

Mr. drs. J. van der Tang

## RECHT DOEN AAN HET BELANG VAN GEDUPEERDEN

*Aspecten van procesfinanciering die van belang kunnen zijn bij de vorming en invulling van een rechterlijk toetsingskader ter beoordeling van vergoedingen aan derdenfinanciers van collectieve vorderingen.<sup>1</sup>*

### 1 Inleiding

Belangenorganisaties maken voor hun collectieve vorderingen in toenemende mate gebruik van financiering door derden. Zo hebben derden tot op heden bijna alle collectieve schadevergoedingsacties onder de WAMCA gefinancierd.<sup>2</sup> Deze financiers werken op basis van een resultaatafhankelijke beloning, bestaande uit een deel van de opbrengst van de vordering.<sup>3</sup>

Er zijn in Nederland geen wettelijke regels die specifiek van toepassing zijn op vergoedingen aan derdenfinanciers van (collectieve) vorderingen. Daarom kunnen deze financiers relatief makkelijk een beloning vragen die als te hoog wordt beschouwd.<sup>4</sup> De Nederlandse wetgever onderkent dit probleem en heeft hierin met de WAMCA proberen te voorzien door de rechter bij collectieve acties de mogelijkheid te bieden om de ontvankelijkheid van de belangenorganisaties mede te beoordelen op basis van hun financiering.<sup>5</sup> Bij deze beoordeling kan de rechter ook uitspraak doen over de vergoedingen die de belangenbehartigers met hun derdenfinanciers zijn overeengekomen. Een collectieve actie onder de WAMCA zal leiden tot een schikking of, na

- 
- 1 Met veel dank aan T.M.C. Arons, J.W.A. Biemans, P. Laaper en de redactie van deze bundel voor hun feedback op (een deel van een) eerdere versie(s) van deze bijdrage.
  - 2 Naar eigen zeggen maakt Stichting Onderzoek Marktinformatie (nog) geen gebruik van derdenfinanciering, zie randnummer 442 van haar dagvaarding tegen TikTok. Zie verder de dagvaarding genoemd in voetnoot 69 en besproken in paragraaf 5.1 van deze bijdrage.
  - 3 W.H. van Boom en J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2015-5, p. 188; J.L. Luiten, *Third Party Litigation Funding; Een korte introductie*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 9-10.
  - 4 Het ontbreken van regels blijkt o.m. uit *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 6, p. 6-7; A.A.L. Oving, 'De WAMCA onder de loep genomen', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2020/1, p. 17; B. Katan, 'Toetsing van commerciële procesfinanciering: naar een evenwichtig stelsel', *NTBR* 2021/33, afl. 10, p. 269.
  - 5 Art. 3:305a lid 1 jo. lid 2 aanhef en sub c BW; *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12. Zie ook art. 3:305a lid 6 BW.

inhoudelijke behandeling ervan, tot een vonnis.<sup>6</sup> In het kader van een schikking of een vonnis zal de rechter nogmaals een oordeel moeten vellen over de (uiteindelijke) vergoedingen aan derdenfinanciers.

De Europese wetgever heeft recentelijk de Richtlijn betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten (hierna: de ‘Richtlijn’) geïntroduceerd.<sup>7</sup> Momenteel is de Implementatiewet van deze Richtlijn bij de Tweede Kamer aanhangig.<sup>8</sup> De Richtlijn bevat net als de WAMCA regels over de financiering van belangenorganisaties.<sup>9</sup>

Rechters hebben, ondanks de hiervoor genoemde ontwikkelingen in regelgeving op nationaal en Unierechtelijk vlak, nog geen (verfijnd) toetsingskader op basis waarvan zij vergoedingen aan derdenfinanciers van collectieve schadevergoedingsvorderingen kunnen beoordelen.<sup>10</sup> Deze bijdrage heeft als doel om in te gaan op drie aspecten die van belang kunnen zijn bij de vorming en invulling van een dergelijk toetsingskader.

De bijdrage bestaat uit twee delen. In paragraaf 2 wordt eerst uitgelegd waarom de rechter in de WAMCA bij het beoordelen van de financiering van belangenorganisaties in het kader van ontvankelijkheid en bij een schikking of een vonnis een oordeel moet vellen over de vergoedingen aan derdenfinanciers. Daarbij, zo zal beargumenteerd worden, is het belangrijk om recht te doen aan het belang van gedupeerden. Vervolgens zal in paragraaf 3 worden gezien in hoeverre de voorgestelde implementatie van de Richtlijn veranderingen met zich brengt voor de manier waarop rechters

---

6 Art. 1018g (termijn voor beproeven schikking), 1018h (vaststellingsovereenkomst), 1018i (collectieve schadeafwikkeling), 1018j (mededeling vastgestelde collectieve schadeafwikkeling) 1018k (vonnis) Rv. In deze bijdrage ga ik uit van het onderscheid tussen ‘schikking’ en ‘vonnis’. De vraag wat goedkeuring van een schikking is (beschikking of vonnis), wordt in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. Zie daarover: E. Hoogervorst, C. Klaassen en A. Knigge, ‘Hoger beroep en cassatie in een collectieve actie op grond van de WAMCA: een blik vooruit’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2021/4, p. 116. Verder wordt in deze bijdrage uitgegaan van een procedure in eerste aanleg. Zie voorgenoemde bron over hoger beroep en cassatie in een WAMCA-procedure.

7 Richtlijn 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

8 Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten, zie *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 2 en 3. In de bijdrage wordt uitgegaan van ‘binnenlandse’ collectieve acties.

9 Zie paragraaf 3.2.

10 Oving 2020, p. 18 (als het gaat om beoordeling van vergoedingen aan derdenfinanciers in het kader van ontvankelijkheid van belangenorganisaties); M.L.A. Rijndorp en I. Tillema, ‘Over meelifers, gelukszoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben; Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2018, nr. 5 en 6, p. 129-131 (over toetsing van vergoedingen aan belangenorganisaties via art. 7:907 lid 3 aanhef en onder f, b en e BW); Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.13. Zie verder paragraaf 2.2 van deze bijdrage.

vergoedingen aan financiers moeten beoordelen. Nadat aldus het huidige collectieve actierecht is geschetst, worden vervolgens drie aspecten van procesfinanciering besproken die van belang kunnen zijn bij de vorming en invulling van een toetsingskader om vergoedingen aan procesfinanciers te beoordelen: wat procesfinanciering door derden precies inhoudt (paragraaf 4), hoe belangenorganisaties in de praktijk gebruikmaken van procesfinanciering door derden (paragraaf 5) en hoe rechters in Nederland en in Australië het gebruik van procesfinanciering bij collectieve acties hebben beoordeeld (paragraaf 6).

De keuze voor Australië als onderdeel van het derde aspect ligt voor de hand. Australië is één van de eerste landen waar procesfinanciering zich op grote schaal ontwikkelde.<sup>11</sup> Het is dan ook niet vreemd dat in de Nederlandse literatuur al enige aandacht aan het Australische recht is geschonken.<sup>12</sup> Deze bijdrage bouwt daarop voort door te bezien hoe procesfinanciering door derden is beoordeeld in Nederlandse en in Australische collectieve acties.

## 2 Toetsen binnen een WAMCA-procedure

### 2.1 Situering van de toetsen

De wetgever streeft met de WAMCA naar een balans tussen enerzijds het belang van gedupeerden (om hun rechten te kunnen verwezenlijken) en anderzijds het belang van aangesproken partijen (bescherming tegen ongefundeerde of lichtvaardige mas-saclaims).<sup>13</sup> Zo moet een belangenbehartiger belangen van gedupeerden voldoende waarborgen. Dat betekent onder meer dat zij voldoende middelen moet hebben om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de belangenbehartiger ligt.<sup>14</sup> Hierna worden de hoofdlijnen van de WAMCA-procedure besproken. Daarmee

11 R. Philips, 'Litigation funding in faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2016/11, afl. 2, p. 76; Katan 2021, p. 271. Zie ook J. Geisker en D. Luff, 'Australia', in S. Latham (red.), *The Third Party Litigation Funding Law Review; Fifth Edition*, Londen: Law Business Research Ltd 2021, p. 1-27.

12 Zie Katan 2021, p. 271-272; T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2018-2019 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 157)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 133-135; L. Spigt en J. Edixhoven, 'Over perverse prikkels bij third party financing en quota pars litis in de advocatuur', in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt, *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Serie Van der Heijden Instituut nr. 150)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 314-319; Philips 2016, p. 76-78.

13 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

14 Art. 3:305a lid 1 en lid 2 aanhef en sub c BW.

wordt zichtbaar op welke momenten de beoordeling van vergoedingen aan financiers precies plaatsvindt.

Afgaand op de wet kan een WAMCA-procedure in vier fasen worden onderverdeeld.<sup>15</sup> De eerste fase is dat een of meer belangenorganisaties een collectieve vordering instellen.<sup>16</sup> Vervolgens, in de tweede fase, beoordeelt de rechter de preliminaire verweren, wijst hij de exclusieve belangenbehartiger (“EB”) aan uit de belangenorganisaties die voldoen aan de ontvankelijkheidseisen, bepaalt hij de nauw omschreven groep waarvoor de EB opkomt, kondigt hij de procedure aan voor personen behorend tot die groep en geeft hij hen de mogelijkheid tot opt-out.<sup>17</sup> De derde fase bestaat erin dat partijen een schikking beproeven.<sup>18</sup> Wanneer de poging tot schikking niet slaagt, breekt de vierde fase aan. In deze fase gaat de rechter over tot inhoudelijke behandeling van de zaak, eindigend in een vonnis dat bindend is voor alle partijen die niet eerder zijn uitgestapt.<sup>19</sup>

De momenten waarop de rechter zal oordelen over de vergoedingen van belangenorganisaties zijn te vinden in fase 2 (ontvankelijkheid), fase 3 (schikking) en fase 4 (vonnis). Dat wordt nader toegelicht in de volgende paragrafen.

## 2.2 Toelichting op de toetsen

Dat rechters in het kader van ontvankelijkheid uitspraak mogen doen over vergoedingen aan derdenfinanciers, blijkt niet expliciet uit de wet. Dit valt wel op te maken uit de wetgevingsgeschiedenis en, impliciet, uit de in de wettekst gebruikte bewoordingen.

De rechter kan de achterliggende financieringsconstructie beoordelen nu een belangenorganisatie ‘over voldoende middelen moet beschikken om de kosten voor het instellen van een rechtsvordering te dragen, waarbij de zeggenschap over de rechtsvordering in voldoende mate bij de rechtspersoon ligt’.<sup>20</sup> In de memorie van toelich-

---

15 Horeman en De Monchy 2021, p. 270; W.H. van Boom, ‘WCA → WCAM → WAMCA’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2019-4, p. 154. Zie voor een nadere uitwerking: Arons en Koster 2019, p. 105.

16 Art. 1018c, art. 1018d Rv (indienen van een collectieve vordering voor dezelfde gebeurtenissen als waarop de collectieve vordering bedoeld in 1018c lid 1 betrekking heeft, over gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen, zie ook 1018c lid 6).

17 Art. 1018c lid 5 (toetsing preliminaire verweren), 1018e lid 1 en 3-5 (aanwijzing van een of meer exclusieve belangenbehartigers), 1018e lid 2 (bepalen nauw omschreven groep exclusieve belangenbehartiger), 1018f lid 3 (aankondiging procedure), 1018e lid 3 jo. 1018e lid 1 Rv (gebruikmaken van de mogelijkheid tot opt-out).

18 Art. 1018g en 1018h Rv.

19 Art. 1018i, 1018j en 1018k Rv.

20 Art. 3:305a lid 1 jo. lid 2 aanhef en sub c BW; *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 11-12.

ting van de WAMCA geeft de wetgever aan dat een marginale toets volstaat wanneer de rechter (in het kader van ontvankelijkheid) moet toetsen of de rechtspersoon over voldoende middelen beschikt. Het is dan voldoende 'dat een rechtspersoon kan aangeven dat hij, op het moment van toetsing, over voldoende middelen beschikt of kan beschikken om de procedure te kunnen voeren'.<sup>21</sup> In geval de belangenorganisatie gebruik maakt van derdenfinanciering, kan de rechter ook 'op basis van deze eis in combinatie met het algemene vereiste van de voldoende gewaarborgde belangen, onder meer de financieringsovereenkomst opvragen om te bekijken hoe daarin de invloed van de financier op de procedure is geregeld en of die regeling niet in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van benadeelden'.<sup>22</sup> Zo bezien lijkt de hiervoor genoemde toets uitsluitend te zien op de middelen en de zeggenschap maar niet op de hoogte van de vergoeding die een derdenfinancier voor de door haar verstrekte middelen ontvangt.

De minister heeft in de nota naar aanleiding van het verslag echter aangegeven dat de rechter bij het beoordelen van de ontvankelijkheid op basis van middelen en zeggenschap de mogelijkheid heeft om te toetsen 'of de derdenfinancier geen buitensporige en ontransparante kosten in rekening brengt voor de financiering'.<sup>23</sup>

De bevoegdheid om vergoedingen aan financiers te toetsen volgt bovendien uit de meer algemene regel dat de belangen van benadeelden voldoende gewaarborgd moeten zijn.<sup>24</sup> In dat verband zal onder andere de vraag spelen in hoeverre de betrokken benadeelden baat hebben bij een collectieve actie.<sup>25</sup> Daarvan zal geen sprake zijn wanneer benadeelden bijvoorbeeld een heel klein deel en de financiers het overgrote deel van de claimopbrengst zullen ontvangen, zonder dat daar goede redenen voor zijn.<sup>26</sup> Het voorkomen van een dergelijke situatie maakt een beoordeling van vergoedingen aan financiers verdedigbaar. De regel dat de belangen van benadeelden voldoende gewaarborgd moeten zijn, kan de rechter inkleuren met behulp van Principe III van de Claimcode.<sup>27</sup> De Claimcode is een governancecode voor stichtingen en verenigingen die het collectief verhalen van schade als doel hebben.<sup>28</sup> In

21 *Kamerstukken II* 2016/18, 34608, nr. 3, p. 20.

22 *Kamerstukken II* 2016/18, 34608, nr. 3, p. 20.

23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 25.

24 Zie de aanhef van art. 3:305a lid 2 BW.

25 C.E. Santman en R.J. Philips, 'De financiering van collectieve schadevergoedingsacties onder de WAMCA. Een inventarisatie van onzekerheden en mogelijkheden vanuit het perspectief van een procesfinancier', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2021, nr. 7/8, p. 280.

26 Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 3, p. 11.

27 Santman en Philips 2021, p. 280; A.J. Meijerink, 'Procesfinancieringseisen in de Richtlijn representatieve vorderingen en de WAMCA. Niets nieuws onder de zon of werk aan de winkel voor de Nederlandse wetgever?' *MvV* 2021, nr. 11, p. 377-378. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 25.

28 Zie de achterzijde van de Claimcode.

het voornoemde Principe staat ‘dat de financieringsvoorwaarden (waaronder begrepen de omvang en de systematiek van de overeengekomen vergoeding) redelijkerwijs niet strijdig [moeten] zijn met het collectieve belang van de (rechts)personen ten behoeve van wie de belangenorganisatie krachtens haar statutaire doelstelling optreedt’. Het Principe noemt de redelijkheid van vergoedingen dus expliciet, wat de rechter een aanknopingspunt biedt om die te beoordelen.

Impliciet volgt uit de wet en de jurisprudentie dat de rechter zich ook bij een schikking of een vonnis moet uitspreken over de (uiteindelijke) hoogte van vergoedingen aan procesfinanciers. Dit valt af te leiden uit de einduitspraak van het Hof Amsterdam waarin het de Fortisschikking verbindend verklaarde.<sup>29</sup> In deze uitspraak overwoog het hof dat de vergoedingen die de daarbij betrokken belangenorganisaties ontvingen een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de schikking waarvan het hof de redelijkheid moest beoordelen. Dit was onder meer het geval nu vergoedingen aan belangenorganisaties voor bijvoorbeeld de kosten die het gebruik van procesfinanciering met zich bracht niet ten goede zouden komen aan de gerechtigden. Dat is een logische gedachte. Een schikking zal bijvoorbeeld minder snel tot stand komen wanneer een belangenorganisatie (in de eerste instantie) een relatief hoge vergoeding vraagt en benadeelden daardoor relatief weinig ontvangen. Bij het oordeel over de redelijkheid van de schikking, zo overwoog het hof vervolgens, staan de belangen van de gerechtigden centraal. De vergoedingen aan belangenorganisaties moesten om deze redenen in de beoordeling betrokken worden.

Het hof is van mening dat een oordeel zoals hiervoor genoemd ook besloten ligt in een aantal gronden op basis waarvan een schikking afgewezen kan worden. Een schikking kan namelijk afgewezen worden wanneer belangenorganisaties niet voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten. Een afwijzing is bovendien ook mogelijk wanneer de hoogte van aan benadeelden toegekende vergoeding niet redelijk is of de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins onvoldoende zijn gewaarborgd.<sup>30</sup> De wet maakt duidelijk dat de door het hof genoemde afwijzingsgronden niet alleen gelden bij een schikking binnen de WCAM maar ook bij een schikking in een WAMCA-procedure.<sup>31</sup> Voor wat betreft een vonnis valt op dat daarvoor soortgelijke afwijzingsgronden gelden.<sup>32</sup> Het is alleen daarom al logisch dat de rechter ook in het geval van een schikking en een vonnis een oordeel zal moeten vellen over de uiteindelijke vergoedingen aan financiers.<sup>33</sup>

---

29 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*).

30 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.18; art. 7:907 lid 3 aanhef en onder f, b en e BW.

31 Art. 1018h lid 2 Rv jo. art. 7:907 lid 3 BW.

32 Art. 1018i lid 2 Rv.

33 Een ander aanknopingspunt is te vinden in art. 1018l Rv jo. art. 6:96 BW en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 9, p. 5.

De aanwezigheid van verschillende toetsmomenten heeft het gevaar in zich dat de rechter dubbel werk verricht.<sup>34</sup> Desalniettemin is het begrijpelijk als de rechter niet alleen aan het begin maar ook aan het eind van een procedure de hoogte van vergoedingen beoordeelt. De reden hiervoor is dat aan het begin van de procedure de uiteindelijke vergoeding aan derdenfinanciers nog niet vaststaat. De uiteindelijke claimopbrengst, waarvan de genoemde vergoeding afhankelijk is, zal bijvoorbeeld pas aan het einde van de procedure bekend worden. Aan het begin van de procedure kan al wel blijken dat een overeengekomen vergoeding evident excessief is. Een toets aan het begin van de procedure voorkomt dat een belangenorganisatie desondanks door blijft procederen. Wat mij betreft is het vooral onwenselijk dat er nog geen regels zijn die een duidelijk criterium bieden om vergoedingen aan financiers te toetsen. Deze vergoedingen behoren namelijk tot de kern van procesfinanciering, zoals in paragraaf 4 van deze bijdrage nader zal worden toegelicht.

### *2.3 Andere toetsen?*

In het systeem van de WAMCA worden door sommigen nog vier andere ‘toetsen’ van de vergoedingen aan derdenfinanciers gezien. In paragraaf 5.3 van deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de eerste mogelijke toets. Die houdt kort gezegd in dat belangenorganisaties zelf al vergoedingen toetsen bij de keuze om al dan niet met een procesfinancier te gaan samenwerken.

De tweede toets zou worden gedaan door benadeelden, wanneer zij zich al dan niet aansluiten bij een belangenorganisatie. De derde toets zou de ‘beauty contest’ bij de aanwijzing van de EB zijn. Stel dat meerdere belangenorganisaties een claim hebben ingediend. In dat geval, zo is de gedachte, kunnen benadeelden de vergoedingen, de kwaliteit van de dagvaardingen en het bestuur van de belangenorganisaties met elkaar vergelijken. De belangenorganisatie die op deze onderdelen het beste scoort, zou vervolgens de meeste (actieve) deelnemers aan zich kunnen binden en heeft de beste kaarten om als EB te worden aangewezen. De rechter kan bij de aanwijzing van de EB meewegen welke belangenorganisatie meest gunstige vergoedingsvoorwaarden heeft. Er zou sprake zijn van een vierde toets wanneer benadeelden die zich niet bij een belangenorganisatie hebben aangesloten, gebruikmaken van hun recht van opt-out.<sup>35</sup>

In paragraaf 5.3 zal blijken dat belangenorganisaties nog steeds tamelijk summier zijn met het geven van informatie over de financiering waarvan zij gebruik maken. Het is voor benadeelden daarom lastig om op basis van die informatie te beoordelen in hoeverre een bepaalde vergoeding redelijk is. Het zal voor hen ook een uitdaging

---

<sup>34</sup> Hoe deze toetsen zich precies tot elkaar verhouden, bijvoorbeeld als het gaat om de zwaarte ervan, wordt in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. Zie daarover Santman en Philips 2021, p. 283.

<sup>35</sup> Santman en Philips 2021, p. 281.

zijn om op basis van de hoogte van de afgesproken vergoeding te beslissen of zij zich bij een belangenorganisatie moeten aansluiten (tweede en derde toets), dan wel gebruik moeten maken van de mogelijkheid tot opt-out (vierde toets), vanwege het gebrek aan transparantie. Vooralsnog is het dus de vraag in hoeverre benadeelden vergoedingen aan financiers kunnen 'toetsen'. Als benadeelden daarvoor al genoeg informatie hebben, zal de praktijk nog moeten uitwijzen in hoeverre ze dan ook daadwerkelijk tot het 'toetsen' van vergoedingen overgaan.

In hoeverre kan de rechter bij de aanwijzing van de EB meewegen welke belangenorganisatie de meest gunstige vergoedingsvoorwaarden heeft? Bij de aanwijzing van de EB moeten de volgende omstandigheden in aanmerking nemen: (a) de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt, (b) de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang, (c) andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte en (d) eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen.<sup>36</sup> Zo bezien is het niet aannemelijk dat de rechter bij de aanwijzing van de EB (in fase 2) ook meeweegt welke belangenorganisatie de meest gunstige vergoedingsvoorwaarden hanteert. De vraag óf de vergoedingen redelijk zijn, is bij de aanwijzing van de EB ook al wel beantwoord. De aanwijzing van de EB zal namelijk plaatsvinden nadat de rechter heeft geoordeeld over de ontvankelijkheid van de belangenorganisaties en dus over de hoogte van vergoedingen aan hun financiers. De EB moet immers een ontvankelijk verklaarde belangenorganisatie zijn.<sup>37</sup>

### 3 De Richtlijn

#### 3.1 De Aanbeveling over de hoogte van vergoedingen aan financiers

Hierna bespreek ik de aanbeveling van de Europese Commissie over 'gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de EU-lidstaten' (hierna: Aanbeveling).<sup>38</sup> De Aanbeveling ging aan de Richtlijn vooraf en bevatte een aantal concrete handvatten voor de toetsing van vergoedingen aan financiers. De EC beval bijvoorbeeld aan dat procedures voor collectief verhaal eerlijk, billijk, snel en niet buitensporig duur mogen zijn.<sup>39</sup> Een hoge vergoeding aan derdenfinanciers kan in theorie tot gevolg hebben dat de procedure buitensporig duur wordt. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer 90%

---

<sup>36</sup> Art. 1018e lid 1 Rv; *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 3, p. 8-9.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 3, p. 8.

<sup>38</sup> Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU).

<sup>39</sup> Aanbeveling 2.



van de claimopbrengst aan de financier ten goede komt en de benadeelden genoeg moeten nemen met 10% terwijl de procesfinancier bijvoorbeeld slechts een gering risico loopt. De EC beval verder aan dat een private derde partij die een collectieve vordering financiert daarvoor geen buitensporige rente mag rekenen.<sup>40</sup> De financier zou dan dus wel een vergoeding mogen ontvangen ('rente') maar die zou niet te hoog mogen zijn ('buitensporige').

De EC gaf ook andere aanbevelingen inzake financiering. Deze aanbevelingen gingen bijvoorbeeld over transparantie en zeggenschap en behoeven in deze bijdrage daarom geen inhoudelijk bespreking.<sup>41</sup> Overigens beval de EC ook aan dat de vergoeding van een advocaat en de wijze waarop deze wordt berekend, niet van dien aard is dat zij stimuleert tot het voeren van geschillen die overbodig zijn in het belang van een partij.<sup>42</sup> Resultaatafhankelijke honoraria die een dergelijke stimulans kunnen vormen, zijn verboden.<sup>43</sup> De EC zal het daarom ook onwenselijk hebben geacht wanneer derdenfinanciers 'overbodige geschillen' gaan voeren, gelokt door de resultaatafhankelijke vergoedingen die ze daarvoor bij succes zouden kunnen ontvangen.

### *3.2 Regels voor vergoedingen aan financiers in de Richtlijn?*

Na de Aanbeveling volgde (uiteindelijk), als onderdeel van de Europese New Deal for Consumers, de richtlijn betreffende representatieve vorderingen. In de Richtlijn is een artikel opgenomen dat gaat over de financiering van belangenorganisaties.<sup>44</sup> Anders dan de Aanbeveling doet vermoeden, zal hierna duidelijk worden dat geen

---

40 Aanbeveling 16(c).

41 Transparantie: Aanbeveling 14, vgl. overweging 18. Zeggenschap: Aanbeveling 16(a).

42 Aanbeveling 19.

43 Aanbeveling 20.

44 Zie voor de New Deal for Consumers: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité 'Een "new deal" voor consumenten', COM/2018/183; Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, COM (2018) 184; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, COM (2018) 185. De New Deal for Consumers heeft niet alleen geleid tot de Richtlijn maar ook tot Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie. Zie: <[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/review-eu-consumer-law\\_nl](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/review-eu-consumer-law_nl)> (geraadpleegd op 25 februari 2022).

van de bepalingen ervan expliciet gaat over de hoogte van vergoedingen aan derden-financiers.<sup>45</sup>

De Europese lidstaten moeten in gevolge de Richtlijn ervoor zorgen dat bij door derden gefinancierde collectieve vorderingen<sup>46</sup> gericht op herstelmaatregelen belangenconflicten worden voorkomen. Financiering afkomstig van derden met een economisch belang mag er ook niet toe leiden ‘dat de collectieve vordering afleidt van de bescherming van de collectieve belangen van consumenten’.<sup>47</sup> Lidstaten moeten ter voorkoming van belangenconflicten en ter bescherming van belangen van consumenten er met name voor zorgen dat besluiten van belangenorganisaties<sup>48</sup> ‘niet onrechtmatig door een derde worden beïnvloed ten nadele van de collectieve belangen die bij de representatieve vordering zijn betrokken’. Verder hebben zij ervoor te zorgen dat ‘de representatieve vordering niet wordt ingesteld tegen een verweerder die een concurrent is van de financier of tegen een verweerder waarvan de financier afhankelijk is’.<sup>49</sup>

Bij representatieve vorderingen met het oog op herstelmaatregelen moeten rechtbanken de bevoegdheid hebben om de naleving van voornoemde regels te beoordelen wanneer daarover ‘gerede twijfel rijst’. Belangenorganisaties moeten daartoe aan de rechtbank<sup>50</sup> ‘een financieel overzicht met de financieringsbronnen waarop een beroep is gedaan om de representatieve vordering te ondersteunen’ verstrekken.<sup>51</sup> Ten slotte moeten lidstaten ervoor zorgen dat rechtbanken bij optreden vanwege overtreding voornoemde regels ‘de bevoegdheid hebben om passende maatregelen te treffen’. Een maatregel is bijvoorbeeld dat de belangenorganisatie de financiering moet weigeren of wijzigen of dat de procesbevoegdheid van de desbetreffende organisatie verworpen wordt. Dat mag overigens geen afbreuk doen

---

45 De financiering van belangenorganisaties komt ook aan de orde in art. 4 lid 3 onder e en f Richtlijn. Deze bepalingen gaan evenmin (expliciet) over de hoogte van vergoedingen aan financiers.

46 De Richtlijn spreekt van ‘representatieve vordering’, in art. 3 sub 5 omschreven als ‘een vordering ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten die door een bevoegde instantie als eisende partij namens consumenten wordt ingesteld met het oog op een stakingsmaatregel, een herstelmaatregel, of beide’. Voor de leesbaarheid gebruik ik de term ‘collectieve vordering’.

47 Art. 10 lid 1 Richtlijn.

48 De Richtlijn hanteert de term ‘bevoegde instantie’, gedefinieerd als ‘iedere organisatie of overheidsinstantie die de belangen van consumenten vertegenwoordigt en die door een lidstaat is aangewezen als krachtens deze richtlijn bevoegd om een representatieve vordering in te stellen’, art. 3 sub 4 Richtlijn. Voor de leesbaarheid gebruik ik de term ‘belangenorganisatie’.

49 Art. 10 lid 2 sub a en sub b Richtlijn.

50 De Richtlijn spreekt over ‘rechtbanken of administratieve autoriteiten’, in de bijdrage wordt omwille van de leesbaarheid en met het oog op focus ervan alleen gesproken over ‘rechtbank(en)’. Vgl. *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 4.

51 Art. 10 lid 3 Richtlijn.

aan de rechten van consumenten die bij zijn representatieve vordering betrokken zijn.<sup>52</sup>

Het is opvallend dat de Richtlijn wel regels bevat over belangenconflicten (en transparantie) maar niet over de hoogte van vergoedingen. Een hoge vergoeding is immers in principe niet in het belang van de consument en zal dus kunnen leiden tot een belangenconflict. Daarom zijn excessieve vergoedingen niet in de geest van de Richtlijn alhoewel zij daarover geen regels bevat. De rechter zal dus ook bij een excessieve vergoeding de mogelijkheid moeten hebben om de belangenorganisatie bijvoorbeeld te verplichten dat zij de financiering weigert of wijzigt. Het ‘weigeren’ van financiering zal wel verregaande consequenties kunnen hebben. Stel dat een procesfinancier al financiering heeft verstrekt voor het op touw zetten van een collectieve vordering. Wat zal dan gebeuren als de financiering daarna, in het kader van een beslissing over de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie, door de rechter wordt ‘geweigerd’? Raakt de procesfinancier zijn financiering dan kwijt?

Ter implementatie van de regels van de Richtlijn voor binnenlandse collectieve vorderingen heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om een nieuw onderdeel aan art. 3:305a lid 2 BW toe te voegen (sub f). Volgens dit voorgestelde onderdeel zijn de belangen van benadeelden voldoende gewaarborgd wanneer de belangenorganisatie beschikt over ‘een financiering van de rechtsvordering die niet afkomstig is van een financier die afhankelijk is van degene tegen wie de rechtsvordering zich richt (...)’.<sup>53</sup> Voor het overige neemt de wetgever aan dat de eisen van de Richtlijn ten aanzien van financiering van belangenorganisaties al zijn omgezet.<sup>54</sup> Hiervan uitgaande brengt de Richtlijn geen noemenswaardige veranderingen voor wat betreft de rechterlijke toetsing van vergoedingen aan financiers. De Richtlijn onderstreept wel dat het belangrijk is om collectieve belangen van consumenten te beschermen, ook bij het vellen van een oordeel over de financiering van belangenorganisaties, waaronder begrepen de hoogte van eventuele vergoedingen.

Hierna worden drie aspecten van procesfinanciering besproken die van belang kunnen zijn bij de vorming en invulling van een toetsingskader op basis waarvan rechters vergoedingen aan derdenfinanciers van collectieve schadevergoedingsvorderingen kunnen beoordelen. Het eerste aspect is wat procesfinanciering door derden precies inhoudt.

<sup>52</sup> Art. 10 lid 4 Richtlijn.

<sup>53</sup> *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 2, p. 2. Zoals de tekst van het onderdeel duidelijk maakt, geldt dit vereiste alleen van toepassing op rechtsvorderingen ter bescherming van een belang als bedoeld in art. 2 lid 1 Richtlijn.

<sup>54</sup> Het gaat om de eisen gesteld in art. 10 lid 1 en 2, sub a en in lid 3 en lid 4 van de Richtlijn, volgens de wetgever al verwerkt in resp. art. 3:305a lid 2 onderdeel c BW en art. 1018 lid 1 onderdeel d Rv jo. art. 3:305a lid 2 sub c BW. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36034, nr. 3, p. 24-25.

## 4 Aspect I: Het karakter van procesfinanciering door derden

### 4.1 Mogelijke rechtsverhoudingen en financieringsafspraken

Procesfinanciering door derden wordt in het algemeen omschreven als ‘de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in een vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een claimant in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken’.<sup>55</sup> De rechtsverhouding kan verschillende vormen aannemen. In de kern gaat het echter steeds om een persoon die meent dat hij een vorderingsrecht tot betaling van een geldsom of schadevergoeding heeft op een wanpresterende wederpartij of laedens en ‘belooft om een deel van de uiteindelijke opbrengst van de vordering (...) af te staan aan een derde’.<sup>56</sup> Deze derde heeft geen bestaande betrokkenheid bij de zaak. In ruil voor deze beloning neemt de derde bijvoorbeeld de kosten van advocaten, deskundigen, griffierechten op zich.<sup>57</sup> De hiervoor genoemde omschrijving gaat in grote lijnen ook op voor een door derden gefinancierde collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW. Een in het oog springend verschil is dat bij een collectieve actie aan de claimende zijde geen twee maar tenminste drie belanghebbende partijen betrokken zijn: de groep claimanten, de claimorganisatie en de derdenfinancier.<sup>58</sup>

Procesfinanciering heeft trekken van *no cure no pay* (resultaatafhankelijk) en *contingency fee* (beloning in de vorm van een percentage van de opbrengst van de vordering).<sup>59</sup> Procesfinanciers zullen als beloning altijd een deel van de claimopbrengst ontvangen. De afspraak die daaraan ten grondslag ligt, kan zijn dat procesfinanciers een bepaald percentage zullen ontvangen, bijvoorbeeld 25% van de opbrengst van de vordering. Procesfinanciers kunnen ook een resultaatafhankelijke vergoeding ontvangen in de vorm van een vermenigvuldiging van de daadwerkelijk gemaakte kosten (multiple).<sup>60</sup> Een procesfinancier die een beloning ontvangt in de vorm van een multiple, zal meer baat kunnen hebben bij hoge kosten dan bij een hoge claimopbrengst. Stel dat een zaak met een vergoeding voor de financier in de vorm van een multiple van daadwerkelijk gemaakte kosten vroegtijdig wordt geschikt. Stel verder dat de financier op dat moment nog niet zoveel financiering heeft verstrekt en dat hij er rekening mee hield dat de zaak veel langer zou duren, veel meer zou kosten maar wel het bedrag zou opleveren waarvoor vroegtijdig geschikt wordt. In dat geval zal

---

55 Van Boom en Luiten 2015, p. 188.

56 Van Boom en Luiten 2015, p. 188.

57 Van Boom en Luiten 2015, p. 188.

58 Bauw 2018, p. 161.

59 Van Boom en Luiten 2015, p. 188.

60 A. Burri and G.M. Solas, ‘Third-party funding under the EU’s New Representative Actions Directive’, *Global Competition Law Review* 2022, 15(1), p. 34; Santman en Philips 2021, p. 277.

een financier een vergoeding ontvangen die lager is dan waar hij op gerekend had, ook al is de claimopbrengst hoog.<sup>61</sup>

Procesfinanciering hoeft niet uitsluitend te bestaan uit het verstrekken van kapitaal. Het leveren van ‘diensten’ in ruil voor een deel van de claimopbrengst bij succes behoort ook tot de mogelijkheden. Hierbij moet worden gedacht aan advies en bijstand op juridisch en financieel gebied over de inhoud van de claim, de inrichting en de *governance* van de belangenorganisatie, het organiseren van de front- en back-office, het verzorgen van publiciteit, de administratie van claims.<sup>62</sup> De procesfinancier kan dus actief bij een collectieve actie betrokken zijn. Deze betrokkenheid is van dien aard dat de procesfinancier mede-initiatiefnemer van een collectieve actie kan zijn.<sup>63</sup> Volgens Katan kan het bij dit soort zaken zelfs typisch zijn dat de procesfinancier een vordering op touw zet waarvoor de leden van de achterban zich nooit actief hebben geïnteresseerd.<sup>64</sup> Hier wordt in paragraaf 5.3 van deze bijdrage op ingegaan.

#### 4.2 Mogelijke aanbieders van procesfinanciering

Procesfinanciering kan worden aangeboden door verschillende soorten (commerciële) partijen, denk aan banken gespecialiseerde procesfinanciers, advocatenkantoren die *funding* aanbieden en crowdfunders. Procesfinanciering via een beursgang behoort ook nog tot de mogelijkheden.<sup>65</sup> Procesfinanciering verstrekt door een partij die financiert met kapitaal afkomstig van investeerders kan tot gevolg hebben dat een investeerder indirect een proces financiert tegen een verweerder waarbij hij eveneens als investeerder betrokken is. Dat kan in de praktijk dus leiden tot belangenconflicten tussen enerzijds de financier en anderzijds de belangenorganisatie en de betrokken zijnde benadeelden.<sup>66</sup>

De variëteit aan partijen kan zijn weerslag hebben op de hoogte van vergoedingen die zij voor hun financiering vragen. Een typische procesfinancier zal zich bij het verstrekken van procesfinanciering wellicht laten leiden door een gedragscode voor procesfinanciers waaraan hij zich zegt te conformeren en waarin ook regels staan over vergoedingen.<sup>67</sup> Advocatenkantoren kunnen zich bij het overeenkomen van een vergoeding laten leiden door (resultaatafhankelijke) vergoedingen die zij normaal gesproken voor rechtszaken

61 M. Burzec, ‘Pricing in litigation funding’ (22 februari 2022) <<https://sentryfunding.co.uk/insights/pricing-in-litigation-funding/>> (geraadpleegd op 10 maart 2022).

62 Bauw 2018, p. 164;

63 *Kamerstukken II* 2021/22, 36034, nr. 3, p. 25.

64 Katan 2021, p. 269.

65 Bauw 2018, p. 163 (voetnoot 29); W.M. Schonewille, ‘Over litigation funding: relevante praktische en juridische aspecten’, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2019/6, p. 19.

66 Vgl. overweging 52 en art. 10 lid 2 sub b Richtlijn.

67 Zie bijvoorbeeld art. 2.5 en 2.6 van de Code of Conduct of Litigation Funders van de Association of Litigation Funders of England and Wales.

overeenkomen. Het is voor Nederlandse advocatenkantoren weliswaar verboden om uitsluitend op basis van een resultaatafhankelijke vergoeding te werken,<sup>68</sup> maar dit verbod geldt niet voor bijvoorbeeld Amerikaanse advocatenkantoren. Deze kantoren kunnen in Nederland dan ook de facto de rol van financier op zich nemen. In de volgende paragraaf zal blijken dat daar bij collectieve acties ook daadwerkelijk sprake van is.

## 5 Aspect II: Het gebruik van procesfinanciering bij vorderingen onder de WAMCA

De praktijkervaringen met procesfinanciering zijn voor deze bijdrage in kaart gebracht met behulp van een analyse van dagvaardingen van collectieve schadevergoedingen onder de WAMCA zoals te vinden in het Centraal register voor collectieve vorderingen.<sup>69</sup> Hierbij is met name antwoord gezocht op de vraag wat uit dagvaardingen (en bronnen waarnaar zij verwijzen)<sup>70</sup> blijkt over: (i) welke procesfinanciers bij welke collectieve vorderingen betrokken zijn; (ii) welke financieringsconstructies gebruikt worden; en (iii) hoe de door procesfinanciers verstrekte financiering tot stand is gekomen. De analyse geeft slechts een eerste indruk van praktijkervaringen met de WAMCA. De informatie laat al wel zien in hoeverre de mogelijkheden zoals in de vorige paragrafen geschetst ook in de praktijk zichtbaar zijn.

### 5.1 *Procesfinanciers van WAMCA-vorderingen*

Derdenfinanciers van collectieve schadevergoedingsvorderingen bestaan voor een belangrijk deel uit buitenlandse procesfinanciers die gespecialiseerd zijn in het financieren van rechtszaken en behoren tot organisaties voor procesfinanciers. Deze

---

68 Art. 7.7 Verordening op de advocatuur. Het is voor advocaten niet verboden om gedeeltelijk op basis van een resultaatafhankelijke vergoeding te werken. Dat blijkt uit de toelichting op art. 7.7. Volgens deze toelichting is er geen ‘wezenlijk bezwaar’ tegen ‘resultaatgerelateerde incassoafspraken’. Het is voor advocaten bijvoorbeeld mogelijk om ‘in de eerste instantie een lager (uur)tarief te rekenen wat verhoogd wordt bij positief gevolg aan de hand van een percentage van de waarde’. Het lagere uurtarief moet wel kostendekkend zijn en dus ‘voorzien in een bescheiden honorarium voor de advocaat’.

69 De analyse betreft dagvaardingen van collectieve schadevergoedingsacties ingediend in de periode 1 januari 2020 tot 26 januari 2022 tegen resp. Volkswagen cs (Stichting Car Claim), Daimler AG cs (Stichting Diesel Emissions Justice, Stichting Car Claim en Stichting Emission Claim), Oracle en Salesforce (Stichting The Privacy Collective), Fiat Chrysler Automobiles NV cs (Stichting Diesel Emissions Justice), Renault cs (Stichting Emission Claim, Stichting Car Claim en Stichting Diesel Emissions Justice), TikTok (Stichting Onderzoek Markinformatie, Stichting Take Back Your Privacy en Stichting Massaschade & Consument), Stellantis NV e.a. (Stichting Emission Claim, Stichting Car Claim en Stichting Diesel Emissions Justice), Airbnb (Stichting Massaschade & Consument en Stichting Aequitas Belangenbehartiging), Apple (stichting Right to Consumer Justice) en Airbus SE (Stichting Investor Loss Compensation).

70 Het gaat hierbij om bronnen van belangenorganisaties en hun financiers: websites, documenten waarin uitgelegd wordt hoe voldaan is aan de Claimcode en jaarverslagen. Voor zover ik me op deze bronnen baseer zal ik daarnaar verwijzen in de volgende voetnoten.

financiers zijn betrokken bij collectieve vorderingen tegen autobedrijven, softwarebedrijven (Oracle en Salesforce), een sociale mediaplatform (TikTok), een platform voor verhuur van accommodaties (Airbnb) en een luchtvaartmaatschappij (Airbus).<sup>71</sup> De meeste andere derdenfinanciers zijn (in feite) Amerikaanse advocatenkantoren.<sup>72</sup> Deze ‘financiers’ zijn betrokken bij vorderingen tegen autobedrijven en een technologiebedrijf (Apple).<sup>73</sup> Een van de collectieve vorderingen is nog niet door derden gefinancierd. De belangenbehartiger die deze vordering heeft ingediend heeft al wel de eerste stappen gezet richting financiering door middel van crowdfunding.<sup>74</sup>

De variëteit die in theorie denkbaar is (paragraaf 4.1), is dus ook te zien bij de door derden gefinancierde WAMCA-vorderingen. Daarbij valt op dat de gespecialiseerde procesfinanciers bij meer soorten acties betrokken zijn dan de Amerikaanse advocatenkantoren, afgaand op de partijen waartegen de acties gericht zijn. In hoeverre zijn de bij WAMCA-procedures betrokken financiers echter ‘geschikt’, bijvoorbeeld doordat zij ervaring hebben met het verstrekken van procesfinanciering (bij procedures tegen bepaalde partijen) en hoeveel waarde moet de rechter daaraan hechten? Hoe moet de rechter omgaan met de variëteit aan procesfinanciers waarvan in de praktijk sprake is? In paragraaf 6.1 van deze bijdrage zal in ieder geval blijken dat WCAM-jurisprudentie ruimte biedt om bij het beoordelen van vergoedingen rekening te houden met het type procesfinancier. Die ruimte lijkt er daarom ook te zijn voor de beoordeling van vergoedingen aan financiers in WAMCA-zaken.

71 Zie de dagvaardingen van stichting The Privacy Collective tegen Oracle en Salesforce (nr. 901), Stichting Car Claim tegen Daimler A.G. cs (nr. 220), Renault cs (nr. 532) en Stellantis NV e.a. (nr. 582), Stichting Massaschade & Consument tegen TikTok (nr. 51) en tegen Airbnb (nr. 51) en Stichting Investor Loss Compensation tegen Airbus SE (nr. 387).

72 Vgl. Katan 2021, p. 270-271. De door mij bedoelde organisaties van procesfinanciers zijn: de International Legal Finance Association (ILFA), de Association of Litigation Funders of England and Wales (ALF) en The Association of Litigation Funders of Australia (ALFA).

73 Zie de dagvaardingen van Stichting Diesel Emissions Justice (SDEJ) tegen resp. Volkswagen cs, (nr. 394 en 421) en tegen Daimler A.G. cs (nr. 699 en 726). In de dagvaardingen van SDEJ tegen Fiat Chrysler Automobiles NV cs, Renault en Stellantis NV e.a. blijkt uit de omschrijving van *Funder* in het overzicht van afkortingen en definities zoals te vinden op resp. p. 35, p. 4 en p. 54 dat de derdenfinancier van deze acties gelijk is aan die van SDEJ tegen Volkswagen cs en Daimler A.G. cs. Zie verder de dagvaardingen van Stichting Emission Claim tegen Daimler A.G. cs (nr. 3.62), Renault cs (nr. 11.46) en Stellantis NV cs (nr. 11.48) en van stichting Right to Consumer Justice tegen Apple (nr. 12.59).

74 Dagvaarding Stichting Onderzoek Marktinformatie tegen TikTok (nr. 434). Niet in de lopende tekst van deze bijdrage genoemd is een financier waarover vooralsnog nauwelijks informatie te vinden is (BGPL I Funding Limited). Zie dagvaarding Stichting Take Back Your Privacy tegen TikTok (nr. 16.58). Verder – evenmin in de lopende tekst genoemd, wordt een vordering gefinancierd door Consumentenbond Claimservice. Zie daarvoor de dagvaarding Stichting Aequitas Belangenbehartiging tegen Airbnb Ireland UC (nr. 34).

## 5.2 Omvang en structuur van vergoedingen

De dagvaardingen en bronnen waarnaar zij verwijzen verschaffen niet alleen duidelijkheid over de betrokken derdenfinancier maar ook over de gemaakte financieringsafspraken, onder meer ten aanzien van de omvang en de systematiek van de overeengekomen vergoeding.<sup>75</sup> De beloning van derdenfinanciers kan bestaan uit een vast percentage van de claimopbrengst, bijvoorbeeld 25%.<sup>76</sup> De beloning van een derdenfinancier kan verder gebaseerd zijn op een door de belangenorganisatie en derdenfinancier overeengekomen (minimum- en) maximumpercentage van de claimopbrengst, eventueel gecombineerd met een multiple.<sup>77</sup> Een derde variant is dat procesfinanciers en belangenorganisaties van tevoren een aantal vaste percentages afspreken. Denk bijvoorbeeld aan percentages van 25%, 15% of 10%, die afhangen van de uiteindelijke hoogte van de claimopbrengst en/of het aantal benadeelden waarvan de claimstichting de belangen behartigt.<sup>78</sup> In alle drie de varianten is de uiteindelijke beloning aan procesfinanciers niet alleen onzeker omdat de gefinancierde procedure verloren kan worden maar ook omdat het percentage voorafgaand aan de procedure nog niet helemaal vast hoeft te liggen.<sup>79</sup>

Alleen rechters kunnen financieringsovereenkomsten van financiers en belangenorganisaties inzien en dus op basis daarvan een oordeel vormen over de redelijkheid van daarin afgesproken vergoedingen beoordelen. Wat belangenorganisaties en procesfinanciers precies in financieringsovereenkomsten hebben afgesproken kan door andere partijen, vanwege het vertrouwelijke karakter van de overeenkomsten, vooralsnog eigenlijk bijna alleen maar ingeschat worden op basis van ‘externe’ bronnen.

---

75 Zie bijvoorbeeld de dagvaardingen SDEJ tegen Volkswagen cs (nr. 418-421), Daimler A.G. cs (nr. 723-726), Fiat Chrysler Automobiles NV cs (nr. 551), Renault cs (nr. 235) en Stellantis NV e.a. (nr. 583). In de dagvaarding tegen Fiat Chrysler Automobiles NV cs wordt voor de manier waarop de stichting aan de Claimcode voldoet verwezen naar de website. In de dagvaardingen tegen Renault cs en Stellantis NV e.a. wordt verwezen naar producties die niet publiek toegankelijk zijn. SDEJ heeft op haar website een Claim Code Compliance Document 2019 en een Claim Code Compliance Document 2020 waarin zij uitlegt hoe de stichting aan Principe III van de Claimcode voldoet.

76 Zie <<https://emissionclaim.nl/about>> (geraadpleegd op 17 februari 2022).

77 Maximumpercentage: Stichting Diesel Emissions Justice Claimcode Compliance Document regarding the year 2020 – “Governance Statement”, nr. 11. Minimum- en maximumpercentage: Stichting Volkswagen Car Claim, ‘Compliance Overview Claim Code 2019’, p. 20. Zie ook de dagvaardingen Stichting Car Claim tegen Daimler A.G. cs (nr. 218), Renault cs (nr. 530) en <<https://stichtingcarclaim.com/#faq>> (geraadpleegd op 17 februari 2022); Dagvaarding Stichting Investor Loss Compensation tegen Airbus SE (nr. 389).

78 Percentage afhankelijk van de hoogte van de uiteindelijke claimopbrengst: dagvaarding stichting The Privacy Collective tegen Oracle en Salesforce (nr. 918). Vgl. <<https://www.massaschadeconsument.nl/collectieve-acties/tiktok/>> (geraadpleegd op 17 februari 2022). Percentage afhankelijk van het aantal benadeelden (alle gedupeerden of alleen de aangemelde deelnemers): dagvaarding Stichting Massaschade & Consument tegen Airbnb Ireland UC (nr. 53).

79 Vgl. Paragraaf 4.1.



Voorbeelden van dergelijke bronnen zijn (inter)nationale literatuur,<sup>80</sup> jurisprudentie,<sup>81</sup> en, ten slotte, gedragscodes en soortgelijke ‘regels’ waaraan procesfinanciers zich naar eigen zeggen conformeren en waarin onder meer randvoorwaarden voor procesfinancieringsovereenkomsten zijn opgenomen.<sup>82</sup> Een dergelijke ‘inschatting’ is nuttig omdat zij meer licht kan werpen op de vraag wanneer een vergoeding al dan niet redelijk is. Een hoog vergoedingspercentage kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd worden in het licht van andere financieringsafspraken. Stel dat bepaalde afspraken over bijvoorbeeld de omvang van het ter beschikking gestelde budget voor belangenorganisaties gunstig zijn maar voor een derdenfinancier veel risico’s met zich brengen. In dat geval zou een hoog vergoedingspercentage wellicht (meer dan anders) verdedigbaar kunnen zijn.

Het maken van een inschatting heeft beperkingen. De beschikbare bronnen over financieringsovereenkomsten gaan bijvoorbeeld voor een belangrijk deel over gespecialiseerde procesfinanciers en niet over andere financiers zoals advocatenkantoren en crowdfunders. Dit terwijl financiering van collectieve vorderingen ook van deze ‘niet-gespecialiseerde’ financiers afkomstig kan zijn. Bovendien moet bij een dergelijke inschatting rekening worden gehouden met het eigensoortige karakter van het Nederlandse en Europese collectieve actierecht, waardoor niet elke type financieringsafpraak, bijvoorbeeld ten aanzien van zeggenschap over de vordering, acceptabel zal zijn.<sup>83</sup>

80 Zie o.m. R. Philips, ‘Netherlands’, in: Latham 2021, par. ‘Structuring the agreement’; A. Lempiner en J. Barnes, ‘The litigation funding agreement’, in: S. Friel (red.), *The Law and Business of Litigation Finance*, Londen: Bloomsbury Professional 2020, p. 143-160; L. Bench Nieuwveld en V.S. Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2017, p. 21-42; Philips 2016, p. 83-84; M. Steinitz en A.C. Field, ‘A Model Litigation Finance Contract’, *Iowa Law Review* 2014, jrg. 99, p. 711-772; M. Steinitz, ‘The Litigation Finance Contract’, *William & Mary Law Review* 2012-2013, jrg. 54, nr. 2, p. 455-518.

81 Zie o.m. het voorbeeld uit de jurisprudentie, besproken in: G. Solas, *Third Party Funding: Law, Economics and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 259-260.

82 De ILFA heeft *best practices*, zie wat de organisatie op haar website zegt over ‘Clarity’, <<https://www.ilfa.com/#best-practice>> (geraadpleegd op 24 februari 2022). De ALF heeft een *Code of Conduct*, zie daarvan m.n. art. 8 en 10-13. De ALFA ten slotte werkt met zogenaamde *Best Practice Guidelines*, waarvan m.n. art. 8 en 11-16 over procesfinancieringsovereenkomsten gaan. Procesfinanciers betrachten zelf wel enige mate van transparantie, zie m.n. <<https://www.lflf.co.uk/solutions/documents/>> (geraadpleegd op 24 februari 2022).

83 Vgl. I. Tillema, ‘Naar een gebalanceerde mate van transparantie rondom procesfinanciering bij mas-saschadezaken’, in: Borrius e.a. 2019, p. 286; art. 3:305a lid 2 sub c BW; M.H.C. Sinnighe Damsté en T. Thuijs, ‘Collectief schadeverhaal in kartelschadezaken’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade (Onderneming en recht nr. 108)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 184.

### 5.3 Totstandkoming van vergoedingen

De vergoeding die een deelnemer bij succes aan een belangenorganisatie verschuldigd is, is volgens sommigen al ‘uitgebreid en onafhankelijk getoetst’, niet alleen door benadeelden (paragraaf 2.3) maar ook, in de eerste plaats, door de belangenorganisatie zelf. Een belangenorganisatie kan verschillende procesfinanciers benaderen voor het financieren van haar zaak en van die procesfinanciers kan zij diegene kiezen die het voor de achterban beste financieringsvoorstel heeft. Belangenorganisaties kunnen ook eerst actieve deelnemers verzamelen op basis van een no cure no pay vergoeding en vervolgens een procesfinancier zoeken die bereid is om de zaak tegen de desbetreffende vergoeding van financiering te voorzien.<sup>84</sup> Belangenorganisaties zouden zich in gesprekken met procesfinanciers vaak laten bijstaan door gespecialiseerde advocaten.<sup>85</sup> Wat mij betreft kunnen rechters (desondanks) niet al te veel waarde hechten aan de toetsing van vergoedingen aan financiers zoals die in de praktijk zou plaatsvinden door belangenorganisaties.

Ten eerste merkt het Hof Amsterdam in de in paragraaf 2.2 van deze bijdrage al genoemde *Fortis/Ageas*-uitspraak op dat zij ‘zich in het kader van de verbindendverklaring een eigen oordeel [dient] te vormen over de redelijkheid van (de hoogte van) de toegekende vergoedingen’. ‘De rechtvaardiging daarvan’, zo vervolgt dit hof, ‘is met name, dat, anders dan bij een gewone vaststellingsovereenkomst, door de verbindendverklaring in beginsel ook de gerechtigden gebonden worden die niet bij de onderhandelingen betrokken waren en daarop dus geen invloed hebben gehad’. Het is verder in het belang van alle betrokken ‘dat het aantal aandeelhouders dat ervoor kiest een opt-out-verklaring af te leggen zo klein mogelijk is’ en ook dat aspect ‘weegt mee bij het oordeel van het hof over de redelijkheid van de toegekende vergoedingen’.<sup>86</sup> Deze overwegingen, gedaan ten aanzien van een WCAM-zaak, zullen waarschijnlijk ook gelden voor schikkingen en vonnissen onder de WAMCA. Bij schikkingen en vonnissen onder de WAMCA moet immers ook rekening worden gehouden met benadeelden die zich niet bij een belangenorganisatie hebben aangesloten maar wel door een vonnis of schikking worden geraakt waar zij verder geen invloed op hebben gehad.<sup>87</sup>

Ten tweede kan zoals eerder aangegeven een procesfinancier mede-initiatiefnemer van een collectieve actie zijn.<sup>88</sup> Dat roept onwillekeurig de vraag op in hoeverre een belangenorganisatie in een dergelijke situatie bijvoorbeeld verschillende procesfinanciers heeft benaderd. Misschien is het eerder zo dat een procesfinancier en een

---

84 Vgl. Sinninghe Damsté en Thuijs 2019, p. 183-184.

85 Santman en Philips 2021, p. 281.

86 Hof Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.22.

87 Santman en Philips 2021, p. 277.

88 Paragraaf 3.2.

belangenorganisatie kansen zien voor een bepaalde vordering en vervolgens proberen om een collectieve actie van de grond te krijgen.

Het derde argument volgt uit de manier waarop belangenorganisaties naar eigen zeggen gestalte hebben gegeven aan de eerste uitwerking van Principe III van de Claimcode. Deze uitwerking luidt: ‘De belangenorganisatie doet onderzoek naar de kapitalisatie, het eventuele *trackrecord* en de reputatie van de externe financier’. Een aantal belangenorganisaties volstaan in dagvaarding en andere documenten waarnaar zij verwijzen met te bevestigen dat zij dat hebben gedaan. Verder geven belangenorganisaties dan bijvoorbeeld aan dat deze aspecten (meer dan) voldoende zijn bevonden, dat zij daarbij nadere toelichting en toezeggingen van de procesfinancier hebben gekregen, bijgestaan zijn door haar eigen advocaten en voorafgaand aan het sluiten van de financieringsovereenkomst uitgebreide onderhandelingen hebben plaatsgevonden.<sup>89</sup> Het is voor belangenorganisaties niet verplicht om meer informatie te geven. Voor benadeelden geeft dit, op de keper beschouwd, echter nog niet zo veel duidelijkheid over wat er precies aan het sluiten van een procesfinancieringsovereenkomst is voorafgegaan en hoe daarbij hun belangen zijn behartigd. Een benadeelde zal in dat verband waarschijnlijk ook willen weten waarom precies een bepaald percentage is overeengekomen en/of wat er de voor- en nadelen van zijn dat een bepaald minimum- en maximumpercentage is afgesproken.<sup>90</sup> Dat zijn aspecten waarover belangenorganisaties nauwelijks informatie lijken te geven.

## 6 Aspect III: Rechterlijke beoordeling van vergoedingen

### 6.1 Beoordeling van vergoedingen in *Fortis/Ageas* en *Converium*

In paragraaf 2.2 bleek al dat de afwijzingsgronden op basis waarvan de rechter in *Fortis/Ageas* de hoogte van vergoedingen beoordeelde ook gelden bij een schik-

89 Dagvaarding SDEJ tegen Volkswagen cs (nr. 418 en 420) en tegen Daimler A.G. cs (nr. 723 en 725) (nadere toelichting en toezeggingen, uitgebreide gesprekken en onderhandelingen, bijstand eigen advocaten), Stichting The Privacy Collective tegen Oracle en Salesforce (nr. 916) (nadere toelichting en toezeggingen, advies en ondersteuning eigen advocaten), Stichting Emission Claim tegen Renault cs. (nr. 11.46 en 11.66) (toelichting expertise en middelen financier, onderzoek gedaan, aspecten meer dan voldoende bevonden, bijstand eigen advocaten), tegen Stellantis NV e.a. (nr. 11.48) (toelichting expertise en middelen financier, onderzoek gedaan, aspecten meer dan voldoende bevonden, bijstand eigen advocaten), Stichting Massaschade & Consument tegen Airbnb (51) (onderzoek gedaan), Stichting Take Back Your Privacy tegen TikTok (16.58) (onderzoek gedaan, onderhandelingen over de verschillende voorwaarden van de financieringsovereenkomst voorafgaand aan totstandkoming ervan), Right to Consumer Justice tegen Apple (12.59 en 12.79) (toelichting expertise en middelen financier, contact gezocht, bijstand eigen advocaten, onderzoek gedaan, aspecten meer dan voldoende bevonden). Zie voor de (andere) acties van SDEJ ook het Claimcode Governance Statement 2020 (nr. 16) (constatering van onderzoek, conclusie dat de aspecten voldoen aan het doel van de stichting).

90 Vgl. Tillema 2019, p. 295.

king binnen een WAMCA-procedure en dat voor een vonnis soortgelijke afwijzingsgronden gelden. Bij het beoordelen van vergoedingen kan dan ook rekening worden gehouden met WCAM-jurisprudentie dienaangaande. Twee WCAM-uitspraken vallen op vanwege het oordeel van het hof daarin over de hoogte van vergoedingen aan belangenbehartigers.

In *Converium* werd het hof gevraagd om zich uit te spreken over een vergoeding van 20% van het schikkingsbedrag voor werkzaamheden in het kader van de schikking.<sup>91</sup> De verweerders vonden de vergoeding buitensporig, mede omdat de Principal Counsel in de Amerikaanse procedure al een dergelijke vergoeding had ontvangen en ‘de vergoeding zich niet verdraagt met de Nederlandse maatstaven’.<sup>92</sup> Het hof hield bij het beoordelen van de redelijkheid van de vergoeding van de Amerikaanse Principal Counsel rekening ‘met wat in Amerika gebruikelijk is en redelijk wordt gevonden (...)’.<sup>93</sup> De werkzaamheden voor de schikkingen waren namelijk voor een belangrijk deel verricht ‘binnen de Amerikaanse rechtssfeer en door Amerikaanse advocatenkantoren verricht’.<sup>94</sup> Voor het bepalen wat in Amerika redelijk is, bezag het hof onder meer een Order awarding attorneys’ fees and expenses van de US District Court van 17 december 2008.<sup>95</sup> Verder hechtte het hof waarde aan ‘een empirisch Amerikaans onderzoek naar de hoogte van vergoedingen in vergelijkbare gevallen’. Dit verslag maakt volgens het hof duidelijk ‘dat een honorarium van 20% van het schikkingsbedrag voor een geval als het onderhavige niet bovenmatig is, maar valt binnen de grenzen van het gebruikelijke’.<sup>96</sup> De overwegingen van het hof roepen de vraag op in hoeverre de rechter in het kader van WAMCA-zaken rekening moet houden met wat in andere landen gebruikelijk is en/of wat uit empirisch onderzoek blijkt. Het hof hechtte in *Converium* bijvoorbeeld ook waarde aan een vergelijking die de verzoekers hebben gemaakt van de gevraagde vergoeding (een percentage van het schikkingsbedrag) en een vergoeding op basis van de uren die de Principal Counsel en zijn medewerkers aan de zaak besteed hebben, een zgn. lodestar calculation.<sup>97</sup> Zou een dergelijke vergelijking ook in WAMCA-zaken gebruikt kunnen worden, bijvoorbeeld wanneer een Amerikaans advocatenkantoor als financier optreedt?

In *Fortis/Ageas* velde het hof een oordeel over vergoedingen van een aantal belangenbehartigers. Anders dan eerdere WCAM-beschikkingen, besteedde het hof er ditmaal opvallend veel aandacht aan.<sup>98</sup> Het hof geeft aan dat bij de toetsing van ver-

---

91 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium*), *JOR* 2012/51, m.nt. B. de Jong, r.o. 6.5.1. Hierna aangeduid als ‘*Converium*’.

92 *Converium*, r.o. 6.5.1.

93 *Converium*, r.o. 6.5.2.

94 *Converium*, r.o. 6.5.2.

95 *Converium*, r.o. 6.5.4.

96 *Converium*, r.o. 6.5.5.

97 *Converium*, r.o. 6.5.6.

98 Tillema 2019, p. 286.

goedingen voor belangenorganisaties onder andere van belang is of en in hoeverre deze leiden tot een belangenconflict. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer vergoedingen aan belangenorganisaties te veel ten koste gaan van het budget voor de gerechtigden. Het is ook van belang of en in welke mate van deze vergoedingen voor belangenorganisaties een ongewenste prikkel uitgaat.<sup>99</sup> Verder mogen geen woekerwinsten worden gemaakt.<sup>100</sup> Er moet bovendien sprake zijn van voldoende verband tussen enerzijds de hoogte van de vergoeding en anderzijds de gemaakte kosten en/of het gelopen risico. Ten slotte geeft het hof aan dat zij enige terughoudendheid in acht neemt. De verzoeksters hebben namelijk tot op zekere hoogte de vrijheid om ‘eigen afwegingen en keuzes te maken bij het tot stand brengen van een schikking’.<sup>101</sup> Deze overwegingen kan de rechter ook in het kader van de WAMCA gebruiken maar zijn nog wel tamelijk algemeen van aard. Wanneer is bijvoorbeeld precies sprake van een vergoeding die leidt tot belangenconflicten en ongewenste prikkels? Wat moet worden verstaan onder een ‘woekerwinst’? Het zou wenselijk zijn als daarover meer duidelijkheid komt. Dat lijkt mij in het belang van alle partijen die bij een door derden gefinancierde collectieve vordering betrokken zijn.

## 6.2 Beoordeling van vergoedingen in Australische collectieve acties

Procesfinanciers van collectieve acties worden in Australië op verschillende manieren (indirect) gereguleerd: onder meer via het collectieve actierecht en omdat zij sinds 2020 onder andere over een Australian Financial Service License (AFSL) moeten beschikken.<sup>102</sup> Het Australische recht kent voornamelijk echter geen regels voor de hoogte van vergoedingen aan procesfinanciers.<sup>103</sup> Vergoedingen aan procesfinanciers worden gezien als iets dat behoort tot het ‘private’ contract (*matter of private contract*) tussen procesfinanciers en vertegenwoordigers van de groep. Er zijn maar weinig zaken waarin de bepalingen van financieringsovereenkomsten worden beoordeeld. De markt zou uiteindelijk bepalend zijn voor de hoogte van vergoedingen aan procesfinanciers die in de praktijk variëren tussen de 20 en de 50%.<sup>104</sup>

99 Vgl. paragraaf 3.1.

100 Vgl. aanbeveling 16.

101 Hof Amsterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis/Ageas*), r.o. 5.19. Hierna aangeduid als *Fortis/Ageas*.

102 Zie voor het (federale) collectieve actierecht, met name Part IVA *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth). Voor het vereiste dat procesfinanciers over een AFSL moeten beschikken, zie o.m. de *Corporation Amendment (Litigation Funding) Regulations 2021* en de *Corporations Amendment (Litigation Funding) Regulations 2020* en The Hon. Josh Frydenberg MP, Treasurer, ‘Litigation funders to be regulated under the Corporations Act’ (22 mei 2020), <<https://ministers.treasury.gov.au/ministers/josh-frydenberg-2018/media-releases/litigation-funders-be-regulated-under-corporations>> (geraadpleegd op 26 januari 2022).

103 V. Wayne en V. Morabito, ‘Financial arrangements with litigation funders and law firms in Australian class actions’, in: W.H. van Boom, *Litigation, Costs, Funding and Behaviour; Implications for the Law*, Oxford en New York: Routledge 2017, p. 181.

104 Wayne en Morabito 2017, p. 181-182.

De Australische rechter heeft zich in verschillende zaken uitgelaten over de (beoordeling van de) hoogte van vergoedingen aan financiers.<sup>105</sup> Een voorbeeld daarvan is de *Earglow*-zaak. In *Earglow* verzochten de partijen om goedkeuring van een schikking in een collectieve actie namens aandeelhouders. De zaak staat bekend als een uitspraak waarin de rechter oordeelde dat de *Federal Court* de bevoegdheid heeft om een schikking goed te keuren en (daarbij) de beloning aan procesfinanciers mag beperken.<sup>106</sup> Bij het goedkeuren van een schikking moest de rechter bezien in hoeverre een voorgestelde schikking eerlijk en redelijk is gezien de belangen van de benadeelden die erdoor gebonden worden, waarbij de rechter een ‘beschermende’ rol heeft.<sup>107</sup> De rechter bezag de eerlijkheid en redelijkheid van de schikking onder meer door een oordeel te vellen over de redelijkheid van de vergoeding aan de procesfinancier die de zaak gefinancierd had.<sup>108</sup> In het kader van de beoordeling van de financiering in *Earglow* haalt de rechter een niet-limitatieve lijst van criteria aan die al geformuleerd zijn in *Money Max*, zij het in een andere context.<sup>109</sup> Het gaat om de volgende criteria:

- 1) Welk vergoedingspercentage door hoeveel ‘professionele’ (*sophisticated*) benadeelden is overeengekomen.
- 2) Welke informatie benadeelden over het vergoedingspercentage hebben gekregen.
- 3) Hoe het afgesproken percentage zich verhoudt tot vergoedingen in andere collectieve acties en/of wat beschikbaar of gebruikelijk is in de markt.
- 4) Welke risico’s het financieren met zich bracht. Bij een oordeel hierover moet de rechter vermijden dat hij zich daarbij laat leiden door een *hindsight bias* en moet hij beseffen dat de procesfinancier de risico’s aan het begin van de procedure nam.
- 5) Wat de omvang is van de kosten van de wederpartij (*adverse costs*) waarbij de rechter moet eveneens moet beseffen dat de procesfinancier het risico op deze kosten aan het begin veronderstelde.
- 6) Welke juridische kosten al gemaakt zijn en nog vallen te verwachten.

---

105 Zie Submission 93, Attorney-General’s Department, p. 10-11, behorend bij: Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Litigation funding and the regulation of the class action industry*, Canberra: Commonwealth of Australia 2020, met verwijzing naar en aanhaling van *Liverpool City Council v McGraw-Hill Financial, Inc (now known as S&P Global Inc)* [2018] FCA 1289, *Tredea v KPMG Financial Advisory Services (Australia) Pty Ltd (No 3)* [2019] NSWSC 871, *Endeavour River Pty Ltd v MG Responsible Entity Limited* [2019] FCA 1719, *Inabu Pty Ltd as trustee for the Alidas Superannuation Fund v CIMIC Group Limited* [2020] FCA 510 en *Petersen Super Fund Pty Ltd v Bank of Qld Ltd (No 3)* [2018] FCA 1842, 23/11/2018. Hierna duid ik het rapport aan als PJCCFS 2020.

106 PJCCFS 2020, nr. 2.37; *Earglow Pty Ltd v Newcrest Mining Limited* [2016] FCA 1433, o.m. [6] en s. 33V *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth). Hierna verwijs ik naar voorgenoemde zaak door te spreken van *Earglow*.

107 *Earglow*, [10].

108 *Earglow*, [113] – [199].

109 *Money Max Int Pty Ltd v QBE Insurance Group Limited* [2016] FCAFC 148, [80]; *Earglow*, [162].

- 7) Wat de totale claimopbrengst is omdat de vergoeding proportioneel moet zijn ten opzichte van de claimopbrengst en de risico's die de financier heeft gelopen.
- 8) In hoeverre benadeelden substantiële bezwaren hebben gemaakt tegen de vergoeding omdat ze daarmee zorgen aan het licht kunnen brengen die de rechter anders niet zou hebben gezien.
- 9) Wat benadeelden zouden ontvangen onder al bestaande financieringsarrangementen.<sup>110</sup>

Vervolgens paste de rechter de criteria toe. Daarbij valt op dat de Australische rechter tamelijk veel aandacht besteedde aan hoe het afgesproken percentage zich verhoudt tot vergoedingen in andere collectieve acties en/of wat beschikbaar of gebruikelijk is in de markt (derde criterium).<sup>111</sup> Verder valt op dat de rechter relatief weinig waarde hechtte aan de vraag in hoeverre benadeelden substantiële bezwaren hebben aangevoerd tegen de vergoeding (achtste criterium). Dit omdat de meeste benadeelden volgens de rechter weinig betrokken zijn bij een collectieve actie. De *Notice of Proposed Settlement* gaf ook niet expliciet aan dat benadeelden bezwaar konden maken tegen de vergoeding. Het is de taak van de rechter om belangen van benadeelden te beschermen en het ontbreken van bezwaren zoals voorgenoemd bevrijden hem daar niet van (9).<sup>112</sup> Uiteindelijk kwam de rechter tot de conclusie dat het vergoedingspercentage en de vergoeding aan de financier in *Earglow* eerlijk en redelijk waren ten opzichte van de belangen van de benadeelden.<sup>113</sup>

Nederlandse rechters zouden wellicht ook kunnen werken met een niet-uitputtende (maar wel zo volledig mogelijke) lijst van criteria om de hoogte van vergoedingen aan financiers te beoordelen. Door daarbij te streven naar een zo volledig mogelijk toetsingskader kan rechtszekerheid geboden worden. Door het toetsingskader tegelijkertijd een open want niet-uitputtend karakter te geven, kan de rechter ook enige mate van flexibiliteit betrachten. De rechter zou verder naar flexibiliteit kunnen streven door het belang van criteria in enigerlei mate te laten afhangen van de omstandigheden van het geval.

---

<sup>110</sup> *Earglow*, [162].

<sup>111</sup> *Earglow*, [166] – [180]. In de overwegingen wordt ter illustratie verwezen naar de volgende andere collectieve acties namens aandeelhouders: *Pathway Investments Pty Ltd & Anor v National Australia Bank Limited* (No 3) [2012] VSC 625, [20] (vergoedingspercentage: 30-40%); *Modtech Engineering Pty Ltd v GPT Management Holdings Limited* (No 2) [2013] FCA 1163, [57] (vergoedingspercentage: 25-30%); *Wepar Nominees Pty Ltd v Schofield* (No 2) 99 ACSR 234; [2014] FCA 225, [31] (vergoedingspercentage: 33,3%); *Blairgowrie Trading Ltd v Allco Finance Group Ltd* (2015) 325 ALR 539; [2015] FCA 811, [45] (vergoedingspercentage: 32-35%); *City of Swan v McGraw-Hill Companies, Inc* [2016] FCA 343, [29] (vergoedingspercentage: 33%); *Money Max Int Pty Ltd v QBE Insurance Group Limited* [2016] FCAFC 148, [23] (vergoedingspercentage: 32.5-35%). Zie *Earglow*, [177].

<sup>112</sup> *Earglow*, [197] – [198].

<sup>113</sup> *Earglow*, [199].

## **7 Conclusie**

Deze bijdrage had als doel in te gaan op drie aspecten van procesfinanciering die van belang kunnen zijn bij de vorming en invulling van een rechterlijk toetsingskader ter beoordeling van vergoedingen aan derdenfinanciers van collectieve vorderingen. Eerst is uitgelegd waarom en wanneer de rechter vergoedingen aan derdenfinanciers moet beoordelen en waarom daarbij recht moet worden gedaan aan het belang van gedupeerden (paragraaf 2 en 3). Vervolgens werd ingegaan op de drie aspecten van procesfinanciering (paragraaf 4-6).

In een WAMCA-procedure moet de rechter op drie momenten de financiering van belangenorganisaties toetsen: in het kader van ontvankelijkheid van de belangenorganisaties en bij een schikking en/of een vonnis (paragraaf 2.1). Dit staat niet expliciet in de wet maar volgt wel uit de wetgevingsgeschiedenis van de WAMCA en uit de in de wettekst gebruikte bewoordingen (paragraaf 2.2 en 2.3). De Richtlijn brengt geen noemenswaardige verandering in het kader dat de WAMCA geeft voor de beoordeling van vergoedingen aan financiers schetst (paragraaf 3.2). Dat is opvallend omdat in de Aanbeveling die aan de Richtlijn voorafging bijvoorbeeld aanbevolen werd dat financiers van collectieve vorderingen geen buitensporige rente mogen rekenen. Het uitgangspunt voor de beoordeling van vergoedingen aan derdenfinanciers is in ieder geval dat daarbij recht moet worden gedaan aan het belang van gedupeerden.

Het eerste aspect dat in deze bijdrage aan de orde kwam, was het karakter van procesfinanciering door derden. De rechtsverhoudingen en financieringsafspraken (paragraaf 4.1) maar ook de aanbieders van procesfinanciering (paragraaf 4.2) zijn factoren die de hoogte van de vergoeding kunnen bepalen en dus een indicatie kunnen geven over wanneer een vergoeding redelijk is. Het tweede aspect is de praktijkervaring met procesfinanciering. De praktijk laat zien dat de financiering van WAMCA-vorderingen afkomstig is van verschillende typen financiers (paragraaf 5.1). Verder is er variatie in de omvang en structuur van vergoedingen (paragraaf 5.2). Deze variatie kan zijn weerslag hebben op de hoogte van vergoedingen. De bevindingen uit de praktijk bevestigen wat in de literatuur over procesfinanciering wordt opgemerkt. De rechter kan niet al te veel waarde hechten aan de manier waarop de financiering tot stand is gekomen (paragraaf 5.3).

Het derde aspect is de rechterlijke beoordeling van vergoedingen zoals die al heeft plaatsgevonden. Daarbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan uitspraken onder de WCAM waarin de rechter heeft geoordeeld over de hoogte van vergoedingen aan belangenbehartigers (paragraaf 6.1). Deze oordelen zijn tamelijk algemeen van aard en roepen daarom vragen op. De rechter zou in WAMCA-zaken meer concretere oordelen kunnen geven om daarmee onduidelijkheid te voorkomen. In de tweede plaats zou de beoordelingen van vergoedingen zoals die in Australië hebben plaatsgevonden als inspiratiebron kunnen fungeren (paragraaf 6.2). Australische jurisprudentie



biedt twee aanknopingspunten voor een (concretere) beoordeling van vergoedingen. Ten eerste kan de Nederlandse rechter wellicht gebruikmaken van een zo volledig mogelijke (rechtszekerheid) maar niet-uitputtende lijst van criteria (flexibiliteit). Ten tweede kan de rechter ervoor kiezen om de criteria niet altijd even zwaar te laten wegen (flexibiliteit).

In de praktijk is steeds meer sprake van door derden gefinancierde collectieve vorderingen. De noodzaak voor een rechterlijk toetsingskader ter beoordeling van vergoedingen aan derdenfinanciers neemt daarom toe. Duidelijkheid over de in deze bijdrage genoemde aspecten, draagt er hopelijk toe bij dat in deze lacune wordt voorzien op een manier die rekening houdt met het karakter van het Nederlandse en Europese collectieve actierecht en dus zoveel mogelijk recht doet aan het belang van gedupeerden.

