

lid 4 Wft genomen instemmingsbesluit op te vragen, indien zij daartegen bezwaar willen maken.

3.7 Een consequentie van dit alles is naar mijn mening, ten eerste, dat verzekeraars in hun eigen belang bij portefeuilleoverdrachten waarbij geen sprake is van een juridische fusie, niet langer zouden moeten instemmen met de praktijk van DNB om instemmingsbesluiten zo kort mogelijk voor het moment van de portefeuilleoverdracht te nemen. DNB neemt deze besluiten het liefst zo laat mogelijk om met veranderde omstandigheden rekening te kunnen houden. Nu verzekeraars naar aanleiding van de CbB-uitspraak er rekening mee moeten houden dat polishouders bezwaar kunnen maken tegen het instemmingsbesluit, is het in het belang van zowel de verzekeraar als de polishouders dat de bezwaartermijn van zes weken voorafgaand aan de portefeuilleoverdracht in de planning staat.

3.8 Ten tweede is het naar mijn mening ook aan te bevelen dat verzekeraars bij portefeuilleoverdrachten waarbij geen sprake is van een juridische fusie, zo snel mogelijk nadat het instemmingsbesluit door DNB is genomen, de polishouders daarvan op de hoogte stellen. Gelet op de genoemde bezwaartermijnen kan een polishouder immers anders nog ná de portefeuilleoverdracht bezwaar maken tegen het instemmingsbesluit. Indien DNB, de Rechtbank Rotterdam of het CbB het instemmingsbesluit naar aanleiding daarvan herroept, is er sprake van een nietige portefeuilleoverdracht.

3.9 De uitspraak van het CbB heeft betrekking op het besluit van DNB op grond van art. 3:119 lid 4 Wft. Op grond van de argumentatie van het CbB kan er naar mijn mening ook bij andere besluiten van DNB sprake zijn van een grotere groep aan belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb dan werd aangenomen. Ook ten aanzien van andere besluiten kan er daardoor sprake zijn van een grotere groep die het recht van bezwaar en het recht van beroep heeft. DNB is blijkens rechtsoverweging 3.2 van de CbB-uitspraak zelf ook beducht te “worden geconfronteerd met een veel grotere kring aan belanghebbenden bij besluiten over de toepassing van deze en andere vergelijkbare wettelijke regimes uit de Wft waardoor de slagvaardigheid en efficiëntie van haar procedures en taken in het gedrang komt”. Een ander besluit van DNB waar ik dan zelf bijvoorbeeld aan denk, is het instemmingsbesluit van DNB over een overdracht van een portefeuille met schadeverzekeringen. In het geval van overdracht van zo'n portefeuille is er geen verzetprocedure, maar kunnen verzekeringnemers op grond van art. 3:120 Wft gedurende drie maanden na de dagtekening van de *Staatscourant* waarin de publicatie is geplaatst dat de portefeuille is overgedragen, de verzekering opzeggen met ingang van de dag na afloop van deze termijn. Ik meen dat op basis van de argumentatie van het CbB ook dan te verdedigen is dat een polishouder gekwalificeerd kan worden als belanghebbende. Ook hij kan door de overdracht geraakt worden in zijn ei-

gen, persoonlijke financiële positie. Dat hij de schadeverzekeringsovereenkomst op grond van art. 3:120 Wft kan opzeggen, doet daaraan naar mijn mening niet af.

3.10 De conclusie is derhalve dat de CbB-uitspraak relevant is voor verzekeraars die een portefeuilleoverdracht voorbereiden of geëffectueerd hebben. De uitspraak kan daarnaast ook relevant zijn voor anderen met een (contractuele) relatie met een financiële onderneming die door de gevolgen van besluiten van DNB in hun eigen, persoonlijke financiële positie worden geraakt.

Mr. A.M.M. Menken

Vermogensrecht

Ondernemingsrecht 2022/23

Hof Amsterdam 12 oktober 2021, 200.211.978/02
m.nt. prof. mr. T.M.C. Arons¹

NJF 2022/11

ECLI:NL:GHAMS:2021:3039

Waarborgvereiste als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor een collectieve actie; claimorganisatie moet beschikken over goede governance en deskundigheid; intensiviteit rechterlijke toetsing.

Trafigura

1. Feiten

Bij de Nederlandse rechter worden twee collectieve acties gevoerd over de aansprakelijkheid van Trafigura Beheer BV (Trafigura) voor afvalstortingen in Ivoorkust in 2006. Dit afval werd gestort door het schip Probo Koala. De stichting Union des Victimes des déchets toxiques d'Abidjan et banlieues (Stichting UVDTAB) en de stichting Union des Victimes des déchets toxiques Côte d'Ivoire (Stichting UVDTCI) treden in afzonderlijke procedures op als eiseressen. Deze stichtingen vorderen – kort samengevat – verklaringen voor recht dat Trafigura aansprakelijk is jegens personen die schade aan hun gezondheid en/of vermogen hebben geleden, doordat deze afvalstortingen hebben plaatsgevonden door haar toedoen, opdracht, onder verantwoordelijkheid, en/of door nalatigheid. Aanvankelijk waren beide claimstichtingen gelieerd aan de Ivoriaanse

¹ Tomas Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht en legal counsel bij VEB.

vereniging UNAVDT-CI (Vereniging).² Stichting UVDTCI heeft per 18 juni 2019 de banden met de Vereniging verbroken.³

In de zaak van de Stichting UVDTCI is de voorlopige stand dat het Hof Amsterdam zich bevoegd heeft verklaard van de vorderingen kennis te nemen. Het niet-ontvankelijkheidsverweer vanwege onvoldoende waarborg voor de achterban is verworpen.⁴ In die zaak is tussentijds cassatieberoep opengesteld en door Trafigura ingesteld.⁵ Indien het cassatieberoep niet slaagt, zal het Hof Amsterdam zich buigen over de vraag of het Ivoriaanse recht zich verzet tegen toewijzing van de vorderingen.⁶

In het geschil tussen de Stichting UVDTAB en Trafigura vernietigde de Hoge Raad⁷ het arrest van het Hof Amsterdam waarin UVDTAB niet-ontvankelijk was verklaard vanwege ongeoorloofde wisseling van hoedanigheid, en wees de zaak terug naar genoemd hof. Op 12 oktober 2021 wees het Hof arrest, waarin het wederom heeft beslist dat UVDTAB in haar vorderingen niet-ontvankelijk is.⁸ Over dat arrest gaat deze bijdrage.

2. Beslissing

De procedure van de Stichting UVDTAB (hierna: de Stichting) is met dit arrest (voorlopig) tot een eind gekomen. Het Hof bekrachtigt het oordeel van de rechtbank dat de Stichting niet-ontvankelijk is, op de grond dat de belangen van de slachtoffers onvoldoende zijn gewaarborgd.⁹ Het Hof beoordeelt de waarborgen die op dit moment bestaan, maar slaat daarbij ook acht op het trackrecord van de Stichting.¹⁰ Naast de gebrekkige governance en administratie en de mogelijke financiële belangen van haar Voorzitter worden ook de (financiële) banden tussen de Stichting en de Vereniging uitdrukkelijk meegewogen. Als toets dient in hoeverre de Stichting aannemelijk kan maken dat de slachtoffers gebaat zullen zijn bij toewijzing van de

vorderingen. Door de genoemde euvels twijfelt het Hof in sterke mate aan de deskundigheid en geschiktheid van de Stichting om op adequate wijze een behoorlijke verdeling en uitbetaling aan de slachtoffers te verzekeren.¹¹ Het Hof doet ook een dringende oproep in het belang van de slachtoffers de procedure te staken en verdere kosten te voorkomen. Het Hof spreekt de wens uit dat dit mee zal brengen dat verdere bijdragen van slachtoffers niet langer worden geïnd en reeds ontvangen bedragen worden terugbetaald.¹²

Het Hof betreft de volgende omstandigheden bij de waarborgtoets: I. naleving Claimcode; II. verhouding tot de Vereniging; III. trackrecord en representativiteit; IV. statuten en governance, V. deskundigheid bestuur en raad van toezicht (RvT), en VI. financiële aspecten.

- I. De naleving van de Claimcode¹³ is ondanks het ontbreken van wettelijke status¹⁴ een belangrijk gezichtspunt.¹⁵ De algemene regeling in boek 2 BW voor stichtingen bevat geen nadere voorschriften om toezicht op het bestuur, het afleggen van verantwoording of het geven van inzicht te waarborgen.¹⁶ Volgens het Hof biedt de breed gedragen Claimcode een zinvol model voor een transparante structuur met voldoende controle mogelijkheden. Afwijking hiervan kan gerechtvaardigd zijn.¹⁷
- II. De representativiteit en het trackrecord vereisen beoordeling van de verhouding tot de Vereniging. Er is geen sprake van vereenzelving.¹⁸ Uit de organisatiebeschrijving blijkt dat de Stichting in hoge mate afhankelijk is van de Vereniging voor contact met haar achterban. Over de organisatie en financiën van de Vereniging bestaat grote onduidelijkheid.¹⁹
- III. Naast het voeren van deze procedure ontplooit de Stichting geen andere activiteiten. De Vereniging en haar voorzitter vragen via media en in internationale fora aandacht voor deze zaak.²⁰ Ter vaststelling van het belang van de achterban is het aantal personen niet doorslaggevend. Het Hof acht het voldoende aannemelijk dat een niet te verwaarlozen groep alsnog

2 Voor de band tussen UVDTCI en de Vereniging: Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, *JOR* 2018/201, m.nt. D.F.H. Stein (*UVDTCI/Trafigura*), r.o. 2.20; 4.38.10: UVDTCI stelt zusterorganisatie van de Vereniging te zijn. Voor de band tussen UVDTAB en de Vereniging: Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (*UVDTAB/Trafigura*), r.o. 5.9: 'In dit geding is komen vast te staan dat de Stichting [UVDTAB] nauwe banden heeft met de Vereniging, terwijl [enig bestuurder van Stichting UVDTAB] daarvan als Voorzitter-Oprichter geldt.'

3 Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157, *Ondernemingsrecht* 2020/117, m.nt. T.M.C. Arons; *JA* 2020/101, m.nt. B.T. Verdam (*UVDTCI/Trafigura*), r.o. 2.22.

4 Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1157, *Ondernemingsrecht* 2020/117, m.nt. T.M.C. Arons; *JA* 2020/101, m.nt. B.T. Verdam (*UVDTAB/Trafigura*).

5 Op 17 september 2021 concludeerde A-G de Bock tot verwerping van het cassatieberoep (ECLI:NL:PHR:2021:834). Het wachten is nu dus op het arrest van de Hoge Raad.

6 R.o. 3.18.

7 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:587, *JOR* 2020/136, m.nt. T.M.C. Arons; *JBPr* 2020/61, m.nt. P.M. Vos (*Stichting UVDTAB/Trafigura*).

8 Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3039.

9 Zie ontvankelijkheidsvoorwaarde van art. 3:305a lid 2 (oud) BW. Onder het WAMCA-regime dat vanaf 1 januari 2020 geldt, is deze ontvankelijkheidsvoorwaarde opgenomen in art. 3:305a lid 1 BW.

10 R.o. 3.6.3.

11 R.o. 3.17.3.

12 R.o. 3.19.

13 2011 en de nieuwste versie van 2019.

14 Let wel dat de principes en uitwerkingen van de Claimcode gedeeltelijk is gecodificeerd in de WAMCA.

15 Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, MvT, p. 13.

16 R.o. 3.8. De per 1 juli 2021 in werking getreden Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Stb.* 2020, 507) verplicht evenmin tot instelling van een RvC of RvT bij stichtingen of verenigingen. Wel kan sectorale wetgeving hiertoe verplichten. Zie G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk (II, slot)', *WPNR* 2021/7328, p. 446. Bij collectieve acties op grond van art. 3:305a BW kent de nieuwe redactie per 1 januari 2020 een 'verplichting' tot instellen van een RvC of RvT door bij de ontvankelijkheidstoetsing het hebben van een dergelijk orgaan als expliciete omstandigheid te vermelden, waaruit blijkt dat de belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, voldoende zijn gewaarborgd. Zie art. 3:305a lid 2 sub a BW.

17 R.o. 3.8.

18 R.o. 3.9.3.

19 R.o. 3.9.4.

20 R.o. 3.12.

baat kan hebben bij toewijzing van de vordering.²¹ De aanmelding bij andere procedures is niet van belang omdat vaststaat dat het grootste deel daarvan nog geen schadeloosstelling heeft ontvangen.²² De via de Vereniging verzamelde en ingebrachte slachtofferdossiers leiden mede tot het oordeel dat de administratie van de Stichting niet voldoende op orde is. Dit maakt echter niet dat er geen relevante achterban bestaat.²³

- IV. Ondanks de statutenwijziging in mei 2017 die tot een meerhoofdig bestuur²⁴ verplicht, blijft de governance reden tot zorg. Een regeling ter voorkoming van benoeming van familieleden ontbreekt. Buiten benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders beschikt de RvT niet over daadwerkelijke bevoegdheden. Een nadere regeling over besluitvorming ontbreekt.²⁵
- V. Geen van de bestuurders woont in Nederland; één bestuurder spreekt Nederlands. De leden van de RvT wonen wel in Nederland. Volgens het Hof beschikt geen van hen over juridische kennis en ervaring (met complexe collectieve acties).²⁶
- VI. De Stichting maakt geen jaarstukken openbaar; financiële (kosten)verantwoording aan het algemene publiek of achterban ontbreekt. Het Hof kan eventuele financiële verplichtingen jegens derden niet achterhalen. De 30%-success-fee van de Voorzitter geeft 'zeer te denken over de toenmalige motieven'.²⁷ Uit het bestuursbesluit van 17 april 2017 waarin afstand van deze fee werd gedaan, blijkt dat hij nog steeds een niet nader geconcretiseerde kostenvergoeding kan ontvangen. De doorgevoerde wijzigingen zijn onvoldoende om erop te kunnen vertrouwen dat de financiële belangen van de Voorzitter niet langer bestaan.²⁸

De slotsom luidt dat het Hof zeer ernstig twijfelt of van de Stichting in deze omstandigheden in een complexe procedure verwacht kan worden in staat te zijn voordeel voor haar achterban te behalen.²⁹ De enkele afspraak dat eventueel door Trafigura beschikbaar gestelde schadevergoeding op de derdenrekening van de advocaat gestort zal worden, volstaat volgens het Hof niet om het risico op oneigenlijke onttrekkingen uit te sluiten. De mogelijkheid om voor de verdeling professionele partijen (settlement administrators) in te schakelen volstaat in dit geval niet.

3. Commentaar

In deze annotatie bespreek ik de rol van de rechter bij de toetsing of de 305a-organisatie en de ingestelde rechtsvordering het belang van de benadeelden waarvoor in de collectieve actie wordt opgekomen, voldoende waarborgt. Ik zal hierbij met name ingaan op de vereiste transparantie ten aanzien van de financiële belangen van de bij de procedure betrokken partijen.

Waarborgvereiste – processueel belang bij vordering

Van de rechter worden een actieve rol en toetsing verlangd bij de waarborging dat een collectieve-actieprocedure daadwerkelijk de belangen van de beweerdelijke achterban dient.³⁰ Deze ontvankelijkheidstoets valt uiteen in een deskundigheidstoets en een baattoets. Bij de deskundigheidstoets beoordeelt de rechter of de belangenorganisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te kunnen voeren. De baattoets houdt in dat de rechter controleert of de achterban baat kan hebben bij toewijzing van het gevorderde in de collectieve actie.³¹ In feite gaat het om een toetsing van het processuele belang.³² De toetsing van dit processuele belang vindt uit de aard van de collectieve actie plaats door te oordelen of de achterban van de eisende organisatie een positief belang bij toewijzing van het gevorderde heeft.³³ Het gaat dus niet om het zelfstandig belang van de eisende organisatie, hoewel dit eventuele (commerciële) eigen belang wel degelijk een rol speelt bij de beoordeling van het baatcriterium (zie volgende paragraaf).³⁴ De rechter toetst het processuele belang ambtshalve en de sanctie is niet-ontvankelijkheid.³⁵ Deze ontvankelijkheidstoetsing omvat niet een toetsing van het materiële belang van de eiser of diens achterban. Het Hof Amsterdam oordeelt dat in geval er niet of nauwelijks personen zijn voor wier belang de stichting opkomt dit tot niet-ontvankelijkheid moet leiden.³⁶

Bij toetsing van het materiële belang gaat het om de vraag of de achterban door uitoefening van zijn recht in een betere positie verkeert in zijn rechtsverhouding tot de aangesproken partij. In dit geval verbetert de positie van de slachtoffers door toekenning van schadevergoeding. Een kwantitatief criterium is hierbij van toepassing: wat is de omvang van dit belang van de eiser of achterban?

21 R.o.3.13.2

22 R.o. 3.13.3.

23 R.o. 3.13.4.

24 Aanvankelijk kon het bestuur eenhoofdig zijn. De Voorzitter beschikt niet langer over onevenredig veel macht.

25 R.o. 3.11.3.

26 R.o. 3.14.

27 R.o. 3.15.

28 R.o. 3.16.

29 R.o. 3.17.3.

30 Vgl. Principe II Claimcode 2011 en 2019: 'De belangenorganisatie handelt in het collectieve belang van de (rechts)personen ten behoeve van wie zij krachtens haar statutaire doelstelling optreedt.'

31 Zie 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?', *MvV* 2021, afl. 11, p. 377.

32 Art. 3:303 BW.

33 Zie T. Bleeker, 'Voldoende belang in collectieve acties: drie maal artikel 3:303 BW', *NTBR* 2018/20, p. 140; p. 145-146.

34 Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614, *Ondernemingsrecht* 2020/49, m.nt. L.M. van Bochove; *JOR* 2020/119, m.nt. T.M.C. Arons; *JBPr* 2020/53, m.nt. T. Heikens (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras*), r.o. 5.36.

35 Bleeker, p. 142.

36 R.o. 3.13.4.

Baatcriterium

Overigens blijkt een kwantitatief element wel een rol te spelen bij de waarborgtoets. Dit vindt plaats bij de toetsing van de rechtsverhoudingen tussen eiseres (305a-organisatie), haar achterban en een eventuele derdenfinancier. In recente rechtspraak is duidelijk geworden dat de rechter bij toetsing van het baatcriterium alle gelieerde partijen betreft.³⁷ Ook de rol van de derdenfinancier die een financieel belang bij de uitkomst van de procedure heeft, komt hierbij aan bod. In beginsel toetst de rechter marginaal, maar bij gerezen twijfel volgt een intensieve(re) toetsing. In dit geval ging het met name om het feit dat nog steeds te veel macht geconcentreerd is bij de Voorzitter van de Stichting en dat diens buitengewoon belangrijke rol bij de Ivoriaanse Vereniging nog niet ten einde is. Op de structuur van de Vereniging, waarvan de Stichting in veel opzichten afhankelijk is, ontbreekt voldoende zicht. De financiële situatie is onbekend. Er bestaat volgens het Hof een niet te verwaarlozen risico dat ingekomen gelden ten goede komen aan de voorzitter en niet aan de achterban. De administratie van de Stichting, in het bijzonder van de aangemelde slachtoffers, is mogelijk mede door toedoen van de Vereniging niet op orde.

Vereiste transparantie

Het nekt de Stichting hier dat zij niet reeds van aanvang van de procedure af in staat is geweest onduidelijkheden en onzekerheden over de rol en het financiële belang van met name de voorzitter weg te nemen. Van een 305a-organisatie die zonder volmacht of lastgeving opkomt voor haar achterban wordt een hoge mate van transparantie over haar governance en financiering verlangd. Dit betreft transparantie over eventuele financieringsvoorwaarden en de betrokkenheid van derden. Op grond van het algemene waarborgvereiste werd ook voor het oude 305a-regime de eis van dergelijke transparantie in vaste rechtspraak aangenomen.³⁸ In de WAMCA is voorzien in een specifieke wettelijke uitwerking van deze waarborg voor wat betreft de financiering van de collectieve actie.³⁹ De rechter toetst, zo nodig ambtshalve, 'of de derdenfinancier geen buitensporige en intransparante kosten in rekening

brengt voor de financiering'.⁴⁰ Bij deze toetsing kan inzage door de rechter in de financieringsovereenkomst nodig zijn.⁴¹ In beginsel heeft de gedaagde – in dit geval Trafigura – dan het recht om deze overeenkomst ook te ontvangen en zich daarover uit te laten.⁴² De vraag is uiteraard in hoeverre de 305a-organisatie transparant moet zijn over haar afspraken met derdenfinanciers. Uit de rechtspraak onder het oude 305a-regime valt op te maken dat in beginsel kan worden volstaan met vermelding van de hoofdlijnen van de financieringsafspraken en in het bijzonder het percentage dat bij een succesvolle procedure de achterban verplicht is af te dragen aan de derdenfinancier (*success fee*).⁴³ Dit is in lijn met Uitwerking III.7 van de Claimcode 2019.⁴⁴ Op haar website dient een 305a-organisatie algemene informatie over haar financiering te verstrekken. De Claimcode 2019 verplicht niet tot enige openbaarmaking van gevoelige informatie, zoals het voor de zaak beschikbare budget, de financieringsdocumentatie, en de omvang van de vergoeding voor de derdenfinancier.⁴⁵

Richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten

Ook de in 2020 door de Europese wetgever aangevaarde Richtlijn representatieve vorderingen in voorschriften (Richtlijn) voorziet in een algemene waarborgtoets en een specifieke uitwerking ervan ten aanzien van de financiering.⁴⁶ Lidstaten zijn verplicht te toetsen dat de bevoegde instantie⁴⁷ onafhankelijk is. Bevoegde instanties mogen niet worden beïnvloed door personen die geen consumenten zijn, met name handelaren, en die een economisch belang hebben bij het instellen van een representatieve vordering [lees: collectieve vordering],⁴⁸ onder meer in geval van financiering door derden. Ook dient

37 Rb. Rotterdam 29 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:614 (*Stichting Petrobras Compensation Foundation/Petrobras*), r.o. 5.14-5.16; Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*VEB ea/Ageas*), r.o. 5.12-5.15; 5.18-5.21; 5.35-5.43.

38 Art. 3:305a lid 2 (oud) BW; onder het thans geldende WAMCA-regime is het algemene waarborgvereiste gecodificeerd in art. 3:305a lid 1 en lid 2 sub c en d BW. Zie Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102, *JOR* 2020/116, m.nt. T.M.C. Arons (*PAL/Aegon*), r.o. 27; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3418 (*SMMT/Universal Music*), r.o. 3.2; Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892 (*Stichting Privacy Claim/Precent*), r.o. 4.10.

39 De belangen van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsoverheidsinstelling strekt, zijn voldoende gewaarborgd, wanneer de 305a-organisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen, en beschikt over voldoende middelen om de kosten voor het instellen van een rechtsoverheidsinstelling te dragen, waarbij ook als voorwaarde geldt dat de zeggenschap over de rechtsoverheidsinstelling in voldoende mate bij de rechtspersoon moet liggen (art. 3:305a lid 2 sub c BW).

40 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 25. Zie ook Principe III en de uitwerkingen hierbij van de Claimcode 2019.

41 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 9, p. 9. De rechter ontleent aan art. 22 Rv de bevoegdheid om overlegging van de financieringsovereenkomst te bevelen. Zie uitgebreid I. Tillema, 'Naar een gebalanceerde mate van transparantie rondom procesfinanciering bij massaschadezaken' in Bier e.a., *Vereniging Corporate Litigation 2018-2019* (VDHI nr. 157) 2019/III.4.5.

42 Art. 19 Rv.

43 Vgl. Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:102, *JOR* 2020/116, m.nt. T.M.C. Arons (*PAL/Aegon*), r.o. 27; Rb. Amsterdam 26 september 2018 (*VEB/Steinhoff*), r.o. 4.21.

44 'De belangenorganisatie vermeldt op het voor het publiek toegankelijke deel van de website (i) dat sprake is van externe financiering, (ii) de identiteit en woonplaats van de externe financier en (iii) de systematiek op hoofdlijnen van de met de externe financier overeengekomen vergoeding(en) en overeengekomen diensten. Als de externe financier een vergoeding toekomt die is gebaseerd op een percentage van een in of buiten rechte toe te kennen collectieve (schade)vergoeding, vermeldt de belangenorganisatie ook het desbetreffende percentage.'

45 Uitwerking III.8.

46 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 [2020], *PbEU* L 409/1.

47 Iedere organisatie of overheidsinstantie die de belangen van consumenten vertegenwoordigt en die door een lidstaat is aangewezen als krachtens deze richtlijn bevoegd om representatieve vorderingen in te stellen. Zie art. 3 sub 4 Richtlijn representatieve vorderingen.

48 Voor Nederlandse begrippen, lees: collectieve vordering. Vgl. art. 1018c lid 1 Rv.

deze instantie te beschikken over procedures die dergelijke beïnvloeding voorkomen en die een belangenconflict tussen haar eigen belang, dat van haar financiers en de consumentenbelangen voorkomt.⁴⁹ Art. 10 lid 2 Richtlijn bevat een nadere uitwerking in een tweetal verplichtingen. De besluiten van bevoegde instanties in het kader van een representatieve vordering, onder meer schikkingsbesluiten, mogen niet onrechtmatig door een derde worden beïnvloed ten nadele van de collectieve belangen van de consumenten die bij de representatieve vordering zijn betrokken.⁵⁰ De lidstaten moeten ervoor zorgen dat rechters of administratieve autoriteiten deze toetsing kunnen uitvoeren indien er over de naleving ervan gereede twijfel rijst.⁵¹

Bevoegde instanties zijn verplicht de rechter of administratieve autoriteit een financieel overzicht met de financieringsbronnen waarop een beroep is gedaan om de representatieve vordering te ondersteunen, te verstrekken. Op grond van art. 10 lid 4 Richtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat wanneer rechters of administratieve autoriteiten in dit kader toetsen, zij de bevoegdheid hebben om passende maatregelen te treffen. Zo moet de eisende instantie verplicht kunnen worden om de financiering in kwestie te weigeren of te wijzigen. Indien nodig moet de rechter de procesbevoegdheid verwerpen. De verwerping van de procesbevoegdheid van de eisende instantie in het kader van een specifieke representatieve vordering doet uiteraard geen afbreuk aan de rechten van de bij die representatieve vordering betrokken consumenten om zelf een vordering in te stellen.

Slotopmerkingen

Deze verzwaarde ontvankelijkheidsverplichtingen bij een collectieve actie roepen wel een aantal vragen op. Hoe intensief moet de rechter toetsen? In zijn advies bij het wetsontwerp Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten constateert de Raad voor de Rechtspraak dat mogelijk te veel verlangd wordt van de rechter.⁵² De Europese Commissie lijkt niet uit te gaan van een systematische toetsing van financieringsafspraken. Alleen in die gevallen – zoals in het onderhavige – waarin de aangesproken partij bewijsmiddelen aandraagt waardoor gerechtvaardigde twijfel ontstaat over de deugdelijk-

heid van de financiering(safspraken), mag van de rechter een actievere en strengere toetsing verlangd worden.⁵³

Op 17 juni 2021 heeft de rapporteur van de Commissie juridische zaken van het Europees Parlement (EP) een ontwerp-resolutie openbaar gemaakt met daarin een aanbeveling aan de Commissie om te komen tot een richtlijn inzake de regulering van de financiering van rechtszaken door derden openbaar gemaakt.⁵⁴ Art. 15 van de ontwerp-richtlijn die aan de ontwerp-resolutie is gehecht, verplicht de eisende organisatie een volledige en onbewerkte versie van de derdenfinancieringsovereenkomst openbaar te maken. De aangesproken partij heeft recht op inzage in deze overeenkomst indien er gerechtvaardigde twijfels bestaan dat de overeenkomst niet aan de overige bepalingen voldoet.⁵⁵

Deze transparantieregeling leidt tot een buitenproportionele belasting van de collectieve actie voor alle partijen, inclusief de rechter. De bestaande praktijk waarin de rechter – zoals in het onderhavige geval – alleen in gevallen waarin evident sprake is van (vergroot risico op) excessen streng en intensief toetst, lijkt mij het behouden waard. Zo niet, dan zal de verleiding voor de aangesproken partij groot worden om stuivertje te wisselen met de belangenbehartiger van consumenten. De aangesproken partij treedt dan voor wat betreft het waarborgvereiste op als de bewaker van de belangen van de consument, terwijl de regulering juist beoogt niet geconflicteerde belangenbehartiging te bevorderen. Voor de benadeelden kan de verlangde transparantie leiden tot veelzijdige behartiging van hun belang: eiser, aangesproken partij en last but not least de rechter.

Prof. mr. T.M.C. Arons

49 Art. 10 lid 1 Richtlijn kent een nogal cryptische omschrijving: '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, belangenconflicten worden voorkomen, en dat de financiering door derden die een economisch belang hebben bij het instellen of het resultaat van de representatieve vordering met het oog op herstelmaatregelen er niet toe leidt dat de representatieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten.' Voor de toetsing tot toelating als bevoegde instantie (lees: eisende organisatie) voor het instellen van een grensoverschrijdende representatieve vordering: art. 4 lid 3 sub e Richtlijn representatieve vorderingen.

50 Art. 10 lid 2 sub a Richtlijn representatieve vorderingen.

51 Art. 10 lid 3 eerste zin Richtlijn representatieve vorderingen.

52 Brief van de Raad voor de Rechtspraak aan de Minister, Advies Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten, 21 juni 2021, p. 5.

53 26 november 2021, Online workshop on the implementation of the Representative Actions Directive, Thematic debate 2 on funding of actions and public assistance to qualified entities, p. 3: 'The assessment is not systematic but must be performed if justified doubts arise in this respect, in particular when the trader provides relevant evidence.' Zie <https://prod5.assets-cdn.io/event/7409/assets/8362336566-62284890c7.pdf>.

54 Ontwerpverslag met aanbevelingen aan de Commissie over verantwoordelijkheid van particuliere financiering van geschillenbeslechting (2020/2130(INL)). Zie hierover het redactioneel van B. Katan, 'Toetsing van commerciële procesfinanciering: naar een evenwichtig stelsel', *NTBR* 2021/33, p. 269-272.

55 Art. 15 lid 2 jo. art. 15 lid 3 ontwerp-richtlijn.