zijn. Non-profit belangenbehartigers hebben lang niet altijd de financiële of professionele middelen om dit risico te kunnen dragen. In de loop der jaren zijn ondernemende partijen in dit gat gesprongen, aangejaagd door het mogelijk substantiële resultaat op de investering. Gaandeweg heeft zich dan ook een juridisch landschap afgetekend waarin ook het eigen belang van de belangenbehartiger en/of de daaraan verbonden procesfinancier een rol speelt. Daarmee doel ik niet op een

materieelrechtelijk belang, maar op een commercieel belang: een deel van de opbrengst van de collectieve afwikkeling. De belangenbehartiger en/of externe procesfinancier bewerkstelligt en financiert de actie en ontvangt als tegenprestatie, in geval van succes, een deel van de opbrengst.¹⁸ Die kan worden verkregen op grond van een resultaatafhankelijke beloningsafspraken met individuele benadeelden die zich bij de actie aansluiten. De opbrengst kan ook voortvloeien uit een schikking tussen de belangenbehartiger en aangesproken partij, waarbij laatstgenoemde de belangenbehartiger een vergoeding toekent voor diens activiteiten en genomen risico.¹⁹ Daarbij komt het voor dat de opbrengst van de ene massaschadezaak (ook) wordt aangewend voor de financiering van zaken die financieel niets of weinig opleveren (kruisfinanciering). Deze financieringsconstructies vergen een opbrengst uit de collectieve afwikkeling in de zin van een schadevergoeding.²⁰ Dat kan onder de ‘oude’ regeling worden bereikt *naar aanleiding van* een collectieve actie, door een daaropvolgende individuele procedure/schikking of een collectieve schikking, die eventueel verbindend wordt verklaard ingevolge de WCAM. Als gezegd kan schadevergoeding in de toekomst ook worden verkregen met de collectieve actie zelf.

Als gezegd staat tegenover de aanzienlijke investering in een massaschadezaak vaak een dito opbrengst. Ter illustratie: de Fortis/ Ageas-schikking, die in 2018 verbindend werd verklaard via de WCAM, kent € 1,2 miljard toe aan benadeelde beleggers.²¹ Uit hoofde van die schikking ontvangen vier belangenbehartigers in totaal € 45 miljoen van de aangesproken partij. Drie van hen ontvangen daarnaast vergoedingen uit hoofde van de resultaatgerelateerde beloningsafspraken die zij met individuele beleggers hebben gemaakt. Uit die afspraken vloeit nog eens – naar schatting – € 80 miljoen naar die belangenbehartigers. Op een schikkingsbedrag van € 1,2 miljard is de totale vergoeding aan de belangenbehartigers relatief laag (10%), maar in absolute zin is het allesbehalve een fooi. Belangenbehartigers mogen dergelijke afspraken maken; anders dan advocaten zijn zij niet gebonden aan gedragsregels die daaraan in de weg staan. Dat neemt niet weg dat zij aan andere regels zijn gebonden. Ik kom daarop terug in paragraaf 4. Eerst bespreek ik de potentiële bijdrage van commerciële actoren in het licht van de toegang tot het recht en de mogelijke

¹⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 4.

¹⁶ Art. 1018i Rv (nieuw). Naar het voorbeeld van de WCAM doet de rechter dit waar mogelijk aan de hand van categorieën (*damage scheduling*), al dan niet zoals voorgesteld door de afzonderlijke partijen of met de hulp van een deskundige; zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 50-53.

¹⁷ Zie art. 1018f lid 1 Rv en art. 1018h lid 5 Rv, zoals gewijzigd in *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7.

¹⁸ Zie over procesfinanciering bijv. W.H. van Boom & J.L. Luiten, ‘Procesfinanciering door derden’, *RM Themis* 2015, p. 188 e.v.

¹⁹ Zie, hierna, het voorbeeld van de Fortis/Ageas-schikking.

²⁰ Indien in plaats van schadevergoeding wordt gekozen voor een andere wijze van collectieve afwikkeling, zoals aanpassing van de overeenkomst, kan een resultaatgerelateerde beloningsafspraken worden omgezet in een vast bedrag dat de aangesproken partij aan de belangenbehartiger betaalt, vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 26.

²¹ Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis / Ageas*).

²² Zie over andere voordelen van commerciële belangenbehartigers Tillema 2019, par. 3.4 en 3.5.

²³ Zie bijv. R. Van den Bergh, ‘Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, afl. 1, p. 25.

²⁴ Zie W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, ‘Meer kans in de staatsloterij?’, *AA* 2015, afl. 10, p. 792 (AA20150784) en Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, r.o. 8.22.

²⁵ Zie bijv. S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, ‘Financing and group litigation’, in: M.L. Tuil & L.T. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 60, I.N. Tzankova, ‘Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?’, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 87 en W.M. Schonewille, ‘De financiering van collectieve acties’, *Ondernemingsrecht* 2010/137, onder par. 2.3.

keerzijde daarvan, een claimcultuur.²² Daar waar ik hierna spreek over commerciële belangenbehartiger of actor, doel ik ook op de belangenbehartiger die samenwerkt met een externe procesfinancier.

Door zich op te werpen bij de collectieve afwikkeling van massaschade creëren commerciële belangenbehartigers toegang tot het recht, in die zin dat zij een actie initiëren voor degenen die de financiële middelen ontberen om dat zelf te doen

3.2 Een voordeel van commerciële actoren: verbetering van de toegang tot het recht

Door zich op te werpen bij de collectieve afwikkeling van massaschade creëren commerciële belangenbehartigers toegang tot het recht, in die zin dat zij een actie initiëren voor degenen die de financiële middelen ontberen om dat zelf te doen. Zij nemen (aanvankelijk) de kosten en risico's over van benadeelden of, in het geval van externe procesfinanciering, hun belangenbehartiger.

Door het verlagen van de financiële drempel kunnen commerciële actoren ook bijdragen aan de oplossing van het zogeheten free-riderprobleem. Een free-rider is iemand die ergens de vruchten van plukt zonder daarvoor de lasten te dragen. Die vruchten zijn gelegen in, bijvoorbeeld, de argumenten die in een collectieve actie zijn aangedragen of het resultaat daarvan, zoals de – informeel – bindende werking van de uitspraak of de schadevergoeding uit hoofde van een verbindend verklaarde schikking.²³ Hoewel het benadeelden is toegestaan om af te wachten,²⁴ kan dit de werkzaamheden van de belangenbehartiger belemmeren.²⁵ Allereerst kan de belangenbehartiger dan de kosten van de actie niet distribueren. Daarnaast kan de ondersteuning door benadeelden noodzakelijk zijn bij de onderbouwing van de vordering of bewijslevering. Ook creëren benadeelden representativiteit van de belangenbehartiger bij wie zij zich aansluiten, wat diens onderhandelingspositie bepaalt en relevant is voor de ontvankelijkheid en (de toetsing van) het draagvlak voor een schikkingsvoorstel of andere processuele verrichting. Commerciële belangenbehartigers kunnen op twee wijzen bijdragen aan

een oplossing voor het free-riderprobleem.²⁶ Allereerst verlagen zij met een resultaatgerelateerde beloning de (financiële) drempel en verhogen daarmee de prikkel voor benadeelden om aan de actie deel te nemen. Daarnaast kan de belangenbehartiger of procesfinancier het free-riderprobleem omzeilen, wanneer de aangesproken partij de gemaakte kosten en het genomen risico van de belangenbehartiger vergoedt, zoals in het voorbeeld van de Fortis/Ageas-schikking.

De toegang tot het recht die belangenbehartigers bieden, adresseert ook psychologische barrières die individuele benadeelden ervan kunnen weerhouden om hun vordering te effectueren. Belangenbehartigers verminderen de rationele apathie en risicoaversie van benadeelden of, in het geval van externe procesfinanciering, die van de belangenbehartiger.²⁷ Zo kunnen benadeelden worden bediend die de kosten van procederen niet op hun balans willen zien, degenen die een bestendige handelsrelatie met de aangesproken partij niet in gevaar willen brengen, of degenen die weinig moeite of tijd aan de vordering willen besteden.²⁸

Tot slot verbeteren belangenbehartigers de informatieasymmetrie, die zoveel inhoudt dat benadeelden een gebrek aan informatie en kennis over (een inbreuk op) hun rechten hebben.²⁹ Belangenbehartigers investeren tijd en energie in de zoektocht naar en beoordeling van potentiële inbreuken.³⁰ Als een actie wordt ingesteld, bieden zij voorts langs verschillende wegen informatie over het inbreukmakende gedrag en de beschikbare remedie, en verzamelen en organiseren zij de achterban.

3.3 De keerzijde: het creëren of versterken van een claimcultuur

De toegang tot het recht die commerciële belangenbehartigers/procesfinanciers creëren, kan ook een keerzijde hebben. Die keerzijde wordt vaak aangeduid met het begrip claimcultuur, overgevoegen vanuit de Verenigde Staten.³¹ Daar ontketenen zaken zoals de volgende met enige regelmaat weerstand tegen collectieve afwikkeling:

'Recently, Ferrero U.S.A. settled lawsuits brought by two moms who said they were deceived by health claims made on jars of the chocolate hazelnut spread Nutella. Yes, if you bought Nutella thinking it was spinach in a jar – actually even if you bought it because you find it delicious – you are a winner.'³²

Zoals verschillende auteurs hebben opgemerkt, is claimcultuur een ambigu begrip.³³ De voornaamste zorg lijkt te zijn dat

²⁶ Zie hierover bijv. M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, 'Over meelifters, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking', *MvO* 2018, afl. 5&6, p. 121-131.

²⁷ Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 82.

²⁸ N. Rowles-Davies, *Third Party Litigation Funding*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 12-19.

²⁹ Zie hierover bijv. H. Kalven & M. Rosenfield, 'The contemporary function of the class suit', *University of Chicago Law Review* 1941, afl. 4, p. 684-721.

³⁰ Zie bijv. C. Veljanovski, 'Third-Party Litigation Funding in Europe', *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, afl. 3, p. 440.

³¹ Zie bijv. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 6.

³² D. Segal, 'A Rising Tide Against Class-Action Suits', *New York Times* 6 mei 2012, zoals geciteerd door R. Marcus, 'America's dynamic and extensive experience with collective litigation', in: C. Hodges & A. Stadler, *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlements of Mass Claims*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 170.

³³ Zie bijv. E. Bauw e.a., *Naar een claimcultuur in Nederland?*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1999, M. Faure & T. Hartlief, 'Claimcultuur en beloningssystemen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 151-166 en J.M. Vermolen & W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', *NTBR* 2017/35, afl. 8, p. 245-252.

commerciële partijen het aantal claims en procedures vergroten. Wanneer de kosten en risico's van procedures afnemen, neemt het aantal zaken toe, zo luidt de theorie.³⁴ Dit effect wordt versterkt doordat commerciële belangenbehartigers actief op zoek gaan naar vorderingen en benadeelden. Binnen het kader van massaschadezaken kunnen bij deze theorie de volgende kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst kan de daadwerkelijke toename van procedures meevalen, omdat commerciële belangenbehartigers vooral vorderingen instellen met een bepaalde kans op succes en/of een bepaald type zaken.³⁵ Bovendien kan een toename aan collectieve acties gepaard gaan met een afname van reguliere procedures.³⁶ Daarvan zal echter minder snel sprake zijn bij collectieve acties die strooischade betreffen; dat soort zaken leidt normaal gesproken niet tot een individuele procedure.³⁷

Het antwoord op de vraag 'wat is een onzinnige of slechte vordering?' is niet eenvoudig gegeven. Is een collectieve actie wegens de mededelingen over de gezondheidswaarde van hazelnootpasta onzinnig?

De eigenlijke vraag lijkt te zijn: wanneer neemt het aantal zaken toe tot een onaanvaardbaar of onwenselijk niveau? Een beleidsvisie daarop ontbreekt.³⁸ Wel is duidelijk dat onzinnige of slechte vorderingen onwenselijk zijn. Maar ook het antwoord op de vraag 'wat is een onzinnige of slechte vordering?' is niet eenvoudig gegeven. Is een collectieve actie wegens de mededelingen over de gezondheidswaarde van hazelnootpasta onzinnig? Zo ja, is regulering van de naam van vegetarische producten dat dan niet ook?³⁹ En is het uiteindelijk niet aan de rechter om te bepalen of een vordering (of collectieve schikking) onzinnig of slecht is? Bovendien kan evengoed worden aangevoerd dat commerciële actoren met hun strenge selectie van zaken en onderzoek naar de verhaalbaarheid van een vordering de kwaliteit van zaken juist verbeteren.⁴⁰

Als gezegd kan een resultaatgerelateerde beloning in massaschadezaken een aanzienlijke vergoeding voor de belangenbehartiger meebrengen. Wanneer deze wordt gezien als buitensporig, kan dit (het idee van) een

claimcultuur aanwakkeren. Ook hier geldt echter de vraag: wat is buitensporig en is dat zonder meer onacceptabel? Een beloning kan disproportioneel zijn in verhouding tot de investering in de specifieke zaak. Maar wanneer een commerciële belangenbehartiger een *repeat player* is en het verlies in de ene procedure compenseert met de winst in de andere, is die disproportionele vergoeding dan ook onredelijk? Zo ja, is dat even onredelijk als de situatie waarin een ad hoc belangenbehartiger een excessieve vergoeding ontvangt?

Kortom, het begrip claimcultuur rust op aannames en oordelen waarvan het de vraag is a) of ze juist zijn en b) hoe ze concreet moeten worden uitgelegd of ingevuld. Er bestaat enig empirisch bewijs dat de veronderstelling onderbouwt dat (verschillende typen van) procesfinanciering het volume van procedures doet/doen toenemen, maar het is erg afhankelijk van het type zaken, benadeelden en beloning, en er is ook bewijs dat de veronderstelling tegenspreekt.⁴¹ In een eerdere bijdrage besprak ik het gebrek aan bewijs voor (de rol van collectief verhaal binnen) het bestaan van een (toenemende) claimcultuur in Nederland.⁴² Dat neemt niet weg dat het risico aanwezig is of kan groeien indien een collectieve schadevergoedingsactie mogelijk is. De combinatie van de hiervoor besproken elementen kan dan een negatief effect hebben op de doelen van collectief verhaal. Een claimcultuur verhoogt mogelijk de rechterlijke werkdruk, kan het vertrouwen in het rechtssysteem verminderen ('vooral de advocaten worden er beter van'), het bedrijfsklimaat verslechteren en het bedrijfsleven disproportionele kosten opleggen, die mogelijk worden verlegd naar de consument.⁴³

4 Recente ontwikkelingen in de markt en rechtspraak

4.1 Het aantal en de soort collectieve acties en belangenbehartigers

In 2016 verrichtte ik een verkennend, systematisch jurisprudentieonderzoek, onder meer om te bezien in hoeverre commerciële motieven hebben geleid tot een wijziging in het aantal collectieve acties.⁴⁴ Ik deed dit aan de hand van op *rechtspraak.nl* gepubliceerde uitspraken uit de periode 1999-2015. Voor deze bijdrage heb ik die data aangevuld met de uitspraken in collectieve acties uit de periode 2016-2018.⁴⁵ Daarbij heb

34 Zie bijv. Veljanovski 2012, p. 438 en L. Visscher & T. Schepens, 'A law and economics approach to cost shifting, fee arrangements and legal expense insurance', in: M. Tuil & L. Visscher, *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe. A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 17.

35 Zie Tillema 2019, par. 3.4.3 en 3.5.3, met verwijzing naar o.a. E. Helland & A. Tabarok, 'Contingency fees, settlement delay, and low-quality litigation: Empirical evidence from two datasets', *Journal of Law, Economics & Organization* 2003, afl. 2, p. 517-542 en Fenn & Rickman 2010, p. 145.

36 M. Galanter, 'The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts 2004', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, afl. 3, p. 485 e.v.

37 S.B. Burbank, 'Keeping Our Ambition Under Control: The Limits of Data and Inference in Searching for the Causes and Consequences of Vanishing Trials in Federal Court', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, afl. 3, p. 583.

38 Vgl. Vermolen & Van Boom 2017.

39 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 2017Z00040* en *www.nvwa.nl/nieuws-en-media/actuele-onderwerpen/eerdere-actuele-onderwerpen/project-misleidende-etikettering*.

40 Vgl. de literatuur als vermeld in voetnoot 34 en 35.

41 Zie bijv. de bijdragen van Faure, Fernhout & Philipsen en Fenn & Rickman in Tuil & Visscher 2010. Zie bijv. ook N.M. Pace, *Class actions in the USA: an overview of the process and the empirical literature*, Santa Monica: RAND 2007, p. 46-48 en V. Wayne & V. Morabito, 'Financial arrangements with litigation funders and law firms in Australian class actions', in: Van Boom 2017, p. 155-200.

42 I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', AA 2016, afl. 5, p. 337-346 (AA20160337), par. 3, met verwijzing naar verdere literatuur.

43 Zie bijv. Bauw e.a. 1999, hoofdstuk 3 en 4, J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, *Selling Lawsuits, Buying Trouble*, Washington: US Chamber Institute for Legal Reform 2009 en Van den Bergh 2013, p. 17.

44 Tillema 2016.

45 Bij het raadplegen van de database hanteerde ik de

volgende zoektermen: '3:305a', '305a', en 'collectieve actie'. In totaal vond en analyseerde ik 362 unieke rechtbankuitspraken, die ik aanvulde met publiek toegankelijke informatie over de zaken en/of de daarbij betrokken belangenbehartigers. Bij het overzicht plaats ik de kanttekening dat *rechtspraak.nl* mogelijk niet alle collectieve acties bevat. In beginsel zouden uitspraken die van bijzonder belang zijn voor bepaalde beroepsgroepen of belangengroeperingen, of die mede de belangen raken van natuurlijke of rechtspersonen die geen partij waren in het geding, gepubliceerd moeten worden, zie art. 5 Besluit selectiecriteria uitspraken-databank *Rechtspraak.nl*. De aantallen kunnen in werkelijkheid echter dus hoger liggen. De onderzochte uitspraken kunnen dan als een steekproef worden beschouwd waarbinnen de onderverdeling van typen belangenbehartigers is onderzocht.

46 Zie bijv. J. Braaksma, 'VEB jaagt met volle oorlogskas op bedrijven die aandeelhouders hebben bedot', *FD* 13 mei 2019.

47 De VEB heb ik voor 0,5 geregistreerd in B2 en 0,5 in B3, omdat zij zowel particuliere als institutionele beleggers vertegenwoordigt.

48 Zo ging de Consumentenbond (B2) in 2018 een samenwerking aan met Consumentenclaim (B4); zie *www.claimservice.nl/over-ons/*.

ik dezelfde onderverdeling van belangenorganisaties gehanteerd, ingedeeld aan de hand van het soort belang dat zij beogen te beschermen. Onder categorie B1 vallen de organisaties die een publiek belang behartigen, zoals milieu, fundamentele rechten of volksgezondheid. Categorie B2 bestaat uit de organisaties die private belangen van een groep 'zwakkere' partijen beschermen: consumenten, werknemers, particuliere beleggers, letselschadeslachtoffers of huurders. B3 betreft organisaties die eveneens private belangen behartigen, maar dan commerciële, zoals die van branches, werkgevers, institutionele beleggers of verhuurders. Deze drie typen belangenbehartigers acteren op basis van contributies, donaties of subsidies, en hebben in de loop der jaren mogelijk een oorlogskas opgebouwd.⁴⁶ Met die financieringswijze verschillen zij van de vierde en laatste categorie, B4. Die categorie betreft organisaties die elk voormeld belang kunnen behartigen. Daarnaast hebben ze een eigen belang in (de uitkomst van) de procedure door middel van een resultaatafhankelijke beloning. Deze categorie betreft dus de commerciële belangenbehartigers.

De grafiek hieronder toont de ontwikkeling van het aantal collectieve acties en hoe de vier typen belangenbehartigers daarbinnen vertegenwoordigd zijn. Ten opzichte van de eerdere data (1999 t/m 2015) leveren de nieuwe data (2016 t/m 2018) geen grote verandering op. De grafiek toont dat de trend in collectieve acties die bij de rechtbanken zijn afgewikkeld al jaren redelijk stabiel is. Belangenbehartigers die private belangen behartigen (B2 en B3) zijn verantwoordelijk

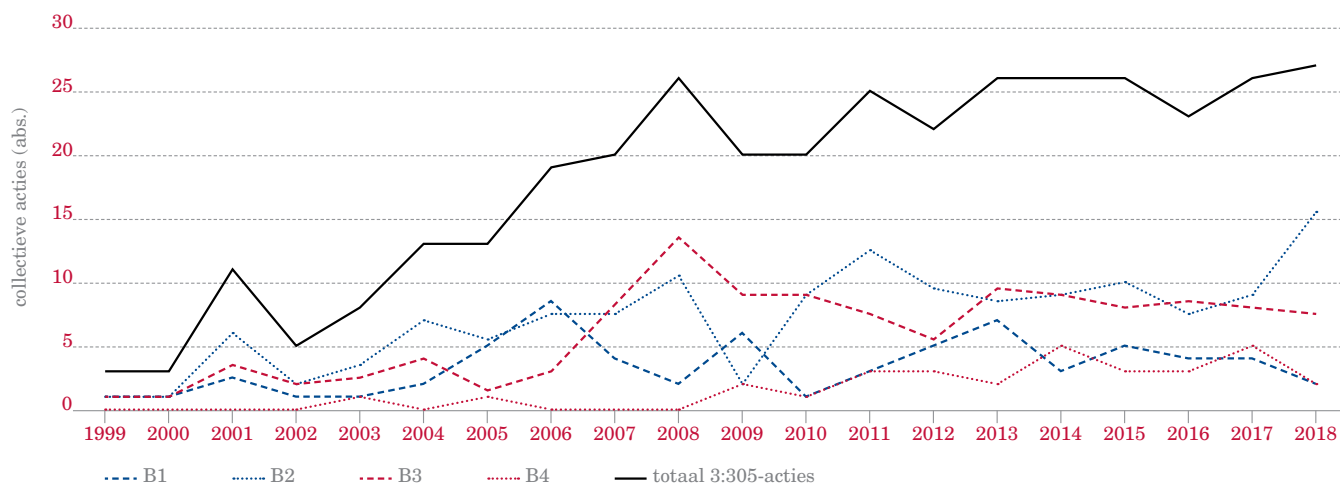
voor de meeste collectieve acties. De belangenbehartiger die verreweg de meeste collectieve acties voert is de FNV (B2). Binnen de eerste drie categorieën vertegenwoordigt zij 18% van de daarin ondergebrachte collectieve acties (61 van 331). De tweede meest voorkomende belangenbehartiger is de VEB (in B2 en B3),⁴⁷ die binnen de drie categorieën verantwoordelijk is voor 5% van de gevoerde collectieve acties (15 van de 331).

Het is de vraag hoe deze trends zich verder zullen ontwikkelen met de komst van de collectieve-schadevergoedingsactieregeling. Commerciële belangenbehartigers zouden een grotere rol kunnen gaan spelen.⁴⁸ Ik heb de database daarom op enkele aanvullende variabelen geraadpleegd, die elk iets zeggen over hiervoor besproken elementen van toegang tot het recht of een claimcultuur. Ik bespreek achtereenvolgens het type zaken, de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger en misbruik van recht, en de hoogte van de gevorderde percentages.

4.2 Enkele aanvullende observaties over commerciële belangenbehartigers

4.2.1 Het type vorderingen dat commerciële belangenbehartigers instellen

Van de collectieve acties die zijn ingesteld door commerciële belangenbehartigers (B4) heb ik allereerst geregistreerd om wat voor soort geschillen het gaat. Van de 31 collectieve acties waarbij een commerciële actor betrokken was, stonden veertien in het teken van een financieel product (45%) en betroffen zeven een geschil over aandelen en effecten (23%). De overige tien acties betrof-



Grafiek: Uitspraken in collectieve acties bij rechtbanken (civiel en kanton) per type belangenbehartiger (1999-2018) (n=362)

fen misleidende reclame (4), zaak- en letselschade (3), onrechtmatige overheidsdaad (2) en de verwerking van persoonsgegevens (1). Daarbij moet worden opgemerkt dat de aantallen enigszins worden vertekend door de ‘concurrerende’ collectieve acties die hetzelfde massaschadegeval betreffen, te weten die rondom de woekerpolis- en Fortis-affaire (9 zaken; zie ook par. 4.2.3). Dat commerciële belangenbehartigers vooral actief zijn bij financiële producten en aandelen en effecten blijkt ook uit de WCAM-zaken die sinds 2005 zijn afgewikkeld.⁴⁹ Van de acht zaken vallen zeven in deze twee categorieën. Bij vijf van die zeven schikkingen waren (ook) commerciële belangenbehartigers betrokken.⁵⁰

Het kan zijn dat commerciële belangenbehartigers steeds ‘slechter’ zijn geworden, maar aannemelijker is dat het verschil wordt veroorzaakt doordat rechters strenger zijn gaan toetsen naar aanleiding van de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten van 2013

4.2.2 De ontvankelijkheid van de commerciële belangenbehartiger en misbruik van recht

Wat betreft de rechterlijke toetsing van de ontvankelijkheid en het aantal commerciële belangenbehartigers dat niet-ontvankelijk wordt verklaard, blijkt uit de bestudeerde collectieve acties in de periode 2016-2018 een belangrijke verandering ten opzichte van de data van 1999-2015. Daar waar in laatstgenoemde periode één commerciële belangenbehartiger niet-ontvankelijk werd verklaard (uit 21 collectieve acties), vond dat in de periode 2016-2018 zeven keer plaats (uit 10 collectieve acties).⁵¹ Het kan zijn dat commerciële belangenbehartigers steeds ‘slechter’ zijn geworden, maar aannemelijker is dat dit verschil wordt veroorzaakt doordat rechters strenger zijn gaan toetsen naar aanleiding van de aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten van 2013.⁵² Die wetswijziging is ingegeven door de groei en werkwijze van commerciële belangenbehartigers. Sindsdien moet de vordering in een collectieve actie de belangen van benadeelden voldoende waarborgen.⁵³ Dat houdt in dat

de rechter moet toetsen of de betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen en in hoeverre de eisende organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren. Bij de beoordeling daarvan speelt ook de naleving door de belangenbehartiger van de Claimcode een rol.⁵⁴

Evenals in 2015 heb ik onderzocht of een regel is ingeroepen die, onder andere, lichtzinnige vorderingen beoogt te voorkomen of sanctioneren (art. 21 Rv, goede procesorde en art. 3:13 BW). In 2015 trof ik één zaak aan waarin de rechter een schending constateerde door een commerciële belangenbehartiger.⁵⁵ In de uitspraken in de periode 2016-2018 trof ik twee zaken aan die in deze categorie vallen. Dat betroffen de Trafigura-zaken (zie over één daarvan ook par. 4.2.3).⁵⁶ Daarin oordeelde de rechtbank dat de niet-ontvankelijkheid van de stichting meebracht dat zij evenmin kon worden ontvangen in haar subsidiaire vorderingen, gebaseerd op volmachten en/of lastgevingen, omdat deze in wezen neerkwamen op een verkapte collectieve actie:

‘Indien daar anders over zou worden geoordeeld, zou worden toegestaan dat de Stichting zich – in strijd met de eisen van een goede procesorde – door middel van haar subsidiaire vorderingen zou kunnen onttrekken aan de voorwaarden die de wet in artikel 3:305a BW stelt aan rechtspersonen die opkomen voor de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen.’⁵⁷

4.2.3 De percentages die commerciële belangenbehartigers in rekening brengen

Aan de hand van de uitspraken en openbare informatie, zoals de websites van de belangenbehartigers, heb ik tot slot geregistreerd wat de hoogte is van de percentages die commerciële belangenbehartigers in rekening brengen. Voor zover deze gegevens beschikbaar waren (zie ook hierna en par. 5) varieerden de gevraagde percentages van 5% tot 30%. Sommige belangenbehartigers vragen in aanvulling daarop een eenmalige bijdrage van benadeelden,⁵⁸ waarvan enkele de hoogte van het percentage laten afhangen van de hoogte van de betaalde bijdrage.⁵⁹ Sommige hebben in de loop van de tijd hun percentage aangepast of kwijtgescholden, omdat zij (ook) een kostenvergoeding uit hoofde van een collectieve schikking hebben ontvangen.⁶⁰

Dat belangenbehartigers – ook – op prijs (percentage) concurreren, blijkt uit de zaken waarin meerdere, concurrerende belangenbehartigers actief zijn. Drie van de 31 bestu-

49 Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440 en Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2372 (*DES*), Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (*Dexia*), Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 (*Vie d’Or*), Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (*Shell*), Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691 (*Vedior*), Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*), Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560 (*DSB*) en Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*).

50 Zie hierover I. Tillema, ‘Tien jaar WCAM: een overzicht’, *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 90-99.

51 Stichting Renteswapclaim, Stichting Privacyclaim, Stichting Union des Victimes de dechets toxiques d’Abidjan et Banlieues (twee maal), Stichting Platform Aandelenlease, GIN Schade en Stichting WAG. In paragraaf 4.2.3 kom ik terug op een aantal van deze zaken.

52 Vgl., kritisch hierover, K. Rutten, ‘Art. 3:305a lid 2 BW schiet zijn doel voorbij!’, *MvV* 2015, afl. 11, p. 319-327. Zie ook K. Rutten, ‘Ontvankelijkheid van een 305a-organisatie’, *TOP* 2018, afl. 4, p. 29-35.

53 Art. 3:305a lid 2 BW. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126.

54 Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892 en Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841. Zie ook par. 4.2.3. De Claimcode is beschikbaar op www.bju.nl/juridisch/catalogus/claimcode-2019-1-2019#. Zie ook de bijlage, J. van Mourik & E. Bauw, ‘De Claimcode van 2011 tot 2019’.

55 Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:827.

56 Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 en Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476.

57 Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, r.o. 5.25.

58 Zie bijvoorbeeld www.loterijverlies.nl/kosten.

59 Zie bijvoorbeeld www.woekerpolis.nl/aanmelden/lidworden/aanmelden en www.brandstofverlies.nl/kosten.

60 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.36 en 5.38.

deerde collectieve acties betroffen procedures tegen Fortis/Ageas. De percentages voor institutionele beleggers varieerden (aanvankelijk, zie hiervoor) van 21% tot 25%.⁶¹ De woekerpolisaffaire stond centraal in 6 van de 31 collectieve acties. Daarin varieerden de gevraagde percentages van 5% (plus een eenmalige bijdrage, zie hiervoor) tot 17,5%.

In één collectieve actie ging de rechtbank in op de door de belangenbehartiger gevraagde percentages. Dat betrof één van voormelde Trafigura-zaken.⁶² De rechtbank besprak onder meer de onzekerheid over de hoogte van het percentage dat benadeelden (woonachtig in Ivoorkust) zouden moeten afdragen indien de collectieve actie zou resulteren in de toekenning van schadevergoeding. Deze onzekerheid riep bij de rechtbank zodanig twijfel op of de benadeelden daadwerkelijk baat zouden hebben bij de collectieve actie, dat zij de belangenbehartiger niet-ontvankelijk verklaarde.

Als gezegd heb ik niet van alle commerciële belangenbehartigers informatie kunnen achterhalen over de (precieze) hoogte van het percentage dat zij bij benadeelden in rekening brengen. Soms bleek dit dan uit de uitspraak. Maar bij sommige belangenbehartigers kwam de informatie zoals opgenomen in de uitspraak niet overeen met wat de website vermeldt en/of is de verschaft informatie onduidelijk. Zo vermeldt een van de geraadpleegde websites: 'Zorgt ervoor dat uw schade vergoed wordt. Kosteloos'⁶³ en 'U kunt zich kosteloos voor dit dossier aanmelden. U zult niet te maken krijgen met onverwachte kosten, ook niet achteraf. De Stichting Privacy Claim werkt met een systeem waarbij de procedure van tevoren wordt gefinancierd. Advocaatkosten en financieringskosten komen zo veel mogelijk voor rekening van VerzuimReductie [de aangesproken partij, toevoeging IT] en zullen worden afgetrokken van de totale schadevergoeding die Verzuim-Reductie moet vergoeden. U hoeft dus nooit zelf geld bij te leggen voor deze kosten.'⁶⁴ De algemene voorwaarden (die een benadeelde voor gelezen moet aanvinken om zich te kunnen aanmelden) vermelden voorts dat de stichting 30% van de totale schadevergoeding zal inhouden.⁶⁵ Uit de uitspraak blijkt dat de stichting heeft gesteld dat zij 25% van de opbrengst ontvangt.⁶⁶ Wellicht heeft op enig moment een verandering van de algemene voorwaarden plaatsgevonden. Geheel duidelijk is voormelde informatie in ieder geval niet, meen ik. In deze zaak vermeldt de rechtbank ook dat Privacy Claim niet

kenbaar heeft gemaakt wie haar financiers zijn en welke afspraken zij met die financiers en haar advocaten heeft gemaakt. Om deze en andere redenen verklaart de rechtbank de stichting daarom niet-ontvankelijk. In de volgende paragraaf kom ik terug op de transparantie over gevraagde vergoedingen en financieringsconstructie.

Vanuit het oogpunt van toegang tot het recht en het handhavende en compenserende doel van collectieve afwikkeling lijkt mij de groei, concurrentie en samenwerking een positieve ontwikkeling. Het blijft echter opletten geblazen

5 Wat zeggen de observaties over de toekomstige toegang tot het recht en/of claimcultuur?

Uit het overzicht van de typen vorderingen die commerciële belangenbehartigers instellen (par. 4.2.1) blijkt dat zich vooral rondom financiële producten en aandelen en effecten een 'belangenbehartigingsbalie' aftekent. Deze belangenbehartigers opereren in aanvulling op de meer traditionele spelers in deze categorieën (B2 en B3), zoals consumentenorganisaties en de VEB. Enerzijds concurreren zij met elkaar, en anderzijds gaan ze samenwerkingsverbanden aan, zoals de Consumentenbond (B2) en Consumentenclaim (B4).⁶⁷ Indien onder de nieuwe regeling concurrentie tussen belangenbehartigers blijft bestaan, zal de rechterlijke benoeming van een exclusieve belangenbehartiger ongetwijfeld een uitdaging vormen.⁶⁸ Vanuit het oogpunt van toegang tot het recht en het handhavende en compenserende doel van collectieve afwikkeling lijkt mij de groei, concurrentie en samenwerking een positieve ontwikkeling. In het licht van de in paragraaf 3.3 besproken risico's blijft het echter opletten geblazen. Dat geldt allereerst voor rechters. De strengere toetsing van ontvankelijkheidsvoorwaarden sinds 2013, zoals besproken in paragraaf 4.2.2, toont dat rechters deze taak serieus nemen en dat zij belangenbehartigers steeds vaker aan de tand voelen over hun financierings- en werkwijzen.⁶⁹ Naast wettelijke waarborgen om risico's tegen te gaan en de

61 Zie Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis / Ageas*), r.o. 5.36-5.38.

62 Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476.

63 Zie www.privacyclaim.nl/.

64 Zie www.privacyclaim.nl/dossiers/verzuimreductie/.

65 Zie www.privacyclaim.nl/algemene-voorwaarden/.

66 Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892, r.o. 4.10.2.

67 Zie voetnoot 48.

68 Zie hierover I. Tillema, 'Exclusieve en concurrerende belangenbehartigers: balanceren op glad ijs?', AA 2018, afl. 6, p. 476-481 (AA20180476).

69 Zie ook Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis / Ageas*).

rechterlijke toetsing daarvan, kan ook reputatie een preventieve factor zijn. Zo kan van een organisatie als de Consumentenbond als eisende partij worden verwacht dat zij zorgdraagt voor adequate belangenbehartiging, ook als zij daarbij samenwerkt met een commerciële belangenbehartiger.⁷⁰

Incidenten rond 'zwarte schapen' vertroebelen het beeld en verdringen de voordelen van commerciële belangenbehartiging ten onrechte naar de achtergrond

In paragraaf 4.2.3 observeerde ik dat van een aantal commerciële belangenbehartigers (heldere) openbare informatie ontbeerde over onder meer het percentage dat zij in rekening brengen. De informatieverstrekking aan benadeelden (en rechters) zal in de toekomst waarschijnlijk verbeteren. In recente regelgeving en rechtspraak worden namelijk strengere eisen gesteld aan belangenbehartigers omtrent transparantie over de gevraagde vergoedingen, zowel aan benadeelden als aan rechters. Zo brengen de nieuwe ontvankelijkheidsvereisten in de WAMCA mee dat belangenbehartigers informatie moeten verstrekken over hun financiële middelen, en de rechter (ex parte) inzage kan verlangen in de financieringsconstructie.⁷¹ Daarnaast moet de website van de belangenbehartiger voldoende inzicht geven in de berekening van de bijdrage die van de benadeelde wordt verlangd.⁷² Ook in de meest recente WCAM-schikking stond (het gebrek aan) transparantie van de verzoekende belangenbehartigers centraal.⁷³ Daaruit blijkt in ieder geval de ondergrens van transparantie: het openbaar maken van een commercieel motief en de kosten die zij bij benadeelden in rekening brengen. In het licht van de mogelijke risico's die van een commerciële prikkel uitgaan, waaronder die van een claimcultuur,⁷⁴ lijkt mij dit een goede ontwikkeling.⁷⁵ Een gebrek aan transparantie kan namelijk niet alleen misleidend zijn in een specifiek geval, maar voedt ook het wantrouwen over commerciële belangenbehartiging in het algemeen. Incidenten rond 'zwarte schapen' vertroebelen het beeld en verdringen de voordelen van commerciële belangenbehartiging ten onrechte naar de achtergrond. Een afdoende informatieverstrekking aan

benadeelden is mijns inziens dan ook een essentiële voorwaarde voor het vertrouwen in collectieve afwikkeling en daarmee het voorkomen van onder meer een claimcultuur. Daarmee wordt ook voorkomen dat rechters *te* vaak of snel een commerciële partij niet-ontvankelijk verklaren.⁷⁶

Ook op het gebied van rechterlijke toetsing van de vergoeding aan belangenbehartigers blijft het vooralsnog pionieren. Dat zal vooral het geval zijn bij toekomstige WAMCA-zaken. Daarin kan de rechter al in een vroeg stadium de redelijkheid van de aan de achterban in rekening gebrachte kosten meewegen.⁷⁷ Daarnaast bevat de WAMCA de mogelijkheid tot een (eenzijdige) volledige proceskostenveroordeling van de aangesproken partij indien de rechter een uitspraak doet waarbij hij een collectieve schadeafwikkeling vaststelt.⁷⁸ In dat verband is vermeldenswaardig dat de Hoge Raad in 2014 (in een individuele zaak) oordeelde dat een no-cure-no-pay-honorarium onder vergoedbare buitengerechtelijke kosten kan vallen.⁷⁹ Dat neemt niet weg dat de eisende partij is gehouden om aan te tonen dat daar voldoende verrichte werkzaamheden tegenover staan.⁸⁰ Noemenswaardig in dat verband is de recente uitspraak van de Hoge Raad over gestandaardiseerde werkzaamheden die door een belangenbehartiger worden verricht. Brieven zoals een klachtbrief, opt-outverklaring en stuitingsbrief, die een belangenbehartiger aan grote aantallen afnemers verzendt en waarbij individuele omstandigheden amper een rol spelen, kunnen op één lijn worden gesteld met het versturen van een enkele aanmaning of andere eenvoudige brief, zodat deze op grond van artikel 6:96 lid 3 jo. 241 Rv niet voor vergoeding in aanmerking komen.⁸¹ Ook binnen het kader van de WCAM oordeelde het hof onlangs, met 'enige terughoudendheid', over de redelijkheid van de vergoedingen aan belangenbehartigers.⁸² Aan dergelijke toetsing kleven weliswaar voor- en nadelen, maar in het licht van (de gevolgen van) de mogelijke risico's lijkt mij dit een goede ontwikkeling.⁸³

Tot slot benadruk ik dat de observaties in paragraaf 4 zien op gepubliceerde collectieve acties en WCAM-schikkingen. De gegevens tonen dus niet de zaken waarin belangenbehartigers op basis van volmacht, lastgeving of cessie procederen, noch de individuele zaken die worden gevoerd waarbij een commerciële belangenbehartiger optreedt, noch de buitengerechtelijke activiteiten.

70 Vgl. Rb. Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682.

71 Art. 3:305a lid 2 BW (nieuw), *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 10-12 en 25-27, *Kamerstukken II* 2017/18, 9, p. 10 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 10, p. 1.

72 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 29. Zie ook de nieuwe Claimcode, Principe III onder 7.

73 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.43.

74 Zie over andere risico's, zoals belangenconflicten, Tillema 2019, par. 3.5 (en over andere voordelen par. 3.4).

75 Vgl. 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* (Serie Van der Heijden Instituut), Deventer: Wolters Kluwer 2019 (verschijnt binnenkort).

76 Vgl. Rutten 2015.

77 Bij de toetsing van de ontvankelijkheid van een belangenbehartiger en bij de eventuele benoeming van een exclusieve belangenbehartiger; zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 11-12 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 25. Zie ook Haazen e.a. 2016, p. 76.

78 Art. 10181 lid 2 Rv (nieuw); zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 54-55.

79 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797. Zie ook HR 13 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:3304, over de toewijsbaarheid van een *success fee* als onderdeel van de volledige proceskostenveroordeling in een IE-zaak.

80 Rb. Zeeland-West-Brabant 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5217, r.o. 7.1 e.v. en Rb. Overijssel 1 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4203.

81 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, r.o. 4.5.2 e.v.

82 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.19 en 5.42.

83 Zie hierover I. Tillema, 'Naar een goed geolied mechanisme voor de collectieve afwikkeling van massaschade. Over claimvehikels, Engelse toestanden en het belang van een gebalanceerde kostenvergoeding', *AV&S* 2019, afl. 1, p. 4-11 en Rijnorp & Tillema 2018, waarin wij ook enkele richtinggevendende factoren bespreken voor de beoordeling van de redelijkheid van de vergoeding aan belangenbehartigers en hun financiers.

84 Zie bijv. Concl. A-G M.H. Wising, ECLI:NL:PHR:2018:1429, bij HR 12 april 2019, onder 4.

85 Zoals Airhelp, Vlucht-vertraagd, Aviclaime, EUclaim, Vluchtvergoed en Claimingo.

86 Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5806, Rb. Noord-Holland 10 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3889, Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1207, Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210 en H. Lips, 'Viel er nog wat te redden door Ferdy Roet van Stichting Loterijverlies?', *Het Parool* 4 februari 2016.

87 Vgl. A. Frankel, 'Dutch court approves \$1.5 billion Fortis shareholder deal – but there's a catch', *Reuters.com* 16 juli 2018, B.W.G. van der Velden & A.S.G.M. Raaijmakers, 'Grenzen van collectieve afdoening in zicht', *TOP* 2014, afl. 5 en R. Hermans, 'De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. van Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 384-385.

88 Vgl. Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 en Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476.

Belangrijke voorbeelden daarvan zijn de vele individuele Dexia-zaken die nog lopen,⁸⁴ de keur aan commerciële belangenbehartigers die voor consumenten klaarstaan zodra hun vlucht is vertraagd,⁸⁵ en de perikelen rondom Stichting Loterijverlies en haar voormalig bestuurder.⁸⁶ Sommige auteurs stellen dat strengere toetsing in collectieve acties of bij WCAM-schikkingen kan leiden tot een afname van de populariteit daarvan.⁸⁷ Indien dat juist is en vervolgens leidt tot een toename van collectieve afwikkeling via alternatieve routes, kan verdere stroomlijning van de verschillende regelgeving nodig zijn. Zo zou kunnen worden onderzocht of de ontvankelijkheidsvereisten ook moeten gelden of relevant moeten zijn voor die alternatieve routes (of dat ingrijpen niet voor de hand ligt omdat het daarbij gaat om opt-in-constructies en benadeelden dus expliciet daarmee instemmen).⁸⁸

Rechters in massaschadezaken blijven voor belangrijke uitdagingen staan, waaronder de toetsing van het verdienmodel van belangenbehartigers en de daartoe benodigde transparantie

6 Afronding

Collectieve afwikkeling van massaschade neemt een steeds belangrijker plaats in het privaatrecht in. Met het daarbij toestaan van belangenbehartigers is ooit beoogd om een handhavingsgebrek op te lossen en op efficiënte wijze bij te dragen aan het voorkomen van inbreukmakend gedrag en het compenseren van benadeelden. Of belangenbehartigers daadwerkelijk een actie initiëren en daarmee de toegang tot het recht vergroten, is afhankelijk van hun bereidheid daartoe. Dat commerciële partijen daartoe bereid zijn, blijkt steeds vaker. Ook zij dragen daarmee bij aan de toegang tot het recht. De mogelijke keerzijde daarvan, dat ze een claimcultuur creëren of versterken, is afhankelijk van verschillende factoren. Ik werkte enkele daarvan uit en besprak de ontwikkelingen daaromtrent. Daaruit bleek dat rechters in massaschadezaken voor belangrijke uitdagingen blijven staan, waaronder de toetsing van het verdienmodel van belangenbehartigers en de daartoe benodigde transparantie. Pionieren in massaschadezaken brengt echter nu eenmaal mee dat onontgonnen terrein moet worden verkend, zowel door partijen als door rechters. Het is onvermijdelijk dat dit plaatsvindt met vallen en opstaan. Zolang daaruit lessen worden getrokken, kan (de toename van) een claimcultuur hopelijk worden tegengegaan.



Schadebegroting

Een nieuwe benadering van schadebegroting die in overeenstemming is met de jurisprudentie en literatuur, maar waarbij de nadruk ligt op de achtereenvolgens te doorlopen stappen. Door schadebegroting in de vorm van een stappenplan te presenteren wordt de relatie tussen verschillende regels voor schadebegroting duidelijker dan gewoonlijk, en is het gemakkelijker om misverstanden en vergissingen te vermijden.

ISBN: 978-90-6916-897-5
 Auteurs: T.F.E. Tjong Tjin Tai
 Druk: 1e druk 2017
 Prijs: € 21,50

ArsAequi Libri