

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTBR 2014/24	Bijgewerkt tot:	16-04-2014
Auteur:	I. Tillema ^[1]		

De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?

Samenvatting

Collectief verhaal van massaschade staat al enkele decennia op de Europese en Nederlandse politieke agenda. De meest recente ontwikkelingen zijn de Europese aanbeveling en mededeling (juni 2013) en de Nederlandse wetwijziging (juli 2013). Beide regelingen bevatten voorwaarden waaraan een belangenbehartiger moet voldoen om te mogen procederen namens een groep benadeelden. Ik bespreek deze bepalingen en constateer dat de huidige Nederlandse regeling op hoofdlijnen in de pas loopt met de Europese. Uit de vergelijking destilleer ik voorts enkele aandachtspunten die in het licht van het doel van collectief schadeverhaal relevant zijn voor het komende debat over de openstelling van de Nederlandse collectieve actie voor een vordering tot schadevergoeding.

1. Inleiding

De collectieve afwikkeling van massaschade in Nederland staat al geruime tijd in bloei, inclusief internationale vertakkingen.^[2] Onlangs duidde Los de ontwikkelingen als volgt: 'We zijn bezig aan een avontuurlijke ontdekkingsreis in een veranderend internationaal landschap.'^[3] Sinds de introductie in 1994 maken belangenbehartigers regelmatig gebruik van de mogelijkheid om een collectieve actie ex artikel 3:305a BW in te stellen.^[4] Verder blijkt uit de evaluatie van de WCAM (artikel 7:907-910 BW) dat dit instrument bijdraagt aan een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade.^[5] Met de wetwijziging die per 1 juli 2013 in werking is getreden, wordt de collectieve afwikkeling van massaschade verder gefaciliteerd.^[6] De wetwijziging beoogt onder meer een einde te maken aan de wildgroei van zogeheten claimstichtingen: belangenbehartigers die uit louter commercieel gedreven motieven voor benadeelden in de bres springen.^[7] Ook over dit onderdeel van het wetsvoorstel is het nodige geschreven. Het is echter de vraag in hoeverre de – niet-bindende – aanbeveling en mededeling van de Europese Commissie van juni 2013^[8] nieuw licht op deze materie werpen, ook met het oog op het toekomstige wetsvoorstel om de collectieve actie open te stellen voor een vordering tot schadevergoeding.^[9]

In deze bijdrage staat de vraag centraal of Nederland voldoet aan de Europese beginselen die zien op de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid van belangenbehartigers die een representatieve vordering instellen, en welke aandachtspunten uit de vergelijking kunnen worden afgeleid ten behoeve van de behandeling van het komende wetsvoorstel. De opzet van dit artikel is als volgt. Allereerst schets ik het Europese en het Nederlandse kader, te weten het doel en de definitie van collectief (schade)verhaal, en de beleidskeuze om dit te laten uitvoeren door non-profitbelangenbehartigers (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik de relevante regels en onderzoek ik in hoeverre de huidige Nederlandse collectieve actie voldoet aan de Europese beginselen. Deze vergelijking valt uiteen in twee onderdelen: de aanwijzing of certificering van een representatieve organisatie (paragraaf 3.2) en de voorwaarden waaraan deze organisatie moet voldoen (paragraaf 3.3). Tegen de achtergrond van de vergelijking bespreek ik daarna kort enkele aandachtspunten voor de behandeling van het komende wetsvoorstel (paragraaf 4). In paragraaf 5 rond ik af met enkele slotbeschouwingen.

2 Collectief verhaal van schadevergoeding

2.1 Doel en definitie van collectief (schade)verhaal

Massaschade kan zich voordoen op verschillende terreinen, maar of het nu gaat om een ongeval, financiële dienstverlening, consumentenrecht, milieu- of mededingingsrechtelijke inbreuken, in veel gevallen is voor de individuele benadeelde de (financiële) drempel (te) hoog om de vermeende schadeveroorzaker aan te spreken. Ten gevolge hiervan, zo stelt de Europese Commissie, veroorzaken voortdurende onrechtmatige gedragingen aanzienlijke schade aan burgers en bedrijven.^[10]

Dit is de Europese Commissie al jaren een doorn in het oog. Er werden daarom verschillende voornemens gelanceerd om collectief schadeverhaal te faciliteren. Aanvankelijk werd het onderwerp behandeld binnen de afzonderlijke sectoren mededingingsrecht en consumentenbescherming.^[11] Bij de publieke consultatie in 2011 koos de Europese Commissie evenwel voor een horizontale benadering van collectief verhaal, oftewel voor toepassing op alle rechtsgebieden waar schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten kunnen plaatsvinden. De consultatie had als doel gemeenschappelijke beginselen voor collectief verhaal te identificeren, die als leidraad zouden kunnen dienen voor een mogelijk initiatief voor Europeesrechtelijke regelgeving. Het onderwerp is echter controversieel en complex, zoals ook blijkt uit de intensieve lobbyactiviteiten en de vele reacties naar aanleiding van de publieke consultatie.^[12] De consultatie heeft daarom vooralsnog 'slechts' geleid tot de niet-bindende aanbeveling en mededeling van juni 2013.^[13] De aanbeveling bevat gemeenschappelijke beginselen voor collectieve vorderingen tot staking en schadevergoeding die in de hele Europese Unie moeten worden toegepast, zij het met eerbiediging van de verschillende rechtstradities van de lidstaten. De aanbeveling gaat vergezeld van een mededeling van de Commissie: een beleidsdocument waarin de voornaamste adviezen en gezichtspunten uit de publieke consultatie zijn opgenomen en waarin het standpunt van de Commissie over een aantal centrale kwesties is weergegeven. De Commissie heeft de lidstaten verzocht om binnen twee jaar te voorzien in een nationaal mechanisme voor collectief verhaal en/of te verzekeren dat het nationale mechanisme in overeenstemming is met de Europese beginselen. Vervolgens – uiterlijk binnen twee jaar na de implementatie van de beginselen – zal de Europese Commissie een evaluatie uitvoeren om te bezien of nadere, meer dwingende regels moeten worden opgesteld.

De Europese Commissie stelt in aanbeveling 1 voorop dat de aanbeveling als doel heeft om in situaties van massaschade de toegang tot de rechter te vergemakkelijken, illegale praktijken een halt toe te roepen en benadeelde partijen de mogelijkheid te bieden schadevergoeding te verkrijgen. Tegelijkertijd moet worden voorzien in passende procedurele waarborgen om misbruik van procesrecht te voorkomen. In de mededeling wordt benadrukt dat het Europese initiatief ziet op een privaat handhavingsdoel: compensatie. Dit kan publieke handhaving met bestraffende of afschrikkende doelen weliswaar aanvullen, maar moet daarvan onderscheiden blijven.^[14]

Collectief verhaal is een ruim begrip. Het collectief verhaalinstrumentarium van de verschillende EU-lidstaten vormt een kleurrijk palet, met aanzienlijke verschillen in bijvoorbeeld het toepassingsbereik van het mechanisme, de procesbevoegdheid van partijen, de beschikbare remedies en de gebondenheid van de (afwezige) partijen aan een rechterlijke uitspraak.^[15] Na vermelding van het doel van de aanbeveling vervolgt de Europese Commissie daarom met een definitie van – onder andere – een collectieve vordering tot schadevergoeding (aanbeveling 3, sub a, onder ii):^[16]

“a legal mechanism that ensures a possibility to claim compensation collectively by two or more natural or legal persons claiming to have been harmed in a mass harm situation or by an entity entitled to bring a representative action (compensatory collective redress).”

Nederland kent strikt genomen thans geen mechanisme tot collectief schadeverhaal. De collectieve actie van artikel 3:305a BW is (nog) niet opengesteld voor een vordering tot schadevergoeding en de WCAM ziet uitsluitend op verbindendverklaring van een collectieve schikking. Dat neemt niet weg dat op dit moment

verschillende ‘reguliere’ gerechtelijke wegen kunnen leiden tot collectief verhaal conform voormelde definitie.^[17] Het lijkt echter erop dat de wetgever zal kiezen voor openstelling van de collectieve actie voor een vordering tot schadevergoeding. Momenteel wordt gewerkt aan een wetsvoorstel ter uitvoering van de motie Dijkema van november 2011, waarin de regering is verzocht om te komen met een stappenplan voor de toekenning van het recht aan representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen. In de toekomst zal de collectieve actie dus kunnen worden aangemerkt als een mechanisme van compensatoir collectief verhaal zoals bedoeld in de aanbeveling.

Het doel van dit nationale mechanisme zal waarschijnlijk vergelijkbaar zijn met dat van compensatoir collectief verhaal volgens de aanbeveling. In de motie Dijkema is immers opgenomen dat efficiënte en effectieve instrumenten moeten worden geboden om het fundamentele recht van consumenten op schadevergoeding na inbreuken op het consumentenrecht c.q. overtredingen op het gebied van het mededingingsrecht tot een realiteit te maken.^[18] Indien een schadeveroorzakende partij niet bereid is tot een schikking te komen, hebben belangenorganisaties thans geen instrument voor collectief schadeverhaal. Een dergelijk instrument zal efficiëntievoordelen bieden voor alle betrokken partijen en de rechtspraak ontlasten, aldus de motie.

2.2 Het middel: de representatieve schadevergoedingsvordering door non-profitbelangenbehartigers

De Nederlandse collectieve actie is (ook nu) een representatieve vordering als bedoeld in aanbeveling 3 onder d:

“an action which is brought by a representative entity, an ad hoc certified entity or a public authority on behalf and in the name of two or more natural or legal persons who claim to be exposed to the risk of suffering harm or to have been harmed in a mass harm situation whereas those persons are not parties to the proceedings.”

Bij privaatrechtelijk collectief verhaal kennen Europese rechtsstelsels, zo ook Nederland, traditiegetrouw een belangrijke rol toe aan belangenorganisaties. Zij worden verondersteld de belangen van individuen op een adequate wijze te vertegenwoordigen en worden gezien als een betrouwbare waakhond tegen misbruik.^[19] Volgens Stadler en Hodges bestaat binnen Europa de consensus dat de Amerikaanse *class action* met haar *litigation culture* en *lawyer-driven litigation* niet moet worden gekopieerd.^[20] In de mededeling benadrukt de Europese Commissie dan ook dat in een representatieve vordering de individuele benadeelde geen procespartij is, zodat lidstaten zich ervan moeten vergewissen dat een vertegenwoordigende instantie handelt in het belang van degenen die zij vertegenwoordigt. Een eigen belang of voordeel (*own profit*) van de vertegenwoordigende organisatie is niet toegestaan.^[21] Wanneer het gaat over commerciële belangenbehartigers wordt in de Europese discussie gewezen op advocaten die werken op basis van een resultaatgerelateerd honorarium en *third party funders*.^[22] Mogelijke tegenstrijdige belangen en misbruik van collectief verhaal liggen ten grondslag aan de beleidskeuze om het optreden van dergelijke partijen te weren. Te denken valt aan een buitenproportionele vergoeding voor de belangenbehartiger ten opzichte van de verrichte werkzaamheden en/of een te lage vergoeding voor de benadeelde.

Wanneer in Nederland wordt gesproken over *entrepreneurial lawyering* en claimstichtingen doelt men vooral op ad hoc belangenorganisaties die worden opgericht na een specifieke massaschade.^[23] Ter illustratie:^[24] eind 2008 heeft Stichting Loterijverlies een collectieve actie ingesteld tegen de Staatsloterij waarin vermeende misleiding van deelnemers aan de Staatsloterij centraal staat. Met het inschrijfgeld van de deelnemers aan de stichting (vanaf 35 euro) betaalt Stichting Loterijverlies de proceskosten. Daarnaast ontvangen deelnemers 80% van een mogelijk uit te keren schadevergoeding; 20% blijft dus aan de strijkstok van de stichting (en/of de daaraan verbonden onderneming) hangen. Na de uitspraak van het hof in 2013^[25] schatte de woordvoerder van de stichting in dat de compensatie aan de benadeelden in totaal zou kunnen oplopen tot zo'n 13 miljoen. Over het deel daarvan dat ten goede komt aan de stichting merkt de woordvoerder

op dat het een leuk bedrag is, maar dat de bedoeling van de stichting is om benadeelden te helpen.

In de laatste jaren lijken dergelijke organisaties in Nederland een markt te hebben gevonden in massaschadezaken.^[26] Vanwege de minder democratische opzet, worden belangenorganisaties meestal opgericht als stichting.^[27] Afgezien van de eenvoudige oprichtingsvereisten en de bepalingen uit de Claimcode^[28] is een belangenbehartiger niet gebonden aan nadere (tuchtrechtelijke) regulering. In tegenstelling tot de advocatuur geldt voor een belangenbehartiger bijvoorbeeld geen verplichting een derdengeldrekening te houden of een verbod op een resultaatgerelateerde beloning. Uit onderzoek blijkt dat lang niet alle claimstichtingen een raad van toezicht instellen of een vorm van accountantscontrole uitvoeren.^[29] Volgens de minister is de toename van claimstichtingen onwenselijk. Hij wijt de aanwas niet alleen aan de toenemende massaliteit en schaalvergroting in het recht, maar ook aan een vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter in collectieve acties.^[30] In juli 2013 is daarom een strengere toegangseis ingevoerd voor het instellen van een collectieve actie. Ik kom daarop terug in de volgende paragrafen.

Het is de vraag wat er op de Nederlandse markt voor belangenbehartigers gebeurt indien de collectieve actie wordt opengesteld voor een vordering tot schadevergoeding. Het is niet onaannemelijk dat commerciële belangenbehartiging dan verder zal toenemen. Over de wijze waarop de nieuwe Nederlandse regeling moet worden vormgegeven, zal ongetwijfeld (opnieuw) uitgebreid worden gedebatteerd. Ik bespreek hierna uitsluitend de vraag wat de aanbeveling hieraan kan bijdragen daar waar het gaat over de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid van vertegenwoordigende organisaties. Allereerst zal ik de huidige regeling afzetten tegen de Europese beginselen.

3. De collectieve actie getoetst aan de Europese beginselen: varen we dezelfde koers?

3.1 Procesbevoegdheid en ontvankelijkheid

Beginselen 4 tot en met 7 van de aanbeveling zien op de procesbevoegdheid van representatieve organisaties, dus op de vraag welke partij een representatieve vordering mag instellen namens de benadeelde partijen (*standing*). Beginselen 8 en 9 zien op de beoordeling van de ontvankelijkheid in alle collectieve vorderingen, waaronder de representatieve vordering (*admissibility*). Hierin wordt aanbevolen dat, wanneer en op wiens instigatie wordt geverifieerd of de ingestelde collectieve vordering voldoet aan de voorwaarden die daarvoor gelden. In Nederland is de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid voor de collectieve actie geregeld in artikel 3:305a lid 1 en 2 BW.

3.2 De aanwijzing of certificering van een representatieve organisatie

Hoe en door wie wordt de procesbevoegdheid van representatieve organisaties bepaald? De Europese Commissie bespreekt in haar mededeling verschillende methoden van kwalificatie, en concludeert dat op dit punt geen consensus bestaat tussen de verschillende belanghebbenden die hebben gereageerd op de publieke consultatie.^[31] Ondernemingen willen dat representatieve vorderingen uitsluitend worden ingesteld door daartoe bevoegde instanties die aan bepaalde voorwaarden voldoen. Andere belanghebbenden, zoals consumentenorganisaties, zijn van mening dat dit onnodige drempels opwerpt voor de toegang tot het recht. In de aanbeveling zijn daarom meerdere routes opgenomen. Over de concrete uitwerking hiervan heeft Nederland in haar reactie op de mededeling en aanbeveling de Commissie gevraagd wat zij precies in gedachte heeft met de voorafgaande certificering van procespartijen.^[32] Het is inderdaad onduidelijk wat hiermee is bedoeld. Ik werk dit uit.

Allereerst zijn in aanbeveling 4 een aantal voorwaarden opgenomen (waarover hierna meer) op grond waarvan lidstaten vertegenwoordigende instanties kunnen *aanwijzen* als bevoegd om een representatieve vordering in te stellen. De aanbeveling weidt verder niet uit over hoe de lidstaten die aanwijzing moeten (laten) uitvoeren. Gaat het hier om aanwijzing door de rechter naar aanleiding van in de wet bepaalde voorwaarden die in overeenstemming zijn met de voorwaarden als bedoeld onder aanbeveling 4? Of gaat dit over

aanwijzing door een overheidsinstantie, vergelijkbaar met de plaatsing van een consumentenorganisatie door de minister op de 3:305c BW-lijst?^[33] Het lijkt erop dat iets als het laatste wordt bedoeld. Aanbeveling 6 luidt namelijk:

“(...) representative actions can only be brought by entities which have been officially designated in advance as recommended in point 4 or by entities which have been certified on an ad hoc basis by a Member State's national authorities or courts for a particular representative action.”

De aanwijzing van aanbeveling 4 is dus een aanwijzing *van tevoren*, en daarnaast kan procesbevoegdheid worden verkregen door *certificering op ad hoc basis* door de rechter of een nationale autoriteit. Deze certificering hoeft kennelijk niet plaats te vinden aan de hand van de voorwaarden die zijn omschreven in aanbeveling 4. De aanbeveling noch de mededeling bevat een nadere uitwerking van de ad hoc certificering.

Wat betekent dit voor Nederland? In Nederland toetst de rechter of de belangenbehartiger voldoet aan de wettelijke criteria, en niet eerder dan wanneer deze een collectieve actie instelt of een verzoek doet om de WCAM-overeenkomst verbindend te verklaren (dan wel om een daaraan voorafgaande preprocesuele comparitie te houden). Tzankova, Plomp en Raats leiden uit de aanbeveling af dat voor de ad hoc certificering de voorwaarden van aanbeveling 4 niet van toepassing zijn, en dat die voorwaarden dus niet gelden voor de Nederlandse ad hoc entiteiten die worden opgericht voor een specifieke actie.^[34] Gelet op de bewoordingen van de aanbeveling lijkt me dat juist, met dien verstande dat de voorwaarden van aanbeveling 4 dus ook niet gelden voor niet-ad hoc organisaties zoals de Consumentenbond of VEB. Lezing van de aanbeveling in samenhang met de mededeling kan evenwel ook tot een andere interpretatie leiden. In de mededeling worden twee benaderingen genoemd voor de kwalificatie van (niet-publieke) representatieve organisaties.^[35] De rechter kan de geschiktheid van de organisatie controleren op een *case-by-case basis (ad hoc certification)*. Daarnaast kunnen bij wet bepaalde voorwaarden worden vastgesteld, aan de hand waarvan een rechter een representatieve organisatie toelaat tot de procedure, of een nationale autoriteit bepaalde organisaties autoriseert. Mogelijk is laatstgenoemde benadering overgebracht naar aanbeveling 4, en de eerste benadering naar aanbeveling 6. Dat zou betekenen dat de Nederlandse wijze van kwalificatie – rechterlijke toetsing aan de hand van wettelijke voorwaarden – onder de aanwijzing als bedoeld in aanbeveling 4 zou vallen (waarmee die voorwaarden dus ook gelden voor de ad hoc vehikels). Bij *van tevoren* zou dan ook kunnen worden gedacht aan rechterlijke aanwijzing in een afzonderlijke voorfase, vergelijkbaar met een incidentele vordering vóór alle werven.^[36] Zo is in het recente Belgische wetsontwerp tot invoering van een ‘rechtshandhaving tot collectief herstel’ een ontvankelijkheidsfase ingebouwd.^[37] In deze fase wordt onder meer getoetst of de groepsvertegenwoordiger voldoet aan de wettelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden. Dit rijmt ook met aanbeveling 8, waarin is opgenomen dat in een zo vroeg mogelijk stadium van de geschilbeslechting wordt geverifieerd of de ingestelde collectieve vordering voldoet aan de voorwaarden. De Nederlandse collectieve actie kent thans geen dergelijke, wettelijk vastgelegde voorfase.

3.3 De voorwaarden waaraan de representatieve organisatie moet voldoen

Hoe de aanwijzing of certificering van een representatieve organisatie ook wordt ingekleurd, inhoudelijk lijken de minimumvoorwaarden van aanbeveling 4 grotendeels overeen te komen met de Nederlandse regeling voor de collectieve actie. Ik licht dit toe.

(a) The entity should have a non-profit making character

Op grond van artikel 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging een collectieve actie instellen. Alhoewel zowel een stichting als een vereniging winst mag maken, mag deze winst niet worden uitbetaald aan de oprichters of aan leden van het bestuur dan wel de raad van toezicht. Eventuele winst moet worden uitgedeeld conform het doel zoals dat is opgenomen in de statuten.^[38] Op dit punt zijn beide regelingen dus vergelijkbaar. Dat geldt temeer nu per juli 2013 een aanvullend vereiste geldt voor de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie, waarmee de wetgever als gezegd wil ontmoedigen

dat belangenbehartigers optreden uit louter commerciële motieven.^[39] Meer specifiek houdt het vereiste in dat met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld in voldoende mate worden gewaarborgd (artikel 3:305a lid 2 BW). De minister heeft een aantal factoren genoemd die bij deze ontvankelijkheidstoets een rol kunnen spelen.^[40] Een daarvan is de naleving van de principes uit de Claimcode. Daarin is in principe II opgenomen dat de stichting en de aan de stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk mogen hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten.

(b) There should be a direct relationship between the main objectives of the entity and the rights that are claimed to have been violated in respect of which the action is brought

Het vereiste dat een duidelijk verband bestaat tussen de belangrijkste doelen van de representatieve instantie en de geschonden rechten waarvoor een vordering wordt ingesteld, komt ook voor in de Nederlandse regelgeving. Op grond van artikel 3:305a lid 1 BW kan een belangenbehartiger een collectieve actie instellen voor zover zij de gelijksoortige belangen van andere personen ingevolge haar statuten behartigt. Het doel van de belangenbehartiger dient niet alleen te zijn opgenomen in de statuten; 'de vlag dient de lading te dekken'.^[41] Oftewel: uit het reilen en zeilen van de organisatie dient te blijken dat het haar echt gaat om belangenbehartiging van de benadeelden voor wie zij zegt op te komen in haar statuten. In de woorden van Van der Heijden kan een belangenbehartiger hieraan voldoen door een zorgvuldige formulering van de belangen van de groep individuen in de statuten op te nemen, en kan het aanhangig maken van zaken bij uitstek worden gezien als het behartigen van belangen van die benadeelden.^[42]

(c) The entity should have sufficient capacity in terms of financial resources, human resources, and legal expertise, to represent multiple claimants acting in their best interest

Wat betreft de expertise van de belangenbehartiger sluit de huidige ontvankelijkheidstoets van artikel 3:305a BW aan bij dit beginsel. Onderdeel van die toets is namelijk de vraag in hoeverre erop mag worden vertrouwd dat de belangenbehartiger over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de collectieve actie te voeren.^[43] Bij de beoordeling daarvan kan de rechter acht slaan op factoren zoals de andere werkzaamheden die de organisatie heeft verricht om zich voor de belangen van benadeelden in te zetten, succes bij eerdere massaschadezaken, het optreden van de belangenorganisatie als gesprekspartner voor bijvoorbeeld de overheid, en diens optreden in de media.

De door de minister genoemde factoren zien voornamelijk op de professionaliteit van de belangenbehartiger. De Nederlandse regeling bepaalt niet, zoals aanbeveling 4 sub c dat wel doet, dat de belangenbehartiger moet beschikken over voldoende financiële middelen. In dit verband zijn ook aanbevelingen 14-16 en 32 relevant. Daarin is onder meer bepaald dat de eisende partij bij de aanvang van de procedure de oorsprong dient aan te geven van de financiële middelen die zij zal gebruiken ter ondersteuning van de rechtsvordering en dat het verboden is de vergoeding voor een derde-financier te baseren op het bedrag van de bereikte schikking of de toegekende schadevergoeding, tenzij die financieringsregeling door een overheidsinstantie wordt geregeld. In antwoord op vragen over de ontvankelijkheidstoets heeft de minister meegedeeld dat deze niet ziet op de wijze van financiering van de collectieve actie, zoals een onderzoek naar de redelijkheid van een beloningspercentage dat de belangenbehartiger met benadeelden heeft afgesproken.^[44] De Claimcode gaat evenmin in op de financiering van collectieve acties, in tegendeel, dit valt buiten de reikwijdte van het initiatief.^[45] Tot op heden zijn de financieringsmogelijkheden voor belangenbehartigers, in tegenstelling tot die voor de advocatuur, ongereguleerd gebleven. Ook in het licht van de aanbeveling lijkt mij dit een punt van aandacht.^[46]

Als gezegd dienen de hier besproken voorwaarden te worden getoetst in een zo vroeg mogelijk stadium

van de geschilbeslechting. De Commissie spreekt – ook – hierbij over een sleutelrol voor de rechter.^[47] Het voert te ver om op deze plaats in te gaan op de precieze betekenis of invulling van deze rol,^[48] maar wat betreft de ontvankelijkheidstoets verdient tot slot opmerking dat dit onderzoek *ambtshalve* dient plaats te vinden (aanbeveling 9). Bij de Nederlandse ontvankelijkheidstoets van artikel 3:305a lid 2 BW is dat niet het geval. Tijdens de totstandkoming van de collectieve actie in 1994 stelde de toenmalige minister immers dat uit de bewoordingen van de ontvankelijkheidstoets, die toen nog uitsluitend zag op het overleg-vereiste, duidelijk blijkt dat een rechter niet ambtshalve zou moeten concluderen tot niet-ontvankelijkheid.^[49] De bewoordingen van de memorie van toelichting bij het nieuwe lid 2 lijken dit keer op een meer actieve rol van de rechter te duiden, nu daarin is opgenomen dat de introductie van de eis de rechter een handvat biedt om kritisch te oordelen over de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger *indien hij twijfelt* aan de motieven voor het instellen van deze actie. Met het oog op bescherming van de (afwezige) benadeelden en de wederpartij, valt een ambtshalve toetsing goed te verdedigen. Toch is dat niet de bedoeling, blijkt even verderop in de memorie van toelichting: de rechter toetst de ontvankelijkheid *in geval van betwisting*.^[50]

4.De (on)wenselijkheid van belangenbehartigers met een winstoogmerk: varen we de juiste koers?

Na paragraaf 3 kan worden geconcludeerd dat de huidige Nederlandse vereisten voor de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid van een vertegenwoordigende organisatie in hoofdlijnen gelijk lopen met de Europese beginselen. Als gezien in paragraaf 2 ligt aan de bepalingen ook een vergelijkbaar standpunt ten grondslag: wanneer een belangenbehartiger optreedt namens een groep benadeelde partijen, zou deze niet – louter – een eigen commercieel belang mogen hebben. Uit de verschillen blijkt dat Nederland daaraan echter vooralsnog een wat ruimhartiger invulling geeft dan de Europese Commissie.^[51] Indien Nederland zich wil conformeren aan de Europese beginselen, zal bij de openstelling van de collectieve actie voor een schadevergoedingsvordering de toegang tot het recht voor commerciële belangenbehartigers strenger moeten worden gereguleerd.

Duidelijk is dat Nederland geen gesloten systeem kent van belangenorganisaties die conform bepaalde criteria zijn aangewezen en daarmee bevoegd zijn om op te treden als representatieve organisatie. Het is de vraag of de huidige Nederlandse waarborg tegen een onbeperkte toegang tot de collectieve actie, de verhoogde ontvankelijkheidsgrens, leidt tot de daarmee beoogde ontmoediging van commerciële belangenbehartiging. Dat hangt af van meerdere factoren. Allereerst laat de openheid van de nieuwe ontvankelijkheidstoets veel ruimte voor interpretatie door de rechter. Het zal moeten blijken hoe rechters daaraan invulling geven. Ten tweede kunnen bij deze wijze van 'certificering' bepaalde belangenbehartigers buiten schot blijven. Ze kunnen immers nog talloze andere (voorbereidende) activiteiten ondernemen en/of procederen op basis van bijvoorbeeld volmachten. De minister lijkt zelf ook niet zeker te zijn van het effect van de verhoogde ontvankelijkheidstoets, gelet op zijn opmerking dat hij niet verwacht dat aanzienlijk meer of minder belangenorganisaties ontvankelijk zullen worden verklaard.^[52] De parlementaire stukken over de strengere ontvankelijkheidstoets bevatten ook geen data waaruit blijkt dat het instellen van een collectieve actie het daadwerkelijke probleem is, bijvoorbeeld dat het aantal 'oneigenlijke' zaken is toegenomen. Het lijkt er meer op dat *entrepreneurial lawyers* een organisatie oprichten, een hoop media-aandacht trekken, vervolgens bijdrages vragen van consumenten voor het verrichten van voorbereidende werkzaamheden (correspondentie, schikkingsonderhandelingen, schaderapporten, etc.) zonder dat een levensvatbare claim ooit de rechter bereikt. Met Van der Heijden meen ik daarom dat het twijfelachtig is of de verhoogde ontvankelijkheidsdrempel de toename van organisaties met winstbejag – aangenomen dat dit inderdaad is veroorzaakt door de voorheen 'lage' drempel – effectief wordt weggenomen.^[53] Om commerciële belangenbehartiging te verminderen of te weren, ligt een toets naar de (oorsprong van de) financiële middelen zoals bedoeld in aanbeveling 4(c) en 14 en regulering van de financiering zoals bedoeld in aanbeveling 32 meer voor de hand. Dat kan ook voorkomen dat de non-profit eis tot een dode letter verwordt omdat een belangenbehartiger via omwegen wel degelijk winst kan maken. Bij gerede twijfel over de solventie van de belangenbehartiger kan ook worden gedacht aan een proceskostenzekerheidsregeling vergelijkbaar met artikel 1006 Rv. Als het aantal organisaties dat ongegronde claims indient daadwerkelijk de pan uitrijst, is voorafgaande aanwijzing vergelijkbaar met de 3:305c BW-lijst wellicht een goed idee.

Aan de weging van de voor- en nadelen van dergelijke toetsen gaat echter een belangrijke vraag vooraf: is het wenselijk dat de toegang tot het recht verder wordt beperkt voor belangenorganisaties met (deels) een commercieel oogmerk? Ik beoog hier niet die vraag te beantwoorden, maar signaleer tegen de achtergrond van de vorige paragrafen enkele punten waaraan in de beleidsstukken vooralsnog onvoldoende aandacht lijkt te worden besteed. Kreten als 'Amerikaanse toestanden' lijken vaak voldoende om een dusdanig schrikbeeld te creëren dat verdere onderbouwing voor de keuze voor niet-commerciële belangenbehartigers achterwege wordt gelaten. Daardoor worden niet alleen mogelijke voordelen van het Amerikaanse systeem uit het oog verloren, maar ook de verschillen tussen de rechtssystemen genegeerd. Elementen zoals juryrechtspraak en *punitive damages* (met een publiek handhavingsdoel) kunnen in de Verenigde Staten immers onvergelijkbaar hoge schadevergoedingen veroorzaken, met de bijbehorende prikkels voor juridische dienstverleners.^[54] In dat licht zijn er redenen om commercieel opererende belangenbehartigers niet zonder meer met het badwater weg te gooien. Ik stip een drietal aan.

Allereerst de keerzijde van de aversie tegen *entrepreneurial lawyering*: wie treedt op namens de benadeelde partijen wanneer tegenover de proceskosten en -risico's geen financiële beloning staat? Collectief verhaal kan kostbaar en risicovol zijn, gelet op de schaal en complexiteit van massaschadezaken en het aantal partijen dat daarbij betrokken is. De kosten en financiering van collectief verhaal vormen dan ook een significante drempel voor het goed functioneren ervan.^[55] Het is de vraag of non-profitbelangenbehartigers, zoals de Consumentenbond, voldoende in staat zijn deze drempel te verlagen. Zij beschikken mogelijk niet over voldoende budget en/of treden niet bij elke (soort) massaschade op.^[56] Met een kartrekker die (een deel van) de kosten voorfinanciert en/of het procesrisico opvangt, bijvoorbeeld door middel van een resultaatgerelateerde beloning, wordt de financiële drempel verlaagd en daarmee de toegang tot het recht verhoogd. En dat laatste lijkt nu juist het doel te zijn van privaatrechtelijke verhaal van collectieve schade – met als bijkomend voordeel dat de schadeveroorzakende partij wordt geconfronteerd met de consequenties van haar gedrag.^[57]

'Even non-profit organizations live on earth and are not angels'.^[58] Stürner stelt dat belangenconflicten tussen een belangenbehartiger en individuele benadeelden weliswaar minder ernstig zullen zijn dan tussen op winst gerichte advocaten en benadeelden, maar dat elke belangenbehartiger financiële prikkels nodig heeft om tot belangenbehartiging over te (kunnen) gaan. Daar komt bij dat een non-profitorganisatie ook andere belangen heeft die kunnen conflicteren met die van de benadeelde. Zeker wanneer sprake is van een procesmonopolie voor belangenbehartigers.^[59] Zo kunnen politiek of ideologisch gekleurde beslissingen evengoed in strijd zijn met de economische belangen van benadeelden. Voor een adequate belangenbehartiging pleit Faure daarom voor een markt waarin verschillende belangenbehartigers elkaar beconcurreren.

Ten derde kunnen aan de *principal agent* theorie argumenten worden ontleend om vertegenwoordigers juist wél een winst oogmerk toe te staan.^[60] Van een *agency* relatie is sprake wanneer een *principal* (zoals een groep benadeelden)^[61] profiteert van de inspanningen van een *agent* (zoals een belangenbehartiger) die een bepaalde taak met zorg en inspanning verricht in ruil voor betaling door de *principal*. De theorie is gebaseerd op de veronderstelling dat de *principal* en de *agent* een verschillend belang nastreven. De benadeelde beschikt evenwel niet over (voldoende) informatie om de kennis, inspanningen en het doel van de belangenbehartiger te observeren, beoordelen en controleren (is de vordering haalbaar, is de organisatie voldoende professioneel, welke inspanningen moet deze verrichten om de vordering na te streven, wat zijn de kosten van deze inspanningen, enzovoorts). Er is dus sprake van een informatie-asymmetrie. Als gevolg daarvan kan de *agent* worden verleid om zijn taak tegen een minimuminspanning te verrichten of om anderszins in strijd met het belang van de benadeelde te handelen, bijvoorbeeld door meer of minder rechtsbijstand te bieden dan nodig is. De *principal agent* theorie richt zich op het vaststellen van het meest efficiënte contract door de ongelijkwaardigheid te verbeteren of de uiteenlopende belangen nader tot elkaar te brengen.^[62] Enerzijds kan worden geïnvesteerd in toezicht op de *agent* (*behaviour-based contracts*), anderzijds kan het contract zodanig worden ontworpen dat de beloning afhankelijk is van de uitkomst (*outcome-based contracts*).^[63] Als de inspanningen van de *agent* moeilijk waarneembaar zijn – wat

in een massaschadezaak het geval zal zijn – kan een resultaatgerelateerde beloning efficiënter zijn dan het beïnvloeden van het gedrag van de agent.^[64] Een dergelijke beloning creëert een gezamenlijk in plaats van een tegengesteld belang: een zo hoog mogelijke compensatie. Volgens Ulen bestaat consensus dat in massaschadezaken een resultaatafhankelijke beloning de meer efficiënte methode van beloning is.^[65] Sommige rechtseconomen stellen dat een gedeeltelijke compensatie van de benadeelden gecombineerd met een grote opbrengst voor de vertegenwoordiger zelfs noodzakelijk is voor reallocatie van de kosten en risico's die aan collectief verhaal verbonden zijn.^[66]

Met dit alles bedoel ik niet te zeggen dat commerciële belangenbehartigers zonder beperkingen tot de markt moeten worden toegelaten. Er zijn echter vele waarborgen denkbaar om de gevreesde (Amerikaanse) misstanden tegen te gaan; waarborgen die tot op heden wellicht onvoldoende benut zijn gebleven. De Claimcode kan van tanden worden voorzien.^[67] Gedacht kan worden aan tuchtrechtelijke,^[68] civielrechtelijke^[69] of zelfs strafrechtelijke^[70] sancties. Ook kan de vraag worden opgeworpen of een claimstichting die een collectieve actie onderneemt en daartoe geld inzamelt, niet een financiële instelling is waarop de Wft-vergunningseis van toepassing is.^[71] Ook een actieve rol van de rechter bij de toetsing van het belang van de representatieve organisatie kan uitkomst bieden, zoals toetsing van de totstandkoming, inhoud en redelijkheid van de bedongen vergoeding voor een financieringsovereenkomst.^[72]

Kortom, voldoende redenen om op dit punt de Europese beginselen kritisch te benaderen, lijkt mij.

5. Ter afronding

De vraag of de huidige Nederlandse regelgeving in de pas loopt met de Europese beginselen die zien op de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid van belangenbehartigers die een representatieve vordering instellen, beantwoord ik overwegend bevestigend. Voor het toekomstige debat over de openstelling van de collectieve actie voor een schadevergoedingsvordering heb ik wat betreft de procesbevoegdheid en ontvankelijkheid enkele verschillen geduid: de aanwijzing of (ambtshalve) certificering van de representatieve organisatie en het aantonen van de (oorsprong van haar) financiële middelen.

De vraag die mijns inziens aan discussies over nadere regulering van commerciële belangenbehartigers zou moeten voorafgaan, is of dit ten goede komt aan de effectiviteit van collectief verhaal. Het standpunt van Nederland dat Europese (wetgevende) initiatieven voor collectief verhaal niet in de weg moeten staan aan effectieve en efficiënte nationale mechanismen,^[73] lijkt mij gelet op het niet-bindende karakter van de beginselen vooralsnog geen riskante insteek, maar bovenal een belangrijke reden om kritisch naar het verbieden van een commercieel belang te kijken.

Bij de verdere keuzes over de nationale toepassing en invulling van de Europese beginselen zal de wenselijkheid van een eigen commercieel belang van belangenbehartigers ongetwijfeld (opnieuw) aan de orde komen. Voor de uiteindelijke beantwoording daarvan is onder meer een beter begrip nodig over de invloed van kosten en financiering op de werking van collectief verhaal.^[74] Daarbij kan uiteraard inspiratie worden gevonden in, maar niet eenvoudigweg worden verwezen naar 'Amerikaanse toestanden'. Uiteindelijk zal het erom gaan een goede balans te vinden tussen benadeelden die een kreet van vreugde slaken ('Zelf hoefde ik niets te doen! De 'beloning' voor EU-claim is een schijntje, als je ziet wat er bereikt wordt')^[75] en de benadeelde die van haar schadevergoeding een aanzienlijk groter gedeelte dan verwacht ziet opgaan aan de vergoeding aan haar advocaat of belangenbehartiger.^[76] Het wordt ongetwijfeld een interessante voortzetting van de ontdekkingsreis.

Voetnoten

Voetnoten

[1] Citeerwijze: I. Tillema, 'De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?', *NTBR*

- 2014/23, afl. 5.I. Tillema is promovenda aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.
- [2] Zie bijvoorbeeld de *Converium* uitspraken: Hof Amsterdam 12 november 2010 en 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908 en BV1026 (*Converium I* en *II*). De Minister van Veiligheid en Justitie heeft de WCAM bestempeld als 'mogelijke inspiratiebron voor Europese ontwikkelingen die onder de aandacht van Europa moet blijven worden gebracht'; Kamerstukken II 2008 /09, 31762, 1, p. 8.
- [3] W.J.J. Los, 'Toepassing van de WCAM – bespiegelingen over de rol en taak van de rechter', in: W.J.J. Los e.a. (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (NVvP, nr. 28), Den Haag: BJu 2013, p. 31.
- [4] Aldus de Minister van Veiligheid en Justitie, zie Kamerstukken II 2011 /12, 33126, 3, p. 4.
- [5] *Kamerstukken II 2008/09*, 31762, 1, p. 4. Sinds 2005 zijn zes collectieve schikkingen verbindend verklaard. Een verzoek tot verbindendverklaring van de DSB-regeling is thans aanhangig, zie de documenten op www.dsbcompensatie.nl/wcam-egeling/documenten/.
- [6] Wet van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 255 en inwerkingtredingsbesluit van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 256. Zie o.a. C. Klaassen, 'De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade "en nog wat van die dingen"', *AA* 2013, afl. 9, p. 627-639; N. Frenk, 'De rechter als facilitator van schikkingen' in: N. Frenk, P.K. Nihot & P.N. Wakkie, *Proces op Maat* (NVvP, nr. 27), Den Haag: BJu 2012, p. 11-20; D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012, afl. 2, p. 33-42; J.W.A. Biemans, 'Collectieve afwikkeling van massaschade in faillissement', *MvV* 2012, afl. 11, p. 317-326; B.J. de Jong, 'Herziening van de Wcam en het collectief actierecht', *Ondernemingsrecht* 2011/60; B.W.G. van der Velden, 'Juridische afwikkeling massaschade nu (bijna) perfect', *TOP* 2011, afl. 6, p. 243-246; T. Arons, 'De failliete boedel als collectieve afwikkeling bij uitstek? Een update over ontwikkelingen in verhaal en afwikkeling van schade op collectief niveau', *FR* 2011, afl. 12, p. 384-38 en M.A. de Jong Schouwenburg, 'Preprocessuele comparitie', *VR* 2011/103.
- [7] De wetwijziging introduceert verder onder andere de preprocessuele comparitie en de mogelijkheid om binnen een faillissement gebruik te maken van de WCAM.
- [8] Recommendation 2013/396/EU en Communication COM(2013)401 final.
- [9] Kamerstukken II 2011 /12, 33000, XIII, p. 14 (*motie Dijksma*), Kamerstukken II 2012 /13, 995, p. 2, Kamerstukken II 2012 /13, 33695, 2, p. 16 en *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 614, p. 2.
- [10] Public Consultation SEC (2011) 173 final, p. 3.
- [11] Zie in het bijzonder het Groenboek en Witboek over schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 en COM(2008)165, en het Groenboek over collectief verhaal voor consumenten, COM(2008)794.
- [12] Zie B. Hess e.a., 'Evaluation of contributions to the public consultation and hearing: "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress"', 2011, beschikbaar op ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/study_heidelberg_overview_en.pdf. Zie over de actieve lobby o.a. de speeches van Diana Wallis, voormalig vicepresident van het Europees Parlement, beschikbaar op dianawallis.wordpress.com ('Matching the desire for access to justice with the political realities in Brussels' en 'EU law-making: a political art or a legislative science'); en J.S. Kortmann & C.R.A. Swaak, 'The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States are (Right to be) Less Than Enthusiastic', *European Competition Law Review* 2009, afl. 7, p. 340-351; en over de totstandkoming van de aanbeveling en mededeling C. Hodges, 'Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Sqibb?' *Journal of Consumer Policy* October 2013, DOI 10.1007/s10603-013-9242-0.
- [13] Naast de aanbeveling en mededeling is eveneens een voorstel uitgebracht voor een richtlijn voor mededingingsrechtelijke inbreuken en schade, COM(2013) 404 final. De voorgestelde richtlijn is van toepassing op individuele en/of collectieve schadevergoedingsacties en verplicht niet tot het invoeren van een collectieve actie indien deze niet beschikbaar is in een lidstaat. Voor het overige bevat het voorstel geen bepalingen met betrekking tot collectief verhaal en zal hierna daarom onbesproken blijven. Zie over het voorstel B.J. Drijber, 'Het Richtlijnvoorstel over schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Ondernemingsrecht* 2013/98.
- [14] Communication, p. 10.
- [15] Zie bijvoorbeeld de studie van het Europees Parlement *Overview of existing collective redress schemes in*

- EU Member States*, IP/A/IMCO/NT/2011-16, p. 5 en R. Money-Kyrle & C. Hodges, 'European Collective Action: Towards Coherence?', *Maastricht Journal* 2012, afl. 4, p. 477 e.v.
- [16] Ik laat in dit artikel de vordering tot staking van onwettig gedrag buiten beschouwing.
- [17] Zoals subjectieve cumulatie en procederen op basis van een volmacht of lastgeving. Zie voor een uitgebreid overzicht van de 'traditionele' mogelijkheden N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen (Preadvis voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland)', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2003, afl. 4, p. 1418-1423.
- [18] Dit is een specifiek toepassingsgebied dan dat van de huidige collectieve actie of van collectief verhaal zoals bedoeld in de aanbeveling. Op dat verschil ga ik hier verder niet in.
- [19] Vgl. D. Fairgrieve and G. Howells, 'Collective Redress Procedures – European Debates', *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, April 2009, p. 382-383.
- [20] C. Hodges & A. Stadler, 'Introduction', in: C. Hodges & A. Stadler (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 9.
- [21] Communication, p. 10.
- [22] B. Hess e.a., *Evaluation of contributions to the public consultation and hearing: "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress"*, 2011, beschikbaar op ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/study_heidelberg_summary_en.pdf (Executive Summary), p. 12.
- [23] *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 5.
- [24] Gebaseerd op informatie op de website van de belangenbehartiger, loterijverlies.nl, en volkskrant.nl/vk/nl/2664/Nieuws/archief/article/detail/354817/2009/08/14/Loterijverlies-nl-voor-een-tweede-gok.dhtml.
- [25] Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587. Staatloterij heeft cassatie ingesteld tegen deze uitspraak, zie nieuws.nederlandsestaatsloterij.nl/cassatieberoep/.
- [26] Zie hierover o.a. J.M.K.P. Cornegoor, 'Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen' en J.H. Lemstra, 'Belangenorganisaties als procespartij', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 13-53; en W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen VBR), Deventer: Kluwer 2010, p. 167-177.
- [27] N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorne, 'De constructie van een massaclaim', *RM Themis* 2007, afl. 2, p. 54.; J.H. Lemstra, 'Belangenorganisaties als procespartij', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 40.
- [28] Een zelfreguleringsinstrument voor 3:305a-organisaties. De Claimcode is beschikbaar op consumentenbond.nl/morello-bestanden/pdf-algemeen-2013/compljunclaimcodecomm2011.pdf. Zie ook J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument Zelf-regulering claimstichtingen', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2010, afl. 6, p. 158-163.
- [29] Aldus D.F. Lunsingh Scheurleer en J.H. Lemstra in hun bijdrage aan het Van der Heijden-congres, zie J. Barneveld, 'Relativering van de rechtspersoonlijkheid – Van der Heijden congres 2011', *Ondernemingsrecht* 2012/61, paragraaf 8.
- [30] *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3, p. 4-5 en 12.
- [31] Communication, p. 10.
- [32] *Kamerstukken II* 2012/13, 22112, 1663 (politiek fiche), p. 4.
- [33] Cf. de Richtlijn 1998/27/EG van 11 juni 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, op grond waarvan een lidstaat een instantie die volgens de criteria van haar eigen recht bevoegd is om in rechte voor de collectieve belangen van consumenten op te komen, op een lijst van de Europese Commissie kan laten plaatsen waarmee die instantie bevoegd is om bij een grensoverschrijdende inbreuk in andere lidstaten een verbodsactie ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten in te stellen. Voor Nederland staat alleen de Consumentenbond op deze lijst.
- [34] I.N. Tzankova, M.J. Plomp & T. Raats, 'Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa', *M&M* 2013, afl. 6, p. 185.

- [35] Communication, p. 11.
- [36] Vgl. D.F. Lunsingh Scheurleer, 'Enkele gedachten omtrent wenselijk procesrecht in collectieve acties en schikkingen', in: W.J.J. Los e.a., *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (NVvP nr. 28), Den Haag: BJu 2013, p. 38-39.
- [37] Wetsontwerp tot invoeging van titel 2 "Rechtsvordering tot collectief herstel" in boek XVII "Bijzondere gerechtelijke procedures" van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St. Kamer 2013-14*, nrs. 53-3300/001 en 53-3301/001, zie hoofdstuk 2. De procedure. Afdeling 1. De ontvankelijkheidsfase.
- [38] Art. 2:26 lid 3 BW voor de vereniging en art. 2:285 lid 3 BW voor de stichting.
- [39] *Kamerstukken II 2011/12*, 33126, 3, p. 5.
- [40] *Kamerstukken II 2011/12*, 33126, 3, p. 12 e.v. en *Kamerstukken II 2012 /13*, 33126, 7, p. 10 e.v.
- [41] *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 20.
- [42] M.J. van der Heijden, 'Adempauze (II)', *NTBR 2011/61*, afl. 8.
- [43] *Kamerstukken II 2011/12*, 33126, 3, p. 12.
- [44] *Kamerstukken II 2012/13*, 33126, 7, p. 10 en 19.
- [45] Zie het verantwoordingsdocument bij de Claimcode, p. 10.
- [46] Vgl. ook I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, met name p. 163-166.
- [47] Overweging nr. 21 in de preambule van de aanbeveling.
- [48] Zoals de vragen hoe de rechter aan voldoende en juiste informatie komt en wat de belangen van de rechter zijn. Zie o.a. W.J.J. Los, 'Toepassing van de WCAM – bespiegelingen over de rol en taak van de rechter', in: W.J.J. Los e.a. (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (NVvP, nr. 28), Den Haag: BJu 2013, p. 13-33; (met verdere literatuurverwijzingen:) M. Faure, 'CADR and settlement of claims – a few economic observations', in: C. Hodges & A. Stadler (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 58 e.v.; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007; en I. Giesen, 'De rol van de rechter bij massaschade: maatwerk of partijautonomie? Een noot van een scepticus', *NJB 2007/2128*, afl. 41, p. 2613-2614.
- [49] *Kamerstukken II 1992/93*, 22486, 5, p. 16.
- [50] *Kamerstukken II 2011 /12*, 33126, 3, p. 12.
- [51] Zie ook Hof Amsterdam in de al aangehaalde Staatsloterijzaak, dat oordeelde dat, gelet op het aantal gedupeerden dat zich had aangesloten bij de belangenbehartiger, geen sprake was van misbruik van de collectieve actie, ook al zouden commerciële belangen van de achterliggende B.V. en haar indirecte oprichter (en het omzeilen van het *no cure no pay* verbod) mede een rol spelen (voetnoot 24, r.o. 2.4).
- [52] *Kamerstukken II 2012/13*, 33126, 7, p. 9.
- [53] M.-J. van der Heijden, 'Adempauze (II)', *NTBR 2011/61*.
- [54] Zie J.C. Coffee Jr., 'Litigation Governance: Taking Accountability Seriously', *Columbia Law Review* 2010, afl. 2, p. 291.
- [55] Rapport Civic Consulting (Lead) and Oxford Economics in 2008 (in opdracht van DG SANCO), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Final report – Part I: Main report*, beschikbaar op ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf.
- [56] I.N. Tzankova, 'Funding of Mass Disputes: Lessons From the Netherlands', *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-2012, afl. 3, p. 559. Vgl. ook G. Howells, 'Collective Consumer Redress Reform – Will It Be a Paper Tiger?', in: F. Cafaggi & H.W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 329 e.v.
- [57] Vgl. I.N. Tzankova, 'Funding of Mass Disputes: Lessons From the Netherlands', *Journal of Law, Economics & Policy* 2011-2012, afl. 3, p. 550; S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, 'Financing and group litigation', in: M.L. Tuil & L. Visscher (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 57-91; en Lord Justice Jackson, *Review of Civil Litigation Costs, Final Report*, Norwich: TSO 2010, p. 117.

- [58] R. Stürner, 'The role of judges and lawyers in collective actions; equality among parties; conflicts of interest', in: *Procesos Colectivos – Class Actions*, I International Conference & XXIII Iberoamerican Procedural Law Convention, Buenos Aires June 2012, p. 84.
- [59] M. Faure, 'CADR and settlement of claims – a few economic observations', in: C. Hodges & A. Stadler (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 50; S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, 'Financing and group litigation', in: M.L. Tuil & L. Visscher (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 71.
- [60] Zie (met verdere literatuurverwijzingen) o.a. S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, 'Financing and group litigation', in: M.L. Tuil & L. Visscher (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 64-65; E.A. Posner, 'Agency Models in Law and Economics (Coase Lecture Winter 2000)', *Chicago Working Paper in Law and Economics*, beschikbaar op law.uchicago.edu/files/files/92.EAP_Agency.pdf; L. Visscher, 'Gedrag van advocaten', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 37 e.v.
- [61] Collectief verhaal wijkt af van de klassieke *principal agent* relatie omdat er meerdere *principals* zijn. Diens belangen kunnen onderling verschillen en zelfs conflicteren (zie hierover I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for Consumers of Financial Services: Collective Redress and Improvement of Class Representation', *European Journal of Consumer Law* 2010, p. 126 e.v.). Posner stelt echter dat zelfs wanneer dergelijke complicaties in acht worden genomen, de basisprincipes van het model gelden; zie E.A. Posner, 'Agency Models in Law and Economics (Coase Lecture Winter 2000)', *Chicago Working Paper in Law and Economics*, p. 6. Ik ga hier ervan uit dat de benadeelden hetzelfde belang hebben, te weten een zo hoog mogelijke vergoeding en dat daarom de theorie kan worden toegepast op collectief verhaal.
- [62] K.M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review', *The Academy of Management Review* 1989, afl. 1, p. 58.
- [63] K.M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review', *The Academy of Management Review* 1989, afl. 1, p. 61; E.A. Posner, 'Agency Models in Law and Economics (Coase Lecture Winter 2000)', *Chicago Working Paper in Law and Economics*, p. 5; T.S. Ulen, 'An introduction to the law and economics of class action litigation', *European Journal of Law and Economics* 2011, afl. 2, p. 192.
- [64] N. Rickman, 'The Economics of Contingency fees in Personal Injury Litigation', *Oxford Review of Economic Policy* 1994, afl. 1, p. 36; S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, 'Financing and group litigation', in: M.L. Tuil & L. Visscher (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 70.
- [65] T.S. Ulen, 'An introduction to the law and economics of class action litigation', *European Journal of Law and Economics* 2011, afl. 2, p. 194. Ook Tzankova pleit ervoor resultaatafhankelijke afspraken te overwegen, zie I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 195 (aanbeveling 13).
- [66] A. Cassone & G.B. Ramello, 'Private, club and public goods: the economic boundaries of class action litigation', in: J.G. Backhaus, A. Cassone & G.B. Ramello, *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 124.
- [67] Zie over de regulering van ad hoc belangenbehartigers W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen VBR), Deventer: Kluwer 2010, p. 176; en specifiek over de Claimcode B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010/46; M.L.M.N. Heltzel, 'Checks and balances bij belangenorganisaties', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2012, afl. 5, p. 148-156; en E. Bauw & T. Bruinen, 'Slow start of veeg teken?', *NJB* 2013/140, afl. 3.
- [68] Vgl. Raad van Discipline Amsterdam 3 november 2009, YA0093, r.o. 4.5, en van 19 juli 2010, YA0864.
- [69] Zoals art. 237 Rv en art. 3:13 BW.
- [70] T.S. Ulen, 'An introduction to the law and economics of class action litigation', *European Journal of Law and Economics* 2011, afl. 2, p. 201.
- [71] In 2009 stelde de AFM dat de activiteiten van enkele DSB-claimstichtingen onder voorwaarden zouden kunnen worden aangemerkt als vergunningsplichtige activiteiten, zie

volkskrant.nl/vk/nl/2680/Economie/article/detail/362397/2009/11/23/AFM-DSB-clubs-opereren-buiten-de-wet.dhtml; en de reactie hierop van de Minister van Financiën op rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/03/09/kamervragen-over-uitspraak-van-de-afm-over-belangenorganisaties-van-dsb-geduceerden.html.

- [72] Vgl. W.H. van Boom, 'Quota pars litis'-financieringsovereenkomst; betrokkenheid advocaat. Annotatie bij Hof Amsterdam 13 december 2011, *LJN BU8763*, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2012, afl. 2, p. 69-77 en J.R. Macey & G.P. Miller, 'Judicial Review of Class Action Settlement', *Journal of Legal Analysis* 2009, afl. 1, p. 167-205. Zie ook Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*), r.o. 6.5.1-6.5.8; I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for Consumers of Financial Services: Collective Redress and Improvement of Class Representation', *European Journal of Consumer Law* 2010, p. 124; en I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 163.
- [73] Kamerstukken II 2012 /13, 22112, 1663 (politiek fiche).
- [74] Vgl. ook het 'experiment resultaatgerelateerde beloning voor advocaten', zie o.a. Kamerstukken II 2012 /13, 33695, 2, p. 17.
- [75] Zie euclaim.nl.
- [76] Vgl. Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8763. Tegen deze uitspraak is cassatie is ingesteld, zo blijkt uit HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0721.