

55 Procesfondsen voor collectieve acties...

Sinds de introductie van de WAMCA op 1 januari 2020 staat procesfinanciering weer volop in de belangstelling. Voor degenen die dat gemist hebben: deze wet maakt de collectieve vordering van schadevergoeding mogelijk en neemt als uitgangspunt dat commerciële procesfinanciering daarbij een nuttige rol kan vervullen. Daarmee liep Nederland voorop in Europa. Veel lidstaten moesten voor het eerst serieus nadenken over de fundamentele keuzes die gemaakt moeten worden bij het ontwerp van een collectieve actie-regeling naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn (EU) 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen (de "Richtlijn"). Deze moest per 25 juni 2023 geïmplementeerd zijn, maar volgens een vertegenwoordiger van de Europese Commissie had slechts 50% van de lidstaten dat tijdig gedaan.

Voor Nederland bracht de Richtlijn niet veel nieuws, aangezien Nederland met de WAMCA al behoorlijk in de Europese pas liep. Eén van de onderdelen van de Richtlijn die voor Nederland relatief nieuw is, betreft de facultatieve optie dat overgebleven middelen in een collectieve actie een nieuwe bestemming zouden kunnen krijgen. Dat zou ook een procesfonds voor collectieve acties kunnen zijn, waarmee andere, latere acties tegen niet of minder commerciële voorwaarden gefinancierd zouden kunnen worden. Tevens zouden verduisteringsaffaires zich daardoor niet meer kunnen voordoen.¹⁾ Een dergelijke regeling werkt immers transparantieverhogend: twee vliegen in één klap. Het vanuit het buitenland overgewaaid leerstuk, waarbij geldmiddelen die aan het einde van een collectieve procedure of schikking niet opgeëist worden door de gerechtigden en daarmee 'over' zijn, een nieuwe (goede doel) bestemming krijgen, heet *cy pres*.²⁾ Dergelijke fondsen kunnen overblijven doordat niet alle gerechtigden op een uitkering door een schadefonds bij massaschade bekend zijn (de afwikkeling kan soms jaren in beslag nemen, waardoor de gerechtigden overleden of verhuisd zijn) of zich om hen moverende redenen niet melden. Ook kan een bedrag in het schadefonds overblijven, omdat de transactiekosten van individuele uitkeringen onder de bekende gerechtigden de baten overschrijden. *Cy pres* (het aanwenden dus van dergelijke overgebleven geldmiddelen voor een ander doel dat indirect ten gunste komt aan de gerechtigden) is reeds een aantal keren toegepast in de Nederlandse collectieve schikkingspraktijk³⁾, toen niet alle gedupeerden bereikt konden worden of naar voren kwamen om hun schadevergoeding op te eisen. Het aansprakelijkheidsrecht zou dan niet haar compensatoire functie ten volle kunnen vervullen. Door de overgebleven middelen een bestemming te geven die zo dicht mogelijk aanleunt tegen het collectieve belang van de desbetreffende groep, wordt toch nog recht gedaan aan de individuele compensatiegedachte binnen het aansprakelijkheidsrecht. Zo niet voor het individu, dan wel voor het collectief. Als de overgebleven middelen teruggestort zouden worden naar de schadeveroorzaker en/of als de schadeveroorzaker de gevolgen van zijn handwijze niet ten volle zou moeten dragen, zou ook de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht in het gedrang komen: dat zijn althans argumenten om de toepassing van *cy pres*⁴⁾ te rechtvaardigen en de Europese wetgever heeft deze omarmd.⁵⁾

Dit alles vormde voor de Nederlandse wetgever aanleiding om een onderzoek in te stellen (het "WODC-onderzoek")⁶⁾ naar de mogelijkheden om *cy pres* in collectieve schadevergoedingsacties in te zetten voor de vorming van een speciaal procesfonds voor collectieve acties die anders niet, of tegen ongunstige voorwaarden van de grond zouden komen. Centraal stond de vraag of een alternatief voor commerciële procesfinanciering van collectieve acties nuttig en nodig zou zijn. En als er besloten zou worden tot de oprichting van een speciaal procesfonds: hoe zou dat eruit moeten zien zonder afhankelijk te zijn van overheidsfinanciering? De overheid moest daarbij worden ontzien, aldus de opdracht aan de onderzoekers, wat feitelijk inhield dat afgezien van een eventuele bescheiden initiële storting er verder geen overheids subsidies zouden zijn. Bij de beantwoording van deze vragen kon inspiratie worden opgedaan bij een aantal andere landen die reeds over een dergelijke fonds, in een of andere vorm, beschikken. Canada, Israël en Chili behoren tot de voorlopers. Om met de deur in huis te vallen: een speciaal procesfonds voor collectieve acties wordt op dit moment door de onderzoekers niet opportuun geacht. De rechtspraktijk lijkt voornamelijk uit de voeten te kunnen met commerciële procesfinanciering. Dit is een verrassende, maar ook zowel een geruststellende, als een zorgelijke constatering. Het was verrassend, omdat de werkhypothese van de onderzoekers was dat de praktijk om alternatieven voor commerciële procesfinanciering zat te springen. Het is geruststellend, omdat hoewel de WAMCA als 'duur' en de kosten als *front loaded* worden ervaren, collectieve belangenbehartigers erin lijken te slagen om procesfinanciering aan te trekken. Het is zorgelijk, omdat de collectieve schadevergoedingsacties in de WAMCA nu volledig op externe procesfinanciering

De rechtspraktijk lijkt voornamelijk uit de voeten te kunnen met commerciële procesfinanciering.

en de rechterlijke macht dan?

leunen. Dat maakt de WAMCA om meerdere redenen kwetsbaar. Bijvoorbeeld als de toegang tot procesfinanciering om wat voor reden ook beperkt zou worden, hetgeen niet geheel denkbeeldig is, gelet op de discussies over meer of minder vergaande reguleringsinitiatieven- en maatregelen. Het is ook zorgelijk, omdat niet alle massaschade-zaken die een legitiem en relevant collectief belang betreffen, aan de investeringscriteria van commerciële procesfinancierders voldoen.

Dat verklaart ook de conclusies van de onderzoekers ten aanzien van de haalbaarheid van een revolverend procesfonds voor collectieve acties op dit moment: aangezien de toekomst van procesfinanciering en daarmee van collectieve schadevergoedingsacties onzeker is, is het prematuur om concrete voorstellen voor de inrichting en bemensing van een dergelijk procesfonds te ontwikkelen, te meer nu uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat dit een complexe aangelegenheid is en fundamentele rechtspolitieke keuzes vergt, onder andere over solidariteit. Voor een revolverend procesfonds dat niet afhankelijk is van overheidsfinanciering is het samengevat nodig dat i) er schadevergoedingsacties zijn, ii) waarin niet-opge-eiste fondsen overblijven die iii) via cy pres in het fonds kunnen worden gestort. Zonder commerciële procesfinanciering geen schadevergoedingsacties en geen revolverend procesfonds. Maar dat is nog niet alles. Een onderbelicht, maar belangrijk, aspect in het WODC-onderzoek, zo realiseerde ik mij laatst, betreft het adequaat adresseren van de belasting en de financiering van de rechterlijke macht.

Immers, een opmerkelijke uitkomst van het WODC-onderzoek is dat de aantallen collectieve acties door de nieuwe wet niet (schrikbarend) omhoog zijn gegaan en dat als er al sprake zou zijn van een wijziging in de aantallen dat eerder een (lichte) daling zou zijn. Echter, rechters merken er niets van. Door de veel zwaardere en omvangrijke ontvankelijkheidsfase hebben zij het drukker dan ooit met collectieve acties. De WAMCA bevat veel waarborgen om misbruik van de procedure tegen te gaan, maar de keerzijde is dat de hoeveelheid waarborgen zodanig is, dat zij eenvoudig tot obstakels kunnen evolueren. Dat vraagt om rechters die voldoende ondersteund worden om met de werklust om te gaan. Na afloop van een bijeenkomst die eerder dit jaar georganiseerd werd door Legal Valley in Arnhem over de impact van de WAMCA sprak ik met een rechter die mij desgevraagd vertelde dat volgens de verdeelsleutel van de Raad voor de Rechtspraak een rechtbank maar liefst € 5.600 aan financiering ontvangt voor een 'grote' zaak (dat is een zaak die circa 500 uur in beslag neemt). Dit kan anders zijn als een rechtszaak als een 'mega zaak' wordt aangemerkt, maar dat is, begreep ik, niet per definitie zo voor WAMCA-zaken en zal ten koste gaan van andere bestemmingen. € 5.600 is (zacht uitgedrukt) niet veel en voor mij was dat een schokkende ontdekking. Ik ben vast niet de enige. Deze getallen steken schril af bij de budgetten die de WAMCA van belangenbehartigers vergt. Dat laatste was terecht het onderwerp van het WODC-onderzoek en is bij een gezonde en concurrerende markt van procesfinanciering uiteindelijk wel op te lossen, maar wat mij betreft verdient de adequate financiering van de rechterlijke macht minstens zoveel aandacht, wil de WAMCA en de afwikkeling van massaschade in het algemeen (niet alle massaschade-zaken worden via de WAMCA afgewikkeld) slagen. Daar is vooralsnog onvoldoende aandacht voor en aangezien de rechterlijke macht hier niet voor zichzelf kan opkomen, dat is per slot van rekening niet sjiek, doe ik dat bij deze: tijd om dit hoog op de agenda te zetten van de wetgever en de Raad voor de Rechtspraak!

Prof. Mr. Ianika Tzankova *

* Hoogleraar Massaschade aan Tilburg University en advocaat te Amsterdam.

Het adequaat adresseren van de belasting en de financiering van de rechterlijke macht is een onderbelicht maar belangrijk aspect.

1. <https://www.advocatie.nl/nieuws/notaris-oranje-verduisterde-tien-miljoen-deken-onderzoekt-advocaten-pels-rijcken/>
2. N. Frenk, *Kollektieve acties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 232; I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 79.
3. In het kader van de afwikkeling van de Dexia-schikking en bij de Staatsloterij claim.
4. J. Kalajdzic, *Class Actions in Canada, The Promise and Reality of Access to Justice*, UBC Press, p. 119.
5. Zie art. 9 lid 7 van de Richtlijn.
6. X. Kramer, I.N. Tzankova, J. Hoevenaars en K. van Doorn, *Nut, noodzaak, vormgeving en kosten van een (revolverend) processen fonds voor collectieve acties*, Den Haag: WODC 2023.