

Over meelifters, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben

Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking

*Mr. M.L.A. Rijndorp en mr. I. Tillema**

In juni 2017 heeft het Gerechtshof Amsterdam beslist dat het (eerste) schikkingsvoorstel in de Fortis/Ageas-zaak niet verbindend kan worden verklaard. De auteurs bespreken het voorstel en de tussenbeschikking en duiden deze binnen het kader van het freeriderprobleem. Daarnaast bespreken zij het huidige juridische kader voor (toetsing van) de vergoeding aan belangenbehartigers en werpen zij enkele aandachtspunten op voor de verdere ontwikkeling daarvan.

1 Inleiding

Sinds 2005 kunnen krachtens de WCAM (Wet collectieve afwikkeling massaschade) één of meer representatieve belangenbehartigers en aangesproken partijen op gezamenlijk verzoek een schikking ter afwikkeling van massaschade verbindend laten verklaren door het Gerechtshof Amsterdam.¹ Bij een dergelijk verzoek dient het hof onder meer te toetsen of de hoogte van de overeengekomen vergoedingen redelijk is en of de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins voldoende zijn gewaarborgd. Het hof dient de schikking zelfstandig te toetsen en kan daarbij deskundigen inschakelen, en andere belangenbehartigers en belanghebbenden kunnen bezwaar maken tegen het verzoek.² Wanneer het hof de schikking verbindend verklaart, zijn alle benadeelden daaraan gebonden, tenzij zij binnen een door het hof vastgestelde termijn verklaren dat zij zich aan de schikkingsovereenkomst willen onttrekken (opt-outverklaring). In deze bijdrage staat de achtste WCAM-zaak centraal: de compensatieregeling voor aandeelhouders van Fortis (thans: Ageas). In mei 2016 dienden Ageas en vier belangenbehartigers het verzoekschrift in tot verbindendverklaring van deze schikkingsovereenkomst (schikkingsovereenkomst I). Na een regiezitting en mondelinge behandeling volgde in juni 2017 de

tussenbeschikking van het hof.³ Daarin besliste het dat de compensatieregeling niet verbindend kon worden verklaard. Verzoeksters kregen de gelegenheid om het schikkingsvoorstel aan te passen, dan wel kenbaar te maken dat geen gewijzigde regeling tot stand is gekomen. In december 2017 maakten verzoeksters bekend dat zij overeenstemming hebben bereikt over een aangepast schikkingsvoorstel (schikkingsovereenkomst II).

In deze bijdrage bespreken wij het eerste schikkingsvoorstel en de gebeurtenissen die daaraan ten grondslag liggen (par. 2.1), de bij de schikking betrokken belangenbehartigers en hun vergoeding (par. 2.2), en de tussenbeschikking van het hof (par. 2.3). Vervolgens werken we schikkingsovereenkomst I en de tussenbeschikking nader uit, waarbij we twee aspecten in een breder kader plaatsen: het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten (par. 3) en – na een samenvatting van schikkingsovereenkomst II (par. 4) – de vergoeding aan de belangenbehartigers (par. 5). We ronden af in paragraaf 6.

2 De zaak Fortis/Ageas

2.1 De kwestie en schikkingsovereenkomst I

De schikking heeft betrekking op de informatievoorziening en het communicatiebeleid van Fortis voorafgaand aan en na de overname van ABN Amro en de overname van Fortis door de Staat. De gebeurtenissen zijn onderverdeeld in drie periodes: 21 september 2007-7 november 2007 (informatie over de blootstelling van Fortis aan *subprime*-hypotheken), 13 mei 2008-25 juni 2008 (communicatie over de solvabiliteit van

* Mr. M.L.A. Rijndorp is student-assistent aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. I. Tillema is promovenda aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Art. 7:907-910 BW en art. 1013-1018a Rv.

2. Zie bijv. Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 29, en hierna par. 5.2.

3. Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257 (hierna: de tussenbeschikking). De meeste processtukken zijn beschikbaar op www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV. De gepubliceerde processtukken die wij hebben geraadpleegd, worden hierna aangeduid als schikkingsovereenkomst I (d.d. 14 maart 2016), verzoekschrift, akte na regiezitting, verweerschrift II (van H. c.s.), proces-verbaal (d.d. 24 maart 2017), tussenbeschikking (d.d. 16 juni 2017), schikkingsovereenkomst II (d.d. 12 december 2017) en akte na tussenbeschikking.

Fortis en haar beleid daaromtrent) en 29 september 2008-3 oktober 2008 (berichtgeving in de aanloop naar de overname van Fortis). Mogelijk was de informatie in deze periodes onvolledig of onjuist, waardoor mogelijk koersverlies of koersinflatie is ontstaan, waardoor aandeelhouders mogelijk schade hebben geleden.

De schikkingsovereenkomst is van toepassing op de zogenaamde *Eligible Shareholders* die één of meer aandelen Fortis hielden op enig moment in de periode van 28 februari 2007 tot 14 oktober 2008, en dan vooral in één of meer van de drie voormelde periodes. Deze (voormalig) aandeelhouders worden volgens het voorstel ingedeeld in een van de drie volgende categorieën: actieve claimanten, niet-actieve claimanten en uitgesloten personen. De uitgesloten personen zijn de medegeëgden van Ageas in gerechtelijke procedures.⁴ De actieve en niet-actieve claimanten zijn gerechtigd tot compensatie. Actieve claimanten zijn aanvankelijk gedefinieerd, vereenvoudigd weergegeven, als degenen die voorafgaand aan de schikking een procedure zijn gestart tegen Ageas, dan wel degenen die zich voor een bepaalde datum hebben aangesloten bij een belangenbehartiger die zo'n procedure heeft ingesteld.⁵ De overige niet-uitgesloten *Eligible Shareholders* vallen in de categorie niet-actieve claimanten.⁶ In de drie periodes bevinden zich in de categorieën actieve en niet-actieve claimanten naar schatting 50.000 tot 70.000 respectievelijk 100.000 tot 150.000 beleggers.⁷

Het maximale schikkingsbedrag dat Ageas aanvankelijk beschikbaar heeft gesteld, belooft EUR 1.203.700.000. Daarvan is EUR 795.900.000 bestemd voor de actieve claimanten en EUR 407.800.000 voor de niet-actieve claimanten. De vergoeding per aandeel verschilt per periode en per soort gerechtigde (*holder of buyer*,⁸ actieve of niet-actieve claimant) en varieert in beginsel tussen EUR 0,13 en EUR 1,28 per aandeel. Gerechtigden krijgen daarnaast een vergoeding voor het hoogste aantal aandelen dat zij hebben gehouden op enig moment in de periode tussen 28 februari 2007 en 14 oktober 2008. Deze vergoeding bedraagt in beginsel EUR 0,50 per aandeel, met een maximum van EUR 200 (niet-actieve claimanten) of EUR 400 (actieve claimanten). Actieve claimanten krijgen in aanvulling daarop een vergoeding voor het hoogste aantal gehouden aandelen in één of meer van de drie periodes. Deze vergoeding bedraagt in beginsel eveneens EUR 0,50 per aandeel, met een maximum van EUR 550. Met de twee aanvullende vergoedingen beogen verzoeksters tegemoet te komen aan beleggers met een beperkt aantal aandelen. Mochten alle goed-

gekeurde vorderingen het maximale schikkingsbedrag overschrijden dan wel lager zijn dan het schikkingsbedrag, dan worden de vergoedingen proportioneel verminderd of verhoogd.⁹

2.2 De belangenbehartigers en de voorgestelde vergoeding van hun werkzaamheden

Bij de totstandkoming van de schikking zijn naast Ageas vier belangenbehartigers betrokken: de Vereniging van Effectenbezitters (VEB), Deminor, Stichting Investor Claims Against Fortis (SICAF) en Stichting FortisEffect.¹⁰ De vier belangenbehartigers tezamen vertegenwoordigen een achterban van circa 57.000 particuliere en institutionele beleggers. Deze beleggers hielden in de periode februari 2007-oktober 2008 naar schatting 537 miljoen aandelen in Fortis, op een totaal van ongeveer 2 à 2,2 miljard uitstaande aandelen.¹¹

In schikkingsovereenkomst I is opgenomen dat Ageas de kosten draagt van de stichting en de claimadministrateur die zorg dragen voor de uitvoering van de overeenkomst.¹² In aanvulling hierop vermeldt het verzoekschrift dat de verzoekende belangenbehartigers de volgende vergoedingen ontvangen: de VEB EUR 25 miljoen,¹³ Deminor EUR 10,5 miljoen, FortisEffect EUR 7 miljoen en SICAF EUR 2,5 miljoen.¹⁴ Deze vergoedingen staan los van het hiervoor besproken maximale schikkingsbedrag.

2.3 De tussenbeschikking

In de tussenbeschikking neemt het hof allereerst aan – in het licht van de uitkomst van eerdere civielrechtelijke procedures, maar met de nodige voorzichtigheid – dat Ageas onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁵ Vervolgens gaat het hof in op de manier waarop moet worden bepaald welk koersverlies voor vergoeding in aanmerking kan komen, en op de overeengekomen vergoedingen aan de belangenbehartigers.¹⁶ Het concludeert dat de belangenbehartigers formeel gezien representatief zijn, in die zin dat de achterban als geheel een goede afspiegeling is van de gerechtigde aandeelhouders. In materiële zin zijn de belangen van de gerechtigden evenwel onvoldoende gewaarborgd, vooral die van de niet-actieve claimanten, en het hof acht de hoogte van de vergoedingen niet redelijk. Onder enkele aanwijzingen stelt het hof verzoeksters in de gelegenheid om opnieuw met elkaar in overleg te treden om tot een aangepaste regeling te komen. Het hof geeft verzoeksters onder meer mee om het systeem van vergoedingen voor actieve en niet-actieve

4. Jegens hen wordt krachtens de schikking kwijting verleend; zie schikkingsovereenkomst I, par. 5.1 en verzoekschrift, randnr. 66 (iii) en 112.

5. Zie schikkingsovereenkomst I, bijlage I Definities en interpretatie (p. 27), verzoekschrift, randnr. 66 en proces-verbaal, p. 8. In schikkingsovereenkomst II is de definitie verruimd; zie hierna par. 3.2 en 4.

6. In schikkingsovereenkomst II is de definitie van niet-actieve claimanten vervallen; zie par. 4.

7. Verzoekschrift, randnr. 68.

8. Wij laten het verschil hiertussen rusten. Zie (ook) hierover de annotatie van J.S. Kortmann in JOR 2018/10.

9. Voor de details, zie verzoekschrift, randnr. 76-79 en 135-137, en akte na regiezitting, randnr. 14-30.

10. Zie veb.net, deminor.com, investorclaimsforsicaf.com en fortiseffect.nl.

11. Zie verzoekschrift, hoofdstuk 3, proces-verbaal, p. 6 en tussenbeschikking, r.o. 8.12.

12. Schikkingsovereenkomst I, par. 4.2.4 (en schikkingsovereenkomst II, par. 4.2.3).

13. Dit is het nettobedrag, de VEB dient hierover belasting af te dragen; zie proces-verbaal, p. 5.

14. Verzoekschrift, randnr. 88-90. Zie hierover verder par. 5.

15. Tussenbeschikking, r.o. 8.2-8.6.

16. Tussenbeschikking, r.o. 8.7-8.31 respectievelijk r.o. 8.32-8.41.

claimanten en de vergoedingen voor de belangenorganisaties te heroverwegen.

3 Het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten

3.1 Het freeriderprobleem ter rechtvaardiging van het onderscheid

Als gezegd maakt de schikking onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten. Schikkingsovereenkomst I kent actieve claimanten ongeveer 50% meer schadevergoeding toe dan niet-actieve claimanten, terwijl het onzeker is of de niet-actieve claimanten de lagere vergoeding daadwerkelijk zullen verkrijgen vanwege het verwateringsrisico. Dat risico houdt in dat wanneer meer dan 25% van de niet-actieve claimanten een claim indient, de niet-actieve claimanten een lagere vergoeding per aandeel krijgen.¹⁷ Volgens verzoeksters is dit verschil gerechtvaardigd omdat hiermee het zogeheten freeriderprobleem wordt voorkomen.¹⁸ Een freerider is iemand die ergens voordeel van verkrijgt zonder daarvoor de lasten of kosten te dragen. Binnen de context van de WCAM dragen freeriders niet (financieel) bij aan de totstandkoming van een schikking, maar kunnen zij na de verbindendverklaring daarvan wel de vruchten plukken. Of, zoals verzoeksters het formuleren met verwijzing naar de niet-actieve claimanten:

[een situatie] waarin beleggers zonder inspanning meeliften op de inspanningen van andere beleggers en daardoor feitelijk voordeel ontleen aan “niets doen”.¹⁹

Freeridgedrag kan problematisch zijn voor de afwikkeling van massaschadezaken. Als iedereen de inspanning van een ander afwacht, gebeurt er niets. De WCAM is zodanig vormgegeven dat niet individuele benadeelden, maar een belangenbehartiger namens hen opkomt. Een belangenbehartiger die bereid is om actie te ondernemen kan echter evenmin (naar behoren) functioneren als er te veel freeriders zijn. Allereerst omdat actieve benadeelden vaak financieel bijdragen aan de activiteiten van de belangenbehartiger. Het freeriderprobleem hangt in zoverre dus samen met de distributie van kosten en de financiering van massaschadezaken.²⁰ Dat is ook wat verzoeksters betogen.²¹ Het lijkt ons bovendien dat de ‘steun’ van actieve benadeelden meer dan een puur financiële functie

heeft. Zo kunnen ze gegevens verstrekken ter onderbouwing van het gevorderde, en vormen ze de achterban waaraan een belangenbehartiger zijn representativiteit ontleent, op grond waarvan hij de wederpartij kan bewegen om in onderhandeling te treden, en bij wie de belangenbehartiger een schikkingsvoorstel – of andere verrichtingen – kan toetsen op draagvlak. Zonder de inspanningen van belangenbehartigers én die van actieve benadeelden functioneert het WCAM-mechanisme dus niet (goed). Op termijn kan een scheve verdeling zelfs verder freeridgedrag aanwakkeren. Veel beleggers kunnen immers worden aangemerkt als of vergeleken met *repeat players*. Indien zij herhaaldelijk ervaren dat het aansluiten bij een belangenbehartiger geen toegevoegde waarde heeft omdat freeriders hun schade evengoed vergoed krijgen, is het niet ondenkbaar dat zij zich in de toekomst niet opnieuw bij een belangenbehartiger aansluiten.²²

In de literatuur zijn verschillende oplossingen aangedragen voor het freeriderprobleem. De meest verstrekkende oplossing is een verplichte collectieve actie, waarbij benadeelden verplicht zijn gebonden aan de uitkomst en dus niet de mogelijkheid hebben om af te wachten of zich daaraan te onttrekken.²³ Een variant hierop is een dwangakkoord ter afwikkeling van massaschade als de aangesproken partij onvoldoende solvabel is om de gehele schade te voldoen.²⁴ Met de WCAM of, meer in het algemeen, een opt-outmechanisme wordt eveneens een grote groep benadeelden bereikt, ook omdat vanwege rationele apathie het aantal benadeelden dat uitstapt naar verwachting relatief laag zal zijn.²⁵ Vanuit het oogpunt van efficiëntie en finaliteit blijven freeriders dan echter een risico, omdat zij mogelijk niet instemmen met de regeling en alsnog – al dan niet via een concurrerende belangenbehartiger – verder proce-

17. Tussenbeschikking, r.o. 8.16-8.17. Zie ook verweerschrift II, randnr. 156 e.v.

18. Verzoekschrift, randnr. 127.

19. Verzoekschrift, randnr. 127.

20. Zo ook bijv. I.N. Tzankova, Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova, *Collectieve acties* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 87, W.M. Schonewille, De financiering van collectieve acties, *Ondernemingsrecht* 2010/137, onder par. 2.3, J.M.K.P. Cornegoor, *Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen*, in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 25 en R. Van den Bergh, *Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking*, *M&M* 2006, afl. 5, p. 145.

21. Verzoekschrift, p. 50-51.

22. Zie ook I.N. Tzankova, *Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?*, *TVP* 2017, afl. 4, p. 116. Dit neemt overigens niet weg dat benadeelden ook andere motieven kunnen hebben om zich aan te sluiten bij een belangenbehartiger, zoals de behoefte aan advies, informatie of om te worden gehoord. Zie hierover C.J.M. van Doorn, *De mensen achter de grote gevallen*, *NTBR* 2016/21.

23. Zie bijv. M.G. Faure & L.T. Visscher, Een rechtseconomische visie op collectieve actie, in: M.G. Faure, L.T. Visscher & I.N. Tzankova *Collectieve acties* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 13-14, 46 en 53 en D. Rosenberg, *Mandatory-litigation class action: The only option for mass tort cases*, *Harvard Law Review* 2002, afl. 3, p. 831-897.

24. R. Hermans, *De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 366-367.

25. Zie Faure & Visscher 2015, p. 46, die verwijzen naar T. Eisenberg & G.P. Miller, *The role of opt-outs and objectors in class action litigation: Theoretical and empirical issues*, *Vanderbilt Law Review* 2004, afl. 5, p. 1532. Met uitzondering van de Dexia-zaak lijkt dit in de WCAM-praktijk vooralsnog het geval te zijn; zie I. Tillema, *Tien jaar WCAM: een overzicht*, *MvO* 2016, afl. 3-4, p. 97.

deren en/of schikken.²⁶ Ook lost een opt-outmechanisme het kostendistributieprobleem niet op. Voor zover het freeriderprobleem specifiek daarop ziet, kan een *contingency fee* worden afgesproken: een resultaatgerelateerde beloningsafpraak tussen een belangenbehartiger/derde en een individuele benadeelde.²⁷ Hiermee wordt de financiële prikkel tot meeliften enigszins weggenomen, omdat de belangenbehartiger of een daaraan gelieerde derde (zoals een *third-party litigation funder*) de kosten van de actie voorfinanciert en het procesrisico draagt. Bij een succesvolle uitkomst betaalt de benadeelde alsnog, door een percentage van de verkregen vergoeding af te dragen. Een benadeelde is echter niet verplicht om zich bij een belangenbehartiger aan te sluiten en een dergelijke beloningsafpraak te maken.²⁸ Een variant die dit laatste probleem tegengaat, is de Amerikaanse *common fund*-doctrine.²⁹ Dit is een beloningsconstructie waarbij de belangenbehartiger (in de Verenigde Staten de advocaat) een redelijke beloning ontvangt uit de opbrengst van een succesvolle collectieve actie. De beloning is een percentage van de opbrengst, of een uurloon op basis van het gewerkte aantal uren, waarbij de eventuele verhoging van het uurloon (de *lodestar multiplier*) afhankelijk is van factoren zoals de complexiteit van de zaak. Een enigszins vergelijkbare beloningsconstructie is ontworpen als onderdeel van de Britse mededingingsrechtelijke collectieve actie, waar (de financier van) de belangenbehartiger kan worden betaald uit de niet-geclaimde opbrengst.³⁰ Bij dergelijke beloningsconstructies maakt het dus niet uit of benadeelden een contractuele relatie aangingen met de belangenbehartiger.

Terug naar schikkingsovereenkomst I. Naast een *common fund*-achtige constructie (zie hierover verder par. 5) zoeken verzoeksters de bestrijding van het freeriderprobleem in een andere hoek. Zij maken bij de aanspraak op schadevergoeding onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten. Deze oplossing heeft allereerst een retrospectief, vergoedend aspect, dat ziet op de financiële bijdrage en inspanning van de actieve claimant, (mede) waardoor de belangenbehartiger zijn werkzaamheden heeft kunnen uitoefenen. De hogere schadevergoeding heeft bovendien een aansporend element: die geeft benadeelden mogelijk een prikkel om zich (ook) in de toekomst bij een belangenbehartiger aan te sluiten. Het hof keurt de constructie van verzoeksters echter niet goed, en wel om drie redenen: de rechtvaardiging voor het onderscheid is in strijd met de bedoeling van de wetgever en de rechtspraak van de Hoge Raad, het onderscheid creëert een oneigenlijke prikkel, en de vergoeding is geen schadevergoeding in civielrechtelijke zin. Wij werken dit verder uit.

3.2 De afwijzing van het hof van het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten

Allereerst overweegt het hof dat zowel artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) (de collectieve-actieregeling) als de WCAM in belangrijke mate tot doel heeft om te voorkomen dat benadeelden van massaschade afzonderlijk een vordering in rechte (moeten) instellen. Rechtspraak van de Hoge Raad faciliteert ook juist dat benadeelden de uitkomst van een collectieve afwikkeling kunnen en mogen afwachten. Het hof oordeelt daarom dat:

[h]et standpunt dat verzoeksters innemen, dat de aandeelhouders die de uitkomst van collectieve acties hebben afgewacht als “free-riders” moeten worden aangemerkt en dat een “free-ridersituatie” onwenselijk is en moet worden voorkomen, (...) aldus haaks [staat] op de bedoeling van de wetgever en de rechtspraak van de Hoge Raad. Dit standpunt van verzoeksters wordt dan ook als onjuist verworpen.³¹

In zekere zin sluit deze overweging aan bij de stelling van Van Boom en Pavillon dat benadeelden (consumenten) een fundamenteel recht hebben om te freeriden.³² Het hof gaat hier echter vooral in op het doel ‘efficiënte rechtspleging’: het voorkomen van een veelvoud aan individuele procedures. In dat licht is freeridgedrag inderdaad niet onwenselijk. Daarmee lijkt het hof als tegenovergestelde van freeridgedrag aan te merken *het instellen van individuele procedures*. De bedoeling van verzoeksters lijkt echter vooral gericht op *het (financieel) bijdragen aan collectieve afwikkeling* (door aansluiting bij een belangenbehartiger). Een belangenbehartiger heeft actieve

26. Zie bijv. Hermans 2015, p. 370, J.H. Lemstra, Collectieve schadevergoedingsactie; sluitstuk modernisering collectieve actierecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 400-401 en 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.

27. Van den Bergh 2006, p. 149. Financiering uit publieke middelen of fondsen laten wij rusten. Zie daarover bijv. S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, Financing and group litigation, in: M.L. Tuil & L.T. Visscher (red.), New trends in financing civil litigation in Europe, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 84-85 en P.J.M. van den Biggelaar & M.B.M. Loos, Concentratie rechtsbijstand in massaschade loont, NJB 2007/2131.

28. Vgl. W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, Meer kans in de Staatsloterij?, AA 2015, afl. 10, p. 792.

29. De doctrine is ontwikkeld in *Trustees v. Greenough* 105 U.S. 527 (1881) en *Central Railroad & Banking Co. of Georgia v. Pettus* 113 U.S. 116 (1885), en wordt toegepast in collectieve acties (waaronder *class actions*) waar geen proceskostenveroordeling plaatsvindt. Zie bijv. J.C. Coffee, Entrepreneurial litigation. It's rise, fall, and future, Cambridge: Harvard University Press 2015, p. 26-28, 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. 158 en J.P. Dawson, Lawyers and involuntary clients: Attorney fees from funds, Harvard Law Review 1974, afl. 8, p. 1597-1654. Zie ook Tzankova 2017, p. 117-118, Tzankova 2015, p. 85 en N. Frenk, Kollektieve akties in het privaatrecht, Deventer: Kluwer 1994, p. 213.

30. Art. 47C (lid 5 en 6) Competition Act 1998, zoals gewijzigd door de Consumer Rights Act 2015; zie ook *Merricks v. Mastercard and others* [2017] CAT 16, r.o. 92 e.v.

31. Tussenbeschikking, r.o. 8.22, waarin het hof onder meer verwijst naar Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 1, HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 en HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018.

32. Van Boom & Pavillon 2015, p. 792. Zie hierover, kritisch, Tzankova 2015, p. 87.

benadeelden nodig om zijn werk goed en efficiënt te kunnen doen, maar kan hun bijdrage in het huidige systeem niet afdwingen. Enige prikkel tot zo'n bijdrage is dus *ook* in het belang van efficiënte rechtspleging en een effectieve werking van de WCAM.

Het hof is echter, met verweerders,³³ van oordeel dat het standpunt van verzoeksters de belangenbehartigers een oneigenlijke prikkel geeft om zo snel mogelijk civielrechtelijke procedures aan te spannen:

‘Wie behoort tot de achterban van de organisatie die het eerst claimt of die het voor elkaar krijgt een plaats aan de onderhandelingstafel te krijgen, mag immers in de visie van verzoeksters op die grond meer krijgen dan degenen die een collectieve schikking afwachten.’³⁴

Dit roept allereerst de vraag op wie precies oneigenlijk geprikkeld worden. De oneigenlijke prikkel waarover het hof spreekt, lijkt te zien op het gedrag van belangenbehartigers (zo snel mogelijk claimen of een plaats aan de onderhandelingstafel bemachtigen). De prikkel van de hogere schadevergoeding richt zich echter op het gedrag van benadeelden (om zich ook in de toekomst bij een belangenbehartiger aan te sluiten). Hoe dit ook zij, beide gedragingen hangen nauw met elkaar samen. Door zich aan te sluiten bij een belangenbehartiger vergroten benadeelden als gezegd de achterban/representativiteit van de belangenbehartiger en daarmee mogelijk diens kans op een plaats aan de onderhandelingstafel. Daar lijkt ons niets oneigenlijks aan. Het gedrag van belangenbehartigers om zo snel mogelijk te handelen is daarentegen, menen wij, niet zozeer verbonden aan de (hogere) vergoeding aan actieve benadeelden, maar inherent aan het Nederlandse systeem van concurrerende belangenbehartigers, de financiële prikkels van collectieve afwikkeling en de vrijheid van de aangesproken partij (en haar advocaten) om haar onderhandelingspartner(s) te kiezen.³⁵ In dat landschap, gelet ook op de mogelijkheden tot stuiting van de verjaring, is het evenzogoed denkbaar dat een belangenbehartiger, zijn reputatie bewakend, de tijd neemt om de actie goed op te bouwen en een *critical mass* aan zich te binden, om uiteindelijk beslagen ten ijs te komen bij de rechter dan wel de wederpartij.

Met bovenstaand oordeel hangt echter ook samen de omstandigheid dat twee andere belangenbehartigers niet betrokken waren bij de onderhandelingen, en de ‘beperkte’ definitie van

actieve claimanten in schikkingsovereenkomst I.³⁶ Door deze definitie vallen benadeelden die zich bij de twee andere belangenbehartigers hebben aangesloten buiten de boot; ook zij worden aangemerkt als freeriders.³⁷ Eigenlijk kwalificeren verzoeksters hiermee de markspelers en de keuze van actieve benadeelden: als je je aansluit bij de ‘juiste’ belangenbehartiger, dan ontvang je meer schadevergoeding dan wanneer je je bij een andere belangenbehartiger hebt aangesloten (dan wel bij geen). Een dergelijke afbakening heeft het hof voorkomen. Ons inziens terecht, omdat het niet samenhangt met het freeriderprobleem maar met andere belangen, zoals dat van belangenbehartigers om de eigen achterban te belonen en ook in de toekomst de benadeelden aan zich te binden. Met dergelijke belangen is op zichzelf genomen niets mis, maar de gekozen route (de uitsluiting van bepaalde actieve benadeelden) is ongelukkig.³⁸

Tot slot, zo oordeelt het hof, kan de hogere vergoeding aan de actieve benadeelden niet worden aangemerkt als schadevergoeding in civielrechtelijke zin:

‘Dit verschil is een premie om bepaald door verzoeksters gewenst bevonden gedrag te belonen (aandeelhoudersactivisme), dan wel om bepaald gedrag dat zij ongewenst vinden te ontmoedigen (“free-ridersgedrag”). Het hof acht deze wijze van invulling van de vergoedingen per aandeel bezwaarlijk.’³⁹

De hogere vergoeding per aandeel voor actieve claimanten is immers niet gerelateerd aan de aard en ernst van de schade (koersverlies of koersinflatie), maar aan de – volgens verzoeksters noodzakelijke – processuele houding van actieve claimanten als voortrekker.⁴⁰ Dit laatste heeft niets te maken met koersverlies of koersinflatie en biedt geen objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid tussen claimanten die (beweerdelijk) schade hebben geleden naar aanleiding van exact dezelfde omstandigheden. Daarmee worden gelijke gevallen ongelijk behandeld en doet het voorstel onvoldoende recht aan de belangen van de ene categorie, de niet-actieve claimanten, aldus het hof. Verzoeksters hebben geen andere, toereikende rechtvaardiging aangevoerd voor het onderscheid. Met het ‘vergoedende’ element van de premie lijkt het hof op zichzelf geen moeite te hebben:

‘Het is uiteraard mogelijk dat de Active Claimants vanwege hun actieve rol meer kosten hebben gemaakt dan de Non-Active Claimants, zodat het daarom wellicht redelijk is dat zij daarvoor een vergoeding krijgen.’⁴¹

33. Het gaat hier om de verweerders die worden bijgestaan door ConsumentenClaim, een belangenbehartiger die niet was betrokken bij de schikkingsonderhandelingen (zie hierna), maar inmiddels wel achter de schikking staat; zie noot 93.

34. Tussenbeschikking, r.o. 8.23.

35. Zie over problemen van belangenbehartigers in de onderhandelingsfase en de belangen van de aangesproken partij bijv. Lemstra 2015, p. 393, J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij, Ondernemingsrecht 2017/85, O.A. Haazen e.a., Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijkema, MvO 2016, afl. 3-4, p. 74-80 en Hermans 2015, p. 368-374.

36. Zie ook par. 2.1.

37. Verweerschrift II, randnr. 146 en tussenbeschikking, r.o. 8.22.

38. Dit is aangepast in schikkingsovereenkomst II; zie par. 4 hierna.

39. Tussenbeschikking, r.o. 8.26.

40. Tussenbeschikking, r.o. 8.15 en 8.24-8.28.

41. Tussenbeschikking, r.o. 8.28. Zie in vergelijkbare zin Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6, p. 16.

Een dergelijke vergoeding kan dus echter niet in de sleutel van schadevergoeding per aandeel worden geplaatst. Zelfs niet als onderdeel van een vaststellingsovereenkomst, waarbij partijen mogen afwijken van wat rechtens is en contractsvrijheid vooropstaat.⁴² De rechtvaardiging voor de actieve houding kan worden gevonden in de taak van het hof om de belangen te beschermen van *alle* benadeelden, in dit geval vooral die van de afwezige, niet-actieve claimanten.⁴³ Een niet-actieve claimant is ook niet zonder meer een (bewuste) freerider; het kan immers ook gaan om een benadeelde die geen weet heeft van de actie en/of zijn rechten daaromtrent. De afwijzing van het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten voorkomt eveneens het risico dat Kortmann aankaart, te weten dat van belangenconflicten binnen de *class*.⁴⁴ Hij vergelijkt de beloning aan de actieve benadeelden met die aan de Amerikaanse *named plaintiff*. Dat is, kort gezegd, een benadeelde partij die is geselecteerd om toe te zien op de verrichtingen van de advocaat van de groep benadeelden. Het mogelijke belangenconflict volgt uit de betaling van de *named plaintiff* voor die taak (boven op de vergoeding uit de schikking), waardoor hij minder goed in staat zou zijn om ook de belangen van de *unnamed plaintiffs* te behartigen.⁴⁵

4 Intermezzo: het aangepaste voorstel (schikkingsovereenkomst II)

Bij akte van 12 december 2017 hebben verzoeksters een aangepaste schikkingsovereenkomst overgelegd en deze nader toegelicht. De belangrijkste wijzigingen zijn: het maximale schikkingsbedrag is verhoogd tot EUR 1.308.500.000, het onderscheid tussen actieve en niet-actieve claimanten is opgeheven wat betreft de schadevergoeding en het verwateringsrisico, de niet-actieve claimanten ontvangen een hogere schadevergoeding, en de actieve claimanten ontvangen een additionele vergoeding ter compensatie van hun kosten, tijd en inspanning die zijn geïnvesteerd in het ondersteunen van de (collectieve) acties.⁴⁶

Onder actieve claimanten vallen nu ook degenen die zich (vóór een bepaalde datum) hebben aangesloten bij een belangenbehartiger die voorafgaand aan de mondelinge behandeling Ageas in rechte heeft betrokken.⁴⁷ Deze verruimde definitie is slechts nog relevant voor verkrijging van de kostenvergoeding. Dit is een eenmalige vergoeding aan actieve claimanten, waaronder een 'substantieel aantal' benadeelden die 20% of meer van de nog te ontvangen schadevergoeding moeten afstaan aan de belangenbehartigers. De kostenvergoeding is gefixeerd (op 25% van de te ontvangen schadevergoeding), omdat het vol-

gens verzoeksters ondoenlijk is om te beoordelen wat de individuele positie, rechten en aangegane verplichtingen precies zijn. Voor deze kostenvergoeding betaalt Ageas in totaal maximaal EUR 152 miljoen, als onderdeel van het verhoogde schikkingsbedrag.⁴⁸ De vergoeding aan de belangenbehartigers ad EUR 45 miljoen is ongewijzigd gebleven. Ter afsluiting van deze bijdrage gaan wij kort in op het eerdere oordeel van het hof over deze vergoeding en, in breder verband, op het toetsingskader voor dergelijke vergoedingen.

5 De vergoeding aan belangenbehartigers

5.1 De tussenbeschikking: een mogelijk eigen belang en onvoldoende transparantie

De kosten van belangenbehartigers in massaschadezaken kunnen aanzienlijk zijn.⁴⁹ Deze dienen op enige wijze te worden voorgefinancierd en/of vergoed, wil de WCAM geen lege huls zijn. Sommige belangenbehartigers hebben eigen middelen waarmee zij hun activiteiten voorfinancieren, (mede) dankzij eenmalige of periodieke bijdragen van aangeslotenen, en/of ontvangen financiering door *third-party litigation funders*.⁵⁰ De vergoeding van de kosten, in geval van succes, kan ten laste komen van de individuele benadeelden en/of de aangesproken partij. Als de aangesproken partij geen kosten vergoedt, dan hebben de individuele benadeelden aan de vergoeding daarvan bijgedragen door voormelde contributie en/of dragen zij na afloop bij via een resultaatgerelateerde beloning aan de belangenbehartiger of de daaraan verbonden derde. In dat geval speelt het freeriderprobleem een rol, omdat freeriders geen (contractuele) relatie met de belangenbehartiger hebben en dus niet zijn gehouden om een bijdrage in de kosten te leveren. Bij een beloningsconstructie die het freeriderprobleem tegengaat, komen de kosten ten laste van benadeelden (een percentage van het schikkingsbedrag), de niet-claimende benadeelden (de kosten worden voldaan uit het niet-geclaimde schikkingsbedrag), of ten laste van de aangesproken partij (een vergoeding aan de belangenbehartiger *in aanvulling op* het schikkingsbedrag).⁵¹

In de Fortis/Ageas-schikking is gekozen voor laatstgenoemde route. Als gezegd ontvangen de belangenbehartigers in het onderhavige geval EUR 45 miljoen, welke vergoeding losstaat van het schikkingsbedrag van (thans) EUR 1.308.500.000. De vergoedingen aan de VEB, Deminor en FortisEffect zien 'mede op de kosten voor advies aan, vertegenwoordiging van en de uitvoering van de schikking ten behoeve van' vertegenwoordigde particuliere aandeelhouders. De vergoeding aan

42. Art. 7:902 BW.

43. Art. 7:709 lid 3 onder b respectievelijk e BW. Zie hierover ook par. 5.2.

44. J.S. Kortmann, annotatie in JOR 2018/10, onder 6 en 7.

45. Zie hierover bijv. R. Jones, The ethical impact of payments to named plaintiffs, *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2008, afl. 3, p. 781-794.

46. Wij laten de overige onderdelen van de gewijzigde schikkingsovereenkomst buiten beschouwing, zoals de aangepaste kwijtingsbepaling en uitkeringsprocedure.

47. Akte na tussenbeschikking, randnr. 21 en Schikkingsovereenkomst II, p. 25.

48. Voor de details, zie akte na tussenbeschikking, randnr. 13 en 32 e.v.

49. Zie bijv. Schonewille 2010, par. 2.1 en Tzankova 2017, p. 112-113.

50. Over *third-party litigation funding* zie W.H. van Boom & J.L. Luiten, *Procesfinanciering door derden*, RMThemis 2015, afl. 5, p. 188-199 en J.L. Luiten, *Third party litigation funding. Een korte introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016. Over bijdragen van de achterban, zie bijv. J.H. Lemstra, *Belangenorganisaties als procespartij*, in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 44-46 en Tzankova 2017, p. 113-114.

51. Zie over deze beloningsconstructies ook par. 3.1.

SICAF ziet op ‘proceskosten, de kosten van procesvertegenwoordiging in de in Nederland gevoerde procedures en in de mediation’ en de kosten van uitvoering van de schikkingsovereenkomst.⁵² Aan de precieze omvang van de gemaakte kosten zijn weinig woorden gewijd, maar duidelijk is dat deze (aanzienlijk) lager zijn dan de overeengekomen vergoeding. Ten minste drie van de vier belangenbehartigers ontvangen als onderdeel van de vergoeding een premie of opslag: Deminor en FortisEffect ter dekking van het rendement en het risico van de investering, de VEB ter aanvulling van de ‘clubkas’, ‘om de tekorten die wij ieder jaar hebben, aan te vullen en om allerlei principiële zaken te doen die geen andere, commerciële partij ooit zou willen doen’.⁵³

De vergoedingen voor de belangenbehartigers komen dus ten laste van Ageas, en het freeriderprobleem speelt wat betreft de kostendeling geen rol (meer). Het hof oordeelt daarom in de tussenbeschikking:

‘Niet gezegd kan worden dat de Non-Active Claimants in verhouding tot de Active Claimants en de belangenorganisaties die hen bijstaan profiteren van de voordelen van de schikking, maar niet delen in de lasten daarvan als in het kader van de schikking een toereikende vergoeding voor die lasten ter beschikking wordt gesteld.’⁵⁴

Volgens het hof blijkt uit de overgelegde stukken en toelichting daarop echter onvoldoende concreet waarop de vergoedingen aan belangenbehartigers zien. Het hof onderkent het maatschappelijk belang van collectieve procedures en vergoeding van de kosten en het procesrisico daarvan. Daarbij is evenwel vereist dat belangenorganisaties ‘transparant zijn en openheid van zaken geven’.⁵⁵ De onderbouwing van de VEB volstaat daarbij niet, aldus het hof:

‘Het argument dat in eerdere WCAM-procedures procentueel hogere vergoedingen zijn betaald overtuigt niet, reeds omdat die vergoedingen deels betrekking hadden op fees van advocaten (deels in het buitenland) en VEB niet concreet maakt of die vergoedingen voor het overige al of niet waren gerelateerd aan redelijke kosten, terwijl bovendien de hoogte van het door VEB genoemde percentage van 3,6% van het schikkingsbedrag niets zegt over de aanvaardbaarheid van het aanbieden en accepteren van een bepaald concreet bedrag.’⁵⁶

Het hof oordeelt vervolgens dat de bedragen op gespannen voet staan met de belangen van gerechtigden, in die zin dat de belangen van de niet-actieve claimanten lijken te zijn achtergesteld op die van de belangenbehartigers en hun achterban.⁵⁷

52. Verzoekschrift, randnr. 89.

53. Proces-verbaal, p. 4-6.

54. Tussenbeschikking, r.o. 8.41.

55. Tussenbeschikking, r.o. 8.39.

56. Tussenbeschikking, r.o. 8.40.

57. Tussenbeschikking, r.o. 8.35 en 8.41.

Het hof gaat daarbij in op een risico dat kleeft aan een premie voor belangenbehartigers: *collusive behaviour*.⁵⁸ Kort gezegd komt dit erop neer dat een aangesproken partij finaliteit en de medewerking van een belangenbehartiger afkoopt. Of, in de woorden van het hof:

‘Dat Ageas die bedragen desondanks ter beschikking wilde stellen, geeft aan dat zij sterk hecht aan het bereiken van overeenstemming. VEB, Deminor en FortisEffect hebben met het accepteren van de bedragen de indruk gewekt dat zij een eigen belang hebben bij de verbindendverklaring van de overeenkomst.’⁵⁹

Volgens het hof is daarmee twijfel ontstaan over de mate waarin de belangenbehartigers de belangen van de niet-actieve claimanten hebben meegewogen bij het uiteindelijk bereikte onderhandelingsresultaat, ook al komen de vergoedingen aan de belangenbehartigers niet in mindering op het totale schikkingsbedrag.

5.2 De toetsing van vergoedingen aan belangenbehartigers: volgens welk juridisch kader?

Het huidige kader

Op grond van schikkingsovereenkomst II betaalt Ageas EUR 197 miljoen voor de totstandkoming en afwikkeling⁶⁰ van de schikking: EUR 45 miljoen aan de belangenbehartigers en maximaal EUR 152 miljoen aan de actieve claimanten (de gefixeerde kostenvergoeding). Uiteindelijk zal een groter bedrag dan EUR 45 miljoen bij de belangenbehartigers of hun financiers terecht komen vanwege de resultaatafhankelijke vergoeding die individuele benadeelden nog aan hen moeten afstaan.⁶¹ Volgens verzoeksters vallen de vergoedingen en percentages binnen de bandbreedte die in de markt wordt gehanteerd, en zijn deze vergelijkbaar met vergoedingen in eerdere WCAM-uitspraken en schikkingen in Europa en de Verenigde Staten.⁶² Het is afwachten of de nadere onderbouwing thans voldoet.⁶³ Wij laten dit in het midden, maar bespreken tot slot het wankele haakje waaraan een dergelijke onderbouwing en toetsing daarvan kunnen worden opgehangen.

58. 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, Coffee 2015, p. 42-43, Hensler 2010, p. 157-158, I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 116-117 en – binnen het kader van strooischade – I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 111 e.v.

59. Tussenbeschikking, r.o. 8.41.

60. Dit is exclusief de kosten van de afwikkeling door de stichting en claim-administrateur, zie par. 2.2 en Schikkingsovereenkomst II, par. 4.1.1 en 4.2.3.

61. Zie par. 4.

62. Akte na tussenbeschikking, randnr. 32-38; daarbij wordt verwezen naar een bijgevoegd rapport van Analysis Group.

63. Het hof heeft inmiddels geoordeeld dat over de vergoedingen aan de belangenbehartigers een afzonderlijke mondelinge behandeling zal plaatsvinden; zie Hof Amsterdam 5 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:368.

De parlementaire geschiedenis van de WCAM maakt duidelijk dat voor het hof een actieve rol is weggelegd. Op – onder meer – de observatie van senator Wagemakers dat rechters normaal gesproken ‘zelden problemen maken indien partijen die problemen niet hebben’,⁶⁴ reageerde de toenmalige minister van Justitie bijvoorbeeld:

‘De rechter moet met grote zorgvuldigheid nagaan of er rekening wordt gehouden met de belangen die in het geding zijn. Hij kan onder meer uit eigen beweging deskundigen inschakelen. (...) de rechter [heeft] hier een andere functie dan normaal in het burgerlijk recht (...) niet een passieve, maar een actieve quasi bestuurlijke functie (...).’⁶⁵

Of die actieve rol ook geldt voor de toetsing van de vergoeding aan belangenbehartigers is onduidelijk. Het is daarbij allereerst van belang om het type kosten en de grondslag voor vergoeding daarvan te onderscheiden. Over de kosten van de *totstandkoming* van een WCAM-schikking, zoals die van de onderhandelingen, is in de wet(s)geschiedenis) niets opgenomen, laat staan dat destijds rekening werd gehouden met een premie voor belangenbehartigers of hun financiers.⁶⁶ Naar aanleiding van Kamervragen over ‘gelukzoekers’, waarmee werd bedoeld op advocaten of andere belangenbehartigers die (ook) willen profiteren van collectieve afwikkeling, antwoordde de toenmalige minister dat een WCAM-overeenkomst geen vergoeding toekent aan dergelijke partijen, omdat zij niet degenen zijn die schade hebben geleden die het gevolg is van de gebeurtenis waarop de overeenkomst ziet.⁶⁷ Uit het latere Vie d’Or-arrest blijkt echter dat een aansprakelijke partij in een collectieve actie gehouden kan zijn tot vergoeding van de (redelijke) buitengerechtelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade, ondanks het ontbreken van rechtstreekse aansprakelijkheid daartoe jegens de belangenbehartiger.⁶⁸ In de kern ligt de grondslag voor deze beslissing in een effectieve afdoening van massaschade. Frenk heeft uit deze

motivering afgeleid dat ook binnen de WCAM de schadevergoedende partij de kosten van de totstandkoming dient te dragen, en in de praktijk gebeurt dit ook.⁶⁹ Met de verwijzing naar het Vie d’Or-arrest lijkt het hof in de tussenbeschikking in dezelfde richting te redeneren.⁷⁰ De vervolgvraag is dan of de redelijkheid van de vergoeding moet worden getoetst, en zo ja hoe.⁷¹ Mogelijk is het voorbeeld van belang dat, anders dan de onderhavige belangenbehartigers, de Vie d’Or-stichting ‘slechts’ de verplaatste kosten vorderde, kosten die de individuele benadeelden zelf hadden kunnen vorderen.⁷²

Buitengerechtelijke kosten worden normaal gesproken volledig of gefixeerd vergoed, voor zover ze niet ‘van kleur verschieten’ omdat de kosten betrekking hebben op handelingen waarop de proceskostenvergoeding ziet, en voor zover ze in redelijkheid zijn gemaakt en de omvang ervan redelijk is.⁷³ Laatstgenoemde dubbele redelijkheidstoets is echter niet van toepassing bij WCAM-schikkingen, omdat de vergoeding is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst en het dus gaat om bedongen buitengerechtelijke kosten. Daarvoor geldt normaal gesproken een andere maatstaf: de rechter kan deze kosten – ambtshalve – matigen tot een jegens de wederpartij redelijk bedrag ‘gelet op de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht’.⁷⁴ De rechter heeft deze matigingsbevoegdheid echter niet bij een kostenregeling die is opgenomen in een vaststellingsovereenkomst die is gesloten *nadat* het geschil is ontstaan.⁷⁵ Dat zou betekenen dat de vergoeding in een WCAM-overeenkomst niet zou worden getoetst op redelijkheid. Het gaat hier echter niet om een reguliere schikking. Op grond van de open normen van artikel 7:907 lid 3 onder b en e BW moet het hof ten behoeve van verbindendverklaring toetsen of de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk is en of (ook overigens) de belangen van de benadeelden voldoende zijn gewaarborgd. Het gaat daarbij vooral om de belangen van degenen die niet bij de onderhandelingen betrokken of vertegenwoor-

64. Handelingen I 2004/05, 29, p. 1357 en 1365.

65. Handelingen I 2004/05, 29, p. 1361. Zie over de invulling van die rol bijv. W.J.J. Los, Toepassing van de WCAM. Bespiegelingen over de rol en taak van de rechter, in: W.J.J. Los e.a., Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder (NVvP nr. 28), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 25 e.v. en C. Klaassen, De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade ‘en nog wat van die dingen’, AA 2013, afl. 9, p. 627-639.

66. Voor de kosten van de *procedure*, zoals publicatiekosten, deskundigenkosten, maar ook de kosten van verzoeksters zelf bestaat een expliciete wettelijke regeling: de rechter kan bepalen dat deze kosten ten laste komen van één of meer verzoekers; zie art. 1016 lid 2 en 289 Rv, Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 29, Kamerstukken I 2004/05, 29414, C, p. 14 en Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033 (Dexia), r.o. 10.9. De draagplicht voor de kosten van de uitvoering van de schikking kan uit de WCAM-bepalingen worden afgeleid; deze kosten worden doorgaans gedragen door de aangesproken partij op grond van de schikkingsovereenkomst; zie N. Frenk, In der minne geschikt!, NJB 2007/2129, par. 1.4.

67. Kamerstukken II 2003/04, 29414, 7, p. 2.

68. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 en ECLI:NL:HR:2006:AW2082. Het gaat hier om de kosten als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW.

69. Zie Frenk 2007, onder par. 1.4. Zie ook Schonewille 2010, onder par. 2.2 en Tillema 2016. Het gaat hierbij (ook) om de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2 onder c BW).

70. Tussenbeschikking, r.o. 8.39.

71. Zie ook Schonewille 2010, onder par. 2.3.

72. Van Boom stelt dat het Vie d’Or-arrest niet zodanig moet worden uitgelegd dat belangenbehartigers niet meer of anders kunnen vorderen dan ieder van de individuele benadeelden: ‘zijn inspanningen om doelmatige handhaving van regels ter voorkoming van (massa)schade te bewerkstelligen moeten aangemoedigd worden’; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, JA 2007/2 m.nt. W.H. van Boom.

73. HR 3 april 1987, NJ 1988/275 (London/Drenth) en art. 6:96 lid 3 BW jo. art. 241 Rv. Zie ook Rapport BGK-integraal 2013 (de schuldenaar is hier weliswaar geen consument, maar de rechter kan onder omstandigheden de kosten matigen tot BIK-tarieven; zie HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868 en De Bock, in: GS Burgerlijke rechtsvordering (online), art. 242 Rv, aant. 7.

74. Art. 242 lid 1 Rv. Zie ook HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP7760 en De Bock, in: GS Burgerlijke rechtsvordering (online), art. 242 Rv, aant. 3.

75. Art. 242 lid 2 Rv; zie hierover Kamerstukken II 1980/81, 16593, 3, p. 12, waarin is opgenomen dat ‘partijen vrij moeten zijn om, indien eenmaal tussen hen een geschil is gerezen, dit ook ten aanzien van eventuele kosten onderling te regelen’.

digd zijn.⁷⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met ‘de toegekende vergoedingen’ is bedoeld die aan benadeelden, alhoewel ook duidelijk is dat destijds nog geen rekening werd gehouden met een vergoeding aan belangenbehartigers. Stel nu dat met het wegvallen van het onderscheid tussen de actieve en niet-actieve benadeelden (schikkingsovereenkomst II) de vergoeding aan de benadeelden redelijk wordt bevonden. De vergoeding aan de belangenbehartigers strekt niet in mindering op het schikkingsbedrag, en is in zoverre een afzonderlijke overeenkomst. Is er dan nog grond om de vergoeding aan belangenbehartigers afzonderlijk op redelijkheid te toetsen? Bestaat het eerdere mogelijke belangenconflict (tussen de belangenbehartigers, hun achterban en de niet-actieve claimanten) nog, of worden de belangen van benadeelden anderszins mogelijk niet gewaarborgd? Zou bijvoorbeeld het schikkingsbedrag voor benadeelden hoger zijn geweest als de vergoeding aan belangenbehartigers lager was? Zouden de belangenbehartigers de schikking hebben getroffen als hun eigen vergoeding een lagere was geweest? Dit zijn geen eenvoudig te onderzoeken vragen, maar allereerst is het de vraag óf de beloning van belangenbehartigers moet worden getoetst. Een expliciete regeling hiertoe ontbreekt.⁷⁷

Naar een (verfijnd) toetsingskader?

In eerdere WCAM-procedures was geen sprake van toetsing als de vergoeding aan belangenbehartigers niet in mindering kwam op de compensatie voor benadeelden.⁷⁸ Toetsing van de vergoeding van belangenbehartigers en hun financiers zou wel in lijn liggen met de ontwikkelingen rondom collectieve afwikkeling in het algemeen. Zo kan binnen het mogelijk toekomstige kader van de toetsing van de ontvankelijkheid van een belangenbehartiger in een collectieve schadevergoedingsactie de rechter de redelijkheid van de aan de achterban in rekening gebrachte kosten (laten) onderzoeken.⁷⁹ Recente rechtspraak toont reeds een strenge toets van de ontvankelijk-

heid van (commerciële) belangenbehartigers.⁸⁰ Daarnaast kan worden gewezen op de (niet-bindende) Europese Aanbevelingen voor collectieve vorderingen, die onder meer bepalen dat een resultaatgerelateerde vergoeding aan derden en advocaten niet is toegestaan, tenzij gereguleerd door een overheidsinstantie, en dat een derde geen buitensporige rente in rekening mag brengen.⁸¹

Mocht toetsing van de beloning van belangenbehartigers wenselijk worden geacht (zie ook hierna), dan kunnen – bijvoorbeeld – opnieuw de Amerikaanse *roots* van de WCAM worden geraadpleegd. Sinds 2003 leggen de Federal Rules of Civil Procedure de voordien reeds bestaande praktijk vast dat ook de vergoeding aan belangenbehartigers (advocaten) redelijk moet zijn.⁸² Amerikaanse rechters toetsen die redelijkheid afzonderlijk, ook als partijen aanvoeren dat over het schikkingsbedrag en de vergoeding voor de advocaat afzonderlijk is onderhandeld, geen bezwaar tegen de vergoeding is aangevoerd en/of de vergoeding niet als percentage uit de opbrengst komt.⁸³ Het toezicht door de rechter en het vaststellen van een redelijke vergoeding voor advocaten worden gezien als cruciale onderdelen van een effectief functionerend *class action/settlement*-systeem.⁸⁴ De advocaten kunnen een percentage van de opbrengst ontvangen (*percentage-of-the-settlement approach*), of een (mogelijk verhoogd) uurloon op basis van het gewerkte aantal uren (*lodestar approach*).⁸⁵ De *lodestar*-route wordt vooral gehanteerd in zaken waarin sprake is van *fee-shifting*, zoals consumentenrechtelijke zaken. In *common*

76. Vgl. tussenbeschikking, r.o. 8.41.

77. Zo ook Tzankova 2017, p. 117-118.

78. Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 (Vie d’Or), Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (Shell) en Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691 (Vedior). In één eerdere WCAM-schikking werd de beloning aan de belangenbehartiger (Amerikaanse advocaten) onderworpen aan de redelijkheidstoets, en wel omdat deze een percentage vormde van het schikkingsbedrag; Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium).

79. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 11-12 en Kamerstukken II 2016/17, 34608, 6, p. 25. Zie ook Haazen e.a. 2016, p. 76. Ook in eerdere debatten over (commerciële) belangenbehartigers zijn meermaals 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.

80. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, Rb. Den Haag 13 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14512, Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, Rb. Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7373, Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892 en Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383. Vgl. ook Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2018, raadvandiscipline.nl/wp-content/uploads/2018/01/16-1052AL-beslissing-8-1-2018-geanonimiseerd.pdf en Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210, en over de vergoeding aan een belangenbehartiger Rb. Zeeland-West-Brabant 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5217, r.o. 7.1 e.v.

81. Aanbevelingen 2013/396/EU, 16(c), 30 en 32. Zie ook I.N. Tzankova, M.J. Plomp & T. Raats, Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa, M&M 2013, afl. 6, p. 184 e.v. en I. Tillemma, De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?, NTBR 2014/23, afl. 5, par. 3.3.

82. Federal Rules of Civil Procedure 23(h); zie Report of the Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure, september 2002, p. 19-21 en Report of the Civil Rules Advisory Committee (Appendix B), p. 116-122; beschikbaar op uscourts.gov/rules-policies/archives/committee-reports/reports-judicial-conference-september-2002.

83. Zie bijv. Report of the Civil Rules Advisory Committee, p. 118 en Hensler 2010, p. 157.

84. T. Eisenberg, G.P. Miller & R. Germano, Attorneys’ fees in class actions: 2009-2013, New York University Law Review 2017 (oktober), p. 938.

85. Zie voormelde literatuur en bijv. American Law Institute, Principles of the law of aggregate litigation, 2010, § 3.13 en S.S. Gensler, Federal Rules of Civil Procedure, rules and commentary, 2017, Rule 23, Class actions.

fund-zaken hanteren rechters veelal de percentageroute.⁸⁶ Het percentage wordt dan berekend over het afgesproken schikkingsbedrag óf over het daadwerkelijk uitgekeerde bedrag. De hoogte van het percentage is afhankelijk van vele factoren, zoals de soort zaak, de complexiteit en het risico van de zaak, de betrokken partijen, de omvang van het schikkingsbedrag (het *scaling effect* zorgt ervoor dat naarmate het schikkingsbedrag toeneemt, het percentage afneemt) en de looptijd van de procedure.⁸⁷ Sommige rechters hanteren een gefixeerd benchmarkpercentage, andere vergelijken met eerder toegekende percentages in vergelijkbare zaken of raadplegen de uitkomsten van empirisch onderzoek en/of gebruikelijke percentages in de markt. Bij de percentageroute kan ook een *lodestar cross-check* plaatsvinden, wat inhoudt dat de rechter het percentage vergelijkt met de *lodestar*-uitkomst. Kort gezegd: de discretionaire bevoegdheid is ruim en de gezichtspunten zijn legio.

Voor en tegen de *wenselijkheid* van toetsing kunnen verschillende argumenten worden aangevoerd. Vóór toetsing pleit het tegengaan van de risico's die (de prikkels door) de potentiële hoge beloning voor belangenbehartigers met zich breng(t) (en), zoals tegenstrijdige belangen.⁸⁸ Meer in het algemeen bestaat het risico van (negatieve beeldvorming over) een claimcultuur, waarin wantrouwige burgers en ondernemingen elkaar veelvuldig aanspreken en defensief gedrag vertonen, en het idee overheerst dat collectieve afwikkeling vooral leidt tot (excessieve of disproportionele) verrijking van advocaten en andere belangenbehartigers.⁸⁹ Vóór rechterlijke toetsing pleit ook dat belangenbehartigers en derden-financiers niet zijn onderworpen aan gedragsregels en tuchtrecht, noch onder toezicht staan van bijvoorbeeld de AFM. Tégen toetsing pleit de complexiteit ervan en het mogelijke informatiegebrek aan de

zijde van de rechter.⁹⁰ Vergelijkingsmateriaal binnen de Nederlandse (en Europese) markt is beperkt, want de vergoeding aan belangenbehartigers en hun financiers is een relatief nieuw fenomeen. Hermans noemt voorts – in een breder verband – het risico dat actieve toetsing de prikkel ontnemt om collectieve afwikkeling te initiëren of deze via de rechter te doen plaatsvinden.⁹¹ Ook kan toetsing 'oneigenlijk' verweer uitlokken van concurrerende belangenbehartigers die ook een *piece of the pie* willen,⁹² of leidt zij ertoe dat belangenbehartigers of financiers bedrijfsgevoelige informatie moeten prijsgeven. Relevant is eveneens de contractsvrijheid van partijen en de mogelijkheid voor benadeelden om bezwaar te maken tegen de schikking en/of zich daaraan te onttrekken door middel van een opt-outverklaring, wanneer zij zich niet kunnen vinden in de vergoeding. Daartegen kan weer worden ingebracht dat bezwaar maken tegen of onttrekken aan een schikking vooral aantrekkelijk is onder 'begeleiding' van een belangenbehartiger.⁹³ Ook kan het hof bij toetsingsproblemen een deskundige benoemen en bedrijfsgevoelige informatie *ex parte* laten overleggen.

Alle voors en tegens in ogenschouw nemend, lijkt ons de tijd rijp om het toetsingskader verder uit te bouwen.⁹⁴ Ter afsluiting destilleren wij uit het voorgaande enkele mogelijk richtinggevendende factoren voor de toetsing van de redelijkheid van de vergoedingen aan belangenbehartigers en hun financiers:

- de aard en omvang van de vergoede kosten/investering (buitengerechtigde kosten, proceskosten, premie, uurloon, gefixeerd of resultaatafhankelijk, de bestede tijd aan de verrichte werkzaamheden);
- het doel van de eventuele premie (ad hoc of ter dekking van onsuccesvolle, niet-vergoede en/of toekomstige werkzaamheden, algemeen belang, uitkering aan bestuurders, medewerkers, enzovoort);
- het genomen risico (dat de verrichte werkzaamheden niet worden vergoed, bijvoorbeeld verhaalbaarheid en de noviteit en complexiteit van de feitelijke en/of rechtsvragen);

86. Zie bijv. B.T. Fitzpatrick, An empirical study of class action settlements and their fee awards, *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, afl. 4, p. 831-832. Zie over de *common fund*-doctrine ook par. 3.1 en de daar vermelde literatuur.

87. Zie T. Eisenberg & G.P. Miller, Attorney fees in class action settlements: An empirical study, *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, afl. 1, p. 27-78, T. Eisenberg & G.P. Miller, Attorney fees and expenses in class action settlements: 1993-2008, *Journal of Empirical Legal Studies* 2010, afl. 7, p. 248-281, Fitzpatrick 2010 en Eisenberg, Miller & Germano 2017. Zie ook de klassieker *Johnson v. Georgia Highway Express*, 488 F. 2d 714 (5th Cir. 1974).

88. Zie bijv. Faure & Visscher 2015, p. 23-24.

89. Over (de weerbarstigheid van) het fenomeen claimcultuur, zie E. Bauw e.a., Naar een claimcultuur in Nederland?, Den Haag: Ministerie van Justitie 1999, M. Faure & T. Hartlief, Claimcultuur en beloningssystemen, in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 151-166, I. Tillema, Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?, *AA* 2016, afl. 5, p. 337-346 en, in een breder verband, J.M. Vermolen & W.H. van Boom, Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?, *NTBR* 2017/35, afl. 8, p. 245-252.

90. Zie over de onwenselijkheid van rechterlijke toetsing/vaststelling van individuele *success fees* in Engeland & Wales, Lord Hoffmann in *Callery v. Gray* (Nos 1 & 2) [2002] WL 1310759 (HL), onder 26-36: 'What in fact determines the success fee solicitors charge is what costs judges have been willing to allow in more or less comparable cases (...). Solicitors will charge whatever is currently allowed and exert upward pressure to be able to charge more. But that will not tell anyone whether the fees paid to the solicitors represent reasonable value for money.'

91. Vgl. Hermans 2015, p. 384-385.

92. Over zogeheten *professional objectors*, zie bijv. Coffeé 2015, p. 138.

93. Vgl. A.R.J. Croiset Van Uchelen, Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM, *WPNR* 2008/6772, p. 802. Dit geldt vooral als het gaat om zogeheten *negative value claims*, waar de mogelijke opbrengst van een individuele actie niet opweegt tegen de kosten ervan. De kans op bijval van een belangenbehartiger is verminderd nu voormalig verweerder Consumentenclaim de schikking inmiddels onderschrijft; zie Akte na tussenschikking, bijlage 31.

94. Ook gelet op het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie, waarin de mogelijkheid tot een eenzijdige volledige proceskostenvergoeding is opgenomen.

- de gebruikelijke uurtarieven of percentages en/of toegekende vergoedingen in vergelijkbare zaken en de mate van marktwerking/prijsconcurrentie;
- de omvang van het schikkingsbedrag of van de verwachte daadwerkelijke uitkering;
- de aard/omvang van de individuele schade (substantiële schade, strooischade, algemeen belang);
- de omvang van de kostenvergoeding aan actieve benadeelden;
- de informatie over de vergoeding van de belangenbehartigers aan de benadeelden (draagvlak);
- de soort/deskundigheid van de benadeelden (*repeat player* versus *one-shotter*, bijvoorbeeld consument);
- de consequentie van eventuele afwijzing van de redelijkheid van de vergoeding (schikking vervalt, vergoeding wordt verlaagd, bedrag komt ten goede van benadeelden of aangesproken partij).

6 Uitleiding

In deze bijdrage bespraken wij het schikkingsvoorstel in de Fortis/Ageas-zaak binnen de context van het freeriderprobleem en de (toetsing van) vergoedingen aan belangenbehartigers. Beide onderwerpen hangen sterk met elkaar samen in het licht van een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschadezaken. Wij bepleitten de verdere ontwikkeling van het juridische kader en wierpen daartoe enkele aandachtspunten op. Het vergoeden van kosten, investering en inspanning van zowel actieve claimanten als belangenbehartigers en hun financiers, en de toetsing daarvan, zal moeten plaatsvinden op een (werkbaar/efficiënte) wijze die enerzijds voldoende prikkelt, zodat zij ook in de toekomst actief blijven, en anderzijds geen aanleiding geeft tot misbruik. Het vinden van die balans is geen sinecure en zal verschillen per zaak. De Fortis/Ageas-zaak biedt ons inziens voldoende aanknopingspunten om hierin een stap voorwaarts te zetten.