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

Rapport tbv het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum

SAMENVATTING

25 juni 2023

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

Mmv Michael FitzGerald en assistentie van Edine Apeldoorn

SAMENVATTING

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

1. ACHTERGROND EN AANLEIDING

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

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

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

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

commerciële procesfinanciering wenselijk en haalbaar zouden kunnen zijn. Een revolverend processenfonds is daar een belangrijk voorbeeld van. Een dergelijk fonds is ook voorgesteld in een eerdere WODC-studie naar de modernisering van het procesrecht in het licht van Big Data.

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

2. PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

De probleemstelling die in het onderzoek centraal staat is tweeledig:

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

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

A. Nut en noodzaak van een (revolverend) processenfonds

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. ONDERZOEKSMETHODEN EN RAPPORTAGE

3.1 Onderzoeksmethoden

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

(1) Deskresearch

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

(2) (Rechts)vergelijking

In aanvulling op het deskonderzoek, is uitgebreider onderzoek gedaan naar vergelijkbare processenfondsen in andere landen, waarvan Canada (Ontario en Quebec) en Israël als de belangrijkste jurisdicties zij geselecteerd. Dit zijn vooralsnog de enige jurisdicties die over dergelijke fondsen beschikken en waarmee een noemenswaardige ervaring is opgedaan. Het onderzoek is

gebaseerd op bestudering van relevante regelgeving, jurisprudentie en literatuur in deze landen. In aanvulling hierop en ter verificatie hebben een viertal interviews plaatsgevonden met acht experts uit deze landen. Dit deel van het onderzoek geeft een antwoord op de vraag naar vergelijkbare processenfondsen in het buitenland en in hoeverre deze zich voor een soortgelijke implementatie in Nederland lenen en geeft eveneens inzichten in de wijzen van financiering, voor- en nadelen en nadere inrichting van een eventuele processenfonds.

(3) Empirisch onderzoek

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

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

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

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

3.2 Opzet onderzoeksrapportage

De onderzoeksrapportage is grotendeels opgezet op basis van de verschillende onderzoeksbronnen en methoden, zoals hierboven beschreven. Omdat de daaruit voortvloeiende deelrapportages op zichzelf meerwaarde hebben, is besloten deze in het geheel op te nemen en niet gefragmenteerd op basis van de onderzoeksvragen. Hoofdstuk 2 bevat het deskonderzoek naar de WAMCA, financiering

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

4. BELANGRIJKSTE BEVINDINGEN

4.1 Financieringsmogelijkheden en financieringsbeeld WAMCA

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

4.2 Marktontwikkelingen commerciële procesfinanciering en collectieve acties

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

4.3 Regulering van procesfinanciering door commerciële derden

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

4.4 Kosten verbonden aan collectieve acties

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

4.5 Problemen bij financiering collectieve acties

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

4.6 Mogelijke oplossing (revolverend) fonds

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

het revolverende fonds zullen moeten vullen. Een oordeel hierover is op dit moment prematuur. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek kwam ook naar voren dat publieke processenfondsen niet haaks staan op commerciële derdenfinanciering, maar juist baat kunnen hebben bij het bestaan van een gezonde concurrentie.

4.7 Processenfondsen in enkele andere landen

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

4.8 Voor- en nadelen processenfonds in Nederland en mogelijke inrichting

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

de complexiteiten rond en kosten van de organisatie van een dergelijk fonds. Deze praktische uitvoerbaarheidsvraag staat nog los van de vraag naar de noodzaak van een processenfonds.

4.9 Nut en noodzaak van een processenfonds

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

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

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

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

Onze conclusie kan als volgt worden samengevat. Een revolverend processenfonds dat niet afhankelijk is van overheidsmiddelen zou op dit moment volledig afhankelijk zijn van commerciële procesfinanciering en van ontwikkelingen in de rechtspraak onder de WAMCA. Onzeker is op dit

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

5. AANBEVELINGEN VERVOLGONDERZOEK

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

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

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

Vervolgonderzoek naar een aantal alternatieven voor een processenfonds is ook wenselijk. Genoemde mogelijke alternatieven zijn: (a) afschaffing of verlaging van de griffierechten in bepaalde categorieën zaken; (b) verruiming van gefinancierde rechtsbijstand, zodat ook representatieve belangenorganisaties in collectieve acties in aanmerkingen komen; (c) geen proceskostenveroordeling voor de belangenbehartiger bij een niet succesvolle actie, in het bijzonder wanneer er geen gebruik is gemaakt van commerciële procesfinanciering; (d) mogelijkheid van een reële proceskostenveroordeling ten behoeve van de succesvolle belangenorganisatie op grond van art.

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

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