

Ingediend via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)  
Ministerie van Justitie en Veiligheid  
t.a.v. de heer drs. S. Dekker

Amsterdam, 31 mei 2021

Betreft : Consultatie Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten

Hooggeachte heer Dekker,

Naar aanleiding van het wetsvoorstel voor een Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (het **Wetsvoorstel**) doe ik, mede namens mijn kantoorgenoten, enkele aanbevelingen met het oog op versterking van het Wetsvoorstel.

De invalshoek van deze aanbevelingen is vooral praktisch van aard en is mede ontleend aan onze dagelijkse praktijk. Ons kantoor, Birkway, staat veelal eisende partijen en professionele procesfinanciers bij. Die eisende partijen zijn dikwijls 3:305a-stichtingen. De ondersteuning die Birkway verleent aan procesfinanciers ziet geregeld op de financiering van rechtsbijstand in massaschade-situaties.

De aanbevelingen betreffen twee onderdelen van het wetsvoorstel:

- de inperking van de deelname aan Nederlandse collectieve acties door buiten Nederland gevestigde gedupeerden; op dit punt vermindert het Wetsvoorstel de reikwijdte en effectiviteit van onderdelen van het Nederlandse collectieve actierecht (geïntroduceerd met de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (**WAMCA**)). Het Wetsvoorstel gaat op een punt onbedoeld verder dan de Richtlijn. Verder zouden ter compensatie van de vermindering van reikwijdte en effectiviteit de oproepingsvereisten richting gedupeerden uitgebreid kunnen worden; en
- de voorwaarden voor procesfinanciering. Deze zijn in het Wetsvoorstel duidelijk en wij adviseren te waken voor verdere aanscherping. Strengere voorwaarden voor procesfinanciering hebben geen meerwaarde voor verbeterde toegang tot de rechter voor eisende partijen in massaschadegevallen. Wel leiden ze mogelijk tot meer debat over de vraag of sprake is van (indirecte) concurrentie en/of van afhankelijkheid, en – eventueel – *satellite litigation*. Aangesproken partijen moeten zich in dat laatste geval mogelijk verweren in vele parallelle procedures van verschillende eisers in meerdere lidstaten. Dat beoogde de WAMCA mede te voorkomen.

Een uitwerking van de aanbevelingen volgt hierna, waar toepasselijk met tekstvoorstellen.

## De opt-in bij internationale collectieve procedures

Op dit moment zorgt het Nederlandse collectieve actierecht (geïntroduceerd met de WAMCA) ervoor dat de in de dagvaarding omschreven nauw omschreven groep van gedupeerden gebonden raakt aan de uitkomst van een collectieve procedure, tenzij de groepsleden zich aan het gewijsde onttrekken. Dat onttrekken aan het gewijsde gebeurt nu voor vorderingen onder alle rechtsgebieden op dezelfde wijze, de WAMCA is qua toepassingsbereik horizontaal.

- I. Groepsleden met woonplaats in Nederland raken in beginsel gebonden aan de uitkomst van de procedure, tenzij zij binnen een door de rechter bepaalde tijd laten weten niet gebonden te willen zijn aan de uitkomst van de procedure (de zogenaamde opt-out-verklaring).<sup>1</sup>
- II. Voor groepsleden met woonplaats in het buitenland bevat de wet nu twee mogelijkheden:<sup>2</sup>
  - a. de rechter kan bepalen dat buitenlandse gedupeerden binnen een door de rechter te bepalen tijd een bericht naar de griffie van de rechtbank sturen met het bericht dat zij willen meeliften op de uitkomst van de procedure (de opt-in-verklaring, art. 1018f lid 5 eerste volzin Rv));
  - b. de rechter kan ook besluiten dat buitenlanders in beginsel gebonden zijn aan de uitkomst van de procedure tenzij zij tijdig een opt-out-verklaring uitbrengen (art. 1018f lid 5 tweede volzin Rv).
- III. Leidt een collectieve procedure tot een vaststellingsovereenkomst die wordt goedgekeurd door de rechter, dan hebben degenen die gebonden zouden zijn aan de uitkomst de mogelijkheid om zich alsnog te onttrekken aan gebondenheid aan de schikking, wederom binnen een door de rechter te bepalen termijn.

De Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (de **Richtlijn**) leidt tot een wijziging van dit systeem. Uit art. 9 lid 3 Richtlijn volgt dat de uitkomst van een collectieve actie consumenten uit een andere lidstaat alleen mag binden als die buitenlandse consumenten hiermee uitdrukkelijk instemmen – een inperking op de internationale opt-out van II.b die wel open staat voor andere categorieën eisers (niet consumenten).

In het Wetsvoorstel is de inperking echter niet beperkt tot consumenten, hoewel dat – blijkens de concept-memorie van toelichting – wel de bedoeling was.<sup>3</sup> Uit het Wetsvoorstel volgt nu dat voor

---

<sup>1</sup> Art. 1018f lid 1 Rv.

<sup>2</sup> Art. 1018f lid 5 Rv, eerste, respectievelijk tweede volzin.

<sup>3</sup> Consultatieversie Memorie van Toelichting, p. 18: “Artikel 9 lid 3 Richtlijn wordt omgezet in artikel 1018f lid 5 Rv. De Richtlijn bepaalt dat buitenlandse consumenten alleen mee kunnen doen aan en gebonden worden door een collectieve actie in Nederland als zij daar uitdrukkelijk mee instemmen (een opt-insysteem). Deze bepaling staat al in artikel 1018f lid 5, eerste volzin Rv. De tweede volzin van het vijfde lid van artikel 1018f Rv formuleert echter een uitzondering op deze opt-in regel. De rechter kan op verzoek van een partij bepalen dat ook buitenlandse consumenten worden gebonden door de collectieve actie, tenzij zij laten weten dat zij niet gebonden willen worden (opt-outsysteem). De Richtlijn staat die uitzondering niet toe. Om die reden wordt aan artikel 1018f lid 5 Rv toegevoegd dat de rechter deze uitzondering niet kan toepassen bij collectieve acties die binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen. Het gaat dan om collectieve acties voor inbreuken door handelaren op de in bijlage I van de Richtlijn bedoelde regelingen

buitenlandse gedupeerden uitdrukkelijke instemming nodig is bij iedere “collectieve vordering ter bescherming van een belang als bedoeld in bijlage I van [de Richtlijn]”. Bijlage I bij de Richtlijn bevat een opsomming van 66 richtlijnen en verordeningen die zich niet allemaal alleen richten tot consumenten, zoals gedefinieerd in art. 3 Richtlijn. Op die manier kan de indruk ontstaan dat de internationale opt-out niet langer mogelijk is voor collectieve procedures in verband met de belangen die zijn verankerd in al die 66 richtlijnen en verordeningen. Een collectieve prospectusclaim namens institutionele beleggers valt op deze manier ook binnen het opt-out verbod. Dat lijkt niet de bedoeling.

**Advies:** laat de opt-out-bepaling uitdrukkelijk alleen gelden voor consumenten.

De inperking van opt-out-acties leidt, als gezegd, tot gedeeltelijke bijstelling van het systeem geïntroduceerd met de WAMCA-procedure. Deze wordt voor eisers in collectieve acties daardoor minder laagdrempelig. Het wordt zo lastiger om de belangen van een grote, internationale groep gedupeerden in Nederland te behartigen. Deze inperking moedigt bovendien het beginnen van vele parallelle procedures in verschillende lidstaten aan. In zoverre doet het Wetsvoorstel af aan de doelstellingen van de WAMCA om: “het voor gedupeerden gemakkelijker om schade collectief te verhalen, zonder dat daarmee de positie van de aangesproken partij in het gedrang komt.”<sup>4</sup>

Wij adviseren daarom om op andere gebieden voor versterking te zorgen van de wet. Die versterking moet ervoor zorgen dat deelname door een zo groot mogelijke groep gedupeerden wordt aangemoedigd.

Dit kan door de wettelijke oproepingsvereisten van art. 1018f lid 2 Rv te verdiepen. De wet noemt op de eerste plaats oproeping per gewone brief en advertenties. Daarnaast bevat de wet op dit vlak al wat flexibiliteit. In art. 1018f lid 3 Rv staat immers:

“De rechter kan gelasten dat de in dit lid bedoelde gegevens ook op andere wijze bekend worden gemaakt.”

De wetgever overwoog dat de bekendmaking ook door de aangesproken partij kan gebeuren.<sup>5</sup>

**Advies** Wijzig de hierboven geciteerde zin als volgt:

“De rechter ~~kan gelasten bepaalt~~ dat de in dit lid bedoelde gegevens ook ~~of uitsluitend~~ op andere wijze bekend worden gemaakt ~~wanneer de rechter dit geraden acht gelet op (i) het doel om zoveel mogelijk personen wier belangen de exclusieve belangenbehartiger in deze collectieve vordering behartigt met de bekendmaking te bereiken en adequaat te informeren, (ii) de mate waarin de procespartijen bekend zijn met de identiteit en contactgegevens van de personen wier belangen de exclusieve belangenbehartiger in deze collectieve vordering behartigt (iii) en de kosten die gemoeid zijn met de verschillende mogelijke wijzen van bekendmaking waarbij de rechter een zwaarwegend belang hecht aan effectiviteit en zo laag mogelijke oproepingskosten”~~

---

van Unierecht (en de omzetting daarvan in nationaal recht) die de collectieve belangen van consumenten (kunnen) schaden.”

<sup>4</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 608, nr. 3, p. 1.

<sup>5</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 608, nr. 3 MvT, p. 48.

## De voorwaarden voor procesfinanciering

Onze tweede aanbeveling betreft de transparantie en verdere voorschriften rondom (professionele) procesfinanciering. Het Wetsvoorstel bevat een toevoeging voor art. 3:305a lid 2 onderdeel c BW: “en geen financiering plaatsvindt voor een rechtsvordering tegen een concurrent van de financier of een persoon waarvan de financier afhankelijk is”. Ons lijkt deze toevoeging voldoende. Verdere aanscherping is niet wenselijk.

In de preambule, onder 52 van de Richtlijn blijkt dat het begrip “concurrent” geïnterpreteerd wordt als een onderneming die, kort gezegd, op dezelfde markt actief is met het leveren van soortgelijke producten of diensten als de verweerder in de betreffende representatieve procedure.<sup>6</sup> Onwenselijk zou zijn dat, bij voorbeeld, de ene telefoonmaatschappij een procedure tegen een andere telefoonmaatschappij financiert. Concurrenten hebben dan een eigen belang bij de procedure, dat ook niet is afgeleid van het succes van de vordering ten behoeve van de gerepresenteerde gedupeerden. Mogelijk zou in zo’n geval naar geldende maatstaven in het Nederlandse procesrecht ook sprake zijn van een vorm van misbruik van procesrecht.

Uit de Richtlijn volgt geen ruimere strekking van het verbod tot procesfinanciering door een concurrent. De situatie dat er ‘belangen op de achtergrond’ spelen bij de procesfinancier is niet geregeld in de Richtlijn of in de Implementatiewet. Hypothetisch, hebben procesfinanciers op hun beurt investeerders die in hun eigen investeringsbeleid rekening kunnen houden met de mogelijke effecten van de procesfinanciering, bijvoorbeeld door juist niet te beleggen in de aandelen van de aangesproken partij of door te beleggen in een shortpositie die gewin oplevert bij verlaging van de beurskoers van de aandelen in de aangesproken partij.

Het is terecht dat die situatie nu niet is of wordt geregeld. Verdere aanscherping in de vorm van *gold-plating* is namelijk niet nodig; de Nederlandse wetgeving voorziet al in waarborgen ter bescherming van de belangen van gedupeerden in dit kader.

- I. Professionele procesfinanciers investeren in procedures op basis van een zelfstandige beoordeling. Daaraan vooraf gaat een beoordeling van de goede en kwade kansen van een procedure. Die beoordeling is geënt op de procedure als zodanig; niet op het bredere investeringsbeleid van eventuele geldschietters van de procesfinancier. Waar professionele procesfinanciers deel uitmaken van een grotere investeerder, zoals een hedgefonds, zijn ook allerlei intern geregelde waarborgen van toepassing op het vlak van geheimhouding en governance.
- II. Een belangrijk deel van de procesfinanciers die actief zijn in Nederland (en elders op het Europese vasteland) onderschrijft principes die maken dat het belang van de

---

<sup>6</sup> “jegens een verweerder die een concurrent is van de derde die de financiering verstrekt of jegens een verweerder van wie de derde die de financiering verstrekt afhankelijk is. Er moet van worden uitgegaan dat de directe financiering van een specifieke representatieve vordering door een handelaar die op dezelfde markt actief is als de verweerder, een belangenconflict impliceert aangezien de concurrent een economisch belang bij het resultaat van de representatieve vordering zou kunnen hebben dat niet overeenstemt met het belang van de consument.”

vertegenwoordigde achterban voldoende is veiliggesteld.<sup>7</sup> Uit de Engelse Code of Conduct for litigation funders van januari 2019, waarbij veel procesfinanciers zijn aangesloten,<sup>8</sup> volgt dat de procesfinancier:

*“will (...) 9.2. not take any steps that cause or are likely to cause the Funded Party’s solicitor or barrister to act in breach of their professional duties; 9.3 not seek to influence the Funded Party’s solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder”*

- III. Bovendien bevat het Nederlandse collectieve actierecht een extra veiligheidsklep in de vorm van een voldoende adequaat ingerichte 3:305a-organisatie. Deze zit tussen de gedupeerden en de financier in en neemt de beslissingen over de processtrategie. De 3:305a-organisatie beschikt over voldoende autonomie en zelfstandigheid en legt daarover verantwoording af op grond van, primair, de bepalingen in art. 3:305a BW. Op die wijze wordt vermenging van belangen tegengegaan. Bedacht moet worden dat – tot de implementatie van de Richtlijn in andere lidstaten, in sommige andere jurisdicties representatieve vorderingen (nog) gevoerd worden door de gedupeerden zelf (vgl. de *Musterverfahren* in Duitsland). In die situatie ontbreekt zo’n tussenschakel die waakt voor de belangen van de achterban en die Nederland al geruime tijd kent.

Een verdere aanscherping van deze voorwaarden heeft een averechts effect op de toegang tot de rechter voor gedupeerden in massaschadegevallen. Wij bemerken in de praktijk onder WAMCA nu al aarzeling bij professionele procesfinanciers bij hun bereidheid om WAMCA-zaken te financieren. Dit zijn de enige partijen die zich het financieren van grotere WAMCA-acties kunnen veroorloven. Dit komt mede door de grote ‘*frontloading of costs*’ die de WAMCA al met zich brengt.

Verder dan het voorgestelde verbod tot financiering door directe concurrenten zal de regulering van procesfinanciering niet moeten strekken. Anders zijn procedures nog moeilijker te financieren dan al het geval is. Dat kan onmogelijk het doel en de strekking van de WAMCA en de Richtlijn zijn.

Hoogachtend,

Birkway B.V.

Quirijn Bongaerts

*Advocaat*

---

<sup>7</sup> Procesfinanciers die lid zijn van de Britse Association of Litigation Funders zijn, zijn bijvoorbeeld Asertis Ltd., Augusta Ventures Ltd., Balance Legal Capital LLP, Burford Capital, Calunius Capital LLP, Harbour Litigation Funding Ltd, Innsworth Advisors Limited, Omni Bridgeway, Orchard Global Asset Management, Redress Solutions PLC, Therium Capital Management Ltd, Vannin Capital PCC en Woodsford Litigation Funding Ltd.

<sup>8</sup> <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>