

# Eén voor allen en allen door één: over representativiteit in het collectieve actierecht

NTBR 2022/33

Sinds 1 januari 2020 stelt het collectieve actierecht een representativiteitseis aan belangenbehartigers. Voorafgaand aan en sinds de introductie van het vereiste, bestaat daarop kritiek. Dit artikel bespreekt de achtergrond van het vereiste en de wijze waarop daarmee in de rechtspraak is omgegaan. Ten slotte wordt gezien of de kritiek op het vereiste terecht is en worden handvatten gegeven voor toepassing van het vereiste in de praktijk.

## 1. Inleiding

Op 1 januari 2020 introduceerde de Wet afwikkeling mas-saschade in collectieve actie (de WAMCA) een nieuwe procedure voor collectieve acties. Daarbij werden strengere ontvankelijkheidseisen voor belangenbehartigers gesteld en werd de mogelijkheid geïntroduceerd om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen. De introductie van een representativiteitsvereiste is een van de aanscherpingen van het collectieve actierecht. Lid 2 van art. 3:305a BW schrijft nu voor dat belangenbehartigers “voldoende representatief” moeten zijn “gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen”.

Het representativiteitsvereiste beoogt te borgen dat een belangenbehartiger voldoende steun heeft van een achterban en daarmee als opkomend voor de groep gedupeerden kan worden gezien, zo volgt uit de memorie van toelichting.<sup>2</sup>

Het representativiteitsvereiste oogst echter ook kritiek.<sup>3</sup> Een duidelijk toetsingskader zou ontbreken en het vereiste zou daardoor tot rechtsonzekerheid leiden. Het zou verder onnodig zijn, geen nuttige waarborg vormen en de doelstellingen van het collectieve actierecht ondergraven.<sup>4</sup> In aanvulling op deze algemene bezwaren, zou toepassing van het representativiteitsvereiste bij collectieve acties met een ideëel doel en een zeer gering financieel belang (hierna ideële acties), niet goed mogelijk zijn door de aard van de

vorderingen<sup>5</sup> en de wijze waarop ideële belangenbehartigers zijn georganiseerd.<sup>6</sup>

De vraag is dan ook hoe de representativiteitseis van lid 2 moet worden toegepast: wanneer maken de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen een belangenbehartiger voldoende representatief? Hoe zit het met eventuele verdeeldheid binnen de groep van personen waarvoor wordt opgekomen? En moet er onderscheid gemaakt worden tussen ideële en niet-ideële acties? In deze bijdrage wordt ingegaan op de ratio en (mogelijke) invulling van de representativiteitseis en de wijze waarop deze eis de afgelopen 2,5 jaar is toegepast.

## 2. Introductie van de representativiteitseis in het collectieve actierecht

### 2.1 Debat over een representativiteitseis vóór WAMCA

Bij de codificatie van het collectieve actierecht in art. 3:305a BW in 1995 heeft de wetgever bewust afgezien van een representativiteitseis in art. 3:305a BW. De staatssecretaris omschreef een representativiteitseis als een ‘nauwelijks nader inhoud te geven eis’.<sup>7</sup> De regering wees er ook op dat een representativiteitseis in de jurisprudentie niet altijd werd gesteld, en in de gevallen waarin deze eis wel werd gesteld, niet altijd even duidelijk was wanneer daaraan voldaan was.<sup>8</sup> De regering vond het stellen van een representativiteitseis bovendien niet nodig, omdat de wet waarborgen zou bevatten om te voorkomen dat een niet-representatieve belangenbehartiger te vergaande bevoegdheden zou krijgen.<sup>9</sup> De belangenbehartiger moest zich namelijk feitelijk de belangen aantrekken waarvoor deze opkwam<sup>10</sup> en er moest eerst overleg gevoerd worden tussen betrokkenen. Direct betrokkenen hadden bovendien onder lid 4 (oud) een recht van bezwaar en de mogelijkheid om zich aan de gevolgen van de collectieve procedure te onttrekken.<sup>11</sup>

De representativiteitseis is sinds 1 januari 2020 nieuw in art. 3:305a BW, maar niet in het Burgerlijk Wetboek. Bij

1 Citeerwijze: T.M. Sweerts & J.F. Hackeng, ‘Eén voor allen en allen door één: over representativiteit in het collectieve actierecht’, *NTBR* 2022/33, afl. 8. Mr. T.M. (Tim) Sweerts en mr. J.F. (Julius) Hackeng zijn beiden advocaat te Amsterdam. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel. T.M. Sweerts is regelmatig betrokken bij collectieve acties, voornamelijk aan de zijde van gedaagden. Deze bijdrage is afgerond op 12 september 2022.

2 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 18 en 19 (MvT).

3 Paragraaf 4 hieronder geeft deze kritiek uitgebreid weer.

4 T.S.F. Hautvast, ‘Representativiteit onder de WAMCA’, *MvO* 2022/3&4, p. 82-87.

5 R. Schutgens & J. Sillen, ‘De algemeenbelangactie en de civiele rechter. Oplichting’, in: *Preadviezen 2020-2021* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag en Antwerpen: Boom juridisch 2021, p. 185.

6 F.M. Peters & A.J. van Wees, ‘Wachten op Godot – de problematische toepasbaarheid van de WAMCA op ideële zaken’, *TOP* 2022/04, p. 27.

7 *Kamerstukken I* 1993/1994, 22486, nr. 103b, p. 3.

8 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 21 (MvT).

9 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 21 (MvT).

10 De regering gaf tegelijkertijd aan dat reeds aan dit vereiste zou zijn voldaan door vooraf overleg te hebben gepleegd en/of door de enkele oprichting en de daarvoor vereiste activiteiten: *Kamerstukken II* 1991/1992, 22486, nr. 3, p. 20 (MvT).

11 Lid 4 (oud) luidde als volgt: “Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt”.

invoering van de mogelijkheid om een collectieve schikking algemeen verbindend te laten verklaren door het hof Amsterdam, in 2004, werd een representativiteitseis geïntroduceerd in art. 7:907 lid 3 sub f BW. In de toelichting vermeldde de minister dat een vastomlijnde invulling van deze eis niet was te geven. Volgens de minister kon de representativiteit van een belangenbehartiger volgen uit onder meer de overige werkzaamheden van de belangenbehartiger, het aantal aangeslotenen of leden, de mate waarin de benadeelden de organisatie zelf als representatief aanvaarden, of een belangenbehartiger ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden, en of de belangenbehartiger als spreekbuis in de media is opgetreden.<sup>12</sup> De Raad van State vond deze eis “te vaag en enigszins willekeurig”,<sup>13</sup> maar de wetgever vond deze eis op zijn plaats omdat binding van een benadeelde aan een overeenkomst tot afwikkeling van zijn schade een vergaand rechtsgevolg zou hebben.<sup>14</sup>

Na invoering van de representativiteitseis in Boek 7 BW werd bij de aanpassing van het collectieve actierecht in 2011 aanvankelijk voorgesteld om, als de omstandigheden dat zouden verlangen, de rechter de mogelijkheid te bieden om de representativiteit te toetsen. Die representativiteitseis zou volgens de toelichting op het ontwerpvoorstel in elk geval niet voor collectieve acties gelden waarbij er voor bepaalde ideële en algemene belangen zou worden opgekomen.<sup>15</sup> De Raad van State vond ‘representativiteit’ toen nog een “onvoldoende helder omljnd en uitgekristalliseerd begrip” en waarschuwde dat de voorgestelde representativiteitseis “in de praktijk tot sterk uiteenlopende beoordelingen van de ontvankelijkheid en daarmee tot rechtsonzekerheid en, onder omstandigheden, zelfs tot willekeur zou [kunnen] leiden.”<sup>16</sup>

Daarop besloot de wetgever te volstaan met de eis dat de belangen van de personen voor wie de belangenbehartiger opkomt voldoende dienen te zijn gewaarborgd (in lid 2 oud).

Volgens de memorie van toelichting beoogde deze toevoeging belangenbehartigers met onzuivere en louter commerciële motieven te ontmoedigen.<sup>17</sup> In de toelichting op dit waarborgvereiste zijn gezichtspunten opgenomen die zien op de representativiteit van een belangenbehartiger, zoals (het aantal) aangesloten benadeelden en de bestaande steun voor de actie.<sup>18</sup> Representativiteit werd echter niet met zoveel woorden als ontvankelijkheidsvoorwaarde gesteld en in de praktijk ook niet als zodanig getoetst.<sup>19</sup>

## 2.2 Ratio van de introductie van de representativiteitseis in de WAMCA

Bij de evaluatie van het collectieve actierecht ter voorbereiding op de WAMCA werd vastgesteld dat invoering van het waarborgvereiste van lid 2 (oud) onvoldoende effect had gehad en dat aanscherping van art. 3:305a BW dus geboden was.<sup>20</sup> Daarop zijn onder de WAMCA de ontvankelijkheidseisen op het gebied van *governance*, financiering, transparantie en representativiteit aangescherpt en in de wet uitgewerkt.<sup>21</sup>

De aanscherping van de ontvankelijkheidseisen is volgens de memorie van toelichting ingegeven door de wens om ‘incidenten’ en ‘uitwassen’ te voorkomen en de geschiktheid van een belangenbehartiger indringender te toetsen.<sup>22</sup> Onder de WAMCA zou een belangenbehartiger meer verantwoordelijkheden kunnen krijgen, volgens de regering mede vanwege de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen en aangewezen te worden als exclusieve belangenbehartiger.<sup>23</sup> Ook achtte de regering deze aanscherpingen in art. 3:305a BW nodig om te voorkomen dat een collectieve actie onbehandelbaar zou worden of ten onrechte zou worden gebruikt, of lichtvaardig of uitsluitend met het doel de wederpartij te schaden.<sup>24</sup> De regering overwoog ten slotte dat de aangescherpte ontvankelijkheidseisen als filter zouden moeten werken, “om te voorkomen dat de collectieve (schadevergoedings-)actie een vrijplaats wordt voor

12 *Kamerstukken II 2003/2004, 29414, nr. 3, p. 15 (MvT)*. Elk van deze omstandigheden – al dan niet tezamen – zijn door het hof Amsterdam gebruikt om belangenbehartigers in WCAM-procedures voldoende representatief te verklaren: Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440 (*DES*), r.o. 5.8 e.v.; Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (*Dexia*), r.o. 5.23 e.v.; Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 (*Vie d’Or*), r.o. 4.19 e.v.; Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (*Shell*), r.o. 6.21 e.v.; Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691 (*Vedior*), r.o. 4.20 e.v.; Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*), r.o. 10.1 e.v.; Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1690 (*DSB*), r.o. 6.2.1 e.v.; Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, (*Ageas*) r.o. 8.12 en 8.13. De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over de representativiteitstoets van de WCAM. Een verklaring hiervoor is wellicht dat het niet in het belang van de verzoekers is om te twisten over de representativiteit: zij willen uitbetaling en finaliteit.

13 *Kamerstukken II 2003/2004, 29414, nr. 4, p. 10.*

14 *Kamerstukken II 2003/2004, 29414, nr. 3, p. 15 (MvT).*

15 Ontwerpregelgeving voor het voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken, p. 14. Deze ontwerpregelgeving is te vinden op [raadvanstate.nl/adviezen](http://raadvanstate.nl/adviezen) (kenmerk: W03.11.0296/II). Onderaan de pagina waar het advies van de Raad van State integraal op staat is een link te vinden naar de ontwerpregelgeving.

16 *Kamerstukken II 2011/2012, 33126, nr. 4, p. 2.*

17 *Kamerstukken II 2011/2012, 33126, nr. 3, p. 4-6 en 12-13 (MvT)*. Dit gebeurde in de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM), die vooral bekend is vanwege de introductie van de mogelijkheid om het Gerechtshof in Amsterdam te verzoeken om een collectieve schikking algemeen verbindend te verklaren op *opt out* basis.

18 *Kamerstukken II 2011/2012, 33126, nr. 3, p. 12-13 (MvT).*

19 Vgl. Rb. Amsterdam, 9 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6122, r.o. 4.4 en 4.5.

20 *Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 17-18 (MvT)*. De enkele uitspraak waarin dit volgens de wetgever wel werd gedaan is Rb. Noord-Nederland 2 september 2015; ECLI:NL:RBNNE:2015:4185.

21 Lid 5 en subonderdelen a t/m e van lid 2 bevatten ontvankelijkheidseisen ten aanzien van de jaarrekening, *governance*, financiering en transparantie van een belangenbehartiger.

22 *Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 7-8 (MvT)*. Vermoedelijk wordt met incidenten en uitwassen bedoeld op fraude en andere malversaties waardoor bijvoorbeeld procesfinanciering en/of uitbetaalde schadevergoeding bij de verkeerde personen zou terechtkomen. Een voorbeeld hiervan is de collectieve actie van Stichting Loterijverlies. De oprichter van deze stichting is strafrechtelijk veroordeeld wegens het verduisteren van EUR 2,8 miljoen aan inschrijfgeld en donaties, betaald door personen die wilden procederen tegen de Nederlandse Staatsloterij (Rb. Overijssel 27 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4857).

23 *Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 8, 17 en 18 (MvT).*

24 *Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 16 (MvT).*

commercieel ingestelde organisaties, die de belangen van de personen voor wie zij opkomen op de tweede plaats hebben staan”.<sup>25</sup>

De representativiteitseis is een van de aangescherpte ontvankelijkheidseisen<sup>26</sup> en een precisering van het waarborgvereiste van lid 1.<sup>27</sup> Voor het oordeel dat de belangen van de groep waarvoor wordt opgekomen voldoende gewaarborgd zijn, vereist de wet nu (onder andere) dat de belangenbehartiger “voldoende representatief” moet zijn, “gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen.” Blijkens de memorie van toelichting beoogt het vereiste te borgen dat niet “iedere willekeurige organisatie” zich zou kan opwerpen als verdediger van de belangen van gedupeerden.<sup>28</sup> De regering achtte het van belang dat “een organisatie, gelet op haar achterban, als opkomend voor de groep gedupeerden kan worden gezien”.<sup>29</sup> Introductie van het representativiteitsvereiste was in lijn met een aanbeveling van de ‘juristengroep’, die meende dat het van belang is om te weten of een belangenbehartiger *representatief* is voor de groep gedupeerden.<sup>30</sup>

Ondanks zijn eerdere kritiek op de voorgestelde representativiteitseisen in art. 3:305a BW en art. 7:907 BW, is de Raad van State in zijn advies over de WAMCA niet ingegaan op de representativiteitseis.<sup>31</sup>

### 2.3 Overwegingen van de wetgever over de representativiteitseis

Volgens de wetgever beoogt de representativiteitseis in de WAMCA te voorkomen dat een belangenbehartiger kan procederen zonder de ondersteuning van een achterban:<sup>32</sup> “Op voorhand moet duidelijk zijn dat zij kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt”.<sup>33</sup> Wat genoeg is om voldoende representatief te zijn, hangt af van de omstandigheden van het geval. De wetgever heeft bewust geen aantal of percentage vastgesteld:

“Wat genoeg is, verschilt per geval en kan alleen bepaald worden in relatie tot het totaal aantal gedupeerden. Dit kan bijvoorbeeld worden getoetst op basis van de bij een vereniging aangesloten leden of door middel van het aantal gedupeerden dat zich actief voor de vordering heeft aangemeld”.<sup>34</sup>

De belangenbehartiger moet duidelijk maken voor welke personen hij opkomt, maar hoeft volgens de memorie van toelichting geen lijst met namen en andere gegevens van de achterban te overleggen.<sup>35</sup> Dit geeft aanleiding tot de vraag of een rechter ervan moet uitgaan dat een belangenbehartiger de waarheid spreekt als hij stelt dat zijn achterban uit een bepaald aantal personen bestaat. Denkbaar is dat dergelijke lijsten in ieder geval aan de rechter moeten worden overgelegd met bepaalde metadata van de steunbetuigers, waarvan de juistheid geverifieerd kan worden of gecontroleerd is door een derde, zoals een accountant.<sup>36</sup>

Aanvankelijk voorzag het wetsvoorstel erin dat de rechter bij een collectieve actie in de zin van lid 6 zou kunnen bepalen dat een collectieve vordering niet hoefde te voldoen aan het gehele waarborgvereiste in lid 2 waaronder de representativiteitseis. Ook kon de rechter bepalen dat niet hoefde te worden getoetst aan de criteria onder lid 3, zoals dat bestuurders geen winstoogmerk hebben, het vereiste dat de rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft en het vereiste dat de rechtspersoon heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken. Lid 6 van het wetsvoorstel bepaalde immers dat de rechter een rechtspersoon ontvankelijk kon verklaren zonder dat werd voldaan aan de volledige leden 2, 3 en 5 van art. 3:305a BW als sprake was van een rechtsvordering met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft.

Als gevolg van een amendement van 20 december 2018 geldt de representativiteitseis ook onverkort in ideële acties.<sup>37</sup> De voorstellers van dit amendement vonden het achterwege laten van (onder andere) de representativiteitseis voor ideële acties ongewenst omdat daarmee een uitweg in de wet zou worden gecreëerd waardoor bepaalde vorderingen gemakkelijker zouden kunnen worden ingesteld, wat had kunnen leiden tot een ongerechtvaardigde toename van het aantal procedures en ‘juridisering’.<sup>38</sup> De minister heeft het amendement ‘oordeel kamer’ gegeven zonder tijdens de kamerbehandeling nadrukkelijk op de representativiteitseis in te gaan.<sup>39</sup> Het amendement is op 29 januari 2019 door de Tweede Kamer aangenomen, waarmee de exceptie voor

25 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT): “De laatste jaren is er veel te doen geweest over de wijze waarop sommige representatieve belangenorganisaties in de praktijk opereren. Daarbij richt de kritiek zich vooral op de kwaliteit van ad hoc ingestelde organisaties, die ten behoeve van één specifieke rechtsvordering zijn opgericht of op commerciële organisaties die van het instellen van collectieve vorderingen hun verdienmodel hebben gemaakt en niet zozeer op bestaande belangenbehartigers die reeds een lange staat van dienst hebben”.

26 Lid 5 en subonderdelen a t/m e van lid 2 bevatten daarnaast eisen ten aanzien van de jaarrekening, governance en transparantie van een belangenbehartiger. Het zijn vooral die eisen die een rechter in staat stellen om de geschiktheid van een belangenbehartiger te toetsen en daarmee uitwassen te voorkomen (Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 2, p. 7-8 (MvT)).

27 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 2, p. 18 (MvT): “Lid 2 preciseert en versterkt deze ontvankelijkheidseisen nader”.

28 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 19 (MvT).

29 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 18 (MvT).

30 Bijlage ‘Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijkzema’, p. 2 t/m 5, bij Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3 (MvT).

31 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 4.

32 Het begrip ‘achterban’ is niet gedefinieerd in art. 3:305a BW of de parlementaire geschiedenis. De gangbare uitleg is dat met ‘de achterban’ wordt verwezen naar het aantal personen uit de groep waarvoor wordt opgekomen dat de collectieve actie steunt.

33 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 19 (MvT).

34 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 19 (MvT).

35 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 18-19 (MvT).

36 Van belangenbehartigers mag verwacht worden dat zij door middel van toepasselijke privacy-statements verzekeren dat zij deze informatie ook kunnen delen indien en voor zover hiervoor (ook) persoonsgegevens moeten worden gedeeld.

37 Kamerstukken II 2018/2019, 34608, nr. 14.

38 Kamerstukken II 2018/2019, 34608, nr. 14.

39 Handelingen II, 2018/2019, nr. 44, item 6, p. 10.

ideële acties enkel opgaat voor lid 5 en de subonderdelen (a tot en met e) van lid 2.<sup>40</sup> Aangezien de representativiteitseis in de aanhef van lid 2 staat, geldt deze onverkort in ideële acties.

De parlementaire geschiedenis zwijgt over de manier waarop de representativiteitseis moet worden toegepast bij ideële acties. De memorie van toelichting is echter geschreven in de veronderstelling dat de representativiteitseis niet zou gelden voor ideële acties<sup>41</sup> en de wetgever heeft voorafgaand aan inwerkingtreding van de WAMCA geen (aanvullende) toelichting gegeven op het representativiteitsvereiste nadat dit amendement is aangenomen.<sup>42</sup> De praktijk moet het dus ook bij ideële acties doen met de handvatten die de WAMCA-wetgever heeft gegeven voor niet-ideële acties, die met name kwantitatief van aard zijn.

Hoewel in de parlementaire geschiedenis van de WAMCA geen verband wordt gelegd met de representativiteitseis van art. 7:907 lid 3 sub f BW, kunnen daaraan mogelijk wel inzichten worden ontleend.<sup>43</sup> Ook wanneer wordt geprocedeerd in plaats van geschikt, kan belang toekomen aan de overige werkzaamheden van de belangenbehartiger, het aantal aangeslotenen of leden, de mate waarin de benaamden de organisatie zelf als representatief aanvaarden, of een belangenbehartiger ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden, en of de belangenbehartiger als spreekbuis in de media is opgetreden.

Art. 1018c lid 1 sub d Rv schrijft voor dat een belangenbehartiger in zijn dagvaarding moet toelichten dat hij aan de ontvankelijkheidseisen voldoet, waaronder de representativiteitseis van lid 2 aanhef.<sup>44</sup> Een belangenbehartiger zal dus bij dagvaarding al aan de representativiteitseis moeten voldoen.<sup>45</sup> Ook in een kort geding geldt in beginsel de representativiteitseis van lid 2.<sup>46</sup> De rechter dient de representativiteit van een belangenbehartiger zo nodig ambtshalve te toetsen.<sup>47</sup>

40 Kamerstukken II 2018/2019, 34608, nr. 12.

41 Vgl. Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 29 (MvT).

42 In het omzettingvoorstel voor Richtlijn 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen voor consumenten heeft de minister expliciet bevestigd dat de representativiteitseis ook geldt bij ideële collectieve vorderingen: Kamerstukken II 2021/2022, 36034, nr. 3, p. 25.

43 Zie hierboven onder 2.1, tweede alinea.

44 Vgl. Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 36 (MvT).

45 Een aantal rechters toetst de representativiteit op zitting, zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, r.o. 5.13: "Ten tijde van de mondelinge behandeling had TPC ruim 75.000 keer op deze manier een steunbetuiging verkregen". Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.7; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3418, r.o. 3.5. Dit is wellicht pragmatisch, maar wel in strijd met hoe dit vereiste in de wet is geformuleerd.

46 Art. 1018b lid 1 Rv en Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 34 (MvT). Voor meer informatie over de al dan niet ambtshalve toetsing van de ontvankelijkheidseisen van de WAMCA in kort geding verwijzen wij naar M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, 'De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak', *MvV* 2022/3, p. 90-91.

47 Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 39 (MvT).

### 3. Toepassing van de representativiteitseis in de rechtspraak

Er zijn inmiddels verschillende procedures gevoerd onder de WAMCA waarin aandacht is besteed aan de representativiteit van de belangenbehartiger.

#### 3.1 Onterecht nalaten van toetsing

In een aantal collectieve acties waarbij het verlicht ontvankelijkheidsregime van lid 6 is toegepast, zijn rechters er onterecht<sup>48</sup> van uitgegaan dat niet aan de representativiteitseis hoefde te worden getoetst. In deze zaken werd geoordeeld dat het verlicht ontvankelijkheidsregime lid 2 in zijn geheel terzijde schuift, waaronder de representativiteitseis van lid 2 aanhef.<sup>49</sup> Deze benadering is onjuist, zo bevestigde de wetgever recent nog in het omzettingvoorstel voor Richtlijn 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen voor consumenten.<sup>50</sup>

De vergissingen zijn wellicht ontstaan doordat de memorie van toelichting nog aangeeft dat toepassing van lid 6 leidt tot een terzijdestelling van lid 2 in zijn geheel. Ook kan een bron van verwarring zijn dat art. 1018c lid 5 sub a Rv suggereert dat er via lid 6 (onder meer) niet aan de representativiteitseis van lid 2 hoeft te worden voldaan. Vermoedelijk is een wijziging van art. 1018c lid 5 sub a Rv abusievelijk niet meegenomen in het eerder besproken amendement en daarom niet aangepast.<sup>51</sup> Met een wetwijziging zou art. 1018c lid 5 sub a Rv afgestemd kunnen worden op lid 6.<sup>52</sup>

Toetsing van de representativiteitseis in de ideële acties waarin deze onterecht niet is toegepast, had tot interessante gezichtspunten kunnen leiden. Zo had de rechter zich

48 S. van Deursen & M.J. Vetzo, 'Het avondklokoordeel in context', *NTBR* 2021/31, p. 257 (voetnoot 23); H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, 'Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?', *TOP* 2021, nr. 2, p. 24; Schutgens & Sillen 2021, p. 174; B.M. Katan & W.G.E.B. den Hartog, annotatie bij Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, *JBPR* 2022/01, p. 172; De Monchy & Kluwen, *MvV* 2022/3, p. 85. Katan en Den Hartog stellen in hun noot vraagtekens bij het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland van 2 juni 2021 om lid 6 toe te passen: er was volgens hen niet voldaan aan het vereiste van een gering financieel belang en zij waren niet overtuigd van het ideële doel van de vorderingen van Stichting Brein.

49 Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.4 en 5.12 onder d; Rb. Den Haag 19 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10080, r.o. 4.4 en 4.5; Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.12; Rb. Den Haag 2 juni 2021, C/09/588600 / HA ZA 20-181, r.o. 4.4 en 4.5 (toegankelijk in centraal register voor collectieve vorderingen onder 'afgedane collectieve vorderingen'); Rb. Den Haag (vzr.) 29 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12992, r.o. 4.5; Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:535, r.o. 4.5 en 4.10-4.13; Rb. Den Haag 9 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1747, r.o. 4.8. In de laatste zaak lijkt de rechtbank Den Haag bij toepassing van lid 6 de representativiteit van de belangenbehartiger overigens wél mee te wegen: "Daar komt bij dat MOA een vereniging is die al lange tijd de belangen van haar leden behartigt. Dat zij deze positie heeft volgt ook uit de omstandigheid dat zij in de consultatiefase haar visie op conceptversies van de Regeling en de Beleidsregel gegeven heeft aan het ministerie van Economische Zaken en Klimaat" (r.o. 4.10).

50 Kamerstukken II 2021/2022, 36034, nr. 3, p. 25.

51 Kamerstukken II 2018/2019, 34608, nr. 14.

52 Art. 1018c lid 5 sub a Rv verzaakt bovendien naar art. 3:305a lid 5 BW te verwijzen. De Monchy en Kluwen merken op dat art. 1018c lid 5 sub a Rv ook op dit punt dient te worden gewijzigd (De Monchy & Kluwen, *MvV* 2022/3, p. 85).



dan moeten uitlaten over de vraag of Clara Wichmann c.s. voldoende representatief zijn om op te komen voor alle Nederlandse vrouwen tegen de Nederlandse staat over het kosteloos ter beschikking stellen van anticonceptiemiddelen aan vrouwen.<sup>53</sup> In de zaak van de twee stichtingen Stop Online Shaming en Expertisebureau Online Kindermisbruik tegen een exploitant van een website met seksueel getint materiaal, was de vraag geweest hoe de representativiteitseis zou moeten worden toegepast wanneer de gedupeerden bestaan uit personen die moeilijk te bereiken zullen zijn en zich bovendien mogelijk niet kenbaar zullen willen maken.<sup>54</sup> Een ander voorbeeld: zijn Stichting Defence for Children International en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten voldoende representatief voor de belangen van alle kinderen en huishoudens in Nederland die te maken kunnen krijgen met waterafsluiting, zonder dat duidelijk was welke huishoudens getroffen waren of de collectieve actie steunden?<sup>55</sup>

### 3.2 De representativiteitstoets in de rechtspraak

Andere rechters hebben bij toepassing van lid 6 de representativiteit van de belangenbehartiger wél getoetst.<sup>56</sup> In de zaken waarin het vonnis wel een oordeel bevat over de representativiteit, stellen rechters de eis dat een belangenbehartiger inzichtelijk maakt dat hij over een relevante achterban beschikt.<sup>57</sup> Volgens de Hoge Raad geeft dat geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>58</sup> Dit vereiste inzicht ziet ten eerste op aantallen. In een kort geding tegen de Staat over vermeend onrechtmatig coronabeleid, oordeelde de rechtbank Den Haag dat een belangenbehartiger in strijd met art. 1018c lid 1 sub b Rv niet had omschreven voor welke groep personen hij opkwam en dat het bij een achterban van 23 steunbetuigingen en een ter zitting genoemde (maar niet-verifieerbare) 50 tot 100 personen om een dermate klein aantal personen gaat *“dat geen sprake is van representativiteit die nodig is om de ontvankelijkheidsdrempel te kunnen passeren”*.<sup>59</sup> In een kort geding van Stichting Viruswaarheid e.a. tegen de Staat, om de toediening van coronavaccins op te schorten, oordeelde de rechter dat uit 300.000 adhesieverklaringen niet viel op te maken dat

die stichting voldoende representatief was voor alle Nederlanders.<sup>60</sup> In die zaak was ook niet gebleken dat een andere eiser genoeg leden had om voldoende representatief te zijn voor alle Nederlanders.<sup>61</sup>

In een collectieve actie van FNV en CNV tegen Temper B.V., oordeelde de rechtbank Amsterdam dat deze vakbonden voldoende representatief waren: *“Voor werkenden op de arbeidsmarkt in het algemeen kunnen [FNV en CNV] bovendien niet worden beschouwd als ‘een willekeurige organisatie’. Zij beschikken immers over een aanzienlijke achterban van respectievelijk circa 1.000.000 en 361.000 leden die uit juist die groep afkomstig is, en kennen onbetwist een lange geschiedenis ter zake de behartiging van deze belangen in Nederland, ook door middel van het voeren van collectieve acties”*.<sup>62</sup> De rechtbank vond het daarbij niet van belang hoeveel ‘Temper-Werkers’ zich onder de leden van FNV of CNV bevonden, omdat *“de vorderingen méér omvatten dan de belangen van alleen de Temper-Werkers”*.<sup>63</sup> Verder leek de rechtbank over het hoofd te zien dat onder de leden van FNV en CNV zich ook juist niet-werkenden bevonden, zoals gepensioneerden. In twee andere (beweerde) ideële acties van vakbonden FNV en/of CNV tegen een werkgever, kwamen de rechtbank Oost-Brabant<sup>64</sup> en de rechtbank Gelderland<sup>65</sup> tot vergelijkbare oordelen (hoewel minder uitvoerig gemotiveerd dan door de rechtbank Amsterdam). In een kort geding van CNV tegen een beveiligingsbedrijf, waarbij CNV opkwam voor de belangen van het beveiligingspersoneel van Schiphol, oordeelde het hof Amsterdam dat CNV voldeed aan de eisen uit lid 1, dat al de personen waarvoor werd opgekomen gebaat zouden zijn bij het voorlopig oordeel en dat onder deze omstandigheden niet zou zijn in te zien dat CNV ‘als werknemersvereniging’ niet voldoende representatief zou zijn.<sup>66</sup>

Het door rechters vereiste inzicht ziet ook op de methode van steunvergaring. Zo hing het representativiteitsoordeel over Stichting Viruswaarheid samen met de vaststelling door het hof dat het onduidelijk was wat de relevante adhesieverklaring inhield.<sup>67</sup> En in een collectieve actie van de Algemene burgerbelangen vereniging tegen het Nederlands Huisartsen Genootschap om een behandelrichtlijn aan te passen, oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat uit een ‘online referendum onder brede noemer’ niet kon worden opgemaakt dat de kwestie in die procedure door een relevante achterban werd gesteund.<sup>68</sup>

53 Rechtbank Den Haag 2 juni 2021, C/09/588600 / HA ZA 20-181 (beschikbaar in centraal register voor collectieve vorderingen, onder ‘afgedane collectieve vorderingen’, collectieve vorderingen tegen de Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)).

54 Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271.

55 Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:535.

56 Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.8; Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.6; Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, r.o. 4.26; Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12810, r.o. 4.2 en 4.3; Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5 (in eerste aanleg toetste de rechtbank onterecht niet aan de representativiteit: Rb. Den Haag (vzr.) 29 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12992, r.o. 4.5); Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.10.

57 Rb. Rotterdam (vzr.) 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177; Rb. Midden-Nederland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3778, r.o. 3.13; Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3418, r.o. 3.5.

58 HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347, r.o. 3.1.5.

59 Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.4 en 3.7.

60 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

61 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

62 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.28.

63 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.28.

64 Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995, r.o. 5.4.

65 Rb. Gelderland (vzr.) 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3414, r.o. 4.2 en 4.3.

66 Hof Amsterdam 28 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1881, r.o. 3.8. In deze zaak werd in het vonnis in eerste aanleg niet gerept over de representativiteitseis: Rb. Amsterdam (vzr.) 6 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7113, r.o. 4.8.

67 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5.

68 Rb. Midden-Nederland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3778, r.o. 3.13.

In andere zaken lijkt de representativiteitseis minder strikt en duidelijk te worden toegepast. In een kort geding tegen de Staat, waarbij Stichting Vredesbeweging PAX Nederland, Stichting Campagne tegen Wapenhandel en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten de verdere wapenexport naar Egypte poogden te stoppen, oordeelde de rechtbank Den Haag dat kon worden aangenomen “*dat de pacifistische achterban van Pax c.s. voldoende representatief is voor het instellen van de vorderingen*”, waarmee de belangenbehartigers (Pax c.s.) opkwamen voor de inwoners van Egypte en de regio en (toekomstige) slachtoffers van de inzet van militair geweld door de Egyptische krijgsmacht en hun pacifistische (Nederlandse) achterban.<sup>69</sup> Deze overweging zal een verschrijving zijn. Het gaat er immers om dat de *belangenbehartiger* voldoende representatief is voor de *belangen* van de achterban, en niet dat de *achterban* voldoende representatief is voor de *vorderingen*.

Uit de rechtspraak volgt ook dat de representativiteitseis weinig problemen oplevert als een belangenbehartiger alleen voor haar leden of aangeslotenen opkomt.<sup>70</sup> Zo werd Stichting Namaakbestrijding React door de rechtbank Amsterdam voldoende representatief geacht om in kort geding op te komen voor de merkrechten van de leden van een aan haar gelieerde coöperatie.<sup>71</sup> En in een kort geding tegen een verhuurder, om loden leidingen te vervangen, oordeelde de rechtbank Amsterdam dat een bewonersvereniging voldoende representatief was voor de 60 aangesloten huurders.<sup>72</sup> Wel moet komen vast te staan dat een vereniging de leden heeft die zij stelt te hebben. Ondernemingsvereniging De Bazaar, die stelde op te komen voor de belangen van een grote groep huurders van markthal de Bazaar en ten behoeve van hen afschrift vorderde van bepaalde bescheiden, werd door de rechtbank Noord-Holland niet voldoende representatief bevonden. De vereniging had niet aangetoond dat zij – naast drie leden – nog andere leden had, wie dat waren en dat die leden huurder waren van de markthal. De rechtbank oordeelde bovendien dat, gelet op het verweer van gedaagde, de ondernemingsvereniging de namen van haar leden openbaar had moeten maken.<sup>73</sup>

Er is ook een representativiteitsoordeel gegeven in een collectieve schadevergoedingsactie. In die zaak vorderde

Stichting The Privacy Collective ten behoeve van een vermeende 10 miljoen Nederlandse internetgebruikers circa EUR 11 miljard aan schadevergoeding van Amerikaanse en Nederlandse groepsmaatschappijen van Salesforce en Oracle. De rechtbank Amsterdam oordeelde dat de stichting niet voldoende representatief was, omdat onduidelijk was hoeveel gedupeerden de actie daadwerkelijk steunden en aldus wat de omvang was van de door haar vertegenwoordigde vordering. Daarmee lijkt de rechtbank te wijzen op (onduidelijkheid over) de omvang van de vordering van de aangeslotenen ten opzichte van de totale ingestelde vordering.<sup>74</sup> Dit kwam door de methode van steunvergaring. De stichting had 75.000 ‘likes’ verzameld, maar volgens de rechtbank was het niet kenbaar waarvoor steun werd gegeven omdat het scherm met de ‘likeknop’ onvoldoende informatie bevatte.<sup>75</sup> Logischerwijs kan steun alleen worden verkregen als voor de steunbetuiger duidelijk is wat wordt ondersteund.

De rechtbank kon bovendien niet vaststellen of de ‘likers’ behoorden tot de groepen die The Privacy Collective vertegenwoordigde – of ze in de relevante periode een cookie van Oracle en Salesforce op hun apparatuur hebben gehad –, omdat de stichting de gegevens van steunbetuigers niet registreerde. Barbiers vindt deze overweging opmerkelijk omdat deze controle reeds een inhoudelijke beoordeling lijkt te behelzen (die pas in een later stadium van de collectieve actie plaatsvindt).<sup>76</sup> Uit de memorie van toelichting volgt echter dat het op voorhand duidelijk moet zijn dat een belangenbehartiger (zoals de stichting) kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de getroffen gedupeerden opkomt.<sup>77</sup> Om dit te toetsen lijkt het nodig om (tot op een zekere hoogte) te beoordelen of de steunbetuigers ook behoren tot de groep waarvoor wordt opgekomen. De rechtbank ging in deze zaak ten slotte voorbij aan steunbetuigingen van privacyorganisaties, omdat volgens de rechtbank een achterban in de zin van de WAMCA alleen kan bestaan uit benadeelden voor wiens belangen wordt opgekomen<sup>78</sup> en de privacyorganisaties zelf geen schade kunnen hebben geleden.

#### 4. Kritiek op de representativiteitseis in de literatuur

Invoering en toepassing van het representativiteitsvereiste in art. 3:305a BW heeft de kritiek daarop niet doen verstommen. De kritiek valt in vier categorieën uiteen.

69 Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12810, r.o. 4.4.

70 Lidmaatschap zal een belangenbehartiger echter niet automatisch in staat stellen om ten behoeve van leden te procederen. Vgl. R. Stolk, ‘Wie zijn zij...?! De representativiteit van procederende belangenorganisaties’, *NTB* 2020/204, p. 476.

71 Rb. Amsterdam (vzr.) 26 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2050, r.o. 4.17. De rechtbank oordeelde hier ook dat toepassing van lid 6 niet aan de orde was, omdat met de vordering van Stichting React substantiële financiële belangen waren gemoeid, namelijk die van grote internationale bedrijven en houders van bekende merken (r.o. 4.14). In een vergelijkbare collectieve actie ingesteld door Stichting Brein, paste de rechtbank Midden-Nederland lid 6 wél toe omdat – onder meer – de vorderingen van Stichting Brein in bredere zin het maatschappelijke belang dienden (Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.11-2.12).

72 Rb. Amsterdam (ktr. in kg.) 7 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:24, r.o. 14.

73 Rb. Noord-Holland (ktr.) 26 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3821, r.o. 5.3.

74 Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, r.o. 5.11.

75 Zo ontbrak informatie over de aard en de inzet van de procedure, werden de namen van de partijen waartegen de actie was gericht niet genoemd, en was onduidelijk of de ‘liker’ door het aanklikken van de steunknop zich als gedupeerde aanmeldde voor de collectieve actie of zou worden gerekend tot de achterban voor wie stichting The Privacy Collective opkwam in deze procedure.

76 D.L. Barbiers & T.F. Walree, annotatie bij Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, *Computerrecht* 2022/55, p. 143.

77 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34608, nr. 3, p. 19 (MvT).

78 Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, r.o. 5.13.

Ten eerste is er de kritiek dat het representativiteitsvereiste niet de bescherming biedt die wordt beoogd.<sup>79</sup> Zo zou het niet helpen bij het voorkomen van uitwassen, omdat uitwassen zich net zo goed bij een representatieve belangenbehartiger kunnen voordoen.<sup>80</sup> Ook zou het representativiteitsvereiste overbodig zijn, omdat de representativiteit zou worden gewaarborgd doordat de belangenbehartiger zijn achterban in staat moet stellen om te kunnen participeren in de besluitvorming op grond van sub b van lid 2 en de aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger hem zou prikkelen om zijn representativiteit op orde te hebben.<sup>81</sup>

Een tweede bron van kritiek is dat het representativiteitsvereiste niet goed toepasbaar zou zijn bij ideële acties.<sup>82</sup> Zo wordt opgemerkt dat het bij sommige ideële acties praktisch onmogelijk of onwenselijk zou zijn om een concrete achterban te moeten verzamelen, in welke gevallen een 'lichtere toets' van de representativiteitseis aangewezen zou zijn.<sup>83</sup> Critici verwachten ook dat het lastig zal zijn om te beoordelen of een ideële belangenbehartiger voldoende gedragen wordt door de groep waarvoor hij opkomt: ideële belangenbehartigers zouden doorgaans geen of een beperkte achterban hebben,<sup>84</sup> de groep waarvoor wordt opgekomen zou minder goed afgebakend zijn en de belangen waarvoor wordt opgekomen zouden 'velen, zo niet eenieder aangaan'.<sup>85</sup> De achterban zou bovendien niet altijd bestaan uit (levende) mensen, maar bijvoorbeeld uit dieren, klimaat, cultuur of toekomstige generaties.<sup>86</sup> Er wordt in de literatuur zelfs afgeraden om 'serieus werk' te maken van de invulling van de representativiteitseis in ideële acties.<sup>87</sup> Verder wordt voorgesteld om de representativiteit van ideële belangenbehartigers alleen te toetsen door te kijken naar kennis, kunde en track record.<sup>88</sup>

Ten derde blijft de kritiek bestaan dat het vereiste te weinig concreet is en tot arbitraire uitkomsten en tot rechtsonzekerheid kan leiden.<sup>89</sup> Dit hangt samen met het primair kwantitatieve toetsingskader van de representativiteitseis uit de memorie van toelichting: een belangenbehartiger moet voldoende ondersteund worden door een achterban. De beoordeling van de verhouding tussen de achterban en de groep waarvoor wordt opgekomen en van de vraag wanneer een belangenbehartiger dan *voldoende* representatief

is, zou arbitrair zijn.<sup>90</sup> In de context van ideële acties waarbij er voor de 'bevolking' wordt opgekomen, zou de rechter zijn rechtsvormende taak zelfs te buiten gaan door te bepalen welk aantal steunverklaringen, donateurs of leden daarvoor vereist zouden zijn.<sup>91</sup>

Ten vierde ziet de kritiek op de wijze waarop moet worden omgegaan met verdeeldheid binnen de groep personen waarvoor wordt opgekomen.<sup>92</sup> Als verdeeldheid binnen een groep leidt tot niet-ontvankelijkheid, zou dit het doel van het collectieve actierecht (het bieden van 'efficiënte en effectieve rechtsbescherming' door het bundelen van belangen) kunnen ondermijnen.<sup>93</sup> Het vereiste zou daarnaast geen goede waarborg vormen tegen ongewenste belangenbehartiging, omdat het niet uitgesloten is dat ook een voldoende representatieve belangenbehartiger personen in de groep heeft die zich niet kunnen verenigen met de collectieve actie. Dat personen gebruik kunnen maken van hun *opt-out* recht om zich aan de werking van de collectieve actie te onttrekken, zou voldoende waarborg moeten zijn, aldus de kritiek.<sup>94</sup>

In de context van ideële acties wordt gesteld dat het zoeken naar maatschappelijke 'representativiteit' moeilijk te rijmen is met het wezen van de collectieve actie: het afdwingen van geldend recht en niet het zoeken naar democratische representativiteit. Er wordt dan ook voorgesteld om een gebrek aan maatschappelijk draagvlak mee te nemen in de rechtsvindingsfase (de fase na de ontvankelijkheidsfase, waarin de vorderingen inhoudelijk worden behandeld) van een collectieve actie, niet in de ontvankelijkheidsfase.<sup>95</sup> Daarmee wordt bedoeld dat als er maatschappelijke verdeeldheid over de invulling van een open norm bestaat, het beter is als de rechter terughoudendheid betracht bij toewijzing van de vorderingen.<sup>96</sup>

## 5. Naar toepassing van de representativiteitseis in alle collectieve acties

Ondanks voornoemde kritiek, verdient de representativiteitseis onzes inziens toepassing. De representativiteitseis legitimeert de procesbevoegdheid van een belangenbehartiger.<sup>97</sup> Want wie is een belangenbehartiger om (ongevraagd) op te komen voor de belangen van anderen? Het collectief actierecht van belangenbehartigers dient afgewogen

79 Argumenten tegen deze kritiek worden hieronder besproken in paragrafen 5.1 en 5.2.

80 Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 84.

81 Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 84.

82 Argumenten tegen deze kritiek worden hieronder besproken in paragraaf 5.2.

83 De Monchy & Kluwen, *MvV* 2022/3, p. 86. De Monchy en Kluwen verwijzen daarbij naar twee zaken waarin de representativiteitseis via lid 6 ten onrechte niet is toegepast: Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.12 onder d; Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:535, r.o. 4.11.

84 Peters & Van Wees, *TOP* 2022/04, p. 27.

85 Schutgens & Sillen 2021, p. 185.

86 Peters & Van Wees, *TOP* 2022/04, p. 27.

87 Schutgens & Sillen 2021, p. 185.

88 Peters & Van Wees, *TOP* 2022/04, p. 27.

89 Argumenten tegen deze kritiek worden hieronder besproken in paragraaf 5.4.

90 Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 3 op p. 82.

91 Schutgens & Sillen 2021, p. 185.

92 Argumenten tegen deze kritiek worden hieronder besproken in paragraaf 5.3.

93 Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 85. Hautvast wijst er op dezelfde pagina op dat dit zou kunnen leiden tot een overbelasting van de rechterlijke macht en mogelijke tegenstrijdige uitspraken in individuele rechtsgangen, omdat bij afwezigheid van een effectief en efficiënt mechanisme voor collectieve acties veel individuele procedures aangespannen kunnen worden.

94 Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 85.

95 Schutgens & Sillen 2021, p. 186 en p. 192-201.

96 Schutgens & Sillen 2021, p. 186 en p. 199.

97 Vgl. Stolk, *NTB* 2020/204, p. 472-475; Van Deursen & Vetzo, *NTBR* 2021/31, p. 257.

te worden tegen het beginsel uit het burgerlijk procesrecht dat rechtssubjecten in beginsel zelf bepalen om al dan niet voor hun rechten op te komen door een juridische procedure te beginnen.<sup>98</sup>

## 5.1 Toegevoegde waarde van de representativiteitseis

Uit de eerste uitspraken onder de WAMCA volgt dat de representativiteitseis toegevoegde waarde heeft. In verschillende zaken is de belasting voor partijen en rechtspraak van een inhoudelijke behandeling vermeden, omdat voor de collectieve actie te weinig steun bestond of de belangenbehartiger niet de juiste partij was om voor de groep op te komen waarvoor hij pretendeerde op te komen. Rechters verlangen van belangenbehartigers dat zij inzicht geven in de groep waarvoor zij opkomen en de personen die hen steunen. Dit beschermt de personen waarvoor de belangenbehartiger stelt op te komen, omdat zij anders gebonden zouden zijn aan een uitspraak zonder dat is komen vast te staan dat zij voldoende achter de belangenbehartiging stonden (art. 1018k lid 1 Rv). Dit beschermt ook verweerders en voorkomt een onnodige belasting van de rechtspraak, omdat daarmee een lang en kostbaar juridisch debat wordt voorkomen.

Enkel de representativiteitseis beschermt tegen onvoldoende draagvlak in de groep waarvoor wordt opgekomen. Deze bescherming had niet ontleend kunnen worden aan andere criteria voor de ontvankelijkheid van belangenbehartigers. Zo leidt het participatierecht van lid 2 sub b alleen tot inspraak van actieve leden van de achterban. Deze bepaling waarborgt niet de representativiteit van de belangenbehartiger voor alle personen waarvoor wordt opgekomen, waaronder niet-actieven en zelfs personen die van de collectieve actie geen weet hebben.<sup>99</sup> Bovendien geldt het participatierecht niet bij ideële acties. Evenmin biedt voldoende waarborg dat representativiteit relevant is bij de benoeming van de exclusieve belangenbehartiger,<sup>100</sup> omdat er in de meeste collectieve acties geen 'strijd van belangenbehartigers' plaatsvindt. Per 18 augustus 2022 zijn in 7 van de 59 collectieve procedures concurrerende vorderingen ingesteld, uitsluitend in niet-ideële (schadevergoedings-) acties.<sup>101</sup>

## 5.2 Toepassing bij ideële acties mogelijk en nuttig

De wettelijke regeling noopt tot toepassing van de representativiteitseis in elke collectieve actie, ongeacht het ideële karakter daarvan. Dit ligt ook in de rede: het onderscheid tussen ideële en niet-ideële acties is niet

altijd duidelijk en opkomen voor een ideëel belang sluit opkomen voor een niet-ideëel belang niet uit.<sup>102</sup> De rechtspraak laat ook zien dat de vraag of de belangenbehartiger al dan niet ideële doelstellingen nastreeft een discussiepunt tussen partijen kan zijn.<sup>103</sup> Bovendien blijkt dat rechters verschillend kunnen oordelen over vergelijkbare gevallen: in twee vergelijkbare zaken, waarbij belangenbehartigers opkwamen voor de IE-rechten van hun leden dan wel aangeslotenen, kwamen verschillende rechtbanken tot andersluidende oordelen over de vraag of de vorderingen ideëel van aard waren in de zin van lid 6.<sup>104</sup> Het stellen van een representativiteitseis in alle collectieve acties vermijdt de prikkel voor belangenbehartigers om alle collectieve vorderingen ideëel in te steken, terwijl er in werkelijkheid vermogensrechtelijke belangen mee gediend zijn.

Ook voor wat betreft hun *impact* is een onderscheid tussen de twee typen acties niet gerechtvaardigd. Ideële acties kunnen net als niet-ideële (schadevergoedings-)acties bindend zijn voor gedaagden en voor de personen waarvoor wordt opgekomen.<sup>105</sup> De consequenties kunnen bovendien groot zijn: ook in (beweerde) ideële acties worden vaak verstrekkende vorderingen ingesteld, zoals een schorsing van de toediening van vaccins tegen Covid-19.<sup>106</sup> Het ene belang kan bovendien strijdig zijn met het andere belang, zoals toen tegenstanders van het Covid-19 vaccinatieprogramma dat wilden doen opschorten ten koste van het belang van personen die een vaccinatie zouden willen krijgen.<sup>107</sup> Toepassing van de representativiteitseis kan juist bij ideële acties helpen bij de afbakening van het belang waarvoor wordt opgekomen.<sup>108</sup> De vereniging die opkwam tegen het vaccinatieprogramma kon geen vorderingen instellen die gevolgen hebben voor de gehele Nederlandse bevolking, omdat de vereniging daarvoor niet representatief was. Mogelijk had diezelfde vereniging wel een beperktere vordering kunnen instellen die enkel gevolgen zou hebben gehad voor (de wederpartij en) de leden van de vereniging, waarvoor de vereniging wel representatief zou zijn.

Toepassing stuit bovendien niet op onoverkomelijke bezwaren. De praktijk leert dat nagenoeg alle collectieve acties – ideëel of niet ideëel – herleidbaar zijn tot de belangen

98 Vgl. C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 59; D.A. van der Kooij & I.J.F. Wijnberg, annotatie bij Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, *JBPR* 2022/2, p. 396, onder 6.

99 Anders: Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 84.

100 Anders: Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 84. Vgl. B.M. Katan & M.W. Wallinga, 'WAMCA – exclusieve belangenbehartiger, inclusief complicaties', *TCR* 2021/3, p. 67.

101 Dit houdt wellicht verband met de financiële prikkels in dergelijke zaken voor adviseurs en procesfinanciers. Bij ideële acties zou eerder samenwerking tussen belangenbehartigers voor de hand liggen: Katan & Wallinga, *TCR* 2021/3, p. 67.

102 Vgl. de overweging van de rechtbank Rotterdam in Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.8: "Gelet daarop is de voorzieningenrechter van oordeel dat de exhibitievordering van Both ENDS niet is ingesteld met (alleen) een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang" (onderstreping door auteurs).

103 Vgl. Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.12.

104 Vgl. Rb. Midden-Nederland 2 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2142, r.o. 2.12 en Rb. Amsterdam (vzr.) 26 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2050, r.o. 4.17. Vgl. ook Katan & Den Hartog, *JBPR* 2022/01.

105 Art. 1018k Rv verwijst via art. 1019i sub a en sub b Rv door naar 1018f Rv dat van toepassing is in alle collectieve acties.

106 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643.

107 Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643.

108 Zie ook Van Deursen & Vetz, *NTBR* 2021/31, p. 257.



van natuurlijke personen.<sup>109</sup> In sommige gevallen is dat een diffusere groep – zoals alle Nederlanders – maar in elk van deze gevallen is een bepaalde groep vast te stellen die door de gestelde normschendingen wordt geraakt en van het gevorderde zou moeten profiteren. Er is dus steeds een groep af te bakenen waarvoor wordt opgekomen. In dat geval kan ook een achterban worden verzameld die de actie steunt en daarmee is een debat mogelijk over de vraag of de belangenbehartiger in kwestie representatief is voor de groep personen waarvoor hij opkomt.<sup>110</sup>

De praktijk leert dan ook dat de representativiteitseis, op een aantal uitzonderingen kort na invoering na, steeds is toegepast in (beweerde) ideële acties. In veel gevallen vormde de representativiteitseis geen obstakel. Zo werden FNV en CNV voldoende representatief geacht om voor alle werkenden in Nederland op te komen.<sup>111</sup> In een aantal andere zaken is de representativiteitseis kennelijk geen onderwerp van geschil geweest en wordt daarover in het vonnis niet gerept.<sup>112</sup> Een aantal acties liep wel stuk op de representativiteitseis, bijvoorbeeld omdat er geen inzicht was gegeven in de achterban<sup>113</sup> of de achterban te klein was.<sup>114</sup>

### 5.3 Verdeeldheid binnen de groep waarvoor wordt opgekomen

Onder het oude collectieve actierecht stond verdeeldheid binnen de groep waarvoor werd opgekomen niet aan een collectieve actie in de weg. In het *Clara Wichmann*-arrest uit 2010 oordeelde de Hoge Raad dat Stichting Clara Wichmann kon opkomen voor het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. Hoewel Clara Wichmann opkwam tegen de onmogelijkheid van kandidaatstelling van vrouwen bij (enkel) de SGP, stond aan de ontvankelijkheid van Clara Wichmann niet in de weg dat de specifieke groep vrouwen die zich eventueel kandidaat zou willen stellen voor de SGP, de actie van Clara Wichmann niet wenste.

De Hoge Raad volgde daarmee A-G Langemeijer, die noteerde: “*het vereiste van gelijksoortigheid van belangen (...) houdt niet in dat alle personen wier belangen de belangenorganisatie stelt te behartigen, hetzelfde (moeten) willen: de eis van representativiteit wordt in dit artikel niet gesteld*”.<sup>115</sup>

Dit uitgangspunt werd in hetzelfde jaar door de Hoge Raad herhaald in het *Plazacasa*-arrest, waarin werd overwogen: “*de omstandigheid dat een (al dan niet aanmerkelijk) deel van de personen ter bescherming van wier belangen een collectieve actie strekt, niet instemt met (het doel van) de rechtsvordering of zelfs een tegenovergesteld standpunt inneemt, staat op zichzelf niet in de weg aan het oordeel dat de vordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen. (...) Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 12 en 13, heeft de wetgever bewust ervan afgezien om representativiteit van de eisende rechtspersoon als voorwaarde in de wet op te nemen, zodat niet als eis gesteld kan worden dat de collectieve actie kan rekenen op de steun van een aanmerkelijk deel van de in aanmerking komende belanghebbenden*”.<sup>116</sup>

Art. 3:305a BW stelt nu wel een representativiteitseis en daarmee heeft de regel uit het *Clara Wichmann*-arrest en *Plazacasa*-arrest niet meer te gelden. Als een (al dan niet aanmerkelijk) deel van de personen waarvoor wordt opgekomen niet instemt met (het doel van) de rechtsvordering, kan dit onder het nieuwe collectieve actierecht wel in de weg staan aan ontvankelijkheid.<sup>117</sup> Het is immers niet vol te houden dat een belangenbehartiger representatief is voor een bepaalde groep of een bepaald belang, wanneer deze belangenbehartiger een standpunt verkondigt dat niet collectief en gemeenschappelijk is voor deze groep. Dat er met tegenovergestelde of afwijkende standpunten in de groep rekening moet worden gehouden volgt ook uit het feit dat als het aantal *opt-out* verklaringen te groot is om voortzetting te rechtvaardigen, de rechter kan beslissen om de zaak niet voort te zetten (art. 1018f lid 1 Rv).

De *opt-out* mogelijkheid van art. 1018f Rv zal op zichzelf vaak onvoldoende bescherming bieden.<sup>118</sup> Het uitbrengen van een *opt-out* verklaring vereist een actieve handeling van individuele leden van de groep waarvoor wordt opgekomen, die wellicht uitblijft bij gebrek aan interesse, omdat geen alternatief voor de geëntameerde collectieve actie

109 De uitzondering wordt gevormd door acties die worden ingesteld ten behoeve van toekomstige personen of generaties. De vraag, die deze bijdrage te buiten gaat, is of überhaupt voor deze categorie opgekomen kan worden. De Hoge Raad heeft dit in het midden gelaten in het *Urgenda*-arrest onder het oude collectieve actie recht, omdat in die zaak buiten kijf stond dat Stichting Urgenda het gebod aan de Staat kon vorderen om – kort gezegd – meer te doen om klimaatverandering te voorkomen, ten behoeve van de huidige generatie Nederlanders (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006).

110 Anders: Schutgens & Sillen 2021, p. 185; Peters & van Wees, *TOP* 2022/04, p. 27.

111 Rb. Amsterdam 13 juli 2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.28.

112 Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285; Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100; Rb. Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12449; Rb. Den Haag 3 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

113 Rb. Rotterdam 18 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8228, r.o. 4.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177, r.o. 4.25 (bekrachtigd door de Hoge Raad in HR 11 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:347, r.o. 3.1.5); Hof Amsterdam 9 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3418, r.o. 3.5.

114 Rb. Den Haag (vzr.) 23 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12811, r.o. 3.7; Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.5-6.6.

115 Concl. A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2010:BK4549, bij ECLI:NL:HR:2010:BK4549, onder 3.5.

116 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2.

117 Dat wil overigens niet zeggen dat dit tot een uitkomst had geleid in het *Clara Wichmann*-arrest. Voorstelbaar is dat Clara Wichmann op kon komen voor het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht, omdat onder alle burgers voldoende consensus bestaat omtrent dit onderwerp, terwijl de groep binnen de SGP die het oneens was met de vorderingen zo klein was dat dit niet in de weg staat aan het aannemen van representativiteit. Vraag bij het vaststellen van representativiteit zal dus vaak zijn voor welke groep met de vorderingen wordt opgekomen, en of er voldoende mate van consensus binnen die groep bestaat.

118 Anders: Hautvast, *MvO* 2022/3&4, onder 5 op p. 84.

bestaat, of omdat er geen directe binding is waaraan individuen zich hoeven onttrekken.<sup>119</sup> Het opt-outen zorgt er bovendien niet voor dat de opt-outers zich daarna kunnen laten vertegenwoordigen door een 'gewenste belangenbehartiger', omdat er na een opt-outverklaring niet meer voor hen kan worden opgekomen in een collectieve actie die ziet op dezelfde rechtsvragen en het hetzelfde feitencomplex (art. 1018f lid 4 Rv).

Evenmin is aan te raden om een gebrek aan draagvlak onder de groep waarvoor wordt opgekomen enkel mee te nemen bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering.<sup>120</sup> Niet elke collectieve actie zal gaan over de interpretatie van een open norm, waarvoor maatschappelijke onenigheid een relevant gegeven is. Verder is deze oplossing minder proces-economisch: representativiteit wordt in een voorstadium van de procedure getoetst om een lang en kostbaar juridisch debat te voorkomen, terwijl de inhoudelijke beoordeling pas later plaatsvindt. Ten slotte miskent dit alternatief dat ook indien een partij materieel gelijk zou kunnen hebben, zij niet tot de collectieve actie toegelaten moet worden als die actie niet op voldoende steun kan rekenen. Het toetsen aan verdeeldheid binnen de groep waarvoor wordt opgekomen, noopt collectieve belangenbehartigers ertoe de groep waarvoor zij opkomen kritisch af te bakenen en om (de impact van) hun vorderingen zo veel mogelijk tot deze groep te beperken. Dit heeft gunstige invloed op de efficiëntie van het procesdebat en rechtvaardigt de ruime strekking van een collectief oordeel.

#### 5.4 *Synthese: een uniform toepassingskader voor alle collectieve acties*

Bij toepassing van het representativiteitsvereiste komt het aan op de vraag of de belangenbehartiger representatief is voor (het algemeen belang van) de groep belanghebbenden waarvoor hij opkomt. Daarvoor dient deze groep afgebakend te worden. De groep kan groot en relatief diffuus zijn, zoals 'alle huidige en toekomstige inwoners van Nederland', maar ook relatief klein en concreet, zoals wanneer een vereniging opkomt voor haar leden. Met afbakening van de groep, wordt ook het geschil afgebakend: een belangenbehartiger kan slechts vorderingen instellen ten behoeve van de groep personen waarvoor hij opkomt en zijn vorderingen moeten zich niet meer tot anderen uitstrekken dan noodzakelijk.<sup>121</sup> Verder moet er voldoende saamhorigheid binnen de groep bestaan om daarvoor überhaupt representatief te kunnen zijn.

Na afbakening van de groep, moet worden vastgesteld of de belangenbehartiger voldoende steun geniet van die groep. Het komt erop aan dat deze stichting of vereniging de juiste

behartiger is van het collectieve en gemeenschappelijke belang van de groep. Daarbij is het relevant om oog te houden voor wat wordt gevorderd. Gaat het om een vordering tot schadevergoeding, dan gaat het om steun van personen die schade hebben geleden.<sup>122</sup> Gaat het om een maatschappelijk doel, dan kan ook steun van maatschappelijke instellingen relevant zijn, omdat hieruit steun kan worden afgeleid voor de actie waarmee het maatschappelijk doel wordt nagestreefd.

Kwantitatieve criteria zijn relevant, maar de vereiste kwantitatieve steun laat zich niet bij voorbaat uitdrukken in een aantal of percentage<sup>123</sup> en de wetgever heeft bewust afgezien van het stellen van een dergelijke eis.<sup>124</sup> Wat genoeg is, hangt af van alle omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden zouden bijvoorbeeld kunnen zijn: (i) voor hoeveel personen wordt opgekomen (hoe minder, hoe meer procentuele steun vereist), (ii) de mate van bestaande organisatie binnen de groep (hoe meer, hoe meer procentuele steun vereist),<sup>125</sup> (iii) de belasting van de procedure voor gedaagde(n) en rechtspraak (hoe meer, hoe meer procentuele steun vereist), (iv) de moeite die gedaan moet worden om de groep te bereiken (hoe meer, hoe minder procentuele steun vereist), (v) de bezwaarlijkheid voor gedupeerden om kenbaar te maken dat hun belangen gediend worden (hoe bezwaarlijker, hoe minder procentuele steun vereist);<sup>126</sup> (vi) de rechtsgevolgen van de ingestelde vorderingen voor personen uit de groep waarvoor wordt opgekomen (hoe meer ingrijpend, hoe meer procentuele steun vereist); en (vii) de spoedeisendheid van de vorderingen ten opzichte van de tijd waarin steun kan zijn vergaard (hoe minder tijd voor werving, hoe minder procentuele steun vereist).

Naast de kwantitatieve criteria, kunnen algemene kwalitatieve elementen worden meegewogen. In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat de representativiteits-eis beoogt te bereiken dat een belangenbehartiger als opkomend voor de groep gedupeerden kan worden gezien en te voorkomen dat een 'willekeurige' belangenbehartiger opkomt voor de groep.<sup>127</sup> Vervolgens wordt duidelijk gemaakt dat elke belangenbehartiger een achterban moet hebben en kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de 'getroffen gedupeerden' moet opkomen, maar niet wordt uitgesloten dat andere indicaties kunnen bijdragen aan de representativiteit van een belangenbehartiger en dat wat

119 Bij bepaalde ideële acties kan dat komen door de aard van de vordering: een individu kan zich moeilijk onttrekken aan een uitspraak waarin bijvoorbeeld de Staat wordt veroordeeld om de CO<sub>2</sub>-uitstoot in Nederland te verminderen, omdat de Staat niet kan beslissen om dit vonnis niet na te komen in de relatie met een of meer individuen.

120 Schutgens & Sillen 2021, p. 186 en p. 192-201.

121 Vgl. Hof Den Haag 19 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:643, r.o. 6.6.

122 Vgl. Rb. Amsterdam 29 december 2021 ECLI:NL:RBAMS:2021:7647, r.o. 5.13.

123 In dezelfde zin: A.W. Jongbloed in *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 18.2. Waar een laag percentage bij een grote groep voldoende zou kunnen zijn (bijvoorbeeld 10% van twintig miljoen gedupeerden), zou datzelfde percentage bij een kleine groep onvoldoende kunnen zijn (bijvoorbeeld 10% van 100 gedupeerden).

124 *Kamerstukken II 2016/2017*, 34608, nr. 3, p. 19 (MvT).

125 Als bijvoorbeeld een belangenbehartiger opkomt voor een beperkte en afgebakende groep ondernemers die bedrijfsruimtes huurt in een markt-hal, zal duidelijk moeten zijn dat hij door een grote meerderheid van deze ondernemers gesteund wordt. Vgl. Rb. Noord-Holland (ktr.) 26 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3821.

126 Vgl. Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271.

127 *Kamerstukken II 2016/2017*, 34608, nr. 3, p. 18-19 (MvT).

‘voldoende steun’ is daarmee kan samenhangen. In dit kader kan inspiratie worden ontleend aan de omstandigheden die de wetgever relevant achtte voor de representativiteit van de belangenbehartiger bij collectieve schikkingen.<sup>128</sup> Relevant kan zijn of de organisatie een goede reputatie heeft als behartiger van het desbetreffende belang,<sup>129</sup> of personen waarvoor wordt opgekomen de organisatie als representatief aanvaarden, of de organisatie in de relatie met de overheid als gesprekspartner voor een bepaald belang optreedt, als spreekbuis in de media optreedt of andere omstandigheden waaruit volgt dat de belangenbehartiger de juiste behartiger is van de belangen van de groep waarvoor hij opkomt.<sup>130</sup>

Uit de wet en de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever het aan de rechter overlaat om de representativiteitseis in concrete gevallen toe te passen. Daarmee gaat een rechter zijn rechtsvormende taak dus niet te buiten.<sup>131</sup> Omdat geen harde kwantitatieve regels te geven zijn,<sup>132</sup> zal een zekere mate van onzekerheid moeten worden geduld. Deze onzekerheid wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om in elke zaak recht te doen aan zwaarwegende belangen van partijen en belanghebbenden. Met verdere toepassing van de representativiteitseis in de rechtspraak zal onzekerheid verder afnemen. Rechter moeten er daarbij wel voor waken dat zij de representativiteitseis niet kleuren met de vraag of zij de actie kansrijk of sympathiek vinden: het gaat bij de representativiteitseis om de vraag of de belangenbehartiger de juiste spreekbuis is van de groep waarvoor wordt opgekomen, ongeacht wat ten behoeve van die die groep wordt gevorderd. Tot nu toe heeft de representativiteitseis onzes inziens niet geleid tot onjuiste (of onwenselijke) niet-ontvankelijkheidsoordelen.<sup>133</sup>

## 6. Conclusie en verwachting

De representativiteitseis dwingt belangenbehartigers om de groep waarvoor ze opkomen af te bakenen, de belangen die ze daarmee dienen te concretiseren, inzicht te geven in de steun die ze daarvoor hebben vergaard en andere omstandigheden aan te dragen waaruit zou volgen dat zij de juiste behartiger zijn van het gemeenschappelijke belang van de groep. Dit voorkomt dat willekeurige belangenorganisaties zich opwerpen als de behartigers van de belangen van anderen, zonder dat daarvoor voldoende draagvlak bestaat. Dit draagt bij aan de legitimiteit van een procederende belangenbehartiger die ideële en/of niet-ideële doelstellingen nastreeft, in vaak complexe en kostbare procedures met in potentie grote maatschappelijke impact.

Naast het rechtvaardigen van de representativiteitseis in art. 3:305a BW, is in deze bijdrage gepoogd om een toetsingskader voor de representativiteitseis uiteen te zetten en praktische handvatten voor toepassing daarvan te geven. De representativiteitseis zal in de rechtspraak nader worden ingekleurd en daarmee neemt de eventuele onzekerheid over de toepassing naar verwachting af. De open norm zal rechters in elk geval in staat stellen om de representativiteitseis telkens op een geschikte manier toe te passen, binnen de grenzen van de WAMCA, en recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van elk geval.

128 Zie ook onder 2.1, paragraaf 2 hierboven.

129 De rechtbank lijkt daaraan belang te hebben gehecht toen werd overwogen: “Voor werkenden op de arbeidsmarkt in het algemeen kunnen zij bovendien niet worden beschouwd als ‘een willekeurige organisatie’. Zij beschikken immers over een aanzienlijke achterban van respectievelijk circa 1.000.000 en 361.000 leden die uit juist die groep afkomstig is, en kennen onbetwist een lange geschiedenis ter zake de behartiging van deze belangen in Nederland, ook door middel van het voeren van collectieve acties. Op basis daarvan kan worden aangenomen dat zij over voldoende kennis en vaardigheden beschikken om deze procedure te voeren”. Rb. Amsterdam 13 juli 2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:4035, r.o. 4.28.

130 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29414, nr. 3, p. 15 (MvT). Dergelijke omstandigheden kunnen ook een rol spelen bij de beoordeling of de belangenbehartiger voldoende ervaring en deskundigheid heeft in de zin van lid 2 sub e BW.

131 Anders: Schutgens & Sillen 2021, p. 185.

132 Zo zal het vanuit puur kwantitatief perspectief wellicht willekeurig worden gevonden dat 300.000 ‘actieve’ adhesieverklaringen voor Stichting Viruswaarheid onvoldoende was om voldoende steun aan te nemen voor alle personen in Nederland, terwijl 1.000.000 en 361.000 ‘passieve’ vakbondsleden, waarvan niet duidelijk was hoeveel daarvan bij het bedrijf in kwestie werkten, wel genoeg was voor FNV en CNV om voor alle werkenden in Nederland op te komen.

133 Met uitzondering van de uitspraken waarin rechters ten onrechte bepaalde belangenbehartigers niet hebben getoetst aan de representativiteitseis, zoals hiervoor toegelicht in paragraaf 3.1.