

De financiering van collectieve schadevergoedingsacties onder de WAMCA

Een inventarisatie van onzekerheden en mogelijkheden
vanuit het perspectief van een procesfinancier

*Mr. C.E. Santman en mr. R.J. Philips**

1 Inleiding

*1.1 De WCAM, de WAMCA en de
belangenorganisatie uit art. 3:305a BW:
vele kleintjes maken één grote*

In een themanummer over de sterkere partij in het privaatrecht mag de vereniging of stichting in de zin van art. 3:305a BW niet ontbreken. Op grond van genoemd artikel kan 'een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt'. Hierna noemen wij een dergelijke vereniging of stichting een 'belangenorganisatie'. De personen wier belangen de belangenorganisatie behartigt, noemen wij hierna haar 'achterban', 'benadeelden' of 'belanghebbenden'.

Op grond van art. 3:305a (oud) BW kon een belangenorganisatie een verklaring voor recht vragen dat een partij onrechtmatig heeft gehandeld. Sinds 2005 kan zij onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) een eventuele daaropvolgende schikking (samen) met de aansprakelijke partij verbindend laten verklaren voor alle belanghebbenden door middel van een opt-outsysteem.¹ Dat houdt in dat de schikking verbindend wordt voor alle belanghebbenden die niet actief te kennen hebben gegeven dat zij niet aan de schikking gebonden wensen te worden (*opt-out*). Ondanks de nodi-

ge gebreken werd Nederland dankzij de WCAM een favoriete jurisdictie voor de afwikkeling van massaschade.

Op 1 januari 2020 is de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in werking getreden. In de WAMCA zijn de lessen van vijftien jaar WCAM geïncorporeerd en wordt de efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade verder bevorderd.² Zo kan een belangenorganisatie onder de WAMCA nu ook een vordering tot (collectieve) schadevergoeding instellen.³

Het belang van de WAMCA is groter dan het realiseren van schadevergoeding of rechtsherstel in het concrete geval. De WAMCA, en vergelijkbare regelingen in andere lidstaten, zijn instrumenten waarmee burgers en kleine bedrijven⁴ collectief voor hun rechten kunnen opkomen tegen steeds grotere, internationaal opererende bedrijven en organisaties die die rechten met voeten treden en zich soms weinig lijken aan te trekken van publiekrechtelijke boetes. De Europese Commissie acht de private handhaving van consumentenrechten door middel van collectieve procedures van belang voor het vertrouwen in de interne markt.⁵ De WAMCA maakt het

* Mr. C.E. Santman is general counsel bij Redbreast Associates te Den Haag. Mr. R.J. Philips is managing director bij Redbreast Associates te Den Haag. Redbreast Associates N.V. beoordeelt op dit moment verschillende financieringsaanvragen voor WAMCA-zaken. Zij is niet als financier of anderszins betrokken bij een van de zaken die op dit moment geregistreerd zijn in het centraal register voor collectieve vorderingen (het 'WAMCA-register'). De auteurs danken Jurjen Lemstra, advocaat bij Lemstra Van der Korst, voor zijn nuttige commentaar bij een eerdere versie van dit artikel.

1. Art. 7:907 BW.

2. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1. Er is al veel gezegd en geschreven over de wijzigingen die de WAMCA ten opzichte van het oude regime voor collectieve acties brengt, daarvoor verwijzen wij naar enkele overzichtsartikelen: I.N. Tzankova, Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?, TVP 2017, afl. 4, p. 107-119; A. van der Krans, Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland, O&F (27) 2019, afl. 3, p. 61-71. Voor een bespreking van de ontwikkelingen in het eerste jaar WAMCA: H.K. Schrama & M.J. Bosselaar, Een jaar WAMCA; het eerste stof neerge-daald?, TOP 2021, afl. 2, p. 20-28.

3. Daarnaast gelden voor belangenorganisaties verdergaande ontvankelijkheidseisen dan voorheen op het gebied van governance, financiering en representativiteit (art. 3:305a lid 1-3 en 5 BW).

4. Overigens zouden ook grote ondernemingen gebruik kunnen maken van de WAMCA; denk aan kartelschadezaken en zaken die draaien om beleggersschade.

5. Richtlijn (EU) 2020/1828, considerans.

mogelijk om de belangen van een groot aantal kleine en relatief zwakke partijen te verenigen in één partij, die is opgewassen tegen grote en kapitaalkrachtige schadeveroorzakers.

Neem, bij wijze van voorbeeld, de particulier die een ‘sjoemel-diesel’ heeft gekocht. Recent is in een collectieve procedure (nog onder het oude regime van art. 3:305a BW) door de rechter geoordeeld dat de benadeelden het recht hebben een bedrag van € 3000 (voor een nieuwe) dan wel € 1500 (voor een tweedehands auto) te vorderen.⁶ Het is ondenkbaar dat ieder van de benadeelde partijen het alleen tegen Volkswagen had kunnen opnemen om die schade te verhalen.

Nederland loopt met de WAMCA vooruit op Europese ontwikkelingen⁷ en is in de positie om ook de komende decennia een leidende rol te vervullen in de afwikkeling van nationale en internationale massaschades. Zoals iedere nieuwe wet brengt de WAMCA echter ook onzekerheden met zich over de toepassing ervan. Daarnaast laat de WAMCA op enkele belangrijke onderwerpen aanzienlijke ruimte voor interpretatie. De wijze waarop marktpartijen en rechters met deze ruimte omgaan, zal bepalen of de WAMCA op termijn haar potentie vervult. Dit artikel is geschreven vanuit het perspectief van een van de partijen die in veel collectieve acties een belangrijke rol speelt, zij het op de achtergrond: de procesfinancier.⁸

1.2 Vragen bij de financiering van een belangenorganisatie

De mogelijkheid van een belangenorganisatie om een zaak onder de WAMCA voor de rechter te brengen hangt af van haar mogelijkheden om deze gefinancierd te krijgen. In zoverre verschilt de belangenorganisatie niet van private ondernemingen. Soms beschikt de belangenorganisatie zelf over middelen of kan de zaak worden opgezet uit bijdragen van belanghebbenden, maar in veel gevallen zal de belangenorganisatie afhankelijk zijn van externe financiering. De financiering van rechtszaken heeft zich de afgelopen jaren ontwikkeld tot een gespecialiseerde bedrijfstak: procesfinanciering (Engels: *third party litigation finance*).

6. Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617. Deze uitspraak (gewezen onder het oude regime van art. 3:305a BW) is op zichzelf al voer voor een artikel: bijv. met het oog op de samenloop met een andere collectieve claim over dezelfde gebeurtenissen die op dit moment onder het regime van de WAMCA aanhangig is gemaakt. Ook is interessant dat de rechtbank zich om praktische redenen in een verklaring voor recht uitlaat over de hoogte van de schadevergoeding. Met de in deze uitspraak gegeven verklaring voor recht dat een bepaald bedrag aan schade kan worden gevorderd, is de schadevergoeding voor benadeelden nog geen feit. De rechter stuurt aan op verdere afwikkeling door een verbindend te verklaren schikking (waarvoor de huidige verklaring voor recht wel een bijzonder praktisch spoorboekje vormt), maar zover is het nog niet. VW heeft bovendien aangekondigd in hoger beroep te gaan.

7. Zo loopt Nederland met de WAMCA vooruit op Richtlijn (EU) 2020/1828 en is de WAMCA bovendien niet beperkt tot de collectieve belangen van consumenten.

8. Dat externe financiers een belangrijke rol spelen bij de verwezenlijking van de WAMCA wordt algemeen erkend, vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11.

Wij bespreken hier enkele vragen waarvan de beantwoording in onze ogen medebepalend zal zijn voor de financierbaarheid van collectieve schadevergoedingsacties onder de WAMCA (hierna: WAMCA-zaken) op de langere termijn en – daarmee – voor de mogelijkheden van kleine schadelijdende partijen om zich sterk te maken tegen grote schadeveroorzakers:

1. In hoeverre en op welke wijze kunnen de financieringslasten van een WAMCA-zaak door de procederende belangenorganisatie in geval van winst ten laste worden gebracht van *alle* belanghebbenden die profiteren van de collectieve schadeafwikkeling (*common fund*-doctrine)?
2. In hoeverre toetst de rechter in het kader van ontvankelijkheid de vergoeding die de belangenorganisatie heeft bedongen bij haar achterban?
3. In hoeverre kunnen en zullen de kosten van belangenbehartiging c.q. financiering van de WAMCA-zaak (vervolgens) door de rechter ten laste kunnen worden gebracht van de aangesproken partij?
4. Wat is het lot van de door een belangenorganisatie in de zaak gedane investering als zij niet wordt aangewezen als exclusieve belangenbehartiger (EB)?

Voordat wij deze vragen proberen te beantwoorden, zullen wij eerst kort bespreken wat procesfinanciering in WAMCA-zaken inhoudt. Daarna zullen wij de hiervoor genoemde vragen bespreken en inventariseren welke aanknopingspunten er in de WAMCA, de wetsgeschiedenis en de bestaande rechtspraktijk (met name onder de WCAM) zijn voor hun beantwoording. Waar er ruimte is voor interpretatie zullen wij een uitleg bepleiten die de financierbaarheid van WAMCA-zaken waarborgt.

2 De financiering van een collectieve (schadevergoedings)actie

Inherent aan de figuur van een belangenorganisatie die procedeert ten behoeve van een niet op individueel niveau gedefinieerde achterban, is dat de kosten voor een collectieve schadevergoedingsactie worden gemaakt door één procespartij, in plaats van door verschillende individuele eisende partijen. Om effectief te zijn, maar ook om ontvankelijk te zijn, zal de belangenorganisatie over voldoende middelen moeten beschikken om de zaak ten minste tot een einduitspraak in eerste aanleg te brengen.⁹

De ervaring leert dat voor een professioneel opgezette collectieve procedure al snel een budget van enkele miljoenen euro's nodig is.¹⁰ Hierdoor zijn organisaties die een collectieve schadevergoedingsactie willen instellen vaak aangewezen op financiering door derden.¹¹ De beschikbaarheid van een

9. Art. 3:305a lid 2 sub c BW en Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6, p. 26-27.

10. Zie ook Tzankova 2017, par. 3.1.

11. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11. Zie ook W.C.T. Weterings, Procesfinanciering door derden bij collectieve schadevergoedingsclaims: op zoek naar een balans, AV&S 2020, afl. 4, p. 81-84.

betrouwbare bron van financiering is aldus een voorwaarde voor de verwezenlijking van het recht collectief schade te kunnen vorderen.¹²

2.1 Het karakter en de vergoeding van de financiering door een procesfinancier

Het soort financiering dat een procesfinancier verstrekt, is te karakteriseren als risicodragend kapitaal. Als de zaak wordt verloren, is de investering ook verloren. De belangenorganisatie zal doorgaans immers alleen in staat zijn (en bereid zijn) om de financiering en de vergoeding terug te betalen indien en voor zover dit mogelijk is uit de opbrengst van de zaak. De financiering van de procesfinancier heeft zo beschouwd iets weg van een investering in een start-up met een goed businessplan, maar zonder zekere omzet of onderpand.

Procesfinanciering stelt de belangenorganisatie in staat een collectieve actie te voeren zonder inleg van de belanghebbenden vooraf en zonder kostenrisico achteraf.¹³ Naar analogie van een risicodragende investering in een onderneming en de Amerikaanse praktijk van de *contingency fees* wordt vaak overeengekomen dat de vergoeding van de procesfinancier bestaat uit een percentage van de opbrengst van de zaak, maar andersoortige vergoedingsafspraken zijn ook mogelijk.¹⁴

In WAMCA-zaken wordt de financieringsvergoeding – behoudens een kostenveroordeling – uiteindelijk betaald uit de schadevergoeding die door een uitspraak of schikking aan de benadeelde partijen is toegekend (zie verder par. 2.2). Een belangrijk voordeel van de vergoeding in de vorm van een percentage van de opbrengst is dat voor de benadeelden vooraf eenvoudig te begrijpen en te berekenen is welke vergoeding zij afdragen bij toekenning van een bepaald schadebedrag. Dit laatste is ook van belang in het kader van de ontvankelijkheid

van de belangenorganisatie.¹⁵ In het navolgende gaan wij er steeds van uit dat de vergoeding een percentage is van de toegekende of overeengekomen schadevergoeding.

2.2 De vergoeding van de financiering wordt bepaald door de vergoeding die de belangenorganisatie bedingt bij haar achterban, en vice versa

In een WAMCA-zaak financiert een procesfinancier meestal de belangenorganisatie en niet de personen wier belangen door de belangenorganisatie worden behartigd.¹⁶ De vergoeding voor de financiering die de belangenorganisatie en de procesfinancier overeenkomen, wordt door de belangenorganisatie een-op-een doorbelast aan haar achterban door deze als vergoeding voor de belangenbehartiging op te nemen in de deelnemersovereenkomst en/of voorwaarden van belangenbehartiging.

De belangenorganisatie onderhandelt dus met de procesfinancier over de vergoeding die zij in rekening zal brengen bij haar achterban. Soms heeft de belangenorganisatie, voordat zij contact zoekt met een procesfinancier, al een groep benadeelden aan zich gebonden op basis van een no-cure-no-payafpraak. In dat geval vormt die afspraak het uitgangspunt voor de gesprekken met de procesfinancier. Waar het om gaat, is dat de vergoeding die de belangenorganisatie bedingt bij haar achterban, de vergoeding is waarop de financier in geval van succes aanspraak maakt jegens de belangenorganisatie. In het navolgende noemen wij benadeelde partijen die zich actief aansluiten bij een belangenorganisatie ‘actieve deelnemers’ en de overige niet-actieve belanghebbenden die, behoudens gebruikmaking van hun opt-outrecht, ook aan het vonnis of de schikking gebonden zullen worden ‘passieve deelnemers’ of ‘passieve belanghebbenden’.

Een vraag die hierbij opkomt, is of de financieringsmogelijkheden van de belangenorganisatie worden beperkt door het aantal en de kwaliteit van de actieve deelnemers die zij aan zich weet te binden, of dat ervan uit kan worden gegaan dat de bedongen vergoeding in geval van succes uiteindelijk ook kan worden omgeslagen over passieve deelnemers.

3 Vergoeding belangenorganisatie op basis van common fund-doctrine?

Het uitgangspunt, dat iedereen die profiteert van een collectieve schadeafwikkeling ook financieel bijdraagt aan het mogelijk maken daarvan, ligt ten grondslag aan wat in de Verenigde Staten (hierna: VS) wordt geduid als de common fund-doctrine.¹⁷ Zonder dat er tussen de belanghebbenden en de belangenbehartiger een contractuele relatie bestaat, wordt de belangenbehartiger betaald uit de schadevergoeding die bestemd is voor de hele groep van benadeelden (de *class*). In de VS is de belangenbehartiger meestal een advocatenkantoor dat

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

13. Zie voor uitvoeriger bespreking van dit financieringsmodel A. van der Krans, *Third party litigation funding*, O&F 2018, afl. 2, p. 30-41 en W.M. Schonewille, *Over litigation funding: relevante praktische en juridische uitgangspunten*, TOP 2019, afl. 6, p. 18-25. Zie voor een uitgebreidere toelichting op andere financieringsmogelijkheden en de beperkingen daarvan Tzankova 2017, par. 3.2 en Van der Krans 2019, par. 4.3.

14. Denk aan vergoedingen die zijn gebaseerd op een vermenigvuldiging (*multiple*) van de daadwerkelijk gemaakte kosten of een vergoeding die bestaat uit gemaakte kosten plus een percentage. Zie voor een analyse van verschillende soorten vergoedingen vanuit de rol van de rechter in de VS die moet waken voor de belangen van niet-actieve belanghebbenden in de groep: B.T. Fitzpatrick, *A Fiduciary Judge's Guide to Awarding Fees in Class Actions*, *Fordham Law Review* (89) (forthcoming 2021), <http://fordhamlawreview.org/issues/a-fiduciary-judges-guide-to-awarding-fees-in-class-actions/>. Zie over de verschuiving van procentuele vergoedingen naar vergoedingen op basis van uurtarieven en weer terug in collectieve acties in de VS: B.A. McConaughy, *Back to the Future: Use of Percentage Fee Arrangements in Common Fund Litigation*, *University of Puget Sound Law Review* (43) 1988, afl. 12, <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=sulr#:~:text=Under%20the%20common%20fund%22%20doctrine,involving%20a%20more%2D%20tary%20recovery.&text=practices%20primarily%20in%20complex%20and%20class%20litigation.>

15. Vgl. art. 3:305a lid 2 sub d onder 8 BW.

16. Uitzonderingen op deze hoofdregel komen ook voor, maar worden hier buiten beschouwing gelaten.

17. Zie uitbreider Tzankova 2017, par. 3.5 en Van der Krans 2019, p. 70.

tegen een resultaatsafhankelijke vergoeding (*contingency fee*) voor de groep procedeert.

In de VS is de common fund-doctrine gebaseerd op rechtspraak. Op basis van de common fund-doctrine mag de *contingent fee* – meestal een percentage van de toegekende schadevergoeding – die de advocaat met de *lead plaintiff* (de geselecteerde eiser die een groep eisers met gelijksoortige belangen (de class) representeert) heeft afgesproken ook worden berekend aan de andere leden van de class die een beroep doen op de gerealiseerde uitspraak of de schikking.¹⁸ De rechter toetst de vergoeding, die aldus over de hele groep wordt berekend, op redelijkheid.¹⁹

Analoge toepassing van de Amerikaanse praktijk zou erop neerkomen dat de vergoeding die de exclusieve belangenbehartiger voor zijn belangenbehartiging heeft bedongen bij zijn actieve deelnemers, ook van toepassing is op passieve deelnemers, die uiteindelijk immers ook aanspraak maken op de voor de hele groep gerealiseerde schadevergoeding.

Het aanvaarden van de common fund-doctrine in WAMCA-zaken heeft een aantal voordelen. Het vergroot de financierbaarheid van WAMCA-zaken en het lost het zogenaamde *freerider*-probleem op.²⁰ Omdat de succesvergoeding uiteindelijk ook wordt berekend over passieve deelnemers, kunnen belangenorganisaties bij aanvang van de zaak een aantrekkelijker propositie doen aan actieve deelnemers.²¹ Het vergroot de financierbaarheid van WAMCA-zaken omdat de financier niet meer als voorwaarde hoeft te stellen dat een minimum-

aantal deelnemers, die een zekere schadeomvang vertegenwoordigen, tekent voor het afdragen van een bepaalde succesvergoeding.²² Bepaalde maatschappelijk relevante zaken zullen om dezelfde reden zonder common-fundbenadering in het geheel niet financieerbaar blijken te zijn; denk aan grootschalige privacy-schendingen met kleine individuele schades. Een common-fundbenadering maakt het voor de rechter eenvoudiger om de proposities van belangenbehartigers in het kader van de aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger met elkaar te vergelijken. Ten slotte is een vergoeding op basis van een common fund vanwege haar relatieve eenvoud ook aantrekkelijk met het oog op de uiteindelijke afwikkeling van de schade (en de kosten). Een complicatie binnen de WAMCA is hier evenwel de positie van niet-exclusieve belangenorganisaties. Wij komen daar in paragraaf 6 op terug.

In de WAMCA is geen uitdrukkelijke grondslag opgenomen voor toepassing van een common fund, maar de wet biedt voldoende aanknopingspunten om hier in de praktijk gestalte aan te geven (waarover hierna meer). In de praktijk lijkt daar ook op te worden voorgesorteerd,²³ maar in de literatuur zijn wij nog geen concrete voorstellen tegengekomen over hoe een common fund in een WAMCA-procedure zijn beslag zou kunnen krijgen. Een interessante oplossingsrichting zou zijn om een common fund-benadering te baseren op de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger.²⁴ Dit idee is hieronder nader uitgewerkt en lijkt ons op het eerste gezicht zowel praktisch als in lijn met het doel en de strekking van de WAMCA.

3.1 De aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger als basis voor een op common fund gebaseerde vergoeding

Een belangenorganisatie dient een dagvaarding onder de WAMCA binnen twee dagen na indiening te registreren in het WAMCA-register. Dan volgt een termijn van minimaal drie en maximaal zes maanden waarbinnen andere belangenorganisaties een vordering kunnen instellen en een dagvaarding kunnen registreren.²⁵ Na ommekomst van die termijn toetst de rechter of de belangenorganisaties die zich hebben gemeld, voldoen aan de eisen voor ontvankelijkheid, waaronder de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de belangenorganisatie is gefinancierd.²⁶

18. Ibid.

19. Zie bijv. Kane County, Utah v United States, Nos. 17-739C; 17-1991C (25 september 2019).

20. Als passieve deelnemers kosteloos kunnen profiteren van het resultaat dat is behaald dankzij actieve deelnemers, die daarvoor een deel van hun opbrengst hebben afgestaan, dan zal op termijn niemand meer deelnemer willen worden van een collectieve actie. *Free riding* leidt dus niet alleen tot een relatief onbevredigende uitkomst voor actieve deelnemers, het ondermijnt op termijn de effectiviteit van de collectieve actie als zodanig. Zie uitgebreider over het freeriderprobleem H.C. Sinninghe Damsté, Collectieve actie en schikking; freeriders (on)gewenst?, TOP 2018, afl. 8, p. 27-31.

21. Naast de hier besproken common fund-benadering zou nog een alternatieve of oneigenlijke common fund-benadering kunnen worden onderscheiden, waarin de vergoeding die de EB berekent aan de achterban wordt 'uitgesmeerd' over alle belanghebbenden. Wij illustreren dit met een voorbeeld. Stel dat een belangenorganisatie bij 1500 actieve deelnemers in een collectieve actie een vergoeding van 30% heeft bedongen over een schadevergoeding van (gemiddeld) € 30.000. Dit zou neerkomen op een vergoeding van € 13,5 miljoen. Indien deze vergoeding uiteindelijk wordt uitgesmeerd over 3000 passieve en actieve belanghebbenden met een gemiddelde schade van € 30.000, dan is het effectieve vergoedingspercentage dat een belanghebbende aan de belangenorganisatie afdraagt $(13.500.000 / (3000 \times 30.000) \times 100 =)$ 15%. Vgl. de WCAM-schikkingen op grond waarvan de aangesproken partij boven op de schadevergoeding de vergoeding betaalt die verschillende deelnemersgroepen met hun belangenorganisatie zijn overeengekomen (bijv. Fortis/Ageas, zie vindplaatsen in noot 36). Dit voorbeeld illustreert meteen dat het voor belangenorganisaties, belanghebbenden en financiers zowel aantrekkelijker als duidelijker is om van begin af aan 15% van de uit te keren schadevergoeding te kunnen bedingen, in de wetenschap dat zowel actieve als passieve deelnemers deze vergoeding verschuldigd zullen zijn.

22. Hetgeen uiteraard niet wegneemt dat van voldoende steun van belanghebbenden moet blijken in het kader van het vereiste van representativiteit.

23. Zie bijv. de toelichting in de dagvaarding op de overeengekomen vergoeding voor de Stichting massaschade en consument in de zaak tegen Airbnb, te raadplegen in het WAMCA-register. Daar wordt uitgegaan van een vergoeding van 17,5% van de totale verhaalde som als de stichting uiteindelijk de belangen van alle gedupeerden behartigt en 25% van de totale verhaalde som indien de stichting uitsluitend de belangen van actieve deelnemers behartigt (randnr. 53 dagvaarding).

24. Deze oplossingsrichting werd ons aangereikt door Quirijn Bongaerts en Ianika Tzankova, beiden advocaat bij Birkway.

25. Art. 1018d Rv.

26. Art. 3:305a lid 2 en 3 BW.

De rechter wijst uit het midden van de ontvankelijke belangenorganisaties een exclusieve belangenbehartiger (hierna: EB) aan die de zaak voor de hele groep verder mag uitprocederen of schikken.²⁷ Bij de selectie van de EB kijkt de rechter onder meer naar de omvang van de groep personen voor wie de desbetreffende belangenbehartiger opkomt (representativiteit), de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang, andere werkzaamheden die de belangenorganisatie verricht voor haar achterban, en eerder verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen.²⁸

De aanwijzing van de EB wordt gepubliceerd in het WAMCA-register. De rechter bepaalt daarnaast op welke wijze de EB hiervan aankondiging moet doen.²⁹ Belanghebbenden kunnen vervolgens gedurende ten minste één maand (en zo veel langer als door de rechter is bepaald) na de publicatie aangeven dat zij niet aan het resultaat van de procedure gebonden wensen te zijn (opt-out).³⁰ Een belanghebbende die geen gebruik maakt van zijn opt-outrecht, ofwel een passieve deelnemer, is gebonden aan het resultaat dat in de procedure door de EB wordt gerealiseerd.³¹

Tegen deze achtergrond achten wij het goed verdedigbaar dat passieve deelnemers na aanwijzing van de EB ook zijn gebonden aan de vergoedingsvoorwaarden die de EB aan zijn actieve deelnemers heeft gesteld. Daarvoor is het wel wenselijk dat de vergoeding aan de EB wordt vermeld in de publicatie van de aanwijzing van de EB. De rechter kan de EB bij de publicatie van zijn aanwijzing als EB daartoe bevelen.³² Op die manier is gewaarborgd dat niet-actieve belanghebbenden de vergoeding aan de EB hebben kunnen meewegen bij de beslissing om wel of geen gebruik te maken van de opt-outmogelijkheid.

Een op de common fund-doctrine gebaseerde vergoeding voor een belangenbehartiger is eerder het onderwerp geweest van een WCAM-schikking. In de Converium-zaak heeft het hof een schikking verbindend verklaard die inhield dat 20% van de totale schikkingsopbrengst zou worden afgedragen aan de belangenbehartiger (een Amerikaans advocatenkantoor).³³ Belanghebbenden die daaraan niet gebonden wilden zijn, konden gebruik maken van de opt-outmogelijkheid. Een verschil met de opt-outregeling onder de WAMCA is dat een belanghebbende bij een WCAM-schikking beter kan overzien waar hij ja tegen zegt als hij gebruik maakt van zijn opt-outmogelijkheid,

omdat bekend is wat de schikking, met inbegrip van de kostenregeling, hem oplevert (en kost). Dat is bij de keuze voor opt-out na aanwijzing van de EB onder de WAMCA anders. De zaak is bij die stand van zaken nog helemaal niet inhoudelijk door de rechter beoordeeld. Dat is echter hoe het systeem van de WAMCA werkt, zoals de rechtbank Amsterdam in een recente uitspraak overwoog:

‘(...) een keuze voor al dan niet *opt-out* in een collectieve procedure moet in zijn algemeenheid nu eenmaal worden gemaakt op een moment dat nog niet duidelijk is hoe de procedure zal aflopen.’³⁴

De wetgever heeft blijkens de wetsgeschiedenis bewust de aanvankelijk in het wetsvoorstel opgenomen tweede opt-outmogelijkheid later in de procedure geschrapt.

3.2 ‘Common fund-vergoedingsregeling’ als vordering voorleggen aan de rechter?

Totdat de rechter in een WAMCA-zaak bepaalt dat de vergoeding die de EB bij zijn actieve deelnemers heeft bedongen ook geldt voor de andere belanghebbenden (behoudens opt-out), kan worden overwogen een separate vordering met die strekking in te stellen. De rechter kan bijvoorbeeld worden verzocht te bepalen of voor recht te verklaren dat de gehele groep belanghebbenden op gelijke wijze is gebonden aan de vergoeding die de belangenbehartiger met zijn actieve deelnemers is overeengekomen, of dat de kosten en financieringslasten van de belangenorganisatie ten laste van de schadevergoeding voor de hele groep mogen worden gebracht. Uit de in het WAMCA-register gepubliceerde dagvaardingen blijkt dat een enkele belangenbehartiger ervoor heeft gekozen een vordering van die strekking op te nemen.³⁵ Dat heeft iets bijzonders, want de belangorganisatie vordert, in een procedure tegen een derde, dat de rechter een rechtsverhouding regelt tussen de belangenorganisatie en haar achterban. Gezien het doel en de aard van de WAMCA is dit echter minder vreemd dan het op het eerste gezicht lijkt.

Het doel van de WAMCA en, daarvoor al, de WCAM is – kort gezegd – de effectieve collectieve schadeafwikkeling. De rechter kan partijen bevelen een voorstel voor collectieve schadeafwikkeling te doen en, met inachtneming van die voorstellen, een collectieve schadeafwikkeling vaststellen, waaraan zowel actieve als niet-actieve belanghebbenden gebonden zijn.³⁶ In dat kader is het wenselijk en ook logisch dat de rechter, al dan niet op vordering van een partij, (ook) de onderlinge verdeling van de kosten tussen verschillende belanghebbenden en belangenorganisaties kan bepalen. Het hof van Amsterdam heeft hier in de WCAM-schikking met

27. De rechter kan ook meerdere EB's aanwijzen en ook dan zijn andere belangenorganisaties nog niet helemaal uitgespeeld. Daarover meer in par. 6.

28. Art. 1018c lid 1 Rv.

29. Art. 1018f lid 2 en 3 Rv.

30. Art. 1018f lid 1 Rv.

31. Met uitzondering van personen die op het moment van de aankondiging van de EB niet bekend konden zijn met hun schade, zie art. 1018k lid 2 Rv.

32. Art. 1018f lid 3 Rv: ‘De rechter kan bevelen dat ook van andere dan in dit lid genoemde gegevens melding wordt gemaakt.’ Zie over het moment van toetsing van de vergoeding verder par. 4.2.

33. Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium).

34. Rb. Amsterdam 3 maart 2021, C/13/681190 / HA ZA 20-299, r.o. 5.13 onder g.

35. Dagvaarding Stichting onderzoek marktinformatie tegen Tik-Tok, te raadplegen in het WAMCA-register.

36. Art. 1018i lid 1 en 2 Rv.

Fortis/Ageas al een voorproefje van gegeven.³⁷ Hoewel er in die zaak geen sprake was van een common fund in eigenlijke zin, doet dat niet af aan het feit dat een deel van de door de aangesproken partij betaalde vergoeding ten goede is gekomen aan de belangenorganisaties en hun financiers. Indien wordt aangenomen dat dit bedrag anders beschikbaar geweest zou zijn voor een hogere schadevergoeding, dan was ook hier sprake van een common fund in de zin dat de kosten van de vertegenwoordiging door de belangenorganisaties en hun financiering ten laste zijn gebracht van de hele groep, actieve en niet-actieve, benadeelden.

De uiteenlopende petita in de in het WAMCA-register gepubliceerde dagvaardingen laten zien hoe in de praktijk wordt geworsteld met de vraag op welke grondslag de vergoeding die de belangenbehartiger bij zijn achterban heeft bedongen voor de hele groep kan gelden. De rechter is nu aan zet om duidelijkheid te scheppen.

4 De vergoeding van de EB: in hoeverre en op welk moment toetst de rechter een op de common fund-doctrine gebaseerde succesvergoeding?

In het kader van de ontvankelijkheidstoets kan de rechter de vergoeding die een belangenorganisatie bij haar achterban in rekening brengt, toetsen in het kader van de vraag of de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende zijn gewaarborgd (art. 3:305a lid 2 BW). Daarbij moet, in geval van betwisting, onder meer de vraag worden beantwoord in hoeverre de betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen. Op grond van de rechtspraak en de wetsgeschiedenis is een marginale toets in dit kader voldoende.³⁸ Illustratief is de overweging in een recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam in een collectieve privacyzaak tegen Facebook:

‘De Stichting heeft toegelicht dat Lieff Cabraser [de procesfinancier; CS & RP] een vergoeding van maximaal 18% zal ontvangen plus kosten onder voorbehoud van goedkeuring door de rechter, indien de Stichting een vergoeding verkrijgt voor benadeelde partijen. Niet gebleken is dat die vergoeding voor de procesfinancier buiten de breedte valt van hetgeen gebruikelijk en – uit een oogpunt van onafhankelijkheid – aanvaardbaar is.’³⁹

Daarnaast toetst de rechter op grond van art. 3:305a lid 2 sub d onder 8 BW of de belangenorganisatie een internetpagina aanbiedt waarop is weergegeven hoe de vergoeding wordt berekend. De rechter zal de wijze waarop de belangenorganisatie is gefinancierd voorts kunnen toetsen aan de *best practice*-regels voor procesfinanciering in de herziene Claimcode 2019, die haar relevantie behoudt ten aanzien van de bepalingen die niet letterlijk in de WAMCA zijn overgenomen.⁴⁰ De vraag is nu of toepassing van de common fund-doctrine op basis van de aanwijzing van de EB verdergaande rechterlijke toetsing van de vergoeding noodzakelijk maakt, en zo ja, op welk moment.

4.1 Summiere toets vergoeding EB of Amerikaanse toestanden?

In de VS worden het toezicht door de rechter en het vaststellen van een redelijke vergoeding voor advocaten gezien als een cruciaal onderdeel van een effectief *class action/settlement*-systeem.⁴¹ Onder verwijzing naar de uitgebreide toetsing van de vergoeding van de belangenbehartiger in de Amerikaanse praktijk pleiten Rijndorp en Tillema in een artikel naar aanleiding van de Fortis-beschikkingen voor een uitbreiding van het toetsingskader voor de toetsing van de redelijkheid van de vergoedingen aan belangenbehartigers en financiers in Nederlandse collectieve acties.⁴²

Het is echter de vraag of de Amerikaanse class action voldoende overeenkomsten vertoont met de WAMCA om als voorbeeld te kunnen dienen voor de toetsing van de vergoeding van de EB. In Amerikaanse class actions zijn de financier en belangenbehartiger verenigd in de persoon van de advocaat en komt de uiteindelijke vergoeding ook ten goede van die advocaat of zijn of haar kantoor. De advocaat bedingt zijn contingency fee direct bij de gedupeerden, ook als dit niet ter zake deskundige consumenten zijn. Deze praktijk rechtvaardigt inderdaad een uitgebreide rechterlijke toetsing van de vergoeding van de belangenbehartiger.

De situatie onder de WAMCA is echter fundamenteel anders. De strenge eisen aan de onafhankelijkheid én deskundigheid van de belangenorganisatie in de WAMCA zijn er juist op gericht om commercieel gedreven belangenbehartigers te vermijden.⁴³ De vergoeding die de belangenorganisatie in een extern gefinancierde actie bij haar achterban bedingt, dient ter

37. Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257 (Fortis tussenbeschikking I), Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368 (Fortis tussenbeschikking II) en Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (Fortis eindbeschikking). Zie voor een uitgebreide bespreking van de eerste tussenbeschikking M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, Over meelifers, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben, MvO 2018, afl. 5/6, p. 121-131 en Sinninghe Damsté 2018, p. 29-31.

38. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 20.

39. Rb. Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307 (stichting Data Privacy/Facebook). Deze zaak is geweest onder het oude art. 3:305a BW, maar het artikellid (art. 3:305a lid 2 (oud) BW) is bij invoering van de WAMCA op dit onderdeel niet aangepast.

40. Zie met name Claimcode 2019, sub III Externe financiering.

41. Rijndorp & Tillema 2018, p. 129, onder verwijzing naar T. Eisenberg, G.P. Miller & R. Germano, Attorneys' Fees in Class Actions: 2009-2013, *New York University Law Review* (92) 2017, afl. 4, p. 938.

42. Rijndorp & Tillema 2018, p. 130.

43. Zie ook de regels voor de belangenorganisatie, haar bestuur en raad van toezicht in de Claimcode 2019, die onder de WAMCA hun relevantie behouden. Dienstverlening door advocaten op no-cure-no-paybasis is in procedures onder de WAMCA (of onder de Claimcode 2019) geen optie. Sterker nog, de uitzondering die is gemaakt op het no-cure-no-pay-verbod voor zaken over letsel- en overlijdensschade, is door de wetgever uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op collectieve vorderingen onder de WAMCA, zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 12, en meer algemeen Kamerstukken II 2013/14, 31753, nr. 65.

voldoening van de afspraken met een externe financier. Het bestuur van een belangenorganisatie moet, op straffe van niet-ontvankelijkheid, onafhankelijk zijn van de externe financier en de bezoldiging van de bestuurders van de belangenorganisatie mag ook niet afhankelijk zijn van (de hoogte van) de vergoeding voor de belangenorganisatie.

Zoals wij hierna zullen toelichten, is de vergoeding die een deelnemer in geval van succes verschuldigd is aan de belangenorganisatie (hierna: de vergoeding of succesvergoeding) in het systeem van de WAMCA al uitgebreid en onafhankelijk getoetst voordat de rechter toekomt aan de aanwijzing van de EB. Nadere toetsing van de succesvergoeding zou daarom slechts summierlijk nodig moeten zijn. Een andere benadering zou de toch al zware WAMCA-procedure onnodig verder verzwaren en een efficiënte en effectieve rechtsbescherming in de weg staan.

Eerste toets van de succesvergoeding: door de belangenorganisatie

Zoals gezegd, is er in het geval van een extern gefinancierde zaak een direct verband tussen de vergoeding van de financier en de vergoeding die de belangenorganisatie bedingt bij haar achterban. De belangenorganisatie kan verschillende financiers benaderen voor de financiering van de zaak en op die manier de voor haar achterban beste propositie kiezen. In de praktijk gebeurt dat ook. Het komt ook voor dat een belangenorganisatie eerst actieve deelnemers verzamelt op basis van een no-cure-no-payvergoeding en vervolgens een financier zoekt die bereid is de zaak tegen die vergoeding te financieren. Belangenorganisaties laten zich in gesprekken met financiers vaak bijstaan door gespecialiseerde advocaten. Anders dan in een Amerikaanse class action wordt de contingency fee in een consumentenzaak dus niet overeengekomen tussen een gedupeerde consument en een groot advocatenkantoor, maar tussen gelijkwaardige, deskundige partijen.

Tweede toets van de succesvergoeding: door actieve belanghebbenden

Een tweede toets van de redelijkheid van de succesvergoeding is gelegen in de noodzaak voor een belangenorganisatie om de instemming van actieve deelnemers te verkrijgen. In het kader van de ontvankelijkheidseis van representativiteit zal een belangenorganisatie er immers naar streven zo veel mogelijk benadeelde partijen aan zich te binden.⁴⁴ Niet zelden zijn er concurrerende initiatieven die ook deelnemers proberen te werven. Als de beoogde actieve deelnemers het voorstel van een belangenorganisatie niet redelijk vinden, zullen zij niet instemmen met de voorwaarden van vertegenwoordiging door die belangenorganisatie en/of zich aansluiten bij een concurrerende organisatie die een beter voorstel doet.

44. Zie voor de eerste ervaringen met de wijze waarop de rechter met dit verzoek omgaat Schrama & Bosselaar 2021, p. 22 en hun verwijzing naar Rb. Midden-Nederland 1 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2780 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10177.

Derde toets van de succesvergoeding: beauty contest bij aanwijzing EB

De wetgever heeft de concurrentie tussen verschillende belangenorganisaties niet aan het toeval willen overlaten. Na publicatie van de dagvaarding kunnen andere belangenorganisaties zich gedurende drie en op verzoek zelfs zes maanden melden in de strijd om aangewezen te worden als EB. Belanghebbenden zijn op die manier in staat om de vergoedingen, de kwaliteit van de dagvaardingen en het bestuur van de belangenorganisaties te vergelijken.⁴⁵ Deze systematiek kan ertoe leiden dat de belangenorganisatie die op al deze onderdelen het beste scoort de meeste actieve deelnemers aan zich bindt en uiteindelijk de beste kaarten heeft om te worden aangemerkt als EB. De rechter zal bij de aanwijzing van de EB ook kunnen meewegen wie de voor de belanghebbenden meest gunstige vergoedingsvoorwaarden hanteert.

Vierde toets van de succesvergoeding: opt-out door passieve belanghebbenden

Als de vergoeding van de EB wordt gepubliceerd bij de bekendmaking van de EB, dan kunnen passieve belanghebbenden zich ten slotte ook uitlaten over die vergoeding. Als zij zich kunnen vinden in de vergoeding, dan kunnen zij daar door stilzwijgen mee instemmen. Als zij de vergoeding niet acceptabel vinden, dan kunnen zij aangeven dat zij niet door de procedure wensen te worden gebonden.

4.2 Het moment waarop de vergoeding van de EB wordt getoetst

Indien in het kader van de common fund-benadering een nadere toetsing van de redelijkheid van de vergoeding van de EB wenselijk wordt geacht, dan zijn er een paar logische momenten waarop deze toetsing kan plaatsvinden.

Zoals wij hierboven hebben betoogd, wordt de voorwaarde voor een common fund geschapen op het moment van aanwijzing van een EB. Dit is dus ook het eerste moment waarop de vergoeding van de EB (nader) zou kunnen worden getoetst.

Een tweede mogelijk toetsingsmoment van de vergoeding voor de EB is het moment waarop het common fund ontstaat: het moment dat als gevolg van een door de EB gerealiseerde

45. Katan plaatst kanttekeningen bij deze fase van concurrentie en wijst erop dat concurrerende belangenorganisaties een oneigenlijk voordeel verkrijgen omdat zij kunnen voortbouwen op de argumentatie van de eerste belangenbehartiger en die kunnen verfijnen, zie B. Katan, De WAMCA op je bord, NTBR 2020/37, afl. 9, p. 269. Als dat 'oneigenlijke voordeel' ertoe leidt dat er voor belanghebbenden een betere propositie wordt gecreëerd, dan hoeft dat niet bezwaarlijk te zijn. Voor het opzetten van een professionele collectieve actie is doorgaans meer dan drie maanden nodig. Er zijn hoge kosten en grote risico's verbonden aan het starten van een WAMCA-zaak. Wij verwachten niet dat er kwalitatief goede ad-hocbelangenbehartigers in die korte tijd van drie maanden uit het niets zullen verschijnen. Het zal naar ons idee eerder gaan om concurrerende partijen die al langere tijd met de voorbereiding van de zaak bezig waren, maar bijv. zijn ingehaald door een andere partij. Dan is het goed dat zij ook nog een kans hebben partij te worden in de procedure en mee te dingen naar de rol van EB.

uitspraak of schikking een schadevergoeding wordt toegekend aan de personen wier belangen de EB behartigt.

Indien een schikking wordt bereikt over de afwikkeling van de schade, dan zal de vergoeding aan de EB nog eens getoetst kunnen worden in het kader van het verzoek tot verbindend-verklaring. Er is in dat geval opnieuw een opt-outgelegenheid voor de belanghebbenden. Als geen schikking wordt bereikt, dan kan de toetsing van de vergoeding van de EB opnieuw aan de orde komen wanneer de rechter beveelt hoe de schade dient te worden afgewikkeld, en – al dan niet op vordering van een partij – bepaalt hoe de kosten onderling moeten worden verdeeld. Deze beoordeling kan, maar hoeft niet per definitie samen te vallen met een discussie over de toewijzing van een kostenveroordeling op grond van art. 1018l Rv (waarover hierna meer). Hoe dat ook zij, in dit scenario is er geen opt-outmogelijkheid meer voor belanghebbenden.⁴⁶

Ten tijde van de aanwijzing van de EB is dus niet zeker of er later nog een opt-outmogelijkheid zal zijn voor belanghebbenden. Indien geen schikking wordt bereikt, zal dat niet het geval zijn. Dit lijkt ons een argument voor het bepalen en zo nodig toetsen van de vergoeding van de EB op het moment van zijn aanwijzing als EB. De passieve belanghebbenden hebben dan ten minste één mogelijkheid om hun afkeuring van de vergoeding te laten blijken door gebruik te maken van hun opt-outmogelijkheid na de aanwijzing van de EB.

Een ander voordeel van het vaststellen van de vergoeding van de EB in dit stadium is dat alle partijen relatief vroeg weten waar zij op dit punt aan toe zijn. Dat kan helpen bij eventuele schikkingsonderhandelingen.

Toetsing van de vergoeding van de EB ten tijde van zijn aanwijzing als EB betekent dat nog niet bekend is wat de opbrengst zal zijn waarover de vergoeding uiteindelijk zal worden berekend. Misschien zijn de opbrengst en de vergoeding nihil en misschien pakken de opbrengst en de vergoeding heel hoog uit. Dat hoeft geen bezwaar te zijn. Het gaat immers om een vergoeding voor een investering in een zaak met goede en kwade kansen. Er is iets voor te zeggen om de redelijkheid van die vergoeding te bepalen op het moment dat nog onzeker is welke kansen zich zullen verwezenlijken. Een toetsing achteraf leidt ertoe dat de vergoeding alleen op redelijkheid wordt getoetst als de goede kansen zich hebben verwezenlijkt. Indien de rechter evenwel ruimte wil behouden om excessieve vergoedingen te matigen, dan zou bij de aanwijzing van de EB kunnen worden bepaald dat het om een maximumvergoeding gaat.

46. Art. 1018k lid 1 Rv. De uitzondering in lid 2 ziet op een tweede opt-outmogelijkheid voor partijen die nog niet bekend konden zijn met hun schade.

5 In hoeverre kan en zal de EB-vergoeding door de rechter ten laste worden gebracht van de aangesproken partij?

In een WAMCA-procedure kan de rechter worden verzocht om de aangesproken partij te veroordelen in de kosten. Art. 1018l Rv luidt:

‘Een uitspraak ingevolge artikel 1018l houdt tevens een veroordeling van de kosten in waarbij de rechter voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd kan veroordelen in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.’

Dit artikel kan alleen worden toegepast in het geval een rechter een uitspraak doet waarin hij een collectieve schadeafwikkeling vaststelt (dus niet enkel een verklaring voor recht geeft), en geeft de rechter de mogelijkheid een kostenveroordeling uit te spreken die afwijkt van het liquidatietarief.⁴⁷ Welke kosten de wetgever hierbij precies voor ogen heeft gehad, volgt niet expliciet uit de wettekst. De parlementaire geschiedenis geeft op dat punt meer informatie.

In de nota naar aanleiding van het nader verslag overweegt de wetgever als volgt:

‘Bij een collectieve afwikkeling door de rechter zijn de gemaakte kosten buiten de procedure te verhalen als schade (artikel 6:96 BW). De kosten van de procedure zelf en andere gemaakte kosten kunnen bovendien als proceskosten worden vergoed (artikel 1018l). Artikel 1018l voorziet in vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte proceskosten, zodat de exclusieve belangenbehartiger niet met hoge kosten van bijvoorbeeld advocaten blijft zitten. Als er een externe financier betrokken is, betaalt deze in het algemeen ook de kosten van de exclusieve belangenbehartiger. Artikel 6:96 BW en artikel 1018l van het voorstel kunnen dan gebruikt worden om de kosten van de financier vergoed te krijgen.’⁴⁸

Hieruit maken wij op dat kosten van de financiering van de zaak die de EB in de vorm van een succesvergoeding bij zijn achterban bedingt, op de grondslag van art. 6:96 BW⁴⁹ en

47. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 12.

48. Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 9, p. 5.

49. De Hoge Raad oordeelde in 2014 in een letselschadezaak al dat een no-cure-no-pay-overeenkomst met een advocaat, waarin was overeengekomen dat hij als honorarium 15% van de gerealiseerde opbrengst zou ontvangen, als uitgangspunt kan dienen voor het vaststellen van de omvang van de buitengerechtigde kosten die op grond van art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen: HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, r.o. 3.5.2. Zie in dit verband ook de verwijzing naar art. 6:96 lid 2 BW als grondslag voor de vergoeding van de kosten voor aansluiting bij een belangenbehartiger in Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

art. 1018l Rv naar hun aard voor vergoeding door de wederpartij in aanmerking kunnen komen.⁵⁰

Een andere aanwijzing daarvoor kan in de memorie van toelichting bij art. 1018l Rv worden gevonden. Daar overweegt de wetgever dat het doel van deze regeling is te voorkomen dat een verweerder niet wil schikken om zo de kosten die de EB in de procedure heeft gemaakt uit te sparen.⁵¹ Verwezen wordt naar de praktijk van collectieve schikkingen onder de WCAM, waarin het gebruikelijk is dat de door de belangenorganisatie gemaakte kosten in de schikking worden meegenomen.⁵² Aldus zouden vergoedingen voor belangenorganisaties die in WCAM-schikkingen zijn overeengekomen, aanknopingspunten kunnen bieden voor de wijze waarop kostenvergoedingen aan belangenbehartigers worden getoetst in het kader van art. 1081l Rv.⁵³

Van belang in dit verband is met name de Fortis-beschikking, waarin het gerechtshof Amsterdam het uitgangspunt heeft omarmd dat actieve deelnemers moeten worden gecompenseerd voor door hen gemaakte kosten, met inbegrip van de resultaatsafhankelijke vergoeding die zij moeten afdragen ten behoeve van de financier. Concreet werd een schikking verbindend verklaard waarin zowel een vergoeding voor actieve belanghebbenden voor door hen gemaakte kosten in de vorm van een opslag op de schadevergoeding van 25% is aanvaard,⁵⁴ als een vergoeding voor de kosten van verschillende belangenorganisaties, variërend tussen de € 2,5 miljoen en € 25 miljoen. Dat ging niet zonder slag of stoot; een eerdere versie van de schikkingsovereenkomst waarin de compensatie voor de actieve belanghebbenden onderdeel was van een hoger bedrag aan schadevergoeding per aandeel, werd door het hof niet aanvaard. De compensatie mocht ook weer niet zo ver gaan dat actieve belanghebbenden aan het einde van de rit beter af zouden zijn dan niet-actieve belanghebbenden.⁵⁵

Het hof erkent evenwel uitdrukkelijk dat aan het voeren en financieren van een collectieve actie kosten en risico's zijn verbonden en dat daar een adequate vergoeding tegenover behoort te staan. Zo overwoog het hof in de eindbeschikking:

‘Het is een gegeven dat het voeren van collectieve procedures en het tot stand brengen van een collectieve schikking geld kost. De belangenorganisaties doen dat werk

vanzelfsprekend niet gratis, zij zijn daartoe ook niet verplicht en het is – zoals eerder is opgemerkt – van belang dat hun werkzaamheden gefinancierd kunnen worden.⁵⁶

En:

‘In het licht van het hiervoor in 5.19 genoemde toetsingskader wordt het volgende overwogen ten aanzien van de vergoedingen voor belangenorganisaties. In aanmerking wordt genomen, nogmaals, het maatschappelijke belang dat collectieve procedures kunnen worden gevoerd. Daar moet een adequate vergoeding voor gevonden worden. Fortiseffect en SICAF zijn speciaal voor de Fortiszaak opgericht. Zij hebben zich voorzien van een procesfinanciering door derden die geheel het risico hebben overgenomen dat geen vergoedingen zullen worden verkregen. De te verkrijgen vergoedingen zijn dus feitelijk in het belang van deze procesfinanciers die een commerciële beloning verlangen voor het aanzienlijke risico dat zij op hun financiering hebben gelopen.⁵⁷

Zoals gezegd, ging het in de Fortis-beschikking om de goedkeuring van een reeds overeengekomen schikking tussen de strijdende partijen. Daardoor is niet duidelijk in hoeverre kosten van belangenorganisaties die onder de schikking vallen in feite ten laste van de schadevergoeding van belanghebbenden zijn gekomen. Bij een kostenveroordeling op grond van art. 1018l Rv zal dat anders zijn. Een kostenveroordeling komt immers boven op de toegewezen schadevergoeding. Voor vergoeding van buitengerechtelijke kosten op de grond van art. 6:96 BW (als onderdeel van de schade) geldt bovendien de bekende dubbele redelijkheidstoets.⁵⁸ Het ligt daarom voor de hand dat de rechter een vordering om een aangesproken partij te veroordelen in de financieringskosten c.q. de succesvergoeding die de belangenorganisaties hebben bedongen bij hun achterban, strenger zal toetsen dan een schikking waarin voorzieningen voor de vergoeding van dergelijke kosten zijn getroffen.⁵⁹

Het is van belang om hier duidelijk onderscheid te maken tussen de (marginale) toets van de redelijkheid van de succesvergoeding die in rekening wordt gebracht bij de achterban van de belangenorganisatie in het kader van ontvankelijkheid en/of aanwijzing van de EB⁶⁰ en de beoordeling van een vordering die ertoe strekt om deze vergoeding te verhalen op de wederpartij op grond van art. 6:96 BW en art. 1081l Rv.

50. De praktijk zet daar ook op in, blijkt uit het feit dat financieringskosten in een aantal gepubliceerde dagvaardingen in het WAMCA-register op deze grondslag worden gevorderd.

51. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 54.

52. Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 12.

53. Zie voor een mooi overzicht van al deze WCAM-zaken, met inbegrip van de wijze van financiering en de allocatie van de kosten, het proefschrift van D. Eijssermans-van Abdeelen, *De uitkering van massaschadeclaims* (diss. Tilburg), 2020, hoofdstuk 2.

54. De kosten van de actieve deelnemers bestonden veelal uit een afspraak dat zij een percentage van de opbrengst (gemiddeld 20%) zouden afstaan aan een belangenorganisatie/financier.

55. Zie de motivering hiervoor in de Fortis tussenbeschikking I, r.o. 8.23-8.28.

56. Fortis eindbeschikking, r.o. 5.18.

57. Fortis eindbeschikking, r.o. 5.41. De inhoud en de hoogte van de vergoeding die belangenorganisaties in Fortis/Ageas hadden bedongen bij hun achterban werden in de beschikking nagenoeg niet getoetst, maar het hof geeft aan dat daar in de toekomst verandering in zou kunnen komen. Voor de reikwijdte en het moment van een eventuele toetsing van de vergoeding voor de EB in een WAMCA-procedure verwijzen wij naar par. 4.

58. Zie onder meer HR 3 april 1987, NJ 1998/275 (London/Drenth).

59. Zie in dit verband ook Rijndorp & Tillema 2018, p. 128.

60. Zie hierover uitgebreid par. 3.

Hoewel art. 6:96 BW en art. 1018l Rv de rechter ons inziens de ruimte laten om de succesvergoeding c.q. financieringslasten van de belangenorganisatie geheel of gedeeltelijk voor rekening te brengen van de aangesproken partij, is het geen gegeven dat dit ook de algemene praktijk wordt. De rechter zal hierbij alle omstandigheden van de zaak kunnen meewegen, zoals onder meer: de aard van de schade (bijvoorbeeld letsel of geldelijk) en de aansprakelijkheid (bijvoorbeeld risico of schuld), de omvang van de succesvergoeding, de gemaakte kosten en de proceshouding en/of gebleken schikkingsbereidheid van de aangesproken partij.

6 Het lot van de investering van de belangenorganisatie die geen EB wordt (de niet-EB)

In het voorgaande is betoogd dat de WAMCA goede aanknopingspunten biedt voor de berekening van de vergoeding van de EB op basis van de common fund-doctrine en het verhalen van (een deel van) die vergoeding op de wederpartij op grond van art. 1081l Rv. Als deze analyse min of meer juist is, dan is daarmee de financierbaarheid van de EB in WAMCA-zaken gegeven. Het risico van de procesfinancier (mits hij een redelijk financieringsvoorstel heeft gedaan) is dan beperkt tot de inhoudelijke kansen van de zaak en de hoogte van een eventuele toekenning van een schadevergoeding.

Veel belangenorganisaties hebben echter al in een veel eerder stadium (dus voordat zij als EB zijn aangewezen) een aanzienlijke financieringsbehoefte. Om een kans te maken op een aanwijzing als EB, zal immers een belangenorganisatie moeten worden opgetuigd (of uitgerust) met onafhankelijke en deskundige bestuurders en toezichthouders, moeten er deelnemers worden verzameld, met alle arbeids- en ICT-kosten van dien, en moet er een dagvaarding worden opgesteld, waardoor er ook al budget moet zijn voor een groot deel van het advocatenwerk. Een klemmende vraag voor financiers die overwegen om een belangenorganisatie te financieren, is dus hoe de rechter onder de WAMCA zal omgaan met de investeringen en aanspraken van de niet-EB's.⁶¹ Daarover gaat deze paragraaf.

6.1 Rol van niet-EB als partij in de procedure

Uit de WAMCA volgt dat niet als EB aangewezen belangenorganisaties wel partij blijven in de procedure. Ook kan de rechter een andere belangenbehartiger aanwijzen als co- of sub-EB.⁶² De wetgever wijst erop dat het voor de hand ligt dat een belangenorganisatie betrokkenheid blijft tonen, ook als een andere belangenorganisatie als hoofdeiser wordt aangewezen. Zij zal zich blijven bemoeien met de wijze waarop de hoofdeiser de procedure voert, in het belang van de eigen

achterban.⁶³ Daarbij zal de belangenorganisatie in staat moeten worden gesteld te beoordelen of de belangen van haar achterban voldoende worden meegenomen in de processtukken van de EB, en zo nodig moet zij actief interveniëren. Als zij bij de EB geen gehoor vindt, kan zij zich rechtstreeks wenden tot de rechter.⁶⁴

6.2 Compensatie voor kosten en inspanningen niet-EB

De vraag is hoe de niet-EB uiteindelijk gecompenseerd wordt voor zijn inspanningen. De wetgever heeft hierover het volgende opgemerkt:⁶⁵

'Voorstelbaar is dat de rechter bij zijn uitspraak rekening houdt met de inspanning van de verschillende belangenorganisaties en de wijze waarop de zaak is gefinancierd. De rechter zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat de exclusieve belangenbehartiger voor een reële proceskostenvergoeding in aanmerking komt, gelet op de verrichte werkzaamheden en de kosten die zij voor financiering van de procedure heeft gemaakt. De rechter zou in dat geval ook kunnen bepalen dat andere representatieve belangenorganisaties slechts in mindere mate hun kosten vergoed krijgen, als hij de indruk heeft dat zij geen actieve bijdrage aan de procedure hebben geleverd.'

Het uitgangspunt lijkt te zijn dat ook de niet-EB zijn kosten – waaronder ook de kosten voor financiering van de zaak – vergoed *kan* krijgen (bij toewijzing van de vordering), maar dat is ter discretie van de rechter. Als de niet-EB de indruk heeft gewekt geen of onvoldoende actieve bijdrage aan de procedure te leveren, kan hij daarvoor worden 'gestraft' door een lagere kostenvergoeding. Dat zou de onwenselijke situatie in de hand kunnen werken dat de niet-EB zich met het oog daarop *té* actief opstelt en met allerlei ondoelmatige interventies komt. Zeker in zaken waarin het echt om gelijksoortige vorderingen gaat – ook voor wat betreft bijvoorbeeld de schade – en het perspectief van een tweede, derde of vierde belangenbehartiger inhoudelijk niet veel toevoegt, is dat onwenselijk. In een dergelijk geval is het van belang dat er een goede en professionele samenwerking tussen de EB en de overige niet-EB's tot stand komt.

Een voorwaarde voor een goede werkverdeling tussen de verschillende belangenorganisaties is echter dat er duidelijkheid komt over de verdeling van de uiteindelijke opbrengst. Hoe eerder die duidelijkheid er komt, hoe beter. Voor extern gefinancierde belangenorganisaties zal mogelijk gelden dat hun financiering stopt als zij niet worden aangewezen als EB en het tot het einde van de zaak duurt voordat duidelijk wordt waarop de belangenorganisatie aanspraak heeft. De hierboven aangehaalde overwegingen van de wetgever op dit punt bieden onvoldoende houvast.

61. Van der Krans benoemde dit knelpunt eerder en verwees naar de praktijk in de VS, waarin daarover beter is nagedacht. In plaats van hoge eisen te stellen aan de potentiële EB's en de EB hoge kosten te laten maken, kiest de wetgever in de VS voor een snellere benoeming van de lead plaintiff vergeleken met de Nederlandse situatie onder de WACMA. Zie Van der Krans 2019, p. 71.

62. Art. 1018e Rv.

63. Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 9, p. 1-2.

64. Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 9, p. 4.

65. Ibid.

Een mogelijk aanknopingspunt voor een recht op compensatie in geval van toewijzing van schadevergoeding is de vergoeding die de niet-EB heeft bedongen bij zijn actieve deelnemers. Maar het is nog niet zo eenvoudig om te bedenken hoe dit zonder nadere afspraken tussen belangenorganisaties tot bevredigende uitkomsten gaat leiden.

Stel dat een EB een vergoeding van 15% heeft bedongen bij zijn achterban en een niet-EB in dezelfde zaak 25% bij zijn actieve deelnemers heeft bedongen. Wat betekent dat dan voor de actieve deelnemers van de niet-EB? Zijn die dan 15% van hun schadevergoeding verschuldigd aan de EB én 25% aan de organisatie waarbij zij zich hebben aangesloten? Of wordt de 25%, eventueel tot een maximumbedrag, aan de niet-EB voldaan uit het common fund en moeten de actieve deelnemers de rest dan nog bijleggen? Of kan de collectieve regeling de afspraken tussen belangenorganisaties en hun deelnemers op een of andere manier opzijzetten? Of heeft een actieve deelnemer van de niet-EB de mogelijkheid om ‘over te stappen’ naar de EB en is dan in het geheel geen vergoeding meer verschuldigd aan zijn oorspronkelijke belangenbehartiger?

Het moge duidelijk zijn dat geen van deze scenario's erg aantrekkelijk is. Het is ook moeilijk te rijmen met de common fund-doctrine dat gedupeerden naast de vergoeding aan de EB ook nog een vergoeding verschuldigd zijn aan een andere belangenbehartiger. Het is echter eveneens onwenselijk dat de volledige vergoeding uit het common fund in beginsel naar de EB gaat en dat de niet-EB moet wachten op een eventueel oordeel van de rechter over de verdeling van de kosten. Een mogelijke oplossing is dat het common fund alleen geldt voor alle passieve deelnemers en de actieve deelnemers van de EB. In dat geval heeft de EB in het genoemde voorbeeld aanspraak op een vergoeding van 15% van de schadevergoeding die wordt toegekend aan alle benadeelden behalve de actieve deelnemers van de niet-EB's. Die zijn 25% verschuldigd aan hun belangenorganisatie. Hierdoor hoeft er niet te worden getreden in de overeenkomst tussen de niet-EB en zijn deelnemers, maar het resultaat is toch niet erg bevredigend. Het freeridersprobleem duikt hier opnieuw op, omdat de passieve deelnemers beter af zijn dan de actieve deelnemers van de niet-EB en de actieve deelnemers van de EB beter af zijn dan de actieve deelnemers van de niet-EB. Dit kan mogelijk in een schikking of kostenveroordeling weer worden rechtgezet, maar het blijft erg onzeker en fraai is het niet.

Het zou onze voorkeur hebben als uit de vergoeding die de EB heeft bedongen en die wordt berekend over de totale schadevergoeding, ook de andere belangenorganisaties naar rato van hun inspanningen en redelijke investeringen vergoed worden. Dat zou een aansporing zijn voor het treffen van een onderlinge regeling tussen de belangenorganisaties, die ertoe leidt dat de EB bij alle belanghebbenden dezelfde vergoeding in rekening brengt, die – zo mogelijk – door de rechter ten laste van de aangesproken partij wordt gebracht.

De wetgever maakt in dit verband een mogelijk relevante opmerking in het kader van de kostenvergoeding op grond van art. 6:96 BW en art. 1018l Rv:⁶⁶

‘Wel zal de exclusieve belangenbehartiger voor de rechter voldoende inzichtelijk moeten maken welke kosten er zijn gemaakt. Uitgangspunt voor de rechter bij toetsing hiervan is dat elke gedupeerde een proportioneel en redelijk deel van de toegekende schadevergoeding ontvangt, ongeacht of, en zo ja, bij welke organisatie deze gedupeerde is aangesloten.’

Het is duidelijk dat dit onderwerp vooralsnog meer vragen dan antwoorden oproept. Totdat de eerste zaken met meerdere belangenorganisaties meer duidelijkheid verschaffen, zal de praktijk naar praktische oplossingen moeten zoeken, bij voorkeur in de vorm van werkafspraken tussen verschillende belangenorganisaties.

7 Conclusie

Een procesfinancier die overweegt een collectieve schadevergoedingsactie te financieren wordt met een aantal onzekerheden geconfronteerd: Wat vormt de uiteindelijke basis voor betaling van de financier uit de gerealiseerde opbrengst? Wat is de rol van de rechter bij vaststelling van de hoogte van die vergoeding? In hoeverre kunnen de financieringslasten voor rekening van de aangesproken partij worden gebracht? Wat gebeurt er met de gedane investering als de desbetreffende belangenorganisatie niet wordt aangemerkt als EB?

In een extern gefinancierde zaak is de succesvergoeding die de belangenorganisatie bedingt bij haar achterban een reflectie van de afspraken die de belangenorganisatie heeft gemaakt met een procesfinancier ten behoeve van de financiering van de zaak. Wij hebben betoogd dat deze succesvergoeding door vermelding bij de mededeling van de aanwijzing van de EB van toepassing wordt op alle belanghebbenden wier belangen (bij gebreke van een opt-out) door de EB worden behartigd (het zogenoemde common fund). Deze benadering past goed in het systeem van de WAMCA en biedt verschillende voordelen. Zij vergroot de financierbaarheid van WAMCA-zaken en bevordert daarmee een effectieve en efficiënte rechtsbescherming, voorkomt het freeridersprobleem en leidt tot transparantere en betere voorwaarden voor belanghebbenden en rechters, die in het kader van de aanwijzing van de EB ook zullen kijken naar de vergoeding die zij rekenen aan hun achterban.

De onafhankelijkheid en professionaliteit van het bestuur van de belangenorganisatie, de concurrentie tussen procesfinanciers en belangenorganisaties op de markt én de concurrentie tussen belangenorganisaties in het kader van de benoeming van de EB waarborgen de redelijkheid en marktconformiteit van de succesvergoeding van de belangenorganisatie c.q. de

66. Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 9, p. 5.

financieringsafspraken. Hierdoor volstaat marginale toetsing van de vergoeding door de rechter. Door de succesvergoeding als voorwaarde voor belangenbehartiging op te nemen bij de mededeling van de aanwijzing van de EB gaat deze gelden voor alle belanghebbenden die op dat moment geen gebruik maken van de opt-outmogelijkheid.

Art. 1018l Rv en art. 6:96 BW lijken het mogelijk te maken om de succesvergoeding die belanghebbenden verschuldigd zijn aan de belangenorganisatie c.q. de financieringslasten van de belangenorganisatie geheel of volledig te vorderen van de aangesproken partij. Anders dan bij de (marginale) toetsing van de succesvergoeding in het kader van de aanwijzing van de EB of de verbindendverklaring van een schikking in het kader van art. 7:907 BW ligt hier een volledige rechterlijke toetsing voor de hand.

Blijkens gepubliceerde dagvaardingën zet de praktijk, zij het op uiteenlopende wijze, al in op de in dit artikel besproken mogelijkheid van een common fund, en de mogelijkheid om de aan de achterban berekende vergoeding vervolgens te verhalen op de wederpartij op grond van art. 1018l Rv en/of art. 6:96 BW. Het wachten is nu op een eerste uitspraak waaruit blijkt hoe de rechter hiermee omgaat.

Het lot van de investering van de niet als EB aangewezen belangenbehartiger is misschien wel met de meeste onzekerheden omgeven. Ook hier zullen de praktijk en de rechtspraak met oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten moeten komen. Dat is niet iets om over te somberen; onder de WCAM is al gebleken dat de praktijk en de rechtspraak hier toe goed in staat zijn. Misschien krijgt de WAMCA op termijn wel haar eigen 'Financieringscode'.