

De WAMCA onder de loep genomen

*Mr. A.A.L. Oving**

1. Inleiding

In maart 2019 heeft de Eerste Kamer de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) aangenomen en per 1 januari 2020 is zij in werking getreden.¹ In deze bijdrage bespreek ik welke (procesrechtelijke) wijzigingen de WAMCA met zich brengt, en of de WAMCA de in de praktijk meest voorkomende knelpunten bij het afwickelen van massaschade ondervangt.

Het klassieke aansprakelijkheidsrecht is toegesneden op twee partijen. Enerzijds de partij die de schade heeft berokkend en anderzijds de partij die de schade heeft geleden. In het kader van massaschade ligt dit gecompliceerder. Massaschade wordt gedefinieerd als schade die veel personen treft en is veroorzaakt door één gebeurtenis of door meerdere gelijksoortige gebeurtenissen.² De afgelopen decennia is steeds meer behoefte ontstaan aan het collectief afwickelen van massaschade. Dat komt doordat er steeds meer belangen zijn die zich lenen voor bundeling. Het komt namelijk vaker voor dat rechtsrelaties worden gestandaardiseerd. Dit leidt vervolgens tot nagenoeg identieke problemen.³ Denk in dit kader aan een groot bedrijf dat voor al zijn klanten dezelfde algemene voorwaarden hanteert. Er kan een geschil rijzen met betrekking tot een bepaling in de algemene voorwaarden. Daar op veel overeenkomsten deze voorwaarden van toepassing zijn, zal het onderliggende probleem van een geschil met een partij vaker uitmonden in hetzelfde geschil met (veel) andere partijen.

Nederland kent verschillende wijzen om massaschade vergoed te krijgen. In deze bijdrage zal ik twee wijzen bespreken.⁴ De eerste wijze betreft de artikel 3:305a BW-procedure. In deze procedure stelt een belangenorganisatie een collectieve rechtsvordering in ten behoeve van haar achterban c.q. een groep benadeelden. De tweede wijze betreft de artikel 7:907 BW-procedure, die in het leven is geroepen bij het in werking treden van de WCAM, ook wel de WCAM-procedure genoemd. Op grond van de WCAM kan een belangenorganisatie een schikking treffen met een partij die zich committeert tot vergoeding van de geleden schade. Deze schikking kan vervolgens

verbindend worden verklaard door het gerechtshof Amsterdam.

Op 1 januari 2020 is de WAMCA in werking getreden. Hiermee is artikel 3:305a BW gewijzigd en is titel 14A Rv aan Boek 3 Rv toegevoegd. Titel 14a Rv betreft de titel van rechtspleging in zaken betreffende een collectieve actie en collectieve schadeafwikkeling. Hiermee is artikel 1018b- 1018m Rv toegevoegd.

Met deze wijzigingen gaat ons collectieveactierecht volledig op de schop. In deze bijdrage ga ik in op de vraag of de WAMCA de in de praktijk meest voorkomende knelpunten bij het afwickelen van massaschade ondervangt. De focus hierbij ligt op nationale massaschadeprocedures en benadeelden die woonachtig zijn in Nederland. Het Unierecht zal daarom niet worden besproken. In paragraaf 2 wordt het kersverse juridische kader besproken dat onder de WAMCA geldt. Vervolgens worden in paragraaf 3 de belangrijkste wijzigingen in kaart gebracht. In paragraaf 4 bespreek ik de door mij gesignaleerde knelpunten. In dit kader wordt besproken of de wetgever deze knelpunten heeft onderkend en heeft beoogd deze te ondervangen. Ook worden enkele kritische kanttekeningen bij de WAMCA geplaatst en enkele aanbevelingen gedaan, waarbij ik ook verwijs naar oplossingen voor de door mij gesignaleerde problemen in buitenlands recht. Tot slot concludeer ik in paragraaf 5.

2. Juridisch kader WAMCA

2.1 Artikel 3:305a BW

De WAMCA heeft onder andere voorzien in een wijziging van artikel 3:305a BW. Een belangenorganisatie kan – nog steeds – een rechtsvordering instellen ten behoeve van haar achterban indien zij de belangen van haar achterban ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd.⁵ De belangenorganisatie moet voldoende representatief zijn, waarbij gelet wordt op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen.⁶ Ook dient een belangenorganisatie aan bepaalde vereisten te voldoen. Denk hierbij onder andere aan een toezichthoudend orgaan, een internetpagina, voldoende middelen om de procedure te bekostigen en voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het instellen en voeren van de procedure.⁷ De belangenorganisatie dient aan te tonen dat zij over voldoende

* Mr. A.A.L. Oving heeft onlangs de master Privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam afgerond en is op dit moment werkzaam als advocaat bij Dentons te Amsterdam.

Deze bijdrage is gebaseerd op de masterscriptie van de auteur.

1. *Stb.* 2019, 447.
2. Zie art. 7:907 lid 1 BW.
3. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 2; *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 2 (MvT).
4. De figuren cessie en volmacht zullen buiten beschouwing worden gelaten.

5. Art. 3:305a lid 1 BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 1-2.

6. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT).

7. Art. 3:305a lid 2 sub a-e BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 2.

relevante expertise beschikt, dan wel daartoe toegang heeft.⁸ Dit wordt de representativiteitseis genoemd.

Op deze eis bestaat één uitzondering. Een belangenorganisatie behoeft niet aan de eisen van representativiteit te voldoen indien de vordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer gering financieel belang, of indien de aard van de ingestelde vordering daartoe aanleiding geeft.⁹ In dit kader kan worden gedacht aan de fameuze *Urgenda*-zaak, waarbij de Stichting Urgenda de Staat voor de rechter heeft gedaagd. Het gerechtshof Den Haag oordeelde in een spraakmakend arrest dat de Staat de op hem ingevolge artikel 2 (recht op (privé)leven) jo. artikel 8 (recht op familielevens) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) rustende zorgplicht schendt door niet per eind 2020 ten minste 25% van de CO₂-emissies te reduceren.¹⁰ De Hoge Raad heeft dit arrest op 20 december 2019 bekrachtigd.¹¹

Vervolgens geldt dat een belangenorganisatie pas ontvankelijk is indien zij geen winstoogmerk heeft en de ingestelde rechtsvordering een voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer.¹² Tot slot dient een belangenorganisatie alvorens een rechtsvordering in te stellen overleg te plegen met de verweerder.¹³ Het is vervolgens aan de rechter om te beoordelen of de belangenorganisatie in kwestie aan de ontvankelijkheidseisen voldoet.

2.2 Procesrechtelijk kader

Onder de WAMCA dient een centraal register te worden bijgehouden waarin alle collectieve vorderingen die worden ingediend vermeld staan.¹⁴ Belangenorganisaties dienen binnen twee dagen na indiening van hun dagvaarding aantekening te maken van hun vordering in dat register.¹⁵ Na het maken van de aantekening houdt de rechter de zaak drie maanden aan.¹⁶ Deze termijn geeft andere belangenorganisaties de mogelijkheid om ook een rechtsvordering in dezelfde procedure in te stellen.¹⁷ Het hoeft hierbij niet om dezelfde vordering te gaan.¹⁸ Vereist is wel dat het om dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis gaat.¹⁹ De vordering wordt door de rechter pas inhoudelijk behandeld indien voldoende aannemelijk is gemaakt dat het voeren van een collectieve procedure efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individue-

le vordering en niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de vordering blijkt.²⁰ Om te spreken van een efficiëntere en effectievere procedure dienen de te beantwoorden vragen voldoende gemeenschappelijk te zijn. Ook dienen de achterban en het financiële belang voldoende groot te zijn.²¹

Indien er meerdere belangenorganisaties zijn die een rechtsvordering instellen, wijst de rechter één daarvan als exclusieve belangenbehartiger aan.²² Bij deze aanwijzing neemt de rechter onder andere in ogenschouw wat de grootte van de achterban van de organisaties is en wat voor werkzaamheden de organisaties verrichten.²³ De uitverkorene behartigt vervolgens de belangen van alle benadeelden. Hieronder vallen dus ook de benadeelden die zijn aangesloten bij een andere belangenorganisatie. Daarnaast procedeert de exclusieve belangenbehartiger ook ten behoeve van de andere belangenorganisaties. De exclusieve belangenbehartiger en de overige belangenorganisaties waar hier over gesproken wordt, zijn slechts de organisaties die daadwerkelijk in eenzelfde collectieve procedure een vordering hebben ingesteld ten behoeve van hun achterban én die voldoen aan de ontvankelijkheidseisen. Vervolgens stelt de rechter vast ten behoeve van welke nauw omschreven groep belanghebbenden de exclusieve belangenbehartiger precies in de procedure zal optreden.²⁴ De nauw omschreven groep bestaat uit zowel de belanghebbenden die zich bij een belangenorganisatie hebben aangesloten als de belanghebbenden die dat niet hebben gedaan.

Nadat de exclusieve belangenbehartiger is aangewezen, kunnen belanghebbenden gebruik maken van hun eerste opt-outmogelijkheid. Dit houdt in dat zij kunnen laten weten niet gebonden te willen zijn aan de uitkomst van de procedure. De rechter stelt in een tussenuitspraak een opt-outtermijn, van minimaal een maand, vast.²⁵ Ook wordt na de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger een pauze in de procedure ingelast om een schikking te beproeven.²⁶ De rechter kan partijen ook bevelen een schikkingsvoorstel over te leggen.²⁷ Als partijen tot een schikking komen, moet deze in concept ter goedkeuring aan de rechter worden voorgelegd.²⁸ Dit concept moet voldoen aan de eisen die worden gesteld aan een WCAM-schikking.²⁹ Hierna stelt de rechter, mede aan de hand van de al dan niet gedane voorstellen, een collectieve schadeafwikkeling vast. Hij dient de schadevergoeding zo veel mogelijk in categorieën vast te stellen. Ook dient de rechter ervoor te zorgen dat de hoogte van de vergoedingen redelijk is en dat de belangen van de benadeelden die geen gebruik heb-

8. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 21 (MvT).

9. Art. 3:305a lid 6 BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 2-3.

10. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, AB 2018/417, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen.

11. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

12. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 24 (MvT).

13. Art. 3:305a lid 3 sub a-c BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 2.

14. Art. 3:305a lid 7 BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 3.

15. Art. 1018c lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 4.

16. *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 4.

17. Art. 1018d Rv; *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 38 (MvT).

18. Het kan bijv. voorkomen dat de vordering van de ene organisatie gebaseerd is op wanprestatie en de vordering van de andere organisatie op onrechtmatige daad.

19. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 41 (MvT).

20. Art. 1018c lid 5 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 4.

21. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39 (MvT).

22. Art. 1018e Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 5.

23. Art. 1018e lid 1 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 5.

24. Art. 1018e lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 5.

25. Art. 1018f lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 5-6.

26. Art. 1018g Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 7.

27. Art. 1018i Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 7-8; *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 51 (MvT).

28. Art. 1018h Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 7.

29. Zie art. 7:907 BW.

ben gemaakt van de opt-outmogelijkheid voldoende gewaarborgd zijn.³⁰

De uitspraak van de rechter bindt naast de partijen bij de procedure (dus: de belangenorganisatie(s) en de verweerder(s)) ook de benadeelden die niet gebruik hebben gemaakt van hun eerste opt-outmogelijkheid.³¹ Dit tenzij de uitspraak een goedkeuring van een door partijen getroffen schikking betreft. In dat geval kunnen in Nederland woonachtige benadeelden gebruik maken van de hen toekomende tweede opt-outmogelijkheid.³² Indien de belanghebbenden geen gebruik maken van de eerste noch van de tweede opt-outmogelijkheid, zijn zij gebonden aan de uitkomst van de procedure. Benadeelden die op het moment van de uitspraak niet met hun schade bekend konden zijn, kunnen op een later moment nog opt-ouwen.³³

Alle niet in Nederland woonachtige benadeelden zijn niet automatisch gebonden. Zij kunnen gebruik maken van de hen toekomende opt-inmogelijkheid.³⁴ Tot slot geldt dat individuele procedures worden geschorst zolang de collectieve procedure loopt.³⁵

2.3 Overgangsrecht

De WAMCA is van toepassing op collectieve acties die zijn ingesteld op of na 1 januari 2020 en die betrekking hebben op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden op of na 15 november 2016.³⁶

3. Wijzigingen

3.1 Schadevergoeding in geld

De tweede zinsnede 'zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld' uit artikel 3:305a lid 3 BW is geschrapt. Het is derhalve mogelijk om schadevergoeding in geld te vorderen. Dit betreft een wezenlijke verandering. Hiermee is immers een weg geopend naar een collectieve actie waar schadevergoeding in geld kan worden gevorderd.³⁷

3.2 Bindend

Onder het oude recht was een uitspraak die de rechter deed in een procedure op grond van artikel 3:305a BW niet algemeen verbindend. Slechts de partijen in de procedure werden door de uitspraak gebonden. Er gold geen gezag van gewijsde voor

de individuele benadeelden.³⁸ Onder de WAMCA is de uitspraak van de rechter daarentegen ook algemeen verbindend voor hen die niet gebruik hebben gemaakt van hun opt-outmogelijkheden.

3.3 Aangescherpte voorfase

Onder de WAMCA geldt dat nadat de dagvaarding is ingediend en hiervan aantekening is gemaakt in het centrale register, de rechter de vordering zal toetsen alvorens deze inhoudelijk te beoordelen. Zowel het centrale register als deze voorfase is nieuw. De rechter dient te toetsen of de belangenorganisatie voldoet aan de ontvankelijkheidseisen, of zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het voeren van de geëntameerde collectieve procedure efficiënter en effectiever is dan individueel procederen, en of niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt.³⁹ In dit kader valt op dat de reeds bestaande ontvankelijkheidseisen flink zijn aangescherpt. Onder het oude recht gold slechts de eis dat de belangen van de achterban voldoende gewaarborgd zijn. Nu zal een belangenorganisatie aan veel meer eisen dienen te voldoen. Zo dient een belangenorganisatie voldoende representatief te zijn, dient zij aan te tonen dat zij over voldoende expertise beschikt om de procedure te voeren, en mag zij geen winstoogmerk hebben dat via de belangenorganisatie wordt gerealiseerd.

3.4 Schadeovereenkomst opstellen

Onder het oude recht was de rechter bevoegd te oordelen over een vordering die was ingesteld op grond van artikel 3:305a BW en daarnaast was hij bevoegd een schikking die hem was voorgelegd algemeen verbindend te verklaren. Sinds 1 januari 2020 mag de rechter (ook) een collectieve schadeafwikkeling vaststellen. De rechter stelt een wijze van schadeafwikkeling onder andere vast aan de hand van de door partijen ingediende voorstellen. Hiermee is het arsenaal van de rechter uitgebreid en de onderhandelingspositie van de belangenorganisaties versterkt. Immers, indien de verweerder niet wenst te schikken met de belangenorganisaties kunnen laatstgenoemden een rechtsvordering tot schadevergoeding in geld instellen bij de rechter.⁴⁰

3.5 Exclusieve belangenbehartiger

Onder oud recht kon in beginsel elke belangenorganisatie – die aan de voorwaarden van artikel 3:305a BW voldeed – een rechtsvordering instellen. Belangenorganisaties konden dit compleet los van elkaar doen. Onder de WAMCA worden vorderingen geconcentreerd in één procedure. Wel kunnen verschillende belangenorganisaties binnen diezelfde procedure

30. Art. 1018i lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 7-8.

31. Art. 1018k lid 1 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 9.

32. Art. 1018f lid 1 jo. art. 1018h lid 5 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 5-7; I. Tillema, 'Commerciële actoren in massaschadezaken: pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur', *AA* 2019, afl. 6, p. 508.

33. Art. 1018k lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 9.

34. Art. 1018f lid 5 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 9.

35. Art. 1018m Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 9.

36. Art. 119a Overgangswet nieuw BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 16.

37. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 16 (MvT).

38. Zie art. 236 Rv: 'Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht.' Hiermee wordt voorkomen dat over een eenmaal beslecht geschil wederom wordt geprocedeerd.

39. M.F.J.N. van Osch, 'De rol van de rechter in het wetsvoorstel massaschade in collectieve actie', *TvPP* 2018, afl. 4, p. 109.

40. T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, 'Op weg naar collectief schadeverhaal in het Nederlands recht', *Ondernemingsrecht* 2017/86, p. 2-3.

een vordering instellen. Uit de belangenorganisaties die een vordering hebben ingesteld, wijst de rechter de meest geschikte partij aan om als exclusieve belangenbehartiger op te treden. Het oude recht kende geen exclusieve belangenbehartiger noch een equivalent daarvan.

4. Knelpunten

In deze paragraaf worden de knelpunten besproken die het oude recht kende. Voor een goed begrip hiervan zullen voorbeelden uit de jurisprudentie worden gebruikt. Vervolgens zullen de redenen van invoering van de WAMCA worden besproken. Hierbij wordt bekeken of de WAMCA de in de praktijk voorkomende knelpunten ondervangt respectievelijk beoogt te ondervangen. Ook zullen enkele kritische kanttekeningen bij de WAMCA worden geplaatst en enkele aanbevelingen worden gedaan.

4.1 Malafide belangenorganisaties

Een eerste knelpunt betreft de kwaliteitsstandaard van belangenorganisaties. Het gaat hierbij met name om commerciële belangenorganisaties, omdat zij primair worden geleid door commerciële motieven.⁴¹ Belangenorganisaties betreffen stichtingen en verenigingen die in beginsel door eenieder kunnen worden opgericht.⁴² Er is geen extern toezicht op de bekwaamheid van de organisaties.

Een perfect voorbeeld van een malafide belangenorganisatie geeft ons het *Loterijverlies*-arrest.⁴³ Stichting Loterijverlies.nl had een zaak aangespannen tegen de Staatsloterij. Door de Hoge Raad werd vervolgens beslist dat de Staatsloterij haar klanten had misleid door de prijzen te trekken uit een pot waarin ook niet-verkochte loten zaten, terwijl zij naar het publiek in reclames over gegarandeerde prijzen sprak.⁴⁴ Stichting Loterijverlies.nl was door Loterijverlies B.V. opgericht met als doel het behartigen van de belangen van benadeelden van kansspelen. Vervolgens heeft de bestuurder van de stichting gelden via een ingewikkelde constructie doorgesluisd naar zichzelf. De rechter heeft het bestuur van de stichting geschorst en heeft een tijdelijk bestuurder aangewezen die

onderzoek moest doen naar de achtergrond van de schimmige financiële transacties.⁴⁵

Om de kwaliteit te waarborgen is in 2011 de Claimcode opgesteld, die in 2019 door een nieuwe versie is vervangen. Dit betreft een governancecode voor belangenorganisaties. Hierin worden eisen gesteld waar belangenorganisaties aan dienen te voldoen.⁴⁶ Belangenorganisaties houden zich echter doorgaans niet aan alle eisen. Dit komt doordat de Claimcode geen juridische status heeft, waardoor er geen reprimandes volgen op het moment dat een belangenorganisatie de eisen niet naleeft. De wetgever onderkent dit probleem en heeft dit met de WAMCA willen ondervangen.⁴⁷ Met de wijziging van artikel 3:305a BW heeft hij aanvullende ontvankelijkheidseisen geformuleerd en daarnaast zal in een collectieve procedure een exclusieve belangenbehartiger worden aangewezen om de belangen van de benadeelden te behartigen. Per procedure kiest de rechter de meest geschikte partij. Naar verwachting zijn met de aangescherpte ontvankelijkheidseisen en de komst van de exclusieve belangenbehartiger de problemen rondom de kwaliteit van belangenorganisaties ondervangen. Doordat een belangenorganisatie aan verschillende kwaliteitseisen dient te voldoen, kunnen we ervan uitgaan dat hiermee de vakkundigheid en integriteit zijn gewaarborgd. Bovendien kan de rechter de financiële constructie van de belangenorganisatie inzien en beoordelen. Hiermee wordt voorkomen dat commerciële motieven van een belangenorganisatie de overhand nemen.

Tegenover dit alles staat evenwel dat belangenorganisaties de afgelopen jaren ervoor hebben gezorgd dat veel benadeelden hun recht te gelde hebben kunnen maken waar zij dat individueel niet hadden gekund.⁴⁸ Naar mijn mening dient een rechter dit in ogenschouw te nemen bij zijn beoordeling of aan de ontvankelijkheidseisen is voldaan. De situatie dat de rechter de eisen zo strikt hanteert dat voor individuele benadeelden de toegang tot het recht wordt bedreigd, lijkt mij onwenselijk.⁴⁹ Gezien het feit dat de ontvankelijkheidseisen dusdanig zijn aangescherpt, en het voor kleinere belangenorganisaties lastig kan worden om daaraan te voldoen, dreigt dat te gebeuren. Voor hen kan het immers een te grote opgave zijn om te beschikken over een toezichthoudend orgaan, voldoende rechtsmiddelen en voldoende ervaring en deskun-

41. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3 (MvT); Tillema 2016; J. Nijland & D.O. Ohmann, 'Schorsing bestuurder Stichting Loterijverlies.nl', *MvO* 2016, afl. 8-9, p. 205-212; P. Broere, 'De Claimcode 2019', *Ondernemingsrecht* 2019/71; E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *TOP* 2016/564 (hierna: Bauw & Van der Linden 2016a); E. Bauw & T. van der Linden, 'Schone slaapsters', *NJB* 2016/1652; J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument "Zelfregulering claimstichtingen"', *FR* 2010, afl. 6, p. 158-163; I. Tillema, 'Commerciële actoren in massaschadezaken: pionieren tussen toegang tot het recht en claimcultuur', *AA* 2019, afl. 6, p. 337-346; *Asser Procesrecht/Giesen I* 2015/205; Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 15; Van Doorn, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:907 BW, aant. 3.4.

42. Zie bijv. <https://secure.woekerpolisclaim.nl>, www.platformaandelenlease.nl of www.fortisgroeiervermogenclaim.nl.

43. Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331 (*Loterijverlies*); Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210, *NJF* 2017/187 (*Loterijverlies*).

44. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, *NJ* 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staatsloterij/Loterijverlies*).

45. Nijland & Ohmann 2016, p. 205; Bauw & Van der Linden 2016a, p. 4.

46. Voor de specifieke eisen verwijs ik naar de Claimcode, die hier is te vinden: https://warehouse.budh.nl/system/assets/uploads/001/111/662/23f4d501a23fcl779865e822c7cc0c5a1b30345/Claimcode_2019_9789462906082_original.pdf.

47. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 5 en 12 (MvT); *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 6 (MvT).

48. F.W. de Geus, 'De collectieve schadevergoedingsactie: een effectief wapen voor claimstichtingen in oorlogstijd?', *TvOB* 2017, afl. 5, p. 185; K. Rutten, 'Art. 3:305a lid 2 BW schiet zijn doel voorbij', *MvV* 2015, afl. 11, p. 324.

49. Zie in dit kader ook W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen', *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 291-299. De auteurs menen dat het wetsvoorstel met het badwater ook het kind weggooit.

digheid ten aanzien van het instellen en voeren van een rechtsvordering.

4.2 'Stok achter de deur'

Een tweede knelpunt betreft het feit dat de belangenorganisatie bij het tot stand komen van een schikking – uiteraard – afhankelijk is van de instemming van de verweerder. Indien de verweerder niet wenst te schikken, staat de belangenorganisatie met lege handen. Ook wordt hiermee de onderhandelingspositie van de belangenorganisatie verzwakt. Doordat zij geen stok achter de deur heeft, kan zij minder eisen stellen. In de praktijk wordt de artikel 3:305a BW-procedure als schikkingsprikkel gebruikt.⁵⁰ De belangenorganisatie vordert in dat geval een verklaring voor recht dat een bepaalde gedraging een onrechtmatige daad oplevert. Indien de vordering wordt toegewezen, kan dit voor een verweerder een reden zijn om toch te willen schikken.

Een voorbeeld hiervan betreft de gerechtelijke procedure die ConsumentenClaim begin dit jaar tegen Achmea is gestart in het kader van de door Achmea uitgegeven woekerpolis.⁵¹ Nadat Achmea had doen blijken niet te willen schikken, is zij op 3 januari 2019 gedagvaard. Indien de rechter oordeelt dat Achmea onrechtmatig heeft gehandeld, kan deze uitspraak als schikkingsprikkel fungeren.

Het nadeel hiervan is dat een dergelijke procedure jaren kan duren. Ook kan het zijn dat een verweerder hierna nog steeds niet bereid is om te schikken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien hij niet vreest voor individuele procedures, omdat de individuele vorderingen betrekkelijk gering zijn.⁵² In dat geval zal een belangenorganisatie (of de benadeelde) toch individueel moeten gaan procederen,⁵³ en in individueel verband kan de procedure nog stranden op de andere vereisten van artikel 6:162 BW.⁵⁴ Het oordeel dat een bepaalde gedraging een onrechtmatige daad oplevert, is immers niet voldoende. De wetgever onderkent dit probleem en heeft dit met de WAMCA willen ondervangen.⁵⁵ Sinds 1 januari 2020 kan een belangenorganisatie een vordering tot schadevergoeding in geld instellen en kan de rechter zelfstandig een collectieve schadeafwikkeling vaststellen.⁵⁶ Naar verwachting wordt hiermee het probleem ondervangen. Een belangenorganisatie is immers niet langer afhankelijk van de instemming van de verweerder.

50. *Kamerstukken II* 2008/09, 31762, nr. 1, p. 4.

51. Een woekerpolis is een verzekering waar te hoge kosten op worden ingehouden. Normaliter komt dit voor bij verzekeringen waarbij in aandelen wordt belegd. Dit heeft tot gevolg dat er op de einddatum van de verzekering te weinig geld beschikbaar is, waardoor de polishouder in geldnood komt. In Nederland hebben (relatief) veel consumenten een woekerpolis afgesloten.

52. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4 (MvT).

53. M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, HIII.14.2.1.

54. '1. Hij die jegens een ander een *onrechtmatige daad* pleegt, welke hem kan worden *toegerekend*, is verplicht de *schade* die de ander *dientengevolge* lijdt, te vergoeden.'

55. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

56. Art. 1018i Rv.

De vraag die in dit kader rijst, is *hoe* de rechter een schadeafwikkeling dient vast te stellen.⁵⁷ De wetgever geeft op dit punt slechts aan dat de toegekende schadevergoeding redelijk dient te zijn.⁵⁸ Smechuijzen en Verheij achten dit niet in overeenstemming met ons huidige schadevergoedingsrecht, waar schade in zijn geheel vergoed dient te worden en een redelijke vergoeding niet voldoende wordt geacht.⁵⁹ Bepleitbaar is echter dat benadeelden genoeg dienen te nemen met (slechts) een redelijke vergoeding. Collectieve afwikkeling leent zich immers niet voor individuele vaststelling van de schadeomvang.⁶⁰ Hiermee zou het voornaamste voordeel van collectieve afwikkeling, te weten het relatief eenvoudig en snel afwikkelen van massaschade, worden ondermijnd. Betoogd kan worden dat dit dan ook de reden is dat de wetgever in dit kader (slechts) spreekt van een redelijke vergoeding.

4.3 Finaliteit

Een derde knelpunt betreft het ontbreken van finaliteit na het verbindend laten verklaren van een schikking of het ontvangen van een vonnis in een artikel 3:305a BW-procedure.⁶¹ De opt-outmogelijkheid bij de WCAM-procedure en het feit dat voor benadeelden geen gezag van gewijsde bestond bij de artikel 3:305a BW-procedure zorgen ervoor dat er een versnippering van procedures kan ontstaan. Allerlei individuele benadeelden kunnen een procedure entameren, waardoor er bij verschillende gerechten verschillende procedures lopen over (nagenoeg) dezelfde schade.

In het kader van de WCAM bestaan er enkele onzekerheden die in de weg kunnen staan aan finaliteit. Allereerst is het vaak onzeker hoeveel gedupeerden er zijn. Dit zorgt ervoor dat een verweerder zich niet wil committeren tot een vergoeding per benadeelde, aangezien de kosten hoog kunnen oplopen op het moment dat er meer benadeelden dan verwacht claimen onder de schikking. Belangenorganisaties willen echter een zo hoog mogelijk bedrag overeenkomen om ervoor te zorgen dat indien meer benadeelden dan verwacht onder de schikking claimen en het bedrag pro rata zal moeten worden verdeeld, er niet slechts kleine bedragen per benadeelde overblijven.⁶² Ten tweede geldt dat verweerders huiverig zijn om te schikken, aangezien zij niet weten hoe vakkundig de belangenorganisatie is en ten behoeve van hoeveel benadeelden zij handelt. De verweerder heeft niet de garantie dat de zaak is afgedaan met het treffen van een schikking met een bepaalde belangenorganisatie. Het is immers nog steeds mogelijk voor een andere belangenorganisatie om aan te kloppen met een andere groep

57. L. Smechuijzen & A. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee', *NJB* 2018/1241.

58. Art. 1018i lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 8.

59. Smechuijzen & Verheij 2018, p. 3-4.

60. Zie in dit kader: HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, *NJ* 2013/219.

61. Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.4.1.

62. Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.4.1. Zoals onlangs het geval was bij de *Fortis*-schikking: Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann (*Fortis*), r.o. 8.15.

benadeelden.⁶³ Ten derde is het onzeker hoeveel benadeelden, nadat de schikking algemeen verbindend is verklaard, van de opt-outmogelijkheid gebruik zullen maken. Indien dit een grote groep betreft, is finaliteit nog (lang) niet in zicht.⁶⁴

Niet zelden worden uitspraken gewezen die gunstiger zijn dan de getroffen WCAM-schikking. Dit werkt opt-outverklaringen in de hand en daarnaast zijn deze procedures kostbaar en wordt hiermee het rechterlijk apparaat onnodig belast. Een voorbeeld hiervan betreft de langsepende *Dexia*-affaire.⁶⁵ Hierbij werden nagenoeg dezelfde overeenkomsten gesloten met verschillende partijen. Er werd een beleggingsconstructie overeengekomen waarbij niet slechts werd belegd met eigen geld, maar ook met geleend geld. Na beëindiging van de effectenleaseovereenkomst was de waarde van de aandelen lager dan op het moment dat de overeenkomst werd gesloten. Dit resulteerde voor veel beleggers in een restschuld.⁶⁶ Om gedupeerden te compenseren is eind 2005 de Duisenberg-regeling algemeen verbindend verklaard. Hierna hebben ongeveer 25.000 individuele benadeelden zich van de schikking onttrokken door gebruik te maken van de opt-outmogelijkheid. Een voorbeeld van een uitspraak die gunstiger is dan de Duisenberg-regeling betreft die van de Hoge Raad van 2 september 2016.⁶⁷ Hierin oordeelde de Hoge Raad – in afwijking van dan wel aanvulling op de Duisenberg-regeling – dat *Dexia* haar contractanten volledig dient te compenseren in het geval de overeenkomst tot stand is gekomen via een tussenpersoon die niet over de benodigde vergunning beschikte.

De wetgever onderkent het probleem dat een procedure niet is afgerond bij het verbindend verklaren van een schikking of het wijzen van een vonnis.⁶⁸ Hij spreekt in dit kader echter niet over de zojuist geschetste versnippering. Om het probleem te ondervangen heeft de wetgever in de WAMCA opgenomen dat de rechter zelfstandig een schadeafwikkeling kan vaststellen. Zijns inziens is de procedure hiermee in beginsel afgedaan. Opmerking verdient hierbij dat partijen slechts gezamenlijk in cassatie mogen en dan ook slechts in het geval dat de door hen voorgelegde schikking wordt afgewezen.⁶⁹ Voorts heeft de wetgever een opt-outsysteem gecreëerd om finaliteit te waarborgen. Dit systeem heeft tot gevolg dat de oude systematiek met betrekking tot het ontbreken van gezag van gewijsde voor de benadeelden is komen te vervallen. De benadeelden die niet tijdig gebruik maken van hun opt-outmogelijkheden zijn onder de WAMCA gebonden aan de uitkomst van de procedure. Ook heeft de wetgever finaliteit willen creëren door een systeem op te tuigen waarbij de rechter een exclusieve belangenbehartiger aanwijst. Zo weten verweerders dat de

partij waarmee zij onderhandelen vakkundig is en dat zij gerechtigd is ten behoeve van alle benadeelden te handelen. Bovendien geldt dat de rechter onder de WAMCA, zowel na de eerste als na de tweede opt-outmogelijkheid, kan beslissen dat het aantal personen dat van de opt-outmogelijkheid gebruik heeft gemaakt te groot is om de collectieve procedure voort te zetten.⁷⁰

Naar verwachting ondervangt de WAMCA de knelpunten rondom het ontbreken van finaliteit slechts gedeeltelijk. De eerste onzekerheid blijft waarschijnlijk bestaan. De rechter zal in de procedure de nauw omschreven groep vaststellen. Het lijkt mij dat hij in dit kader slechts een (algemene) omschrijving zal maken van welke personen vallen onder het begrip 'benadeelden' in de zin van de specifieke procedure. Hij zal niet elke mogelijke benadeelde opsporen en daarvan een lijst bijhouden. Derhalve kan het voorkomen dat er meer benadeelden dan verwacht claimen onder de vastgestelde schadeafwikkeling, waardoor partijen huiverig zullen zijn bij het onderhandelen over een eventuele schikking. De tweede onzekerheid is naar verwachting weggenomen met de WAMCA. Een verweerder kan met de aangescherpte ontvankelijkheidseisen namelijk uitgaan van enige vakkundigheid van de belangenorganisatie. Ook behoeft een verweerder niet bang te zijn voor andere opduikende belangenorganisaties daar de exclusieve belangenbehartiger ten behoeve van alle benadeelden handelt. Dit zal naar verwachting de schikkingsbereidheid van verweerders doen vergroten. De derde onzekerheid wordt voorts niet (geheel) weggenomen. Benadeelden kunnen immers nog steeds zelfstandig besluiten te opt-outen om vervolgens te gaan procederen. Ook kunnen belangenorganisaties groepen benadeelden mobiliseren om te opt-outen om vervolgens individueel te gaan procederen. Dit werkt finaliteit tegen.

Voor de problematiek rondom finaliteit vinden we in de redeneringen van Hermans en Tzankova een oplossing.⁷¹ Volgens Hermans bewerkstelligt de rechtspraak zelf een stortvloed aan individuele procedures doordat wordt afgeweken van de getroffen schikking.⁷² en Tzankova is van mening dat het niet zou mogen voorkomen dat nadat een schikking algemeen verbindend is verklaard, rechters hiervan afwijkende principiële uitspraken in individuele zaken doen.⁷³

De rechtspraak dient volgens Hermans in individuele gevallen slechts van de schikking af te wijken indien bijzondere omstandigheden hiertoe nopen, die bovendien niet in de schikking zijn verdisconteerd.⁷⁴ Hermans vindt hiervoor in

63. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 6 (MvT); I. Tillema, 'Tien jaar WCAM: een overzicht', *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 90-99.

64. Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.4.1.

65. Ook wel de 'aandelenlease-affaire' genoemd.

66. N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim', *RMThemis* 2007, afl. 2, p. 51-60.

67. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2015.

68. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4-10 (MvT).

69. Art. 1018h lid 6 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 7.

70. Art. 1018f lid 1 jo. art. 1018h lid 5 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 6-7.

71. R.M. Hermans, 'De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken', in: Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.7.4.

72. Hermans 2015, HIII.14.7.4.

73. I.N. Tzankova, 'Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de *Dexia*-(be)schikking', *Ondernemingsrecht* 2007/88.

74. Hermans 2015, HIII.14.7.4.

artikel 3:12 BW⁷⁵ een rechtvaardiging. Hij is van mening dat het feit dat een collectieve schikking massaal is aanvaard doordat (relatief) weinig benadeelden gebruik hebben gemaakt van de opt-outmogelijkheid, laat zien dat zij als redelijk en billijk beschouwd kan worden.⁷⁶ Ik sluit mij bij Hermans en Tzankova aan. Hier wil ik nog aan toevoegen dat het afwickelen van massaschade een kwestie van geven en nemen is. Een benadeelde kan niet verwachten het onderste uit de kan te kunnen halen binnen een betrekkelijk korte periode. Een van de voordelen van collectieve afwikkeling is immers dat benadeelden relatief snel en zonder al te veel moeite (in ieder geval een groot deel van) hun schade vergoed krijgen. Mijns inziens dienen zij daarom ‘genoegen’ te nemen met het feit dat zij niet werkelijk álles vergoed zullen krijgen.

Ik stel daarom een ‘Hermans-kap’ voor. Hierbij zouden de opt-outmogelijkheden moeten worden ingeperkt. Benadeelden zou in dit geval slechts een opt-outmogelijkheid toekomen indien er sprake is van een bijzondere omstandigheid die niet in de schikking is verdisconteerd en tot afwijking noopt. Dit is in lijn met een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam,⁷⁷ waarin werd geoordeeld dat de rechter terughoudend dient te zijn in zijn beoordeling van individuele procedures van benadeelden die gebruik hebben gemaakt van de opt-outmogelijkheid. Het hof overwoog dat een hogere uitkering dan is overeengekomen in de schikking verklaard moet kunnen worden door de (in aanmerkelijke mate) afwijkende feitelijke en juridische positie van die specifieke gevallen. Mijn voorstel zou finaliteit stimuleren en zou de schikkingsbereidheid van de verweerder doen vergroten. Er zouden immers minder individuele procedures kunnen worden gestart en een verweerder zal eerder akkoord gaan met een hoger schikkingsbedrag, daar hij veel minder individuele claims behoeft te verwachten. Om dat te bewerkstelligen zou een aparte commissie ingesteld kunnen worden die per geval bindend beoordeelt of sprake is van zodanige bijzondere omstandigheden. De commissieleden zouden door de belangenorganisatie(s) en de verweerder(s) gezamenlijk kunnen worden gekozen.

Het is mijns inziens gerechtvaardigd de opt-outmogelijkheden in te perken, daar allereerst de vakkundigheid van de exclusieve belangenbehartiger is verzekerd door het feit dat hij aan de aangescherpte ontvankelijkheidseisen dient te voldoen. Daarnaast geldt dat benadeelden pas gebonden zijn aan ofwel een door de rechter vastgestelde schadeafwikkeling, ofwel een goedgekeurde schikking indien de rechter zich erover heeft

gebogen.⁷⁸ De rechter dient de schikking goed te keuren en dit zal geen marginale toetsing betreffen. Immers, alle belangen dienen te zijn gewaarborgd en de toegekende vergoeding dient redelijk te zijn.⁷⁹ Onder ‘alle belangen’ verstaat de wetgever niet slechts de hoogte van de financiële vergoeding. De wetgever acht het ook van belang of benadeelden de vergoeding op eenvoudige en snelle wijze kunnen verkrijgen.⁸⁰ Bovendien geldt dat de schikking dient te voldoen aan de vereisten van een WCAM-schikking. Dit alles garandeert de kwaliteit van de schadeafwikkeling en maakt het mijns inziens acceptabel dat de mogelijkheid om te opt-outen wordt onderworpen aan het bindende oordeel van de daartoe aangestelde commissie.

4.4 *Procesfinanciering*

Een vierde knelpunt betreft de financiering van collectieve procedures. Daar Nederland geen wettelijke regeling kent voor het financieren van collectieve procedures, zijn belangenorganisaties aangewezen op bijdragen van hun achterban en externe financiering.⁸¹ In de praktijk schiet de externe financier de kosten van de procedure voor en ontvangt hij later bij positief resultaat een percentage van de ontvangen schadevergoeding.⁸² Hier kleven echter enkele risico's aan.⁸³ De externe financier heeft een eigen commercieel belang bij de procedure.⁸⁴ Dit kan de inhoud van de schikking kleuren, aangezien de externe financier in principe slechts gebaat is bij een schikking waar in contanten wordt betaald. Een voorbeeld hiervan betreft woekerpolissen. Het is in het belang van benadeelden dat de kosten op de polis worden verlaagd, waardoor zij op het moment van uitkering een hoger bedrag ontvangen. Dit levert echter geen contante bedragen op, waardoor een dergelijke schikking niet in het belang is van de externe financier.⁸⁵

Ook kan het leiden tot *ambulance chasing*⁸⁶ of de situatie dat slechts kansrijke zaken voor externe financiering in aanmerking komen.⁸⁷ Bovendien staat het externe financiers vrij om een hoog percentage van de schadevergoeding die de benadeelde ontvangt te bedingen. Er bestaat immers geen regulering.⁸⁸

75. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

76. Hermans 2015, HIII.14.7.4.

77. Hof Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3101, JOR 2017/266, m.nt. J.W.P.M. van der Velden.

78. Uiteraard geldt de tweede opt-outmogelijkheid slechts op het moment dat de rechter een schikking goedkeurt, en niet indien hij zelf een collectieve schadeafwikkeling vaststelt. In het laatste geval geldt geen tweede opt-outmogelijkheid.

79. Art. 1018i lid 2 Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 8.

80. Dit houdt in dat het voor benadeelden duidelijk moet zijn bij wie zij zich dienen te melden, dat gemakkelijk kan worden vastgesteld onder welke schadecategorie zij vallen, en dat deze wordt vastgesteld door een onafhankelijke partij. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52 (MvT).

81. In de praktijk wordt vaak overeengekomen dat de verweerder de door de belangenorganisatie gemaakte kosten op zich neemt.

82. W.M. Schonewille, ‘De financiering van collectieve acties’, *Ondernemingsrecht* 2010/137, p. 2.

83. A. van der Krans, ‘Third party litigation funding’, *O&F* 2018, afl. 2, p. 34-39.

84. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 6, p. 6; De Geus 2017, p. 188; Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.6.2.

85. Hermans, in: Holtzer, Leijten & Oranje 2015, HIII.14.7.4.

86. Hiermee wordt bedoeld dat actief op zoek wordt gegaan naar (massa)schades.

87. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 6, p. 6.

88. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 6, p. 6.

De wetgever onderkent deze risico's.⁸⁹ Hij heeft echter (nog) niet willen ingrijpen, omdat hij meent dat de procesfinancieringsmarkt in Nederland nog niet zo ontwikkeld is en omdat externe financiers ervoor zorgen dat benadeelden hun recht te gelde kunnen maken.⁹⁰ Om het probleem enigszins te onderwerpen kan de rechter onder de WAMCA de achterliggende financieringsconstructie van een procedure beoordelen.⁹¹ Ik ga er hierbij van uit dat de rechter ook het percentage dat tussen de benadeelde en de financier wordt bedongen, mag beoordelen. De rechter heeft hierbij echter geen beoordelingskader gekregen. Rechters zullen derhalve zelf moeten bepalen welke financieringsconstructie wel of juist niet door de beugel kan. Indien geoordeeld wordt dat de constructie niet door de beugel kan, zal de belangenorganisatie niet-ontvankelijk worden verklaard.

Vanaf heden houdt een uitspraak van de rechter waarbij hij zelf een schadeafwikkeling vaststelt tevens een veroordeling in de kosten in.⁹² Dit betreft de door de belangenorganisatie werkelijk gemaakte (redelijke) proceskosten. Naar verwachting zal dit de risico's rondom externe financiering echter niet wegnemen. Een procedure zal immers nog steeds dienen te worden voorgefinancierd. Ook zal een externe financier winst willen genereren, waardoor het risico bestaat dat het commerciële belang zal prevaleren. Bovendien geldt de proceskostenveroordeling slechts in de gevallen dat de belangenorganisatie een vordering tot schadevergoeding in geld heeft ingesteld, zij de procedure wint én er geen schikking tot stand is gekomen die vervolgens door de rechter wordt goedgekeurd. Dit zorgt ervoor dat belangenorganisaties (nog steeds) slechts kansrijke zaken zullen aannemen.

Mogelijke alternatieven van externe financiering zouden kunnen zijn: (1) invoering van een artikel 1018l lid 3 Rv, waarin wordt bepaald dat de rechter in specifieke procedures benadeelden (bij aanvang van de procedure) kan verplichten een (kleine) bijdrage te leveren,⁹³ of (2) invoering van een zogenaamd *common fund*, zoals de Verenigde Staten dat kennen.⁹⁴ Dit houdt in dat de rechter de kostenvergoeding die de belangenorganisatie toekomt, vaststelt aan de hand van het gehele schikkingsbedrag.⁹⁵ Dit zorgt ervoor dat iedereen op gelijke wijze meedeelt in de kosten. Naar verwachting zullen

deze twee alternatieven niet alle risico's van externe financiering wegnemen, maar zij zouden wel tot gevolg hebben dat belangenorganisaties minder zijn aangewezen op externe financiering.

Tot slot kan ook worden gedacht aan regulering. In Engeland bestaat een governancecode voor externe financiers.⁹⁶ Deze code stelt regels ten aanzien van onder andere de financiële gezondheid van de externe financier en de bevoegdhedenverdeling tussen financier, benadeelde en jurist.⁹⁷ Een dergelijke governancecode mét juridische status⁹⁸ lijkt mij wenselijk. Zo worden de risico's van procesfinanciering verkleind. Ook biedt dit de rechter houvast bij de beoordeling van de achterliggende financieringsconstructie van een procedure.

5. Conclusie

De wetgever heeft de meeste knelpunten die in de massaschadepraktijk bestaan onderkend en met de WAMCA beoogd deze te ondervangen. Bepleit kan evenwel worden dat de WAMCA (slechts) twee van de vier door mij gesignaleerde knelpunten ondervangt.

Het eerste knelpunt betreft de huidige kwaliteitsstandaard van (commerciële) belangenorganisaties. Met de wettelijke verankering van onderdelen van de Claimcode en het aanwijzen van een exclusieve belangenbehartiger is naar verwachting deze problematiek ondervangen. Het tweede knelpunt betreft het feit dat een belangenorganisatie bij het tot stand komen van een schikking afhankelijk was van de instemming van de verweerder. Per 1 januari 2020 kan een belangenorganisatie een vordering tot schadevergoeding in geld instellen en kan de rechter zelfstandig een collectieve schadeafwikkeling vaststellen. Naar verwachting wordt hiermee ook het tweede knelpunt ondervangen.

Het derde knelpunt betreft het ontbreken van finaliteit na het ontvangen van een vonnis of het treffen van een verbindend verklaarde schikking. Naar verwachting wordt dit probleem niet geheel ondervangen. Dat komt door het feit dat benadeelden kunnen besluiten gebruik te maken van de opt-outmogelijkheid, om vervolgens individueel te gaan procederen. Een mogelijke oplossing hiervoor is het vereisen van een bijzondere persoonlijke omstandigheid alvorens gebruik te kunnen maken van de opt-outmogelijkheid. Het vierde knelpunt betreft het feit dat in Nederland collectieve acties (meestal) worden gefinancierd door externe partijen en dit enkele risico's met zich brengt. De wetgever onderkent deze risico's wel, maar heeft externe financiering nog niet aan banden willen leggen. Hierdoor worden de risico's die gepaard gaan met externe financiering niet ondervangen. Een mogelijk alternatief is het wettelijk verplichten van benadeelden een bepaald bedrag in te leggen, of een *common fund* waarbij de

89. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

90. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

91. Art. 3:305a lid 2 sub c BW; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 2.

92. Art. 1018l jo. art. 1018i Rv; *Kamerstukken I* 2018/19, 34608, A, p. 9.

93. Dit uiteraard los van de uitkomst van de procedure.

94. De collectieve procedure die onder de WAMCA geldt, lijkt sterk op de Amerikaanse *class action*. De hoofdlijnen hiervan zijn te vinden in Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure. In de VS bestaat een leider (de *named* of *lead plaintiff*) die in samenwerking met een advocaat (de *lead counsel*) een collectieve procedure voert ten behoeve van de benadeelden (de *class*). Doordat aan de procedure veel kosten zijn verbonden, mondt de procedure vaak uit in een schikking. De rechter dient deze schikking vervolgens goed te keuren. De goedgekeurde schikking is bindend voor alle benadeelden die geen gebruik hebben gemaakt van hun opt-outmogelijkheid.

95. I.N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?', *TVP* 2017, afl. 4, p. 117.

96. Dit betreft de Code of Conduct for Litigation Funders. Deze is hier te vinden: <http://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>.

97. Van der Krans 2018, p. 39-40.

98. Principe III van de Claimcode 2019 ziet op de regulering van externe financiering van belangenorganisaties. Deze Claimcode heeft echter, zoals reeds vermeld, geen juridische status.

rechter de kostenvergoeding die de belangenorganisatie toekomt, vaststelt aan de hand van het gehele schikkingsbedrag. Tot slot kan worden gedacht aan de regulering van externe financiering. Denk hierbij aan een governancecode voor externe financiers.