

# Entrepreneurial Mass Litigation – Balancing the Building Blocks

Bespreking van het proefschrift van mr. I. Tillema

*Prof. mr. drs. T.M.C. Arons\**

## 1 Inleiding

Op 18 januari 2019 is Ilja Tillema gepromoveerd op een proefschrift met als titel *Entrepreneurial Mass Litigation – Balancing the Building Blocks*.<sup>1</sup> Deze studie gaat over de betrokkenheid van private commerciële partijen bij de afwikkeling van massaschade. ‘Entrepreneurial mass litigation’ is door Tillema gedefinieerd als de (gedeeltelijke) financiering van de kosten van collectieve geschilbeslechting door een private partij, die hiervoor in ruil een deel van de opbrengst van de procedure ontvangt of een verhoogd vergoedingspercentage, beide alleen verschuldigd in geval van succes.<sup>2</sup> Het gaat dus kort gezegd om de betrokkenheid van op winst gerichte private partijen die op basis van een resultaatsafhankelijke beloning voor de financiering van de collectieve afwikkeling van massaschade worden betaald.

Deze collectieve afwikkeling van massaschade wordt bereikt door diverse vormen van collectieve geschilbeslechting, maar ook door buitenrechtelijke afdoening. In de Europese traditie zijn bij de collectieve afwikkeling van massaschade met name door de overheid gefinancierde, niet op winst gerichte (institutionele) partijen betrokken. In toenemende mate zijn ook commerciële private partijen, waaronder ad-hocclaimvehikels en procesfinanciers, betrokken bij deze afwikkeling. Hun rol wordt ook in diverse wetgeving en (zelf)regulering erkend.<sup>3</sup> De grondgedachte bij deze wetgeving is dat de betrokkenheid

van partijen die een economisch belang hebben bij het instellen van collectieve acties of het resultaat bij de afwikkeling van massaschade niet mag leiden tot misbruik van (proces)bevoegdheid.<sup>4</sup> Meer in het bijzonder moeten belangenconflicten met de gedupeerden wier belangen worden behartigd, worden voorkomen.<sup>5</sup> Tillema neemt bij haar onderzoek het volgende tot uitgangspunt: er is een behoefte aan collectieve afwikkelingsmechanismen om verhaalsbelemmeringen weg te nemen; proceskosten en -risico’s zijn een belangrijke belemmering; en betrokkenheid van commerciële partijen bij collectieve afwikkeling van massaschade kan een positieve rol spelen. Het onderzoek richt zich dan ook op de commerciële financiering en de bijzondere voor- en nadelen ervan in het licht van de geschiktheid om de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen te verwezenlijken.

In deze dissertatie staat de volgende vraag centraal: welke voorwaarden zijn relevant om vast te stellen in welke mate deze commerciële partijen bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen? Deze mechanismen zijn de volgende:

1. proefprocedures;
2. collectieve procedures (op basis van (a) volmacht/lastgeving, (b) cessie en (c) art. 3:305a BW);
3. collectieve schikkingen.

In de proefprocedure wordt één *individueel* geschil dat representatief is voor de hele groep uitgedaagd. Het antwoord van de (hoogste) rechter biedt inzicht in hoe de rechtsvragen en/of gemengde vragen die voor de hele groep gelaedeerden gelden, moeten worden beantwoord. Dit laatste is gefaciliteerd door de mogelijkheid dat de rechter al in eerste aanleg prejudiciële vragen aan de Hoge Raad stelt. Zodoende wordt duidelijkheid verkregen over gemeenschappelijke (rechts)vragen en kan op basis hiervan tot een collectieve schikking gekomen worden. *Collectieve* geschilbeslechting doet zich in drie

\* Prof. mr. drs. T.M.C. Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht. Hij is ook als juridisch adviseur verbonden aan de Vereniging van Effectenbezitters.

1. I. Tillema, *Entrepreneurial Mass Litigation – Balancing the Building Blocks* (diss. Rotterdam), Den Haag: Eleven International Publishing 2019.  
2. Tillema 2019, p. 320: ‘Entrepreneurial mass litigation has been defined as the financing of (all or part of) the costs of mass litigation by a private party, in return for a share of the proceeds of the action or an uplifted fee; either way, only payable upon success.’  
3. Zie ook het uitgangspunt van de Richtlijn representatieve vorderingen, art. 10. 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 L409/1. De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA), die vanaf 1 januari 2021 geldt, kent ook het voorschrift van art. 3:305a lid 2 sub c BW; Principe III Claimcode 2019.

4. Zie overweging 10, 39 en 52 bij art. 1 (voorgestelde) richtlijn representatieve vorderingen. Rb. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1058 (X BV/Kite Capital BV, HKB Bank GmbH e.a.).

5. Art. 3:305a lid 2 BW (belangenwaarborging van benadeelden voor wier belang wordt opgekomen).

gedaantes voor: claimstichtingen of (buitenlandse) vennootschappen (als Special Purpose Vehicle (SPV)) die in eigen naam procederen op basis van (middellijke) vertegenwoordiging (volmacht- of lastgevingsmodel), claimstichtingen of (buitenlandse) vennootschappen die gebundelde vorderingen instellen die aan hen zijn overgedragen (cessiemodel), en claimstichtingen (of verenigingen) die in eigen naam procederen en een eigen 305a-vordering<sup>6</sup> instellen ten behoeve van hun achterban (305a-model). Bij het volmacht- of lastgevingsmodel is het claimvehikel<sup>7</sup> de formele procespartij en zijn de individuele benadeelden de materiële procespartijen, bij de andere varianten (cessiemodel en 305a-model) is de stichting zowel de formele als de materiële procespartij.<sup>8</sup> Bij middellijke vertegenwoordiging op basis van volmacht of lastgeving treedt de formele procespartij in eigen naam in rechte op voor rekening van de vertegenwoordigde benadeelden. Deze laatsten zijn dan ook de materiële procespartijen. Er is in zoverre dus sprake van individuele geschilbeslechting. De claimstichting die in eigen naam rechtsvorderingen instelt tegen de gemeenschappelijke partij, behartigt individuele belangen. Zij zal dus per individuele benadeelde haar vertegenwoordigingsbevoegdheid moeten aantonen en aan de individuele stelplicht en bewijslast moeten voldoen ter zake van de ingestelde materiële vorderingsrechten.

Bij de eerste twee modellen (volmacht-/lastgevings- en cessiemodel) is feitelijk sprake van gebundelde individuele geschilbeslechting; de individuele schadevergoedingsvorderingen van de benadeelden zijn onderwerp van geschil. Zij worden weliswaar in één procedure behandeld, maar de individuele rechtsverhouding staat voorop. In beide modellen is er sprake van gerechtigdheid tot instellen van de vorderingen indien aan de individuele stelplicht en bewijslast wordt voldaan. Bij het 305a-model is dit wezenlijk anders. De eiser stelt ten behoeve van de belangen van een ander een eigen rechtsvordering in. Deze verschillende modellen kennen elk een eigen toetsingskader van de ontvankelijkheidsvoorwaarden, met name de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de vordering, het bekendmaken aan de aangesproken partij van de individuele leden van de achterban en toetsing van de rol van de derdenfi-

nancier. Tot slot bestaat de mogelijkheid van collectieve schikkingen, waardoor de hele groep wordt gebonden behalve de individuen die binnen de gestelde termijn hebben geopt-out (WCAM-route).

De hoofdvraag van dit onderzoek wordt beantwoord aan de hand van vier deelvragen:

1. Wat zijn de beleidsdoelstellingen van de collectieve afwikkelingsmechanismen in de gekozen jurisdicties (Duitsland, Engeland & Wales en Nederland)? (deel I, hoofdstuk 2)
2. Wat zijn de voor- en nadelen van 'entrepreneurial mass litigation' en hoe (positief of negatief) beïnvloedt dit beleidsdoelstellingen? (deel I, hoofdstuk 3)
3. Welke rechtsregels en kenmerken van rechtssystemen zijn nauw verbonden met 'entrepreneurial mass litigation' en hoe uit zich dit in de voornoemde jurisdicties? (deel II, hoofdstuk 4 (Duitsland), 5 (Engeland & Wales) en 6 (Nederland))
4. In welke mate beïnvloeden deze (potentiële) regels en kenmerken de voor- en nadelen van 'entrepreneurial mass litigation' en de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen? (deel III, hoofdstuk 7)

De schrijver heeft voor een brede aanpak gekozen. Dit is ook noodzakelijk voor beantwoording van de hoofdvraag. Zodoende krijgt de lezer inzicht in de toepassing en werking van de regels inzake rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in de drie typen van financieelrechtelijke massageschilbeslechting zoals die in de recente praktijk wordt toegepast: proefprocedures, collectieve acties (bij 305a-acties die tot 1 januari 2020 werden ingesteld, kon geen schadevergoeding worden gevorderd) en verbindendverklaringen van collectieve schikkingen. Deze internationaal privaatrechtelijke vragen zijn van groot belang bij financieelrechtelijke massageschilbeslechting, omdat de afnemers van financiële producten en diensten dan wel beleggers vaak niet beperkt zijn tot één jurisdictie. Wat zijn zoal de problemen die in de praktijk rijzen? Zowel de partij die wordt aangesproken wegens beweerdelijke schending van geschreven (schending Wft-regels) en ongeschreven ((bijzondere) zorgplichten) financieelrechtelijke regels als de organisaties die voor de belangen van de gelaedeerden opkomen (representatieve organisaties), willen finaliteit, om zodoende tot een efficiënte en effectieve massaschadeafwikkeling te komen. Finaliteit betekent binding van een zo groot mogelijke groep gelaedeerden aan de uitkomst van het geschil. Vanwege de internationale context kunnen de internationaal privaatrechtelijke regels aan deze gewenste finaliteit in de weg staan. Met name het onderscheid tussen het opt-inmodel (waarbij uiteindelijk elk individueel lid van de achterban uit de schaduw naar voren moet komen en zich moet melden om voor schadevergoeding in aanmerking te komen) en het opt-outmodel (waarbij alleen degene die niet gebonden wil worden aan de uitkomst van de collectieve procedure zich individueel kenbaar moet maken) is hier van belang.

6. Dit is een vordering die door een stichting of vereniging (305a-organisatie) is ingesteld tegen een andere partij op grond van art. 3:305a BW. Deze rechtsvordering dient te voldoen aan de voorwaarden die in dat artikel eraan worden gesteld. Zij moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Deze belangen moeten voldoende zijn gewaarborgd. De 305a-organisatie moet gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen voldoende representatief zijn. Daarnaast stelt art. 3:305a lid 2 en 3 BW nog nadere voorwaarden met betrekking tot de governance van de 305a-organisatie en de voldoende nauwe band van de vordering met de Nederlandse rechtssfeer.

7. Anders dan bij het 305a-model geldt er bij zowel het volmacht- of lastgevingsmodel als het cessiemodel geen formele beperking tot bepaalde typen (rechts)personen. In beginsel kan elke (rechts)persoon de rechtsvorderingen van de achterban te gelde maken via volmacht, lastgeving of cessie. In de praktijk wordt de stichting hier het meest voor gebruikt.

8. Zie over het onderscheid tussen formele en materiële procespartijen J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.5.2.1.

In deel I onderzoekt Tillema de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen. Op grond van een (rechts)historisch onderzoek naar de Duitse, Engelse, Nederlandse en EU-wetgeving onderscheidt zij drie doelstellingen:

1. *prevention/deterrence*: de preventieve werking die van collectieve geschilbeslechting uitgaat jegens aangesproken partijen om zich normconform te gedragen. De collectieve actie beoogt dan niet alleen het materiële recht te handhaven door de schade die normoverschrijdend gedrag ten gevolge heeft gehad te compenseren, maar ook te voorkomen dat dit in de toekomst nog wordt herhaald. Hieronder worden ook algemeenbelangacties begrepen, waarbij organisaties opkomen voor personen wier belangen niet individualiseerbaar zijn vanwege het algemene karakter ervan. De belangen raken vrijwel ieders bestaan;<sup>9</sup>
2. *compensation*: het bieden van verhaal voor (vrijwel) identieke vorderingsrechten van een grote groep gedupeerden. Het kan hierbij gaan om zowel vorderingen van zodanig belang dat het in beginsel ook individueel de kosten en risico's loont om een procedure te beginnen (*individually recoverable claims*<sup>10</sup>), als vorderingen waarbij het individuele belang te gering is, zoals bij strooischade (*individually non-recoverable claims*<sup>11</sup>);
3. *efficiency*: de derde doelstelling is door middel van een collectieve afwikkeling op een efficiënte wijze de eerste en tweede doelstelling te bereiken. Deze efficiëntie biedt niet alleen voordelen aan de procespartijen (procesconomie), maar ook aan de maatschappij in brede zin (snellere compensatie voor benadeelden, minder belasting voor rechterlijke macht enzovoort).

Alle drie deze doelstellingen komen ook tot uitdrukking in de parlementaire geschiedenis van de nieuwe Nederlandse collectieve actie (WAMCA), die op 1 januari 2020 in werking is getreden:

‘Een collectieve schadeafwikkeling voorziet in een behoefte wanneer sprake is van massaschade en de verwezenlijking van rechten in een individuele procedure op problemen stuit of wanneer collectieve afwikkeling een effectiever en efficiënter middel biedt om tot toekenning van

schadevergoeding te komen aan een grote groep gedupeerden.’<sup>12</sup>

Tillema onderkent drie groepen die betrokken zijn bij ‘entrepreneurial mass litigation’:

1. advocaten (*attorneys*);
2. SPV's; en
3. derdenfinanciers.

In deel I is zij (schematische weergave overgenomen van Tillema<sup>13</sup>) tot de volgende voor- en nadelen van ‘entrepreneurial mass litigation’ ten opzichte van de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen gekomen (zie tabel 1).

In deel II van haar onderzoek heeft zij in afzonderlijke hoofdstukken (4 t/m 6) onderzocht hoe de tien hiervoor schematisch weergegeven factoren tot uitdrukking komen in de onderzochte jurisdicties. Hierin wordt niet naast de (rechts)regels uitdrukkelijk ook de praktijk waarin de collectieve afwikkeling van massaschade plaatsvindt, meegenomen. Uit deze vergelijkende studie komt naar voren dat met name in Duitsland de juridische en praktische belemmeringen voor ‘entrepreneurial mass litigation’ het sterkst zijn. In Engeland en Nederland heerst een tamelijk liberaal klimaat voor de voornoemde partijen die op deze markt actief zijn. Met name de Duitse regulering van de rechtsdienstverlening belemmert de ontwikkeling van deze markt. In Duitsland is ook de mogelijkheid tot collectieve geschilbeslechting tot zeer recent<sup>14</sup> beperkt gebleven tot geschillen over financiële dienstverlening en financiële marktregulering. Nederland en Engeland kennen al langer een breder bereik van massageschilbeslechting. Bovendien is in deze jurisdicties de (zelf)regulering van de partijen betrokken bij ‘entrepreneurial mass litigation’ sterker ontwikkeld.

Deel III vormt de synthese van de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen (deel I) en de voor- en nadelen van de betrokkenheid van de partijen bij ‘entrepreneurial mass litigation’ (deel II). Op basis van deze synthese wordt inzichtelijk gemaakt wat de mogelijkheden zijn die de partijen betrokken bij ‘entrepreneurial mass litigation’ bieden om de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen te bereiken. Het biedt inzicht in de *building blocks of*

9. Vgl. Urgenda-actie, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. Zie ook N. Frenk, Bundeling van vorderingen, TPR 2003, p. 1417-1418.

10. Zie Frenk 2003, p. 1415.

11. Zie Frenk 2003, p. 1416.

12. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 2. Vgl. overweging 9 van de Richtlijn representatieve vorderingen, waarin dezelfde drie doelstellingen tot uitdrukking komen: ‘Een representatieve vordering moet een doeltreffende en efficiënte manier bieden om de collectieve belangen van consumenten te beschermen. Bevoegde instanties moeten via representatieve vorderingen kunnen optreden om ervoor te zorgen dat de relevante bepalingen van het Unierecht worden nageleefd door handelaren en dat de obstakels worden weggewerkt waarmee consumenten in geval van individuele vorderingen te maken krijgen, zoals obstakels in verband met de onzekerheid over hun rechten en in verband met de beschikbare procedurele mechanismen, psychologische barrières om actie te ondernemen de negatieve balans tussen de verwachte kosten van de individuele vordering en de baten van die vordering.’

13. Tillema 2019, p. 320.

14. Zie *Musterfeststellungsklage*, neergelegd in het Duitse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (ZPO), § 606 t/m § 614.

Tabel 1 Voor- en nadelen van 'entrepreneurial mass litigation' ten opzichte van de doelstellingen van collectieve afwikkelingsmechanismen

Potentiële voordelen	Betrokken doelstellingen (+)	Potentiële nadelen	Betrokken doelstellingen (-)
1. Faciliteren rechtstoegang	a, b	6. Bevordering claimcultuur	a, b, c
2. Concurrentie	a, b, c	7. Inefficiënte concurrentie	c
3. Verhoging kwaliteit claims	a, b, c	8. Adverse selection / cherry picking	a, b
4. (E)quality of arms	c	9. Misbruik	a, b, c
5. Gelijklopende belangen	a, b, c	10. Belangenconflict	a, b

*entrepreneurial mass litigation* (zie titel van het proefschrift): (I) de regelgeving en kenmerken die ofwel een 'opportunity', ofwel een 'threat' zijn, om zo (II) de voor- en nadelen van 'entrepreneurial mass litigation' die (III) zijn gemodelleerd binnen de beleidsdoelstellingen van collectieve afwikkeling van massaschade vast te stellen.

Tot besluit roept Tillema de wetgevers in algemene zin en de rechters die in een concreet geschil moeten oordelen over de rol die deze commerciële partijen kunnen vervullen in het bijzonder, op tot een evenwichtige benadering. Zij heeft in haar proefschrift een normatief kader geformuleerd door de drie doelstellingen van collectieve afwikkeling van massaschade centraal te stellen en de voornoemde *building blocks* zo te ontwerpen dat recht wordt gedaan aan de voor- en nadelen van betrokkenheid van commerciële partijen. Tillema staat een evenwichtige benadering voor. Buiten beschouwing blijft echter de vraag welke beperkingen moeten worden gesteld aan de rol die de betrokken partijen bij de afwikkeling van massaschade spelen vanwege het door hen gehanteerde verdienmodel. Bij de WAMCA heeft de rechter de taak tot beoordeling van de betrokkenheid van deze commerciële partijen nu juist uitdrukkelijk wel gekregen.<sup>15</sup> Het gerechtshof Amsterdam heeft zich eenzelfde rol in collectieve schikkingen waarvan verbindendverklaring via de WCAM is verzocht, toebedeeld.<sup>16</sup> Of en hoe een rechter in een proefprocedure of een collectieve procedure op basis van het volmacht-/lastgevings- en cessiemodel de betrokkenheid van deze commerciële partijen kan toetsen, is nog ongewis.

Tillema geeft van de door haar voorgestelde evenwichtige benadering een treffend voorbeeld: concurrerende commerciële partijen die ieder hun eigen collectieve actie beginnen voor hetzelfde schadebrengende feitencomplex. Enerzijds zullen deze concurrerende acties de beoogde efficiëntie niet ten goede komen en zodoende een nadeel zijn dat *entrepreneurial mass litigation* met zich kan brengen. Anderzijds tracht de Nederlandse wetgever inefficiënte concurrentie in de nieuwe

WAMCA te voorkomen door de rechter uit de concurrerende belangenorganisaties een exclusieve belangenbehartiger aan te laten wijzen. De rechter maakt deze selectie op grond van de volgende criteria:

1. omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt;
2. de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang;
3. andere werkzaamheden die de belangenbehartiger verricht voor zijn achterban; en tot slot
4. eerdere betrokkenheid bij collectieve rechtsvordering of (buitenrechtelijke) afwikkeling van massaschade.<sup>17</sup>

De wetgever beoogt dus uitdrukkelijk naast het vertegenwoordigde financiële belang ook de meer institutionele rol van de eiser te betrekken. Met deze regeling heeft de wetgever beoogd het nadeel van inefficiënte concurrentie weg te nemen, zonder de positieve prikkel van concurrentie teniet te doen. Concurrentie tussen commerciële partijen wordt immers verondersteld een prijsdrukkend effect te hebben op de resultaat-afhankelijke beloning die deze partijen met de benadeelden afspreken.

Tillema is zich bewust van de abstractie van het door haar opgestelde kader. Voor de eerdergenoemde daadwerkelijke beoordeling van de rol van deze commerciële partijen staat deze abstractie een daadwerkelijke normering van die betrokkenheid niet toe. Normatieve uitspraken over deze betrokkenheid hadden meer inzicht kunnen bieden in de gewenste rol en betekenis van *entrepreneurial mass litigation*. De vergelijkende studie van de drie jurisdicties geeft wel inzicht in de belangrijke verschillen, met name ook in die welke hun oorsprong vinden in rechtsculturele aspecten. Ondanks de in Europa traditionele terughoudendheid bij het toelaten van commerciële partijen bij (collectieve) geschilbeslechting is te verwachten dat de rol van *entrepreneurial mass litigation* zal toenemen. Een fraai voorbeeld is Duitsland, waar de wetgever naar aanleiding van het Dieselsoftware-schandaal de *Musterfeststellungsklage* heeft ingevoerd. De aanhangigheid van een dergelijke collectieve vordering heeft begin maart 2020 geleid tot een schikking tussen VW en de consumentenorganisatie

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

16. Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (Ageas-settlement).

17. Art. 1018c lid 1 Rv.

Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV), waarbij aan ongeveer 260.000 VW-autobezitters een totale vergoedingsom van € 830 miljoen beschikbaar is gesteld.<sup>18</sup> Vanwege de mogelijke betrokkenheid van commerciële partijen en hun beloning leek deze buitengerechtelijke afdoening aanvankelijk te stranden.<sup>19</sup> Anders dan de Nederlandse WAMCA biedt de Duitse *Musterfeststellungsklage*-wetgeving vooralsnog geen expliciete bevoegdheid voor de rechter om hun eventuele betrokkenheid te toetsen. Het door Tillema uitgewerkte normatief kader biedt een goede basis voor het opstellen van (zelf)regulering en (rechterlijke) toetsing.

18. Zie [www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/vergleich-zwischen-vzbv-und-volkswagen-steht-klage-zurueckgenommen-29738](http://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamation/kundenrechte/vergleich-zwischen-vzbv-und-volkswagen-steht-klage-zurueckgenommen-29738).

19. VW will Dieselnkunden trotz geplatzten Vergleichs entschädigen, Frankfurter Allgemeine 14 februari 2020.