

Een goed begin en dus het halve werk?

Analyse van de regels voor financiering in de Richtlijn betreffende representatieve vorderingen en de voorgestelde implementatie ervan in het Nederlandse collectieve actierecht

Collectieve acties namens consumenten worden in Nederland onder meer gefinancierd door buitenlandse investeringsmaatschappijen en Amerikaanse *plaintiff firms*. Derdenfinanciering is (bijna) niet gereguleerd waardoor derdenfinanciers veel speelruimte hebben. In hoeverre verandert dit door de regels inzake financiering zoals te vinden in de nieuwe Richtlijn betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van consumenten? In dit artikel onderzoekt de auteur hoe de regels die de desbetreffende richtlijn aan financiering verbindt zich verhouden tot het Nederlandse collectieve actierecht, hoe deze regels worden geïmplementeerd en wat de mogelijke gevolgen van de regels en de implementatie ervan zijn voor de financierbaarheid van collectieve acties.

Inleiding

De Richtlijn betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten (hierna: de Richtlijn) is eind 2020 in werking getreden.¹ De Implementatiewet voor de Richtlijn is inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer.² De Richtlijn maakt onderdeel uit van de New Deal for Consumers, die ertoe strekt om de rechtspositie van consumenten te versterken.³ In de Richtlijn zijn onder meer regels opgenomen voor de financiering van representatieve vorderingen (collectieve acties in de zin van artikel 3:305a BW) door derden.⁴

De regels die de Richtlijn aan financiering van collectieve actie verbindt en de implementatie ervan, verdienen bijzondere aandacht. Dat is bijvoorbeeld het geval vanwege de kosten die dit soort procedures met zich brengen. Afgaand op de beperkte gegevens dienaangaande denkt Tzankova dat langdurige collectief procederen over een complex onderwerp, gericht op schadevergoeding voor één groep benadeelden, al snel ongeveer € 3 tot € 7 miljoen kost.⁵ Uitgaande van die schatting – volgens Tzankova een ‘veilige aanname’ – moet een belangenbe-

hartiger minimaal een paar miljoen euro tot zijn beschikking hebben om een collectieve actie te kunnen instellen en dat is niet vanzelfsprekend.⁶ Hoe verhouden de regels die de Richtlijn aan financiering verbindt zich tot het Nederlandse collectieve actierecht, hoe worden deze regels geïmplementeerd en wat zijn de mogelijke gevolgen van de regels en de implementatie voor de financierbaarheid van collectieve acties? Dat is de vraag waarop in dit artikel antwoord wordt gegeven.⁷

De kern van mijn analyse is dat de regels van de Richtlijn verschillen van het Nederlandse collectieve actierecht doordat zij een ander toepassingsbereik hebben, ruimte bieden om derdenfinanciering van collectieve acties te verbieden en andere accenten leggen. Door de voorgestelde implementatie wordt derdenfinanciering nauwelijks verder gereguleerd. Verder is de voorgestelde implementatie niet helemaal in overeenstemming met de regels van de Richtlijn. Naar aanleiding van voornoemde conclusies worden in dit artikel drie aanbevelingen geformuleerd.

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 1 wordt bij wijze van context kort ingegaan op wat derdenfinanciering van collectieve acties inhoudt. Vervolgens

* Promovendus aan de Universiteit van Utrecht. Met veel dank aan T.M.C. Arons, J.W.A. Biemans, P. Laaper en de redactie van dit tijdschrift voor feedback op eerdere versies van dit artikel.

1. Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2020, L 409/2).
2. Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2 en 3 en wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK012351 (laatstelijk geraadpleegd op 8 augustus 2022).
3. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité; Een ‘new deal’ voor consumenten.
4. De Richtlijn heeft geen betrekking op collectieve geschilbeslechting volgens het volmacht- of lastgevingsmodel of volgens het cessiemodel. Deze modellen worden in dit artikel dan ook buiten beschouwing gelaten. Zie over deze modellen o.a. T.M.C. Arons, ‘Misbruik van bevoegdheid in collectieve acties. Drie afgebakende modellen van collectieve geschilbeslechting’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2020, afl. 7, p. 202-208.
5. I.N. Tzankova, ‘Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook al weer?’, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2017, afl. 4, p. 113. Deze schatting baseert Tzankova op wat vier belangenorganisaties hebben aangegeven die betrokken waren bij de collectieve Fortis-schikking, de kosten van organisaties betrokken bij de DSB-schikking en de kosten van stichting Vie d’Or. Zie ook A. Burri & G.M. Solas, ‘Third-party funding under the EU’s New Representative Actions Directive’, *Global Competition Litigation Review* (15) 2022, afl. 1, p. 35. Volgens Tzankova zal dit bedrag hoger uitvallen wanneer de Claimcode strikt wordt gevolgd en er langer dan vijf tot zeven jaar wordt geprocedeerd. Met de Claimcode zal ze de toenmalige Claimcode (uit 2011) bedoelen. Deze code is in 2019 herzien en aangevuld met onder andere een principe over externe financiering.
6. A.J. Meijerink, ‘Procesfinancieringseisen in de Richtlijn representatieve vorderingen en de WAMCA; Niets nieuws onder de zon of werk aan de winkel voor de Nederlandse wetgever?’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021, afl. 11, p. 375.
7. Dit artikel focust op art. 10 lid 1-2 Richtlijn en de voorgestelde implementatie van deze bepalingen.

worden de doelen en hoofdlijnen van de Richtlijn beschreven, voor zover die relevant zijn voor het karakter en de toepasbaarheid van regels inzake of gerelateerd aan derdenfinanciering (paragraaf 2). Daarna volgt een analyse van de regels die de Richtlijn aan financiering van representatieve vorderingen verbindt (paragraaf 3) en de voorgestelde implementatie ervan (paragraaf 4). Het artikel besluit met een samenvatting, conclusie en drie aanbevelingen (paragraaf 5).

1. Derdenfinanciering van collectieve acties

Naar het huidige Nederlandse recht kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (hierna: belangenbehartiger) een rechtsvordering instellen die als doel heeft om gelijksoortige belangen van andere personen (hierna ook: achterban) te beschermen (zgn. collectieve acties). De desbetreffende stichting of vereniging moet dan wel de belangen van de personen ingevolge haar statuten behartigen. Verder moet de stichting de belangen van de achterban voldoende waarborgen en mag zij bijvoorbeeld geen winstoogmerk hebben.⁸

Een belangenbehartiger kan zijn rechtsvordering op verschillende manieren financieren. Zo kan hij gebruikmaken van eigen bijdragen van haar achterban. Een andere optie is (aanvullende) financiering via rechtsbijstandsverzekeraars.⁹ Belangenbehartigers kunnen verder gebruikmaken van derdenfinanciering. Hierbij financiert een derde (hierna: derdenfinancier) de kosten van een procedure in ruil voor een deel van de uiteindelijke opbrengst van de vordering.¹⁰ Derdenfinanciers zijn bijvoorbeeld buitenlandse investeringsmaatschappijen gespecialiseerd in de financiering van rechtszaken.¹¹ De huidige financieringspraktijk van collectieve acties waarin schadevergoeding wordt gevorderd, laat zien dat financiering door Amerikaanse *plaintiff firms* ook tot de mogelijkheden behoort.¹² Derdenfinanciers financieren bijvoorbeeld kosten van advocaten en deskundigen, griffierechten en een eventuele proceskostenveroordeling.¹³ Wanneer een vordering niets oplevert, hoeft de belangenbehartiger de aan haar verstrekte financiering niet terug te betalen. De vergoeding voor de derdenfinancier kan bijvoorbeeld bestaan uit een percentage van de opbrengst, een veelvoud van de door hem gefinancierde kosten of een combinatie van beide.¹⁴ Wanneer een belangenbehartiger voor een rechtsvordering gebruikmaakt van derdenfinanciering, zal zij de belangen van de achterban voldoende moeten waarborgen door

bijvoorbeeld met de derdenfinancier overeen te komen dat die niet te veel zeggenschap over de door haar gefinancierde vordering krijgt.¹⁵

Voor belangenbehartigers is derdenfinanciering een aantrekkelijke financieringsoptie nu zij bij verlies van de procedure de financiering niet terug hoeven te betalen. De aantrekkingskracht ervan wordt vergroot doordat andere financieringsvormingen vooralsnog in de praktijk niet zo goed werken (bijv. bijdragen van benadeelden) of in beginsel niet zijn toegestaan (*contingency fees* voor advocaten).¹⁶ Derdenfinanciering brengt echter ook uitdagingen met zich, zeker nu deze manier van financieren nauwelijks gereguleerd is. Te denken valt aan de hoogte van beloningen die derdenfinanciers vragen, waarvoor geen concrete regels gelden.¹⁷ Het is nog niet duidelijk in hoeverre uitdagingen zoals de hiervoor genoemde zich ook in de praktijk voordoen. Zo bezien is het begrijpelijk dat de Nederlandse wetgever tot dusver afwachtend is geweest als het gaat om het reguleren van procesfinanciering, ondanks de mogelijke uitdagingen ervan.¹⁸

Tegelijkertijd geldt ook: voorkomen is beter dan genezen, zeker als het gaat om door derden gefinancierde collectieve acties die namens consumenten worden ingediend. Dat is alleen al zo vanwege de waarde die de Europese regelgever hecht aan het beschermen van consumenten.¹⁹ Bovendien is de markt voor procesfinanciering in Nederland zich in een rap tempo aan het ontwikkelen en dreigt daarom het gevaar dat de wetgever achter de feiten aanloopt.²⁰ Het is daarom raadzaam om (nadere) regulering van procesfinanciering te overwegen, waar overigens op Europees niveau ook aan wordt gedacht.²¹ Er is op nationaal en nu ook op Europees niveau al wel sprake van regulering, maar de regels hebben in beide gevallen een indirect karakter omdat zij slechts van toepassing zijn op belangenorganisaties die met derdenfinanciers samenwerken en dus niet op de financiers zelf.²² Zoals hierna zal blijken, zijn de regels bovendien algemeen van aard. Daardoor hebben derdenfinanciers nog steeds veel speelruimte.

2. Hoofdlijnen van de Richtlijn

2.1. Doelen

In het eerste artikel van de Richtlijn worden de doelen ervan beschreven. De Richtlijn heeft als doel om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door

8. Art. 3:305a lid 1 en 3 onder a BW.

9. Meijerink 2021, p. 375.

10. W.H. van Boom & J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RMT* 2015, afl. 5, p. 188.

11. Van Boom & Luiten 2015, p. 188; B. Katan, 'Toetsing van commerciële procesfinanciering: naar een evenwichtiger stelsel', *NTBR* 2021/33, afl. 10, p. 270-271.

12. Katan 2021, p. 271.

13. Van Boom & Luiten 2015, p. 188.

14. Burri & Solas 2022, p. 34.

15. Art. 3:305a lid 2 onder c BW.

16. Art. 7.7 Verordening op de advocatuur.

17. Katan 2021, p. 269-270.

18. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12.

19. Zie inleiding en par. 2.1.

20. R. Philips, 'Netherlands', in: S. Latham (red.), *The Third Party Litigation Funding Law Review*, Londen: Law Business Research Ltd 2021, p. 122.

21. Draft report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL)).

22. Vgl. Katan 2021, p. 269.

een hoog niveau van consumentenbescherming te realiseren. De Richtlijn wil haar doel bereiken door ervoor te zorgen dat in elke lidstaat een systeem voor representatieve vorderingen beschikbaar komt. Tevens biedt zij waarborgen tegen misbruik van procesrecht. De Richtlijn heeft ook als doel om de toegang tot de rechter voor consumenten te verbeteren.²³

Derdenfinanciering mag volgens de bepalingen van de Richtlijn er niet toe leiden dat een representatieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten.²⁴ In een van de overwegingen van de Richtlijn wordt verder aangegeven dat het belangrijk is om 'te zorgen voor de noodzakelijke balans tussen het verbeteren van de toegang van consumenten tot de rechter en het verschaffen van passende waarborgen voor handelaren tegen misbruik van procesrecht, dat het vermogen van ondernemingen om activiteiten te verrichten op de interne markt zou belemmeren zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat'. De desbetreffende overweging geeft vervolgens aan dat het om die reden is dat onder meer regels moeten worden 'vastgesteld inzake bepaalde procedurele aspecten, zoals de aanwijzing en financiering van bevoegde instanties'.²⁵ Daaruit volgt naar mijn mening dat regels die de Richtlijn aan financiering verbindt dus (ook) als (achterliggend) doel hebben om in het belang van aangesproken partijen misbruik van procesrecht te voorkomen.²⁶

De regels betreffende financiering lijken uiteindelijk vooral gericht te zijn op de bescherming van belangen van consumenten. Dat blijkt uit het doel van de Richtlijn zoals expliciet genoemd in het eerste artikel ervan (zie het begin van deze paragraaf). Het beschermen van consumentenbelangen is in het belang van de consumenten zelf. Aangesproken partijen hebben echter eveneens belang bij bescherming van consumentenbelangen, ervan uitgaande dat dit bijdraagt aan de goede werking van de interne markt, wat ook in hun belang is.

2.2. *Uitgangspunten*

De toepasbaarheid van regels inzake derdenfinanciering en regels die daaraan gerelateerd zijn wordt bepaald door het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende vorderingen en het onderscheid tussen stakings- en herstelmaatregelen. Dat wordt in de navolgende subparagrafen nader toegelicht.

2.2.1. Onderscheid I: binnenlandse en grensoverschrijdende representatieve vorderingen

In de Richtlijn spelen 'bevoegde instanties' een centrale rol. Een bevoegde instantie is 'iedere organisatie of over-

heidsinstantie die de belangen van consumenten vertegenwoordigt en die door een lidstaat is aangewezen als krachtens deze richtlijn bevoegd om representatieve vorderingen in te stellen'. Voorbeelden van bevoegde instanties zijn belangenbehartigers in de zin van artikel 3:305a BW. Bevoegde instanties kunnen binnenlandse en grensoverschrijdende representatieve vorderingen instellen.

Binnenlandse representatieve vorderingen zijn vorderingen die een bevoegde instantie instelt in de lidstaat waarin zij werd aangewezen. Er is sprake van een grensoverschrijdende representatieve vordering wanneer een bevoegde instantie die instelt in een andere lidstaat dan waarin zij werd aangewezen.²⁷ De regel dat bevoegde instanties geen winstoogmerk mogen hebben, geldt alleen bij grensoverschrijdende representatieve vorderingen, en dus niet bij binnenlandse vorderingen.²⁸

De manier waarop de Richtlijn onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende vorderingen overtuigt in dit opzicht echter niet. Stel dat een in Duitsland aangewezen bevoegde instantie een vordering in Duitsland indient, namens Franse en Duitse consumenten, tegen een in Spanje gevestigd bedrijf (voorbeeld I). Volgens de Richtlijn is in dat geval sprake van een 'binnenlandse' representatieve vordering. De vordering wordt dan namelijk ingediend in het land waarin de bevoegde instantie is aangewezen.²⁹ Wanneer de desbetreffende bevoegde instantie in Frankrijk is aangewezen en zij de vordering in Duitsland indient, is volgens de Richtlijn daarentegen sprake van een grensoverschrijdende vordering (voorbeeld II).³⁰ Ligt het niet voor de hand om de vordering uit voorbeeld I net als die uit voorbeeld II als een grensoverschrijdende vordering te beschouwen? De vordering uit voorbeeld I heeft net als de vordering uit voorbeeld II een grensoverschrijdend karakter, ten eerste nu zij mede namens 'buitenlandse' consumenten wordt ingediend en ten tweede omdat zij zich richt tegen een 'buitenlands' bedrijf. Doordat de regels voor binnenlandse en grensoverschrijdende vorderingen niet gelijk hoeven te zijn, kan dat er echter in resulteren dat voor de vordering in voorbeeld I andere (strengere of juist lichtere) regels gelden dan voor de vordering in voorbeeld II.³¹ Wanneer een lidstaat ervoor kiest om voor beide soorten vorderingen dezelfde 'aanwijzingsregels' te hanteren, zal dit probleem zich niet voordoen maar daartoe zijn lidstaten niet verplicht.³²

2.2.2. Onderscheid II: stakings- en herstelmaatregelen

De Richtlijn maakt verder onderscheid tussen stakings- en herstelmaatregelen. De Richtlijn geeft niet expliciet

23. Art. 1 lid 1 Richtlijn. In de voetnoten van par. 2 en 3 wordt, tenzij anders vermeld, uitsluitend verwezen naar bepalingen en overwegingen van de Richtlijn.

24. Art. 10 lid 1.

25. Overweging 10.

26. Vgl. overweging 52 en Meijerink 2021, p. 374-375.

27. Art. 3 onder 6 en 7.

28. Art. 4 lid 3 onder c. Zie voor een ander voorbeeld van het belang van dit onderscheid par. 3.2.2. van dit artikel.

29. Zie ook overweging 23.

30. B. Gsell, 'The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – A huge, but blurry step forward', *Common Market Law Review*, (58) 2021, afl. 5, p. 1372.

31. Gsell 2021, p. 1372.

32. Zie art. 4 lid 5 en overweging 26.

een omschrijving van ‘stakingsmaatregelen’. Hierbij kan echter gedacht worden aan een voorlopige of definitieve maatregel om een praktijk te doen staken of te verbieden wanneer die in strijd is met regelgeving zoals te vinden in Bijlage I van de Richtlijn.³³ De Richtlijn geeft wel een omschrijving van het begrip ‘herstelmaatregelen’. Een herstelmaatregel is ‘een maatregel die een handelaar verplicht om betrokken consumenten remedies te bieden zoals compensatie, reparatie, vervanging, prijsvermindering, contractbeëindiging of terugbetaling van de betaalde prijs, al naargelang dat passend en op grond van het Unierecht of het nationale recht mogelijk is’.³⁴

Nog meer dan het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende representatieve vorderingen is het verschil tussen stakings- en herstelmaatregelen van belang voor de vraag welke regels voor financiering van bevoegde instanties al dan niet van toepassing zijn. De bepaling van de Richtlijn die expliciet over derdenfinanciering gaat, geldt namelijk uitsluitend voor financiering van representatieve vorderingen gericht op herstelmaatregelen.³⁵ De Richtlijn licht deze keuze niet toe maar er valt op zich wel wat voor te zeggen. Derdenfinanciers zullen niet snel representatieve vorderingen financieren die zich (uitsluitend) richten op stakingsmaatregelen, ervan uitgaande dat dergelijke vorderingen niet tot een opbrengst zullen leiden, waarvan financiers een deel kunnen ontvangen.³⁶

Derdenfinanciering van vorderingen met het oog op stakingsmaatregelen valt echter niet uit te sluiten. Lidstaten kunnen bevoegde instanties de mogelijkheid geven om stakingsmaatregelen en herstelmaatregelen te vorderen binnen één enkele representatieve vordering, maar zijn daartoe niet verplicht en kunnen er ook voor kiezen dat de maatregelen gevorderd moeten worden in afzonderlijke, op elkaar volgende procedures.³⁷ Het is denkbaar dat een derdenfinancier in dat geval belang heeft bij beide procedures en ze dus allebei zal financieren. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer eerst duidelijk moet worden of een bepaalde praktijk een inbreuk vormt en het pas daarna mogelijk is om eventuele herstelmaatregelen in de vorm van compensatie te claimen, waarvan de financier een deel kan ontvangen. Zo bezien was het misschien wenselijk geweest dat de bepaling over financiering van bevoegde instanties ook van toepassing was

verklaard op procedures voor representatieve vorderingen met het oog op stakingsmaatregelen.

3. Regels voor financiering

3.1. Mogelijkheid van een verbod op derdenfinanciering
De Richtlijn geeft lidstaten de ruimte om derdenfinanciering te verbieden: ‘De lidstaten zorgen ervoor dat bij representatieve vorderingen met het oog op herstelmaatregelen die door derden worden gefinancierd, voor zover dat bij het nationaal recht is toegestaan’, enz. [cursivering JvdT].³⁸ Door een verbod op derdenfinanciering komt de financierbaarheid van representatieve vorderingen in gevaar, zeker als er in een lidstaat geen andere manieren zijn om de kosten van dergelijke vorderingen te dekken.³⁹

De Richtlijn probeert (desondanks) de financierbaarheid van representatieve vorderingen te garanderen, maar slaagt daar niet afdoende in. Dat komt mogelijk doordat dit onderwerp politiek gevoelig ligt en de Europese regelgever daarom niet al te veel regels wilde stellen.⁴⁰ De Richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de procedurekosten met betrekking tot representatieve vorderingen niet zo hoog worden dat het daardoor onmogelijk wordt om stakings- en herstelmaatregelen te vorderen. Dat zouden lidstaten bijvoorbeeld kunnen doen door aan bevoegde instanties zoals toezichthouders overheidsfinanciering te verstrekken.⁴¹ In de overwegingen van de Richtlijn staat echter ook dat lidstaten niet verplicht zijn om representatieve vorderingen te financieren.⁴² Verder kunnen lidstaten wel toestaan dat bevoegde instanties een ‘inschrijfvergoeding’ vragen aan consumenten die zij in een specifieke representatieve vordering vertegenwoordigen. Daarmee wordt de financierbaarheid van representatieve vorderingen vergroot. Het vragen van inschrijfvergoedingen is echter alleen mogelijk wanneer de vordering zich richt op herstelmaatregelen en dus niet in het geval van stakingsmaatregelen. Bovendien moet de inschrijfvergoeding ‘bescheiden’ zijn. Bevoegde instanties kunnen dus geen hoge vergoedingen vragen, ook al zou alleen daarmee de financierbaarheid van een representatieve vordering gewaarborgd kunnen worden.⁴³ Lidstaten zijn ook niet verplicht om het vragen van inschrijfvergoedingen toe te staan, de Richtlijn spreekt immers van ‘kunnen’.⁴⁴

33. Zie art. 3 waarin wel een definitie van ‘herstelmaatregel’ maar niet van ‘stakingsmaatregel’ is opgenomen. De door mij gegeven ‘omschrijving’ van stakingsmaatregelen volgt uit art. 7 lid 4 onder a jo. art. 8 lid 1 jo. art. 2 lid 1.

34. Art. 3 onder 10.

35. Zie de titel van art. 10.

36. Zie par. 1.

37. Art. 7(5) en overweging 35 en 40 Richtlijn.

38. Art. 10 lid 1.

39. Zie par. 1; vgl. Burri & Solas 2022, p. 35.

40. Zie Gsell 2021, p. 1394.

41. Art. 20 lid 2; B. van Hattum, ‘De Richtlijn representatieve vorderingen; *Game changer* voor het Nederlandse afwikkelingssysteem van massaclaims?’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2021, afl. 7/8, p. 175.

42. Overweging 70. Letterlijk: ‘De lidstaten mogen evenwel niet worden verplicht representatieve vorderingen te financieren.’ In lijn daarmee moeten lidstaten weliswaar maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de procedurekosten in verband met representatieve vorderingen bevoegde instanties niet beletten om stakings- of herstelmaatregelen te vorderen maar hoeven ze dat niet per definitie te doen in de vorm van overheidsfinanciering (art. 20 lid 1-2).

43. Art. 20 lid 3. Vgl. L. Visscher & M. Faure, ‘A Law and Economic Perspective on the EU Directive on Representative Actions’, *Journal of Consumer Policy* (44) 2021, afl. 3, p. 8 van de versie te downloaden op rdcu.be/cNSUz (laatstelijk geraadpleegd op 19 mei 2022).

44. Art. 20 lid 3. In uitzonderlijke omstandigheden kan een individuele consument die betrokken is bij een representatieve vordering wel opgedragen worden om de procedurekosten te betalen die veroorzaakt zijn door zijn eigen opzettelijk of nalatig gedrag (art. 12 lid 3).

Uit het voorgaande volgt dat lidstaten tegelijkertijd het vragen van inschrijfvergoedingen mogen verbieden én het door de overheid financieren van representatieve vorderingen kunnen nalaten. Wanneer een lidstaat de financiering van representatieve vorderingen op genoemde manieren beperkt, kan zij er de facto ongewild toe genoodzaakt worden om derdenfinanciering toe te staan ervan uitgaande dat het anders onmogelijk wordt om representatieve vorderingen in te dienen bij gebrek aan alternatieve financieringsmogelijkheden zoals *contingency fees*.⁴⁵ Stel dat andere lidstaten dan Nederland de financieringsmogelijkheden beperken door derdenfinanciering te verbieden, dan zal dat de aantrekkelijkheid van het Nederlandse rechtssysteem voor derdenfinanciers verder vergroten. In Nederland is derdenfinanciering (en het vragen van inschrijfvergoedingen) immers toegestaan en nauwelijks gereguleerd. Deze ruimte voor financieringsmogelijkheden kan leiden tot een toename van door derden gefinancierde collectieve acties die anders in andere landen zouden worden ingediend waardoor de markt voor procesfinanciering zich in Nederland nog sneller zal gaan ontwikkelen.⁴⁶

3.2. Voorkoming van belangenconflicten en bescherming van consumentenbelangen

3.2.1. Regels inzake belangenconflicten en de toepassing en reikwijdte ervan

Lidstaten moeten bij door derden gefinancierde herstelmaatregelen ervoor zorgen dat belangenconflicten worden voorkomen. Verder mag derdenfinanciering niet tot gevolg hebben 'dat de representatieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten'. Dit volgt uit artikel 10 lid 1 Richtlijn, de bepaling die betrekking heeft op de derdenfinanciering.⁴⁷ De regels dat belangenconflicten moeten worden voorkomen en collectieve belangen van consumenten beschermd moeten worden, lijken op elkaar. De belangen van de financier en van consumenten kunnen conflicteren, bijvoorbeeld omdat de eerstgenoemde een zo groot mogelijk deel van de claimopbrengst zal willen ontvangen ('belangenconflict'). Consumenten zullen daartegen beschermd moeten worden ('bescherming consumentenbelangen').

Bij het voorkomen van belangenconflicten lijkt de Richtlijn echter vooral te doelen op een specifiek soort belangenconflict, omdat dit expliciet als voorbeeld genoemd wordt in de overwegingen en regels ervan. Volgens de overwegingen van de Richtlijn moet namelijk een belangenconflict verondersteld worden bij 'directe financiering van een specifieke representatieve vordering door

een handelaar die op dezelfde markt actief is als de verweerder'.⁴⁸ In dat geval is sprake van een belangenconflict omdat 'de concurrent [dan] een economisch belang bij het resultaat van de representatieve vordering zou kunnen hebben dat niet overeenstemt met het belang van de consument'.⁴⁹ Bovendien moeten lidstaten ingevolge de Richtlijn voor de toepassing van artikel 10 lid 1 er 'met name' voor zorgen dat de representatieve vordering 'niet wordt ingesteld tegen een verweerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder waarvan de financier afhankelijk is'.⁵⁰ Dat blijkt uit artikel 10 lid 2 onder b Richtlijn. De gedachte is dus dat het onwenselijk is wanneer bijvoorbeeld een autofabrikant een procedure financiert tegen een andere autofabrikant die verdacht wordt van het gebruik van sjoemelsoftware. De Richtlijn geeft overigens nog een nadere regel voor de toepassing van artikel 10 lid 1 (art. 10 lid 2 onder a Richtlijn). Daarover meer in paragraaf 3.2.2. van dit artikel.⁵¹

De voorgaande alinea maakt duidelijk dat het al dan niet aanwezig zijn van een belangenconflict in de zin van de Richtlijn mede afhangt van de vraag of bij een representatieve vordering sprake is van 'directe financiering'. De Richtlijn omschrijft dit begrip niet, maar geeft wel een voorbeeld van 'indirecte financiering' waaruit afgeleid kan worden waaraan bij beide financieringsvormen gedacht moet worden. In de overwegingen van de Richtlijn wordt namelijk aangegeven dat 'indirecte financiering van een representatieve vordering door organisaties die worden gefinancierd *door middel van* gelijke bijdragen van hun leden of *door middel van* donaties [cursiveringen JvdT], waaronder donaties van handelaren in het kader van initiatieven op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen of crowdfunding' geacht moet worden als in aanmerking komend voor derdenfinanciering.⁵² Het onderscheid tussen directe en indirecte financiering lijkt dus te worden bepaald door waar het financieringskapitaal vandaan komt: van de financier zelf of van bijvoorbeeld investeerders in de derdenfinancier.

Voor het onderscheid tussen directe en indirecte financiering lijkt in ieder geval niet van belang te zijn of zij wordt verstrekt voor een specifieke vordering of niet. Zoals eerder in deze paragraaf aangegeven, wordt in overwegingen van de Richtlijn immers gesproken van 'directe financiering van een specifieke representatieve vordering'.⁵³ Dit suggereert dat 'specifieke' representatieve vorderingen ook indirect gefinancierd kunnen worden. Het in de vorige alinea genoemde voorbeeld van indirecte financiering wekt eveneens de indruk dat het verschil tussen directe en indirecte financiering ziet op de herkomst van het fi-

45. Gsell 2021, p. 1397; zie par. 1; vgl. Burri & Solas 2022, p. 35.

46. Zie par. 1.

47. Art. 10 lid 1. Ter verheldering zijn verwijzingen naar art. 10 lid 1 en art. 10 lid 2 (onder a en onder b) in deze en volgende paragrafen in de lopende tekst opgenomen.

48. Een handelaar is 'iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon, ongeacht of deze privaot of publiek is, die handelt voor doeleinden die verband houden met de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit van die persoon, ook via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt' (art. 3 onder 2).

49. Overweging 52.

50. Art. 10 lid 2 onder b.

51. Vgl. *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 7 waarin de regels van art. 10 lid 2 als 'nevengeschikt' en niet als 'ondergeschikt' aan die van art. 10 lid 1 lijken te worden gezien, een keuze die afgaand op de tekst van de Richtlijn niet overtuigt.

52. Overweging 52.

53. Overweging 52.

nancieringskapitaal en niet op het doel ervan. Een donatie van een handelaar kan immers ook bedoeld zijn voor een specifieke representatieve vordering.

Financiers hebben zelf ook financiering nodig. Die komt bijvoorbeeld van aandeelhouders, maar kan ook van andere kapitaalverstrekkingen komen. Afgaand op wat de Richtlijn opmerkt over belangenconflicten bij directe financiering komt de vraag op of een derdenfinanciering waarbij het financieringskapitaal uiteindelijk afkomstig is van een kapitaalverschaffer die in dezelfde markt actief is als de verweerder (die bijvoorbeeld een autofabrikant is), wél toelaatbaar moet worden geacht (oftewel of een 'belangenconflict' bij indirecte financiering is toegestaan). De financier zelf is dan geen concurrent van de verweerder maar degene die het financieringskapitaal verschafft, bijvoorbeeld een autofabrikant, wel. De Richtlijn zelf verschafft hierover helaas geen duidelijkheid. Gezien het dusdanig indirecte karakter van het 'belangenconflict' waarvan dan sprake is, lijkt het mij verdedigbaar om te stellen dat het in principe toelaatbaar is om procedures te financieren met behulp van kapitaal van kapitaalverschaffers die concurrenten van de wederpartij zijn.⁵⁴

3.2.2. Regels inzake consumentenbescherming en de toepassing en reikwijdte ervan

Voor de toepassing van artikel 10 lid 1 Richtlijn moeten de lidstaten (art. 10 lid 2 onder a) er ook 'met name' voor zorgen dat 'de besluiten van bevoegde instanties in het kader van een representatieve vordering, onder meer schikkingsbesluiten, niet onrechtmatig door een derde worden beïnvloed ten nadele van de collectieve belangen van de consumenten die bij de representatieve vordering zijn betrokken'.⁵⁵ Terwijl de nadere regel zoals te vinden in artikel 10 lid 2 onder b Richtlijn vooral lijkt voort te komen uit de algemene regel om belangenconflicten te voorkomen, lijkt artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn bedoeld te zijn als nadere uitwerking van de regel dat representatieve vorderingen niet mogen afleiden van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten. De regel zoals te vinden in artikel 10 lid 2 onder b Richtlijn heeft dan vooral betrekking op de relatie tussen de derdenfinancier en de verweerder, terwijl artikel 10 lid 2 onder a met name gaat over de relatie tussen derdenfinancier en belangenbehartigers. Dat lijkt mij althans de meest logische interpretatie.

Artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn verbiedt dus *onrechtmatige* beïnvloeding. Wanneer is daarvan sprake en wat is volgens de Richtlijn dan 'rechtmatige' beïnvloeding? Die vraag dringt zich temeer op nu de Richtlijn ook als regel geeft dat bevoegde instanties niet mogen worden beïnvloed door derdenfinanciers.⁵⁶ Die regel lijkt elke invloed van derdenfinanciers uit te sluiten, terwijl artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn ruimte laat voor een bepaalde mate van invloed. De regel dat bevoegde instanties niet door der-

denfinanciers beïnvloed mogen worden, geldt echter alleen bij grensoverschrijdende collectieve acties (zie eerder, paragraaf 3.2.1.) en dus niet bij binnenlandse representatieve vorderingen. De Richtlijn zou daarom zo uitgelegd kunnen worden dat het hebben van invloed bij een grensoverschrijdende representatieve vordering sowieso niet is toegestaan en dus gezien moet worden als 'onrechtmatige' beïnvloeding in de zin van artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn. Het uitoefenen van invloed bij een binnenlandse representatieve vordering is dan wellicht een vorm van beïnvloeding waarvoor de Richtlijn wel ruimte laat.

In de literatuur wordt er verder nog gewezen op de mogelijkheid dat de regel die invloed verbiedt geldt bij 'aanwijzing' van de bevoegde instanties en niet in het geval van specifieke representatieve vorderingen.⁵⁷ De tekst van de Richtlijn lijkt ruimte te bieden voor het maken van een dergelijk onderscheid. Zo kan artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn inderdaad uitgelegd worden als een bepaling die gaat over specifieke representatieve vorderingen. Zie de aan het begin van deze paragraaf aangehaalde tekst van de bepaling ('in het kader van een [cursivering JvdT] representatieve vordering'). Een uitleg die uitgaat van het onderscheid tussen 'aanwijzing' enerzijds en specifieke vorderingen anderzijds is ook om andere redenen verdedigbaar. Ten eerste maakt de Richtlijn zelf onderscheid tussen aanwijzing (o.a. art. 4) en het indienen van vorderingen (o.a. art. 10). Ten tweede, stel dat in de Richtlijn wordt bedoeld dat beïnvloeding bij grensoverschrijdende vorderingen niet, maar bij binnenlandse vordering wel rechtmatig is, had het meer voor de hand gelegen dat de Europese regelgever dit onderscheid had gemaakt in artikel 10 zelf en niet in verschillende artikelen die over verschillende aspecten gaan.⁵⁸ In paragraaf 4.2. wordt ingegaan op de vraag welk standpunt de Nederlandse wetgever lijkt in te nemen als het gaat om de invloed die derdenfinanciers al dan niet mogen hebben.

4. Voorgestelde implementatie van regels inzake financiering

4.1. Implementatie voor wat betreft Nederlandse en buitenlandse organisaties

De wetgever is van mening dat artikel 10 lid 1 (deels) en artikel 10 lid 2 onder a Richtlijn in het geheel geen implementatie behoeven als het gaat om Nederlandse organisaties in de zin van de Richtlijn.⁵⁹ Voor Nederlandse belangenbehartigers geldt immers al dat zij de belangen van benadeelden voldoende moeten waarborgen. Dat betekent onder het huidige recht bijvoorbeeld dat de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de belangenbehartiger moet liggen.⁶⁰ Artikel 10 lid 1 en lid 2 onder b Richtlijn moeten (deels) wel worden geïmplementeerd en daartoe stelt de wetgever voor om een nieuw onderdeel bij artikel 3:305a lid 2 BW in te voegen. Daarmee moeten belangenorganisaties dus aan een extra eis voldoen om

54. De Nederlandse wetgever huldigt een vergelijkbaar standpunt, zie par. 4.1. van dit artikel.

55. Art. 10 lid 2 onder a.

56. Art. 4 lid 3 onder e.

57. Burri & Solas 2022, p. 37-38.

58. Vgl. Burri & Solas 2022, p. 38.

59. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3, p. 55, vgl. p. 24.

60. Art. 3:305a lid 2 onder c BW.

de belangen van benadeelden voldoende te waarborgen. Ingevolge het nieuwe onderdeel mag de financiering van een rechtsvordering niet afkomstig zijn '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'.⁶¹

De termen 'afhankelijk' en 'concurrent' moeten volgens de wetgever restrictief worden geïnterpreteerd. Wanneer aandeelhouders en investeerders van een financier concurreren met de verweerder wordt een collectieve actie nog niet ontoelaatbaar.⁶² Zo bezien is een 'belangenconflict' tussen kapitaalverschaffers en de verweerder bij indirecte financiering in de ogen van de Nederlandse wetgever niet problematisch.⁶³ Overigens wordt in de nota naar aanleiding van het verslag van de Implementatiewet opgemerkt dat het voor de rechter lastig te toetsen is of een financiering in een collectieve actie afkomstig is van een concurrent van de financier of van iemand waarvan de financier afhankelijk is.⁶⁴ Volgens de wetgever is die regel dus moeilijk uit te voeren.

Voor buitenlandse organisaties stelt de wetgever voor om artikel 10 lid 1 en 2 Richtlijn te implementeren door een aantal ontvankelijkheidseisen die voor binnenlandse organisaties gelden ook op hen van toepassing te verklaren. Zo moeten ook buitenlandse organisaties over voldoende middelen beschikken om de kosten voor het instellen van rechtsvorderingen te dragen en moeten zij eveneens in voldoende mate de zeggenschap over de vorderingen hebben. Verder is het hiervoor genoemde nieuwe onderdeel van artikel 3:305a lid 2 BW op buitenlandse organisaties van toepassing.⁶⁵

In het huidige Nederlandse collectieve actierecht lijken de accenten wat anders te liggen dan die van de Richtlijn. De voorgestelde implementatie van de eerste twee leden van artikel 10 Richtlijn zoals hiervoor beschreven neemt deze accentverschillen niet helemaal weg.

Ten eerste gaat het er bij derdenfinanciering volgens de Richtlijn 'met name' om dat besluiten van bevoegde instanties niet onrechtmatig worden beïnvloed en representatieve vorderingen niet worden ingesteld tegen een concurrent van de financier of tegen een partij waarvan de financier afhankelijk is.⁶⁶ De regel in het Nederlandse collectieve actierecht dat een belangenorganisatie ook over voldoende middelen moet beschikken, wordt in de Richtlijn niet genoemd en daarmee evenmin de mogelijke

samenhang tussen regels inzake middelen en beïnvloeding. Dit terwijl die samenhang in het Nederlandse recht wel gesuggereerd wordt. De regel aangaande middelen en zeggenschap in het Nederlandse collectieve actierecht luidt immers letterlijk: 'De belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, zijn voldoende gewaarborgd wanneer de rechtspersoon beschikt over: (...) voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, *waarbij* [cursivering JvdT] de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt'.⁶⁷

Verder valt op dat de wetgever het in de Richtlijn gemaakte onderscheid tussen stakings- en herstelmaatregelen niet letterlijk overneemt. In het huidige recht is al wel sprake van een dergelijk onderscheid (art. 3:305a lid 6 BW).⁶⁸ Dat onderscheid is echter niet helemaal gelijk aan dat van de Richtlijn. Een vordering met het oog op herstelmaatregelen kan in theorie een zeer beperkt financieel belang hebben en daardoor in Nederland onder het lichtere regime vallen terwijl die volgens de Richtlijn aan zwaardere ontvankelijkheidseisen onderworpen zou moeten worden. De Nederlandse wetgever heeft dit opgelost door middel van een toevoeging aan artikel 3:305a BW. Deze toevoeging bepaalt dat de voornoemde zwaardere ontvankelijkheidseisen ook voor vorderingen onder artikel 3:305a lid 6 BW gelden wanneer zij onder het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen.⁶⁹ De voorgestelde oplossing heeft als voordeel dat zij zo min mogelijk verandert aan de bestaande regels. De regelgeving wordt door dit voorstel wel complex. Eerst geeft artikel 3:305a lid 6 BW een algemene regel. Vervolgens noemt zij twee uitzonderingen – de betreffende regel geldt niet voor rechtsvorderingen die strekken tot schadevergoeding in geld en voor rechtsvorderingen in de zin van de Richtlijn – die elkaar deels overlappen omdat de Richtlijn ook over schadevergoeding in geld gaat.

4.2. Implementatie voor wat betreft grensoverschrijdende vorderingen

In paragraaf 3.2.2. werd gewezen op het verschil tussen de regel dat bevoegde instanties niet onrechtmatig mogen worden beïnvloed (art. 10 lid 2 onder a) en de regel die specifiek voor grensoverschrijdende representatieve vorderingen geldt, namelijk dat derdenfinanciers bevoegde instanties niet mogen beïnvloeden.

Hoe gaat de wetgever dan om met de voor grensoverschrijdende vorderingen geldende regel dat bevoegde instanties

61. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2, p. 2.

62. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3, p. 24-25.

63. Zie par. 3.2.1.; vgl. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3, p. 19 alwaar stichting Wakkerpolis aangehaald wordt, die de verhouding van de kapitaalverschaffers tot de verweerder in dit geval omschrijft als 'heel indirecte betrokkenheid'.

64. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 6, p. 2, zie ook p. 5 en 8.

65. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3, p. 55; *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2, p. 2. Het betreft de vereisten zoals genoemd in art. 3:305a lid 2 onder c, d, aanhef en onder 7 en 8, (het nieuwe) onder f, lid 3 onder b en c en lid 4 BW, die van toepassing worden verklaard door middel van een gewijzigd art. 3:305c lid 2 BW. Ter implementatie van art. 10 lid 1 en lid 2 wordt verder met name verwezen naar art. 3:305a lid 2 onder c en onder f BW.

66. Zie par. 4.2.1. en 4.2.2.

67. Art. 3:305a lid 2 aanhef en onder c BW.

68. De wetgever stelt voor om art. 3:305a lid 6 BW niet meer van toepassing te doen zijn op buitenlandse organisaties. Wat in deze alinea wordt opgemerkt, geldt dan ook alleen voor Nederlandse organisaties.

69. *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2, p. 2. Zie over de toepassing van lid 6: H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, 'Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2021, afl. 2, p. 24.

geheel niet beïnvloed mogen worden? De wetgever stelt voor om de bepaling waarin deze regel staat te implementeren door een aantal ontvankelijkheidscriteria van toepassing te verklaren op organisaties die bevoegd willen worden om grensoverschrijdende representatieve vorderingen in te stellen.⁷⁰ Een van die criteria is dat bestuurders die betrokken zijn bij de oprichting van de rechtspersoon, en hun opvolgers, geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk mogen hebben, 'dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd'.⁷¹ Het lijkt (vooral) dit criterium te zijn waarmee de wetgever recht wil doen aan de voornoemde regel die de Richtlijn aan invloed door derden verbindt, al wordt dat niet expliciet aangegeven. De voornoemde regel uit het Nederlandse collectieve actierecht is echter niet helemaal gelijk aan de bepaling van de Richtlijn dat bevoegde instanties in het geheel niet door derden mogen worden beïnvloed. Beïnvloeding van bevoegde instanties hoeft immers niet alleen plaats te vinden via de bestuurders die betrokken zijn bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers.

Naast dat er sprake is van accentverschillen tussen de Richtlijn en het Nederlandse collectieve actierecht (paragraaf 4.1.) is er als het gaat om grensoverschrijdende vorderingen dus ook sprake van een verschil in regelgeving. De Richtlijn sluit beïnvloeding van bevoegde instanties in dat geval in ieder geval in het algemeen uit, de Nederlandse wetgever laat als het daarom gaat ruimte voor wat invloed. De positie van de Nederlandse wetgever lijkt mij wel meer realistisch. In de praktijk zal in principe altijd sprake zijn van enige mate van beïnvloeding door een derdenfinancier wanneer de betreffende vordering door derden wordt gefinancierd die belang hebben bij de uitkomst ervan omdat zij een deel van de opbrengst willen ontvangen. Daarvan zal sprake zijn via de formele weg doordat een derdenfinancier in de Raad van Toezicht van een claimstichting zitting kan hebben.⁷² Van die invloed kan ook sprake zijn via meer informele manieren zoals het door de belangenbehartiger onderhouden van contact met de derdenfinancier over de voortgang van de door de financier gefinancierde procedure.

5. Conclusies en aanbevelingen

In de voorgaande paragrafen is een analyse gegeven van de regels die de Richtlijn aan financiering van representatieve vorderingen verbindt en de voorgestelde implementatie ervan in het Nederlandse collectieve actierecht. Bij wijze van context is eerst ingegaan op wat derdenfinanciering van collectieve acties inhoudt (paragraaf 1). Vervolgens zijn de hoofdlijnen van de Richtlijn besproken (paragraaf 2), evenals de regels die de Richtlijn aan financiering verbindt (paragraaf 3). Ten slotte is de voorgestelde implementatie van de regels inzake financiering aan bod gekomen (paragraaf 4).

Hoe verhouden de regels die de Richtlijn aan financiering verbindt zich tot het huidige Nederlandse collectieve ac-

tierecht? Ten eerste hebben de regels van de Richtlijn een ander toepassingsbereik. De regel dat een belangenbehartiger geen winstoogmerk mag hebben, geldt in de Richtlijn alleen voor grensoverschrijdende vorderingen. De toepasbaarheid van de regels in artikel 10 Richtlijn wordt anders dan in het Nederlandse collectieve actierecht bepaald door het onderscheid tussen stakings- en herstelmaatregelen. Ten tweede bieden de regels van de Richtlijn de mogelijkheid om derdenfinanciering te verbieden. Het Nederlandse recht geeft daarentegen ruimte aan derdenfinanciering. Ten slotte worden in de Richtlijn andere accenten gelegd. De regels die de Richtlijn aan financiering verbindt, focussen op het voorkomen van belangenconflicten tussen derdenfinanciers en verweerders en het beschermen van consumenten door lidstaten ertoe op te roepen om ervoor te zorgen dat besluiten van bevoegde instanties door derdenfinanciers niet onrechtmatig worden beïnvloed. De eerste conclusie van dit artikel is dus dat de regels die de Richtlijn aan financiering verbindt op drie manieren verschillen met die van het Nederlands collectieve actierecht: qua bereik, karakter en accenten.

Hoe worden de regels die de Richtlijn aan financiering verbindt geïmplementeerd en wat zijn de mogelijke gevolgen van de regels en de implementatie voor de financierbaarheid van collectieve acties? De implementatie heeft tot gevolg dat derdenfinanciering nauwelijks verder wordt gereguleerd bijvoorbeeld omdat daarin niet gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om het te verbieden, waar de Richtlijn wel ruimte voor laat. Andere lidstaten kunnen er wel voor kiezen om derdenfinanciering te verbieden of verregaand te beperken waardoor de regels ervoor per lidstaat dus mogelijk aanzienlijk uiteen gaan lopen. De wetgever lijkt er verder van uit te gaan dat belangenorganisaties in het algemeen wel door derdenfinanciers mogen worden beïnvloed terwijl de Richtlijn dit juist uitsluit bij bevoegde instanties die aangewezen willen worden voor het instellen van grensoverschrijdende vorderingen. De voorgestelde implementatie is ten slotte dus niet helemaal in overeenstemming met de regels van de Richtlijn.

De voorgaande conclusies leiden wat mij betreft tot drie aanbevelingen. Ten eerste doet de rechtspraak er goed aan om de verschillen tussen de Richtlijn en het Nederlandse collectieve actierecht in het oog te (blijven) houden. Stel dat een of meerdere lidstaten besluiten om derdenfinanciering te verbieden, zal dat tot gevolg hebben dat de aantrekkingskracht van het Nederlandse collectieve actierecht groter wordt omdat de financierbaarheid van collectieve acties in andere landen mogelijk in gevaar komt. De tweede aanbeveling is dat de Nederlandse wetgever nog eens goed moet kijken naar de regels die de Richtlijn aan beïnvloeding door derdenfinanciers verbindt. Die regels zijn anders dan de voorgestelde implementatie doet vermoeden. Ten derde doen de wetgever en de rechtspraak er goed aan om (nadere) regulering van procesfinanciering te overwegen. Dat is niet nodig om de Richtlijn te implementeren. De Richtlijn biedt daarvoor wel ruimte. De

70. Art. 3:305a lid 2 onder a, b en d aanhef en onder 2 tot en met 6, lid 3 onder a, en lid 5 BW. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 2, p. 2-3; *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 45.

71. Art. 3:305a lid 3 onder a BW.

72. Bij naleving van de Claimcode 2019 mogelijk ingevolge Principe VII, Uitwerking 3.

mate waarin de markt zich ontwikkelt, wekt de indruk dat die ruimte gebruikt moet gaan worden.

Alles overziend kan ten slotte worden afgevraagd of de Richtlijn een goed begin en dus het halve werk is als het gaat om de regels die zij aan financiering verbindt. Wat mij betreft valt de Richtlijn te dien aanzien tegen omdat de regels ervan een te onduidelijk en te ruim karakter hebben, wat van invloed is op het implementeren ervan.