

Opmerkingen n.a.v. arrest ECLI:NL:GHAMS:2018:368

Inleiding

Het gerechtshof Amsterdam heeft op 5 februari jl arrest gewezen (ECLI:NL:GHAMS:2018:368) waarin belanghebbenden en derden in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen in te dienen met betrekking tot hetgeen in sub 2.4 t/m 2.6 van het arrest is overwogen.

Aanleiding hiervan is (ro 2.1):

- (i) De twijfel die is ontstaan over de mate waarin belangen van de gerechtigden die niet behoren tot de achterban van de belangenorganisaties zijn meegewogen bij het uiteindelijk bereikte onderhandelingsresultaat; en
- (ii) De overweging dat de belangenorganisaties onvoldoende concreet openheid van zaken hebben gegeven over de door hen gemaakte en nog te maken kosten en/of het door hen gehanteerde verdienmodel, althans dat zij dit niet aan de hand van stukken hebben onderbouwd.

Alvorens ik hier op in ga, plaats ik de volgende opmerkingen vooraf:

1. Het gerechtshof richt zich hier op 'de belangenorganisatie'. Naar mijn mening dient dezelfde openheid te worden verlangd ook ten aanzien van kosten en/of verdienmodel zijdens verweerders en hun adviseurs. De acties en procesbeslissingen van verweerders bepalen mede de uitgaven aan de kant van eisers. Inzicht in de kosten van verweerders geeft enerzijds vergelijkingsmateriaal en context voor de kosten van de belangenorganisatie en anderzijds wordt inzicht verkregen in het totaal van de kosten die een dergelijk traject met zich brengt. Alleen bij voldoende transparantie aan beide kanten wordt een gewenst level playing field bereikt. De opmerkingen hierna zouden mijns inziens dus ook moeten gelden voor verweerder/wederpartij;
2. Niet uit het oog mag worden verloren dat, aan zowel de zijde van de belangenorganisatie als aan de zijde van de verweerder, vaak sprake is van commerciële partijen, hetgeen mijns inziens onvermijdelijk is zolang adequate alternatieven ontbreken en zelfs gewenst om de level playing field te waarborgen. Dat betrokkenheid van commerciële partijen bij claimstichtingen, bij afwezigheid van adequate alternatieven, van belang is blijkt onder andere uit het artikel van Prof. Mr. I.N. Tzankova: "Wetsvoorstel collectieve schadevergoeding: een oplossing voor welk probleem ook alweer?"¹ In hoofdstuk 3 gaat Tzankova in op de kosten van een collectieve actie. Deze kosten kunnen bij collectieve acties voor de eisers c.q.

¹ Zie: Tijdschrift voor vergoeding personenschade, 2017, nummer 4, p107 tot en met 119. Het artikel voeg ik als bijlage bij dit schrijven.

belangenorganisaties oplopen tot € 7 miljoen of meer. De financieringsopties voor eisers zijn echter beperkt. Het door eisers (vertegenwoordigd door een belangenorganisatie) verkrijgen van externe financiering middels een zogenaamde 'Third Party Funder', lijkt vooralsnog de enige toereikende optie. Deze Third Party Funders verstrekken dan financiering op 'non-recourse'-basis, hetgeen inhoudt dat alleen terugbetaald hoeft te worden in geval van succes. Tegenover deze faciliteit staat echter wel een hoge risico-opslag. Er gelden derhalve commerciële tarieven en er worden commerciële afspraken gemaakt. Commercie bij belangenorganisaties is noodzakelijk voor (zoals hiervoor opgemerkt) het gewenste level playing field, toegang tot het recht en noodzakelijk voor de kwaliteit van de belangenbehartiging. Angst voor onredelijk hoge risico-opslagen is m.i. ongegrond, omdat juist in het geval van commerciële partijen de marktwerking zal dwingen tot normalisering van tarieven;

3. Voorop staat voorts dat de collectieve acties die tot nu toe in Nederland zijn geïnitieerd, hebben geleid tot een inhoudelijk succes. Van lichtvaardig ingestelde collectieve acties is geen sprake. Belangenorganisaties, waaronder ad hoc claiminitiatieven, hebben daadwerkelijk bijgedragen aan het rechtzetten van misstanden en het schadeloosstellen van gedupeerden²;
4. Uit het succes van de collectieve acties kan tevens worden afgeleid dat pas een collectieve actie wordt gestart als er ook daadwerkelijk een kans van slagen wordt voorzien. Het feit dat daar soms commerciële partijen bij betrokken waren, heeft daaraan bijgedragen: er wordt niet onnodig geld verspild;
5. Tot slot is van belang te overwegen welke taken en functies een belangenorganisatie op zich neemt en welke taken wenselijk zijn om te worden uitbesteed. Indien hierin voor alle belangenorganisaties één lijn wordt getrokken, zijn kosten onderling beter vergelijkbaar. Gezien het gevaar van conflicterende belangen binnen een belangenorganisatie moet mijns inziens worden overwogen bepaalde functies en taken duidelijk te scheiden en/of uit te besteden. Zo zou een belangenorganisatie de financiering (funding), het voeren van de procedures en het vaststellen van de schade moeten uitbesteden aan derden. De belangenorganisatie houdt zich dan strikt bezig met claimmanagement en belangenbehartiging, een extern advocatenkantoor met de procedure(s), een financieringspartij met de financiering en een externe schade-expert met het begroten van de schade. Zo wordt bijvoorbeeld voorkomen dat de financierende partij invloed uitoefent op de hoogte van de schade, hetgeen onwenselijk zou kunnen zijn als de succesfee van de financierende partij afhankelijk is van de omvang van de schadevergoeding.

² Met gedupeerden bedoel ik: benadeelden in de betreffende casus, die schade in geld (vermogensschade) hebben geleden.

Opmerkingen met betrekking tot sub 2.4. t/m 2.6

Het vorenstaande in aanmerking genomen, kom ik in aanvulling op de informatie die in ro 2.4 tot en met 2.6 van belangenorganisaties wordt verlangd, op de volgende aanbeveling ten einde de meer inzicht te verkrijgen in de kosten. Het is m.i. van belang dat door belangenorganisaties de volgende administratie wordt gevoerd:

1. Bij aanvang van de belangenorganisatie: **opstellen van een begroting** met daarin:
 - a. Beoogde schadevergoeding³ (en aangeven of dit bedrag inclusief of exclusief de vergoeding voor de belangenorganisatie is) en andere verwachte opbrengsten (zoals bijdragen van deelnemers);
 - b. Verwachte kosten van de eigen organisatie;
 - c. Verwachte kosten derden (zoals kosten inzet deskundigen, kosten van funding, advocaatkosten);
 - d. De verwachte (eventuele) inleg van gedupeerden⁴;
 - e. Inschatting van de omvang van de totale groep gedupeerden.

Met in een toelichting:

- f. Het te hanteren uurtarief (de basisvergoeding) voor personen binnen de belangenorganisatie (onderbouwen);
 - g. Het eventueel door de belangenorganisatie te hanteren percentage (succes)fee en de grondslag waarover dit percentage zal worden berekend;
 - h. Toelichting en onderbouwing met betrekking tot de verwachte kosten en tarieven van derden inclusief het door derden te hanteren percentage (succes)fee⁵ en de grondslag waarover dit percentage zal worden berekend.
2. Tijdens het traject: **bijhouden van een (project)administratie van opbrengsten en kosten** in het zelfde format als de begroting. Alsmede het periodiek vergelijken met de begroting en eventueel (gemotiveerd) aanpassen van de begroting;
 3. Na afloop: Opstellen van **een financiële eindverantwoording** in het format van de begroting met daarin:
 - a. Gerealiseerde schadevergoeding (waarbij wordt aangegeven welk deel aan de gedupeerden toekomt en hoeveel de belangenorganisatie en door de

³ Bij aanvang is dit mogelijk lastig in te schatten en kan hier pas invulling aan worden gegeven na het laten opstellen van een schadebegroting door een deskundige.

⁴ Met inleg van gedupeerden moet m.i. voorzichtig worden omgegaan. Met name als het gaat om inleg van consumenten (niet-commerciële partijen) die niet goed in staat zijn te controleren of hun inleg wordt aangewend ten behoeve van het doel van de belangenorganisatie. Eén commerciële funder die alle kosten voorschiet en het risico draagt, verdient dan wellicht de voorkeur.

⁵ Het is aannemelijk dat de funder een vergoeding zal verlangen voor het risico dat hij loopt. Dit kan vorm zijn gegeven via een (succes)fee.

belangenorganisatie ingezette derden toekomst) en gerealiseerde andere opbrengsten (zoals bijdragen van deelnemers);

- b. Werkelijke kosten eigen organisatie;
- c. Werkelijke kosten derden (zoals kosten inzet deskundigen, kosten van funding, advocaatkosten);
- d. De (eventuele) inleg van gedupeerden

Met in een toelichting:

- e. Het gehanteerde uurtarief (de basisvergoeding) voor personen binnen de belangenorganisatie (onderbouwen);
- f. Het eventueel door de belangenorganisatie gehanteerde percentage (succes)fee en de grondslag waarover dit percentage is berekend;
- g. Toelichting en onderbouwing met betrekking tot de kosten en tarieven van derden inclusief het eventueel door derden gehanteerde percentage (succes)fee en de grondslag waarover dit percentage is berekend.

4. Vervolgens moeten de verschillen tussen budget en realisatie worden verklaard.

Voorts is het wenselijk om richtlijnen te geven voor de vergoeding die aan belangenorganisaties wordt uitgekeerd. Zoals:

1. De (basis)vergoeding moet in verband en verhouding staan tot de door de belangenorganisatie verrichte inspanningen. Dit kan inzichtelijk worden gemaakt door de totale urenbesteding binnen de belangenorganisatie te vermenigvuldigen met een uurtarief. Dit uurtarief moet redelijk zijn en niet buitensporig, maar wel concurrerend met de vergoedingen aan de zijde van verweerders.
2. Indien er in plaats van of naast de (basis)vergoeding bedoeld onder 1. vooraf in de begroting rekening is gehouden met een succesfee die afhankelijk is van de bereikte vergoeding, dan moet deze conform de in de begroting voorgenomen percentage en grondslag zijn vastgesteld (en indien daarvan af wordt geweken, dan moet die afwijking worden gemotiveerd). Indien in de begroting geen rekening is gehouden met een succesfee percentage en er wordt wel succesfee uitgekeerd dan moet gemotiveerd worden aangegeven waarom achteraf een succesfee wordt toegekend en wat daarbij het percentage en de grondslag is.
3. In overweging dient te worden genomen dat in de eindberekening van een succesfee rekening wordt gehouden met de verhouding tussen de totale groep gedupeerden in de betreffende casus en het deel daarvan dat zich bij de belangorganisatie heeft aangesloten. Indien daarvoor een formule wordt aanbevolen dan moet daarbij voorzichtigheid worden betracht. Het maakt immers uit of een formule wordt uitgedrukt in aantal gedupeerden of

wordt uitgedrukt in belang (de omvang van de schade) van de achterban. Voorts maakt het verschil of het gaat om een grote groep gedupeerden met een relatief kleine schade of een kleine groep gedupeerden met een relatief grote schade.

4. De vergoeding aan de belangenorganisatie moet voldoende zijn om te kunnen voldoen aan de kosten van derden (funder, advocaten, schadedeskundige, etc) en de eigen kosten inclusief eventueel vooraf gemaakte afspraken over risico-opslag en (succes)fees.

Hoogachtend,