

# Naar een goed geolied mechanisme voor de collectieve afwikkeling van massaschade

## Over claimvehikels, Engelse toestanden en het belang van een gebalanceerde kostenvergoeding

AV&S 2019/2

**Deze bijdrage gaat over het wetsvoorstel voor een collectieve schadevergoedingsactie en de daarin opgenomen mogelijkheid tot een (eenzijdige) volledige proceskostenvergoeding. Mede in het licht van de ontwikkeling dat verschillende soorten commerciële spelers actief zijn bij de afwikkeling van massaschade, bespreekt de auteur aan de hand van twee Engelse voorbeelden de mogelijke rol en gevolgen van een (volledige) kostenvergoeding. De vraag of het wetsvoorstel voldoende tegenwicht biedt aan het risico op excessieve beloningen en de complexe toetsing daarvan, beantwoordt de auteur bevestigend, maar met de nadruk op de noodzaak om hierbij goed de vinger aan de pols te houden.**

### 1. Inleiding

Sinds 2016 is het wetsvoorstel aanhangig dat beoogt om een collectieve schadevergoedingsactie in te voeren. Na twee recente nota's van wijziging en een reactie van de minister op het Europese richtlijnvoorstel voor representatieve vorderingen staat het wetsvoorstel thans op de langetermijnagenda.<sup>2</sup> Stel nu dat op enig moment het wetsvoorstel wordt aangenomen. Onder welke voorwaarden gaat het mechanisme dan daadwerkelijk lopen en wordt voorkomen dat zand in de machine de werking ervan vertraagt of beschadigt? Bij de beantwoording van die vraag spelen de kosten van massaschadezaken een belangrijke rol, evenals (de regels omtrent) de financiering en vergoeding ervan. Deze thematiek wordt doorgaans besproken aan de hand van Amerikaanse ervaringen met *class actions* en *entrepreneurial lawyering*, al dan niet omkleed met onheilspellende waarschuwingen over 'Amerikaanse toestanden'. In deze bijdrage richt ik mij op een andere *common law* jurisdictie, namelijk op Engeland & Wales. Ook daar is collectief verhaal volop in ontwikkeling en zijn al geruime tijd verschillende soorten commerciële spelers actief die bijdragen aan de afwikkeling van massaschade. Ook de Engelse ervaringen bie-

den dus een bron van inspiratie, waaraan een zekere voorspellende waarde voor de Nederlandse context kan worden toegekend.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Ik vang aan met een overzicht van enkele spelers in de Volkswagenaffaire, om inzichtelijk te maken welke soorten commerciële partijen actief zijn op – onder meer – de Engelse en Nederlandse massaschademarkt. Vervolgens bespreek ik aan de hand van twee voorbeelden uit Engeland & Wales de rol en gevolgen van een (volledige) kostenvergoeding. Deze ervaringen koppel ik vervolgens terug naar het Nederlandse wetsvoorstel, om te bezien of dit voldoende tegenwicht biedt aan eventuele 'Engelse toestanden'. Ik rond af met een conclusie.

### 2. Commerciële motieven bij de afwikkeling van massaschade

Nederland kent reeds verschillende routes waarlangs massaschade collectief kan worden afgewikkeld (zie ook par. 4.1), die veelal worden afgelegd door belangenbehartigers die optreden namens de gedupeerden. In vergelijking met ongeveer tien jaar geleden zijn aan deze zijde steeds vaker partijen betrokken die – ook – een commercieel motief hebben bij de afwikkeling.<sup>3</sup> Het kan dan gaan om verschillende typen partijen. Ter illustratie toont onderstaande tabel een aantal Engelse en Nederlandse spelers die opkomen voor de belangen van autobezitters in de Volkswagen-affaire.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Mr. dr. I. Tillema is universitair docent bij de Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage is gebaseerd op delen uit haar proefschrift *Entrepreneurial mass litigation. Balancing the building blocks*, waarvan de handelseditie later dit jaar zal verschijnen bij Eleven Publishing. Citeerwijze: I. Tillema, 'Naar een goed geolied mechanisme voor de collectieve afwikkeling van massaschade. Over claimvehikels, Engelse toestanden en het belang van een gebalanceerde kostenvergoeding', *AV&S* 2019/2.

<sup>2</sup> Zie *Kamerstukken II*, dossiernummer 34608. Ik bespreek het wetsvoorstel in par. 4.1. Naschrift: Inmiddels heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen, inclusief een aantal amendementen. Zie ook voetnoot 36.

<sup>3</sup> Zie over die ontwikkeling bijv. I.N. Tzankova, 'Funding of mass disputes: lessons from the Netherlands', *Journal of Law, Economics & Policy* 2012, afl. 8, p. 549-592, E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *TOP* 2016/564 en I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *AA* 2016-mei, p. 337-346.

<sup>4</sup> Het overzicht is gebaseerd op de volgende websites (voor het laatst geraadpleegd op 5 januari 2019): [vwemissionsaction.com](http://vwemissionsaction.com), [caremissionslawyers.co.uk](http://caremissionslawyers.co.uk), [yourlawyers.co.uk](http://yourlawyers.co.uk), [leighday.co.uk/Product-safety-and-consumer-law/Consumer-law/VW-emissions-claim](http://leighday.co.uk/Product-safety-and-consumer-law/Consumer-law/VW-emissions-claim), [volkswagenaudiclaim.nl](http://volkswagenaudiclaim.nl), [stichtingvolkswagencarclaim.com](http://stichtingvolkswagencarclaim.com), [derclaim.nl](http://derclaim.nl), [cleanvw.org](http://cleanvw.org) en [emission-compensations.eu](http://emission-compensations.eu).

Commerciële partij en type actie	Type commerciële partij en financieringsconstructie
VW Emissions Action (Engeland). Is benoemd als <i>joint lead solicitor</i> in een groepsactie (Group Litigation Order ex CPR 19 Part III, hierna: GLO) tegen Volkswagen. <sup>5</sup>	De actie wordt ondersteund door een advocatenkantoor en gefinancierd door een procesfinancier. Benadeelden worden bij een succesvolle actie een <i>contingency fee</i> in rekening gebracht van 30% van de opbrengst.
Your Lawyers/Car Emissions Lawyers (Engeland). Concurrent van voornoemde partij, diende bezwaar in tegen diens aanvraag voor een GLO. Is benoemd als lid van de <i>steering committee</i> in de groepsactie.	De actie wordt ondersteund door een advocatenkantoor en gefinancierd door een procesfinancier. De website vermeldt geen percentage van de <i>conditional fee (no win, no fee)</i> die individuele benadeelden verschuldigd zijn aan de onderneming.
Leigh Day (Engeland). Is benoemd als <i>joint lead solicitor</i> in voormelde groepsactie.	Het advocatenkantoor vraagt een <i>conditional fee (no win, no fee)</i> , met een maximum van 30% van de individuele compensatie in geval van succes. Het heeft een eventuele proceskostenveroordeling in geval van verlies verzekerd door middel van een <i>ATE insurance</i> .
Stichting Volkswagenaudicclaim (Nederland). Een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor is afgewezen. <sup>5</sup>	De stichting is opgericht door personen die ook betrokken zijn bij eerdere Nederlandse collectieve acties. De stichting rekent een <i>contingency fee</i> van 25%.
Stichting Volkswagen Car Claim/Derclaim.nl (Nederland). Lijkt zich te richten op een (WCAM) schikking en heeft een collectieve actie ingesteld bij Rechtbank Amsterdam.	De stichting is gelieerd aan twee advocatenkantoren en de Oostenrijkse consumentenorganisatie VKI, en wordt gefinancierd door een procesfinancier. De kosten van een actie of schikking zullen worden verhaald op Volkswagen. Mocht dat niet lukken dan brengt de stichting 18-25% van de individuele opbrengst in rekening.
Clean Foundation (Nederland). Lijkt zich te richten op een (WCAM) schikking.	De stichting vloeit voort uit een samenwerking tussen een internationaal advocatennetwerk en een onderneming die betrokken is bij eerdere Nederlandse collectieve acties. De kosten van de actie worden gedragen door de stichting, waarschijnlijk als onderdeel van een schikkingsovereenkomst. Wanneer moet worden geprocedeerd, lijkt een <i>contingency fee</i> van maximaal 30% in rekening te worden gebracht.

Het overzicht toont dat in Engeland & Wales vooral advocaten en procesfinanciers (*third-party litigation funders*) actief zijn, die kunnen worden bijgestaan door een *after-the-event* (ATE) verzekeraar.<sup>6</sup> In Nederland is in ieder geval een stichting of vereniging bij een collectieve actie of WCAM-schikking betrokken. Alle spelers in het overzicht opereren op basis van een resultaatgerelateerde beloning. Het is Engelse advocaten toegestaan om een *conditional fee agreement* (CFA) overeen te komen.<sup>7</sup> Op grond hiervan betaalt de benadeelde in geval van verlies van de procedure ofwel geen advocaatkosten (*no win, no fee*), of een lager uurtarief dan gebruikelijk (*no win, lower fee*). Bij een succesvolle procedure

brengt de advocaat een *success fee* in rekening, een opslag op het uurtarief voor het ondernemersrisico. Een CFA wordt vaak gecombineerd met een ATE-verzekering. Bij een CFA is de eisende partij bij een onsuccesvolle procedure namelijk nog steeds aansprakelijk voor de proceskosten van de wederpartij. In vergelijking met Nederland geldt in Engeland & Wales doorgaans een vollediger proceskostenveroordeling, die kan oplopen tot aanzienlijke bedragen. Een ATE-verzekering dekt dit risico; tegen betaling van een premie draagt de verzekeraar het risico van een eventuele proceskostenveroordeling. De andere vorm van resultaatgerelateerde beloning die het overzicht toont, is de *contingency fee* (ook wel bekend als *no cure, no pay* overeenkomst). In essentie houdt dat in dat de belangenbehartiger of een daaraan gelieerde derde de actie voorfinanciert en in geval van succes zijn beloning baseert op een percentage van de opbrengst van de

5 Zie [gov.uk/guidance/group-litigation-orders#VW-NOx-emissions-group-litigation](http://gov.uk/guidance/group-litigation-orders#VW-NOx-emissions-group-litigation).

6 Een ander type commerciële speler dat (ook) in massaschadezaken actief is, de *Claims Management Companies*, laat ik in dit artikel buiten beschouwing. Zie hierover (kort) I.N. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for Consumers of Financial Services: Collective Redress and Improvement of Class Representation', *European Journal of Consumer Law* 2010, afl. 1, p. 131-132 en I. Tillema, 'Balanceren op glad ijs. Over exclusieve en concurrerende belangenbehartigers', *AA* 2018-juni, p. 479.

7 Courts and Legal Services Act 1990, section 58. Zie hierover bijv. R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*, London: Royal Courts of Justice 2009, hoofdstuk 16 en J. Peysner, *Access to Justice. A critical analysis of recoverable conditional fees and no-win no-fee funding*, Hampshire: Palgrave Macmillan 2014.

actie.<sup>8</sup> Enkele uitzonderingen daargelaten is het Nederlandse advocaten niet toegestaan om een dergelijke beloning af te spreken, maar belangenbehartigers en/of procesfinanciers mogen dat wel.

### 3. Twee keer 'Engelse toestanden'

#### 3.1 *Trafigura/Motto en de aansprakelijkheid van gedaagden voor volledige proceskosten*

Het eerste voorbeeld betreft een groepsactie (GLO) van ongeveer 30.000 eisers uit Ivoorkust tegen Trafigura, de eigenaar van het schip Probo Koala dat chemisch afval zou hebben gedumpt voor de Ivoorkust.<sup>9</sup> In 2009 hebben partijen hierover een schikking getroffen. Daarbij werd overeengekomen dat Trafigura de benadeelden £ 30 miljoen aan schadevergoeding zou betalen en de proceskosten zou vergoeden. Toen de advocaten van eisers vervolgens hun rekening indienden bij Trafigura, bleek dat deze £ 105 miljoen bedroeg. Dit bedrag bestond onder meer uit een bedrag van £ 45 miljoen voor de opslag van het uurtarief van de advocaten, de *success fee*, die in deze zaak het maximumpercentage van 100% bedroeg. Ten tijde van de schikking konden gedaagden aansprakelijk worden gehouden voor een dergelijke *success fee*.<sup>10</sup> Deze aansprakelijkheid was in 2000 ingevoerd om de toegang tot het recht te waarborgen en tegenwicht te bieden aan de bezuinigingen op gefinancierde rechtsbijstand. Trafigura vond de rekening echter wel erg gortig en vocht deze daarom aan bij de Engelse kostenrechter.<sup>11</sup> In een van zijn drie (!) uitspraken schreef de kostenrechter de volgende passage, waaruit de complexiteit en het tijdrovende karakter van zo'n afzonderlijke procedure blijkt:

"The defendants, not surprisingly, have launched an extremely vigorous attack on both the generic and individual bills. I have been given electronic copies of the bills, which I am told run to some 55,000 items, all of which are challenged (...) For the purpose of these key issues I was presented with in excess of 60 ring-binders of do-

cuments, and (...) the defendants' skeleton argument, including supporting schedules, ran to over 1,000 pages, this being in addition to a witness statement (...) which, with exhibits, ran to over 3,000 pages."<sup>12</sup>

In zijn algemeenheid vond de beoordeling van de redelijkheid van een dergelijke opslag destijds plaats aan de hand van de omstandigheden van het geval, en dan in ieder geval de aard en complexiteit van de zaak en de kans op succes (anders gezegd: het risico dat de advocaat niet – volledig – wordt betaald voor de verrichte werkzaamheden).<sup>13</sup> Bij de beoordeling van de kans op succes van een zaak keek een rechter allereerst naar de beoordeling daarvan door (de advocaat van) de eisende partij ten tijde van het aannemen van de zaak en, in voorkomend geval, ten tijde van de wijziging van de overeenkomst/de *success fee*. Rechter dienden waar mogelijk ook overig bewijs in overweging te nemen, omdat de beoordeling door de advocaat ook diens eigen belang kon dienen (naarmate een zaak kansrijker werd geacht, werd het percentage doorgaans lager vastgesteld, wat niet in het belang was van een advocaat). Een belangrijk voorbeeld van zulk aanvullend bewijs was de beoordeling van de zaak door de ATE-verzekeraar.<sup>14</sup> In de zaak *Trafigura/Motto* oordeelden de rechters uiteindelijk dat het percentage van de opslag moest worden verlaagd van 100% naar 58%, wat gelijk stond aan een kans op succes van 62%.<sup>15</sup> Daarbij wogen de rechters de verschillende omstandigheden, 'which were inherently difficult to quantify and on which reasonable people could differ (sometimes quite substantially)'.<sup>16</sup>

Vanwege voorbeelden zoals bovenstaande is in Engeland & Wales jarenlang een discussie gevoerd over de wenselijkheid van de aansprakelijkheid van gedaagden voor *success fees*, als onderdeel van een bredere discussie over de zogeheten *costs war*.<sup>17</sup> Gedaagden werden door die aansprakelijkheid niet zelden met een aanzienlijke proceskostenveroordeling geconfronteerd. Een belangrijke oorzaak hiervan was dat eisende partijen geen prikkel hadden om het percentage laag te houden. Zij betaalden dit percentage immers niet; noch bij winst, noch bij verlies van de procedure. De advocaten van eisende partijen hadden daarmee uitsluitend een prikkel om een hoog percentage overeen te komen. Zo ontstonden in de loop der jaren torenhoge advocaatkosten, en werd het ene na het andere 'geschil in geschil' over de proceskosten gevoerd (*satellite litigation*). Gedaagden haalden alles uit de kast om de kosten in een specifieke procedure naar beneden bij te stellen. Rechters, op hun beurt, klaagden over de hoeveelheid *satellite litigation* en over de

8 Zie bijv. M. Faure, T. Hartlief & N. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten*, Maastricht: Universiteit Maastricht 2006, W.H. van Boom & J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RM Themis* 2015, afl. 5, p. 188-199, J.H. Lemstra, R.J. Philips & L.T. Visscher, *Procesfinanciering door derden: een oplossing of een probleem?*, Den Haag: Boom juridisch 2018, A. van der Krans, 'Third party litigation funding. De voordelen, aandachtspunten en aanbevelingen om risico's te beheersen', *O&F* 2018, afl. 2, p. 30-41 en, binnen de context van collectieve afwikkeling, M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, Tillema 2016, I.N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?', *TVP* 2017, afl. 4, p. 107-119 en M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, 'Over meelifers, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking', *MvO* 2018, afl. 5.

9 Zie *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWHC 90201 (Costs) en *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWCA Civ 1150 (CA).

10 Art. 58A(6) (oud) van de Courts and Legal Services Act 1990, zoals ingevoerd met art. 27 en 29 van de Access to Justice Act 1999. Zie ook CPR 43.2, 44.3A en 44.3B, en de Costs PD (oud).

11 In Engeland & Wales kan de proceskostenveroordeling plaatsvinden in een afzonderlijke procedure door een *costs judge of officer* bij de Senior Courts Costs Office; zie CPR 44.6(1)(b) en CPR Part 47. In complexe zaken zoals groepsacties is een dergelijke *detailed assessment* gebruikelijk.

12 *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWHC 90201 (Costs), r.o. 24.

13 Art. 11.7 en 11.8 (oud) van de Costs PD.

14 *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWCA Civ 1150 (CA), r.o. 122.

15 *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWHC 90201 (Costs), r.o. 398-449. Dit oordeel hield stand in hoger beroep; zie *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWCA Civ 1150 (CA), r.o. 115-134.

16 *Motto and Others/Trafigura & Trafigura Beheer* [2011] EWCA Civ 1150 (CA), r.o. 127.

17 Over (alle onderdelen van) de Engelse *costs war* zie Jackson 2009, hoofdstuk 3. Zie ook Peysner 2014, p. 93-105.

complexiteit van het vaststellen van een redelijk percentage. Ze ontbeerden vaak kennis van de markt ('wat is een gebruikelijk percentage?') en waren daarbij afhankelijk van wat partijen of deskundigen aanleverden. Bovendien vonden ze het lastig om te oordelen over een percentage dat voorafgaand aan de procedure was overeengekomen en dan met de kennis van achteraf moest worden beoordeeld. Lord Bingham beschreef de complexiteit van de rechterlijke toetsing en dan vooral de mogelijke consequenties daarvan als volgt:

"If they were too restrictive in the level of success fees (...) which they allowed, lawyers and clients might be deterred from acting or proceeding on this basis and the objects of the new regime would be defeated. If they were too generous and too uncritical, excessive fees (...) might be allowed and an unfair and disproportionate burden placed on defendants and their liability insurers, thereby undermining one of the key objects of the Civil Procedure Rules."<sup>18</sup>

Uiteindelijk wogen de nadelige consequenties volgens de wetgever niet op tegen het voordeel van toegang tot het recht, en werd in 2013 de in 2000 ingevoerde aansprakelijkheid van gedaagden voor de *success fee* weer afgeschaft.<sup>19</sup> Gedaagden betalen nu 'uitsluitend' het basis uurtarief in geval van verlies; een eventuele opslag wordt betaald door de eisende partijen. Op deze wijze zijn de kosten meer verspreid, hebben eisende partijen een prikkel om over de *success fee* te onderhandelen en wordt de markt aangespoord om een redelijk percentage tot stand te brengen.<sup>20</sup>

### 3.2 Merricks/Mastercard en de vergoeding aan procesfinanciers

Een nieuwe, alternatieve wijze van het vergoeden van een commerciële partij, in dit geval een procesfinancier, toont de *collective proceedings* tussen Merricks en Mastercard.<sup>21</sup> Deze procedure is de Britse variant van de collectieve schadevergoedingsactie, zij het dat deze uitsluitend geldt bij inbreuken op het mededingingsrecht. In dit geval was de zaak aangespannen door één van de gedupeerden zelf: Merricks, een vooraanstaand consumentenrechtadvocaat en voormalig ombudsman. Hij voerde de procedure mede ten behoeve van ongeveer 46 miljoen Britse consumenten. De procedure was aangespannen tegen Mastercard, die eerder door de Europese Commissie op de vingers was getikt vanwege het kunstmatig opdrijven van tarieven die in rekening worden gebracht bij bedrijven die het betalen met Mastercard mo-

gelijk maken. De stelling van Merricks was dat de detailhandelaren de tarieven hadden doorberekend aan consumenten en dat de consumenten daarom door het handelen van Mastercard schade hadden geleden. De schade was begroot op £ 14 miljard. De procedure werd financieel mogelijk gemaakt door een procesfinancier.

Omdat de rechters de vorderingen niet geschikt achtten voor bundeling, sneuvelde de actie van Merricks reeds in de voorfase.<sup>22</sup> Dit oordeel laat ik buiten beschouwing, relevanter voor deze bijdrage is dat de rechters ook ingingen op de ontvankelijkheid van Merricks in samenhang met de financieringsconstructie van de actie.<sup>23</sup> Merricks en de procesfinancier hadden namelijk afgesproken dat de financier, in geval van succes, een bepaald percentage zou ontvangen uit de niet-geclaimde opbrengst van de actie. De reden waarom een dergelijke afspraak wordt gemaakt is dat de *collective proceedings* een opt-out instrument is, waarbij het voor financiers lastig(er) is om met individuele benadeelden een overeenkomst aan te gaan.<sup>24</sup> Een oplossing kan dan zijn dat de financier in plaats daarvan een percentage van de opbrengst van de gefinancierde actie ontvangt. Een variant daarop is de afspraak tussen Merricks en de procesfinancier, dat laatstgenoemde een deel van de *niet-geclaimde* opbrengst ontvangt. De regeling van de *collective proceedings* staat toe dat de kosten van de procedure uit dit deel van de opbrengst worden voldaan,<sup>25</sup> maar het was de vraag of de bepaling eveneens meebrengt dat deze aan de procesfinancier worden voldaan.

Vanuit het perspectief van benadeelden, of meer in het algemeen diens toegang tot het recht, is zo'n afspraak gunstig. Zij betalen immers niets voor de actie, althans niet degenen die aan het einde van de rit daadwerkelijk hun vordering indienen. Het mogelijke risico van een dergelijke financieringsconstructie is echter dat de financier belang erbij heeft dat die groep zo klein mogelijk is. In het onderhavige geval vonden de rechters de afspraak echter niet bezwaarlijk. Zij stelden het volgende voorop:

"The Government in promoting the legislation (...) clearly envisaged that many collective actions would be dependent on third party funding, and it is self-evident that this could not be achieved unless the class representative incurred a conditional liability for the funder's costs, which could be discharged through recovery out of the unclaimed damages."<sup>26</sup>

De belangrijkste reden voor goedkeuring van de constructie was dat Merricks contractueel verplicht was om zich als een goed vertegenwoordiger te gedragen, waaronder het promoten van de schadevaststelling of schikking en het zorg-

18 *Callery.Gray* (Nos 1 & 2) [2002] WL 1310759 (HL), r.o. 6.

19 Naast de besproken argumenten was ook relevant de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waar het in een bepaalde zaak de aansprakelijkheid van gedaagde voor de *success fee* in strijd achtte met het recht op vrijheid van meningsuiting; zie EHRM 18 januari 2011, 39401/04 (*MGN/United Kingdom*).

20 UK Government (Ministry of Justice), *Reforming Civil Litigation Funding and Costs in England and Wales – Implementation of Lord Justice Jackson's Recommendations: The Government Response*, CM 8041, March 2011, p. 6 en 9-13.

21 *Merricks/Mastercard and Others* [2017] CAT 16.

22 *Merricks/Mastercard and Others* [2017] CAT 16, r.o. 67-89. Merricks heeft hoger beroep ingesteld, zie [mastercardconsumerclaim.co.uk](http://mastercardconsumerclaim.co.uk).

23 *Merricks/Mastercard and Others* [2017] CAT 16, r.o. 92 e.v.

24 Zie hierover Tzankova 2017 en Rijndorp & Tillema 2018.

25 Art. 47C (5) en (6) van de Competition Act.

26 *Merricks/Mastercard and Others* [2017] CAT 16, r.o. 127.

dragen voor een voldoende duidelijk claimformulier. Daarnaast is het een procesfinancier in Engeland & Wales niet toegestaan om (teveel) invloed of controle uit te oefenen op de eisende partij.<sup>27</sup> Ten derde is de wijze van afwikkeling van de uitspraak of schikking aan goedkeuring van de rechters onderworpen:

“In deciding to whom the damages are paid [applicant or some other entity], the Tribunal will need to be satisfied that the recipient is able and willing to make all reasonable efforts to achieve the fullest distribution to members of the class, and may seek appropriate undertakings if necessary. (...) If the Tribunal considers that the settlement is not reasonable because the amount the funder can recover out of the unclaimed proceeds is excessive having regard to the total amount of the settlement, the Tribunal would decline to approve the settlement on that ground. That should create an incentive for [Merricks] and Mastercard to renegotiate different terms; but if Mastercard considered that [Merricks] was failing to do so because he was placing the interests of the funder above those of the class members, Mastercard could apply to the Tribunal to vary the collective proceedings order by appointing a substitute class representative (...).”<sup>28</sup>

Van een mogelijk belangenconflict was daarom geen sprake, aldus de rechters.<sup>29</sup>

#### 4. Lessen voor de Nederlandse context

##### 4.1 *Het wettelijke kader voor een collectieve (schadevergoedings)actie*

Terug naar Nederland. Wat kunnen wij leren van deze Engelse ervaringen? De voorbeelden tonen dat commerciële spelers kunnen bijdragen aan de toegang tot het recht, maar dat dit gepaard kan gaan met verschillende nadelen of risico's. In de volgende paragraaf zet ik deze risico's af tegen de bepalingen in het wetsvoorstel voor een collectieve schadevergoedingsactie, in het bijzonder de kostenvergoeding. Voordat ik dat doe, zet ik eerst kort het (voorgestelde) wettelijke kader uiteen.

In Nederland is uitsluitend een stichting of vereniging voegd om een collectieve actie te initiëren of WCAM-schikking aan te gaan.<sup>30</sup> Zoals de voorbeelden in paragraaf 2 tonen, neemt dat niet weg dat deze belangenbehartiger wordt opgericht of bijgestaan door een procesfinancier en/of advocaat. Met een collectieve actie volgens de huidige

regeling (art. 3:305a BW) kan de belangenbehartiger verschillende soorten vorderingen instellen, maar niet een vordering die strekt tot schadevergoeding in geld. Wel kan het Hof Amsterdam langs de weg van de WCAM (art. 7:907 BW) op verzoek van schikkende belangenbehartiger(s) en aangesproken partij(en) een buitengerechtelijke collectieve schikking verbindend verklaren. Wetsvoorstel 34608 opent voorts de mogelijkheid voor belangenbehartigers om via artikel 3:305a BW een collectieve *schadevergoedings*actie in te stellen. Het wetsvoorstel biedt daarmee 'een stok achter de deur' voor de gevallen waarin een schadeveroorzakende partij niet bereid is om te onderhandelen.<sup>31</sup>

De voorgestelde procedure kan worden onderverdeeld in de volgende fasen. In de voorfase toetst de rechtbank onder meer (ambtshalve) de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger, waaronder de zeggenschap die het heeft over de vordering. Die dient in voldoende mate bij de belangenbehartiger en diens achterban te liggen, niet bij een eventuele procesfinancier. Daarnaast kan een rechter acht slaan op het percentage dat de belangenbehartiger (of procesfinancier) bij de achterban in rekening brengt; of het niet leidt, bijvoorbeeld, tot een disproportionele vergoeding.<sup>32</sup> Om dit te controleren kan een rechter (niet: de wederpartij) de financieringsovereenkomst opvragen en inzien.<sup>33</sup> De inhoudelijke fase leidt, in het geval van een succesvolle vordering, tot een schikking dan wel schadevaststelling door de rechter. In de staart van deze fase vindt de goedkeuring of vaststelling van de (buiten)gerechtelijke kosten plaats.<sup>34</sup> In het wetsvoorstel is een eenzijdige volledige proceskostenveroordeling opgenomen. Dat betekent dat de rechter verweerder(s) kan veroordelen tot vergoeding van de volledige (redelijke en evenredige) proceskosten van de belangenbehartiger.<sup>35</sup> Deze regel werkt één kant op; een verweerder kan er geen aanspraak op maken. Anders geredeneerd loopt een belangenbehartiger niet het risico op een volledige proceskostenveroordeling, en een verweerder wel.<sup>36</sup> Deze tegemoetkoming in de financiële lasten en het risico van het voeren van een collectieve actie is ingevoerd om belangenbehartigers te stimuleren om als zodanig op te treden. Ook beoogt het te verhinderen dat een verweerder niet wil schikken om zo de kosten van de belangenbehartiger te besparen (in een WCAM-schikking vindt vaak een kostenvergoeding plaats die het veelvoud bedraagt van een proceskostenveroorde-

27 Dit volgt uit de *champerty* en *maintenance* doctrines. Zie bijv. de Code of Conduct for Litigation Funders, beschikbaar op [associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct](http://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct), art. 9.2, 9.3 en 11.1.

28 *Merricks/Mastercard and Others* [2017] CAT 16, r.o. 136 en 139.

29 Ik kom hierop terug in par. 4.2.

30 Collectieve afwikkeling door middel van gebundelde vorderingen laat ik in dit artikel buiten beschouwing; zie hierover bijv. N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', *TPR* 2003, afl. 4, p. 1418-1423, E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 503-506 en I. Tillema, 'Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: in strijd met de openbare orde en goede zeden?', *MvV* 2014, afl. 12, p. 333-338.

31 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 1 en 4 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 1-7.

32 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 11-12 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 6, p. 25-27. Ook in eerdere debatten over (commerciële) belangenbehartigers zijn suggesties opgeworpen om bijv. een maximum te stellen aan kosten die aan de achterban in rekening worden gebracht; zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 6 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 7, p. 10 en 19.

33 Art. 3:305a lid 3, onderdeel a, BW (nieuw); *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 10-12 en 25-27 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 10.

34 Tenzij sprake is van niet-ontvankelijkheid; zie ook voetnoot 36.

35 Art. 1018I lid 2 Rv (nieuw); *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 54-55. Vgl. de kostenvergoedingsregeling in de deelgeschilprocedure als neergelegd in art. 1019a Rv; zie ook voetnoot 62.

36 Tenzij de rechter in de voorfase oordeelt dat sprake is van een ondeugdelijke vordering; zie het gewijzigde amendement van het lid Groothuizen, *Kamerstukken II* 34608, 18 en art. 1018I lid 1 Rv (nieuw).

ling conform het Liquidatietarief). Naast efficiëntie-doel-einden (het stimuleren van schikkingen) speelt dus ook hier de toegang tot het recht een belangrijke rol. Tot slot, als de actie succesvol is, vindt de afwikkeling van de schikking of uitspraak plaats. Op dat moment kunnen de benadeelden – die geen opt-out verklaring hebben afgelegd – daadwerkelijk hun schadevergoeding innen. Ook de wijze van afwikkeling van de uitspraak of schikking is aan rechterlijke goedkeuring onderworpen.<sup>37</sup>

#### 4.2 De kostenvergoeding als aanjager van toegang tot het recht of van een costs war?

Collectieve afwikkeling van massaschadezaken kan een kostbare aangelegenheid zijn.<sup>38</sup> Voor een goede werking van de collectieve schadevergoedingsactie kan het daarom nodig zijn dat belangenbehartigers voldoende worden beloofd voor hun werkzaamheden en investering in de actie.<sup>39</sup> Om die reden bevat het wetsvoorstel een (eenzijdige) volledige proceskostenveroordeling. Zoals het voorbeeld *Trafigura/Motto* toont, kunnen aan deze wijze van het vergroten van de toegang tot het recht echter ook nadelen kleven: excessieve kosten en beloningen, en de vertragende en complexe toetsing daarvan door (gespecialiseerde) rechters. Het is de vraag of de voorgestelde regeling in Nederland een vergelijkbaar effect zal hebben.

Voor de beantwoording van die vraag is allereerst van belang of in rekening gebrachte opslagen of percentages deel uitmaken van de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten of proceskostenveroordeling. De rechtspraak hierover betreft voornamelijk vooral individuele procedures, waarin dus niet een belangenbehartiger maar de benadeelde zelf deze kosten vordert. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2014 dat artikel 6:96 lid 2 onder b en c BW ook grondslag biedt voor een kostenberekening op basis van een *no cure, no pay* overeenkomst en een rechter niet noodzakelijkerwijs het aantal gewerkte uren, de verrichte werkzaamheden en een uurtarief tot uitgangspunt hoeft te nemen.<sup>40</sup> Dat neemt echter niet weg dat de aansprakelijkheid voor een dergelijke kostenvergoeding kan worden afgewezen wanneer daartegenover onvoldoende verantwoording staat van de verrichte werkzaamheden.<sup>41</sup> Voorts tonen twee goedgekeurde WCAM-schikkingen dat ook belangenbehartigers of hun financiers (lumpsum) opslagen en percentages ten

laste kunnen brengen van de aangesproken partij.<sup>42</sup> Als deze trend wordt voortgezet in collectieve schadevergoedingsacties – daarop lijkt de wetgever te duiden met diens verwijzing naar de volledige kostenvergoeding bij schikkingen – dan zou dat meebrengen dat ook daarin, bij een succesvolle actie, de rechter de lastige taak heeft om de redelijkheid en evenredigheid van die opslagen of percentages te beoordelen. Op basis van de Engelse ervaringen meen ik dat in dat geval in ieder geval een rol zou moeten spelen in hoeverre de belangenbehartiger of procesfinancier de hoogte van het percentage kan verantwoorden. Ook de *Fortis/Ageas*-schikking toont dat belangenbehartigers de taak hebben om rechters inzage te geven in en verantwoording af te leggen over hun vergoeding.<sup>43</sup> Laten zij dit na dan zou dit bijvoorbeeld kunnen worden aangemerkt als een inbreuk op artikel 21 Rv en kan de rechter wellicht ambtshalve de kostenveroordeling aanpassen (lees: matigen).<sup>44</sup>

Elders destilleerden Rijndorp en ik binnen het kader van de WCAM enkele richtinggevende factoren voor de beoordeling van de redelijkheid van de vergoeding aan belangenbehartigers en hun financiers.<sup>45</sup> Ik licht er hier één uit: de aard/omvang van de individuele schade (substantiële schade, strooischade, algemeen belang). Gelet op de geringe hoogte van de individuele schade is een actie zoals die tegen Mastercard mogelijk niet zozeer gericht op het daadwerkelijk compenseren van benadeelden, maar veeleer op de handhaving van het recht en de afschrikwekkende werking daarvan. Indien een dergelijke actie succesvol is, is het vervolgens maar de vraag of benadeelden daadwerkelijk hun schadevergoeding innen. Wat betreft de mate van rechterlijke controle meen ik dat in dergelijke gevallen een rechter kan volstaan met een marginale(re) toetsing van de vergoeding aan belangenbehartigers of financiers dan wanneer compensatie van benadeelden vooropstaat. In dat laatste geval strekt de vergoeding in mindering op de individuele schadevergoeding, zodat nauwkeuriger toetsing voor de hand ligt ter voorkoming van een excessieve vermindering van die schadevergoeding. Wanneer echter van daadwerkelijke of volledige compensatie van benadeelden geen sprake zal zijn, is het allereerst onwenselijk dat de niet-geclaimde opbrengst (volledig) terugvloeit naar de aansprakelijke partij.<sup>46</sup> Een schadeveroorzaker wordt dan immers onvoldoende geconfronteerd met de maatschappelijke kosten van zijn handelen, waardoor het afschrikwekkende karakter van het aansprakelijkheidsrecht vermin-

37 Zie art. 3:305a lid 4 BW (nieuw) en – voor een schikking – art. 1018h lid 2 en 3 Rv (nieuw) jo. art. 7:907 lid 2 onder e-g, lid 3 onder a en lid 4 BW en 1017 Rv en – voor rechterlijke vaststelling – art. 1018j Rv (nieuw). Vgl. ook Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422, r.o. 6.1 en 6.2.

38 Zie bijv. W.M. Schonewille, 'De financiering van collectieve acties', *Ondernemingsrecht* 2010/137, par. 2.1, en Tzankova 2017, p. 112-113.

39 Vgl. A.R.J. Croiset Van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 2008/6772, p. 801-802, O.A. Haazen, '20 Jaar Private Securities Litigation Reform Act – private rechtshandhaving in het Amerikaans financieel recht', *TvFR* 2017, afl. 3, p. 79 en de annotatie van W.H. van Boom bij HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JA 2007/2.

40 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797. Zie ook HR 13 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:3304, over de toewijsbaarheid van een *success fee* als onderdeel van de volledige proceskostenveroordeling in een IE-zaak.

41 Zie bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5217 en Rb. Overijssel 1 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4203.

42 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*) en Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*). Vgl. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, AW2080 en AW2082 (*Vie d'Or*).

43 Zie hierover ook de annotatie bij de *Fortis/Ageas*-eindbeschikking van I.N. Tzankova, *JOR* 2018/246 en B.J. Drijber, 'Claimtransparantie', *Ondernemingsrecht* 2018/93.

44 Vgl. P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstoring procesgedrag?*, Deventer: Kluwer 2011.

45 Rijndorp & Tillema 2018, p. 130-131.

46 Vgl. art. 7:910 lid 2 BW.

dert.<sup>47</sup> In dergelijke gevallen kan minder relevant zijn welk deel van de opbrengst bestemd is voor de belangenbehartiger, als 'premie' voor diens investering in de handhaving van het recht. De financieringsconstructie in *Merricks/Mastercard* is in dit verband een interessante route, omdat het gedeelte van de toegekende of goedgekeurde schadevergoeding dat niet wordt uitgekeerd niet wordt terugbetaald aan gedaagde, maar (deels) aan de financier van de handhavingsactie en een eventueel resterend bedrag wordt uitgekeerd aan een goed doel.<sup>48</sup> Ook de Nederlandse collectieve schadevergoedingsactie is een opt-out instrument, wat zou kunnen betekenen dat financiers kiezen voor een vergelijkbare vergoedingsconstructie.<sup>49</sup> Omdat de gedaagde in de *Merricks*-constructie geen kostenvergoeding betaalt in aanvulling op de schadevergoeding, is van een excessieve beloning minder snel sprake, althans is het voorkomen daarvan minder van belang.<sup>50</sup> Bij dit alles moet echter wel de kanttekening worden geplaatst dat het voor een rechter lastig kan zijn om ten tijde van de toetsing van de vergoeding reeds een inschatting te maken van een mogelijk 'opkomstpercentage'.

Een mogelijk nadeel van de *Merricks*-financieringsconstructie is bovendien de belangenverstremming bij de afwikkeling van de uitspraak of schikking. Zoals beschreven in paragraaf 4.1 bevat het Nederlandse wetsvoorstel daartoe twee waarborgen: de rechterlijke controle op de wijze van afwikkeling, en de toetsing van de zeggenschap van de belangenbehartiger en achterban over de actie, zoals het instemmen met een schikking of het instellen van hoger beroep. Deze zeggenschap dient in voldoende mate bij de belangenbehartiger en diens achterban te liggen en niet bij een procesfinancier. Wel is het de vraag of rechters dit ook gedurende de procedure blijven monitoren (dus niet alleen in de voorfase). Iets wat de Engelse rechters in *Merricks/Mastercard* bovendien niet aan de orde stelden, is het risico dat tussen de belangenbehartiger en aangesproken partij wordt samengespannen (*collusive behaviour*). Kort gezegd komt dit risico erop neer dat een aangesproken partij finaleit en de medewerking van een belangenbehartiger afkoopt.<sup>51</sup> In zo'n geval heeft een gedaagde weinig reden om

de rechter te verzoeken een andere belangenbehartiger aan te wijzen, zoals de Engelse rechter suggereerde.<sup>52</sup>

Van rechterlijke toetsing van vergoedingen moet bovendien geen – onrealistische – wonderen worden verwacht wat betreft het voorkomen van een algehele kostenstijging, zo tonen de Engelse ervaringen met de aansprakelijkheid van gedaagden voor *success fees*. Daarvoor is immers vooral belangrijk dat benadeelden een prikkel hebben om over de opslag of het percentage te onderhandelen en daardoor de markt voldoende aansporen om een redelijk percentage te creëren. In het geval van een opt-out instrument is die prikkel mogelijk afwezig. Benadeelden hoeven zich immers niet noodzakelijkerwijs aan te sluiten bij een belangenbehartiger. Dit is anders wanneer meerdere markspelers optreden in dezelfde massaschadezaak, zoals het geval was of is in bijvoorbeeld *Dexia*, *DSB* en *Volkswagen*.<sup>53</sup> In die gevallen kan tussen de verschillende belangenbehartigers (prijs)concurrentie plaatsvinden om zo zoveel mogelijk benadeelden aan zich te binden.<sup>54</sup> Als de markt voldoende functioneert, dan kan worden beargumenteerd dat het percentage daarop is afgestemd en ingrijpen door de rechter minder voor de hand ligt.

Het wetsvoorstel bevat dus waarborgen om de risico's tegen te gaan, maar daarmee rust een mogelijk zware last op de schouders van rechters.<sup>55</sup> In de literatuur is regelmatig de vraag opgeworpen of rechters voldoende in staat zijn om de verschillende beoogde rollen te vervullen. Zo noemt Los binnen het kader van de WCAM het mogelijke informatieprobleem.<sup>56</sup> Dit kan weliswaar worden ondervangen door het inschakelen van een onafhankelijke deskundige, die bijvoorbeeld beoordeelt of een kostenvergoeding redelijk is,<sup>57</sup> maar dit verhoogt de kosten en vertraagt de afwikkeling. Tzankova heeft voorts de vraag opgeworpen of rechters voldoende zijn toegerust om de discussie over de vergoeding

47 Vgl. R. Van den Bergh, 'Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem', *MJ* 2013, afl. 1, p. 14 en 20 en M.G. Faure & L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: Faure, Visscher & Tzankova 2015, p. 10.

48 Zie art. 47C (5) en (6) van de Competition Act.

49 Vgl. de *Fortis/Ageas WCAM*-schikking.

50 Andere risico's die samenhangen met excessieve beloningen, zoals het aanjagen van een claimcultuur en *ambulance chasing* laat ik hier echter achterwege.

51 Zie hierover bijv. J.C. Coffee, 'Class wars: The dilemma of the mass tort class action', *Columbia Law Review* 1995, afl. 6, p. 1367-1384, D.R. Hensler, 'Financing civil litigation: The US perspective', in: M.L. Tuil & L.T. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 157-158, I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 111 e.v., I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 116-117 en Rijndorp & Tillema 2018, p. 127.

52 Vgl. de mogelijkheid die de Nederlandse rechter heeft om een andere Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen; zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 21.

53 Zie hierover bijv. N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de *Dexia-affaire*', *RMThemis* 2007, afl. 2, p. 51-60, Tzankova 2012 en C.J.M. van Doorn, 'De afwikkeling van massaschade: optimale belangenbehartiging door belangenorganisaties?', *WPNR* 2013, afl. 6982.

54 Wel is een mogelijk kostenverhogende factor dat naast de Exclusieve Belangenbehartiger concurrerende belangenbehartigers als procespartij kunnen optreden. Indien bij de proceskostenveroordeling ook deze belangenbehartigers worden vergoed voor hun werkzaamheden, dan nemen de kosten voor een gedaagde toe. Zie hierover Tillema 2018, p. 479-481. Ook het type benadeelde is relevant; een professionele partij zal doorgaans beter in staat zijn om de prijs-kwaliteit verhouding te beoordelen dan een consument.

55 Biard spreekt in dit verband, metaforisch, over de rechter als herdershond, veedrijver en goede herder; A. Biard, *Judges and Mass Litigation. A (Behavioural) Law & Economics Perspective* (diss. Rotterdam), beschikbaar op [amsdottorato.unibo.it/6742/1/Biard\\_Alexandre\\_tesi.pdf](https://amsdottorato.unibo.it/6742/1/Biard_Alexandre_tesi.pdf), hoofdstuk 3. Zie ook A.P. Biard & L.T. Visscher, 'Judges and Mass Litigation: Revisiting the Judicial Cathedral through Rational Choice Theory and Behavioural Economics', *AV&S* 2014/7.

56 W.J.J. Los, 'Toepassing van de WCAM – bespiegelingen over de rol en taak van de rechter', in: W.J.J. Los e.a. (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (NVvP, nr. 28), Den Haag: Bju 2013, p. 26.

57 Ex artikel 1018i Rv (nieuw) en 1016 Rv. Vgl. *Essar Oilfield Services/Norscot Rig Management* [2016] EWHC 2361 (QB).

van belangenbehartigers aan te gaan, omdat zij bij de afwikkeling van massaschade buiten het gebaande pad van de gestandaardiseerde proceskostenveroordeling moeten treden.<sup>58</sup> Zij beveelt daarom bijscholing aan. Biard, tot slot, benoemt in een breder, sociaalwetenschappelijk verband onder meer het risico dat persoonlijke voorkeuren van rechters een rol spelen bij diens rolvulling in massaschadezaken. Zo zou het ene type rechter, gedreven door motieven zoals prestige en carrièreperspectief, van actief naar activistisch kunnen groeien, daar waar het andere type geneigd kan zijn tot passieve controle en snel zal overgaan tot goedkeuring van een schikkingsvoorstel.<sup>59</sup> Alhoewel recente rechtspraak toont dat rechters vertrouwd lijken te raken met actieve toetsing van belangenbehartiger, schikking of kostenvergoeding,<sup>60</sup> is het afwachten hoe zich dit alles verder zal ontwikkelen indien het wetsvoorstel wordt aangenomen.

## 5. Resumé en conclusie

Resumerend kunnen de mogelijke risico's die in deze bijdrage aan de orde waren en de waarborgen daartegen als volgt worden weergegeven:

kosten van de eisende partij en de daaraan verbonden risico's van excessieve beloningen en tijdrovende en complexe *satellite litigation*. Dat is niet alleen nadelig voor gedaagden, maar uiteindelijk ook voor gedupeerden en de maatschappij. Ik besprak vervolgens het alternatief uit *Merricks/Mastercard*, waarin de procesfinancier werd betaald uit de niet-geclaimde opbrengst. In deze variant worden de kosten van de actie gedragen door de gedaagde en benadeelden die hun schadevergoeding niet innen. Met name in acties waarbij het doel van afschrikking vooropstaat, kan dit een geschikte route zijn om de 'toetsingslast' van rechters te verlichten. Meer in het algemeen merkte ik over de toetsing van de vergoeding van belangenbehartigers (of daaraan gelieerde derden) op dat deze weliswaar wordt verzwaard, maar essentieel is voor een goede werking en reputatie van de collectieve afwikkeling van massaschade. Dit is echter geen eenvoudige taak. De vraag of het wetsvoorstel voldoende tegenwicht biedt aan eventuele 'Engelse toestanden' beantwoord ik daarom met een voorzichtige 'ja'. Gelet op de belangrijke maar complexe taak voor de rechter en diens grote beoordelingsvrijheid benadruk ik echter opnieuw de noodzaak om de vinger aan de pols te houden.<sup>61</sup> In

Fase procedure	Mogelijke risico	(Mogelijke) (wettelijke) waarborg
voorfase	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ondeugdelijke belangenbehartiger (excessieve beloning)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Rechterlijk inzage in en toezicht op de financieringsconstructie, o.a. percentage en zeggenschap</li> </ul>
inhoud	<ul style="list-style-type: none"> <li><i>Satellite litigation</i> (geschil in geschil)</li> <li>Complexe en tijdrovende toetsing</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Toetsing van de zeggenschap van de (gelieerde) commerciële partij</li> <li>Rechterlijk toezicht op vergoeding; maatwerk (toetsing van de omstandigheden van het geval)</li> </ul>
(proces)-kosten	<ul style="list-style-type: none"> <li>Excessieve beloning belangenbehartiger / procesfinancier</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Inschakelen van een deskundige</li> <li>Alleen de redelijke en evenredige kosten komen ten laste van verweerders</li> </ul>
afwikkeling	<ul style="list-style-type: none"> <li>Belangenconflict</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Rechterlijk toezicht op afwikkeling schikking of schadevaststelling</li> <li>Onafhankelijke <i>claims administrator</i></li> </ul>
toekomstige acties	<ul style="list-style-type: none"> <li>Toename kosten van massaschadezaken</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Strengere rechterlijke toetsing</li> <li>Functionerende markt van belangenbehartiging</li> </ul>

Collectieve afwikkeling kan om commerciële redenen interessant zijn voor belangenbehartigers, advocaten en procesfinanciers wanneer zij in geval van succes een resultaatafhankelijke beloning ontvangen. Aan de hand van twee Engelse 'toestanden' heb ik in deze bijdrage enkele risico's besproken die zijn verbonden aan een (volledige) kostenvergoeding. Aan de hand van *Trafigura/Motto* besprak ik de aansprakelijkheid van gedaagden voor de volledige proces-

het geval dat – of liever vóórdat – de (administratieve) kosten de pan uit rijzen, lijkt het mij wenselijk om na te denken over normering, indicatietarieven of andere kaders voor de vergoeding van belangenbehartigers of daaraan gelieerde derden,<sup>62</sup> en zo Engelse toestanden te voorkomen.

58 I. Tzankova, 'De Fortis schikking', *NJBlog* d.d. 4 april 2017, beschikbaar op [njb.nl/blog/de-fortis-schikking.22903.lynkx](http://njb.nl/blog/de-fortis-schikking.22903.lynkx) en Tzankova 2017, p. 118.

59 Biard 2014, p. 163-169.

60 Zie bijv. K. Rutte, 'Ontvankelijkheid van een 305a-organisatie', *TOP* 2018, afl. 4, p. 29-35 en F.J.N. van Osch, 'De rol van de rechter in het wetsvoorstel massaschade in collectieve actie', *TvPP* 2018, afl. 4, p. 113-116.

61 Cf. Tillema 2018, p. 481.

62 Vgl. de Indicatietarieven in IE-zaken en de discussie over normering van de kostenvergoedingsregeling (en uniforme toepassing daarvan) in deelgeschilprocedures; zie daarover o.a. M. Wesselink, *De deelgeschilprocedure. Kan procederen onderhandelingen stimuleren?* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016, aanbevelingen 6 en 10/p. 213 en 217, P. Oskam & Chr.H. van Dijk, 'Deelgeschilprocedure: een jaar in de praktijk', *PIV-Bulletin* 2011, afl. 5, p. 17-18 en L. Boersma, 'De kosten van de deelgeschilprocedure: enkele suggesties tot normering', *TVP* 2017, afl. 1, p. 18-28.