

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 rechtsbijstandsverzekeringen 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 voorsnog 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. Vooralnog 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. Behoeftte 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. Vooralnog 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 processenfonds niet haaks staan op commerciële derdenfinanciering, maar juist baat kunnen hebben bij het bestaan van een gezonde concurrentie.

4.7 Processenfonds in enkele andere landen

Processenfonds 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

Processenfonds 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. Processenfonds 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.