

De claimstichting: geschikt of ongeschikt?

Een onderzoek naar de geschiktheid van de claimstichting als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt in de collectieve actie.

Auteur: Jeroen Willems

ANR: 452061

Scriptiebegeleidster: D.M.J. van Abeelen LLM

Tweede examiner: Mr. G.J.H. van der Sangen

Afstudeerrichting: Ondernemingsrecht

Datum afstuderen: 14 november 2014/ 13:00

Inhoud

1	Inleiding.....	6
2	De collectieve actie en de problematiek bij claimstichtingen	8
2.1	De collectieve actie van 3:305a BW	8
2.2	De WCAM	11
2.3	Afhandeling van massaschade zonder rechterlijke inmenging	13
2.4	De problematiek.....	14
	Agency probleem.....	14
	Wildgroei aan claimstichtingen	18
2.5	Conclusie	19
3	Governance bij stichtingen	20
3.1	Governance	20
3.2	Wettelijke verankering rechtsvorm stichting	20
3.3	Toezicht op en disclosure van stichtingen.....	22
	Wet bestuur en toezicht rechtspersonen	22
	Intern en extern toezicht	22
	Tegenstrijdig belang	25
	Disclosure	27
	Ledenverbod en belanghebbenden.....	28
3.4	Conclusie	29
4	Specifieke problematiek claimstichtingen.....	29
4.1	Claimstichtingen	30
4.2	Toepassing governance problematiek op claimstichting	31
	Toezicht	31
	Tegenstrijdig belang	35
	Disclosure	36
4.3	Verklaring wildgroei claimstichtingen	37
4.4	De tot op heden geboden oplossingen.....	38
	Claimcode	38
	Wet tot wijziging van de WCAM	40
	Rechterlijke controle	41
4.5	Conclusie	42

5	De class action.....	43
5.1	De Amerikaanse procedure.....	43
5.2	Toetsing van de lead plaintiff en de classadvocaat.....	45
5.3	De class action als oplossing	47
	Agency probleem.....	48
	Wildgroei	52
5.4	Conclusie	53
6	Aanbevelingen	53
6.1	Een formele voorfase.....	54
6.2	Transparantie en disclosure	56
6.3	Overige governance elementen	58
6.4	Rechterlijke betrokkenheid vs. contractvrijheid	60
6.5	Een andere rechtsvorm	63
6.6	Wet afwikkeling van massaschade in een collectieve actie	66
6.7	Conclusie	70
7	Conclusie	71

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afsluiting van mijn master Ondernemingsrecht en tevens ter afsluiting van mijn leven als student. Ik heb onderzoek gedaan naar de geschiktheid van de claimstichting als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt in de collectieve actie. De collectieve actie wordt steeds belangrijker en is een veel besproken onderwerp in de literatuur. Of de rechtsvorm stichting als juridisch kader geschikt is voor belangenbehartiging is echter onderbelicht gebleven. Met deze scriptie wil ik dit specifieke onderwerp onder de aandacht brengen.

Het schrijven van een scriptie en het doen van het daarbij behorende onderzoek bleek geregeld een hele opgave. Het enthousiasme waarmee ik aan mijn scriptie ben begonnen maakte nog al eens plaats voor lichte paniek of wanhoop. Het schrijven van een scriptie bleek een moeizaam, maar zeker ook leerzaam proces. Na maanden hard werken ben ik tot een eindresultaat gekomen waar ik tevreden over ben.

Deze scriptie zou nooit tot stand zijn gekomen zonder de hulp en steun van een aantal personen die ik daarvoor graag wil bedanken. Op de eerste plaats wil ik mijn scriptiebegeleidster Danique van Abeelen LLM ontzettend bedanken voor haar inzet, feedback, geduld en haar goede ideeën. Tevens wil ik dhr. mr. G.J.H. van der Sangen bedanken voor het opnemen van de taak van tweede lezer en voor het plaatsnemen in de examencommissie. Mijn ouders hebben het voor mij mogelijk gemaakt om mij volledig te kunnen richten op mijn studie. Ik wil hen bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun en vertrouwen die zij mij al die jaren hebben gegeven. Tot slot bedank ik mijn broertje, vriendin en overige familieleden en vrienden voor hun steun die zij mij tijdens mijn studie hebben gegeven.

Ik wens u veel leesplezier.

Jeroen Wullems

1 Inleiding

Op het moment dat een geval van massaschade bekendheid geniet, verschijnen op televisie in programma's als Nieuwsuur en Pauw meerdere personen als vertegenwoordiger van een organisatie die opkomt voor de belangen van gedupeerden van deze massaschade. Een dergelijke organisatie betreft in de regel een stichting. Een recent en bovenal bekend voorbeeld is de DSB-kwestie waarin de heer Lakeman op 1 oktober 2009 met een uitspraak in het tv-programma 'Goedemorgen Nederland' het faillissement van DSB inzette. Vervolgens representeerde de heer Lakeman als voorzitter van de Stichting Hypotheekleed gedupeerden van DSB in hun vorderingen tegen deze bank. Dit leidde tot een discussie omtrent de betrouwbaarheid, deskundigheid, toezicht en transparantie bij de vertegenwoordiging van gedupeerden. Tevens ontstond er een discussie omtrent het aantal belangenbehartigers dat in geval van massaschade steeds aanzienlijker werd.¹ Gezien het feit dat belangenbehartiging in de regel plaatsvindt via de rechtsvorm stichting komt de focus in deze scriptie op dergelijke belangenbehartigende claimstichtingen te liggen.

Nadat naar aanleiding van de DES-zaak² de Wet Collectieve Afhandeling Massaschade (WCAM) is ontwikkeld en nadat het Amsterdamse Hof in de Shell-zaak³ en in de Converium-zaak⁴ heeft bepaald dat gebondenheid aan deze zelfde WCAM ook voor buitenlandse gedupeerden kan gelden, is de Nederlandse collectieve actie in importantie toegenomen. Nederland wordt daarbij gezien als het 'claimparadijs'.⁵ Verschillende keren is er dan ook gebruik gemaakt van deze procedure.⁶ Vanwege het toenemende gebruik en de groeiende importantie van de collectieve actie van artikel 3:305a BW en de WCAM (7:907 e.v. BW) dient er kritisch te worden gekeken naar de verschillende onderdelen van deze procedures. Veel aandacht is daarbij reeds besteed aan de procedure zelf, de rechterlijke bevoegdheid in internationale zaken, maar ook aan kleinere facetten van de collectieve actie zoals de afwikkeling van massaschade.⁷ De rol van de claimstichting binnen de collectieve actie is daarentegen onderbelicht gebleven.

Zowel bij de collectieve actie van artikel 3:305a BW als bij de WCAM speelt de claimstichting een belangrijke rol. Het is een dergelijke stichting die een collectieve actieprocedure kan starten en

¹ In het geval van de DSB-zaak o.a. Stichting hypotheekleed, Platform Aandelenlease, Steunfonds probleemhypotheek, Stichting Spaarders DSB.

² HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535. (DES)

³ Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744. (Shell)

⁴ Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026, Ondernemingsrecht 2012/34, m.nt. T.M.C. Arons. (Converium)

⁵ De Groot, 'Nederland hoopt het stokje VS over te nemen als land van de class-actions', Het Financieel Dagblad 17 november 2010, p.13.

⁶ O.a. Hof Amsterdam 1 juni 2006, LJN: AX6440 (DES), Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN: AZ7033 (Dexia), Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744 (Shell), Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior), Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026 (Converium).

⁷ M.F. Poot, 'De internationale afwikkeling van massaschades met de Wet collectieve afwikkeling massaschade', in: M. Holtzer e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 169-202. & D.M.J. van Abeelen, 'Het sluitstuk van de afwikkeling van massaschade: waar blijven de Himalayabeklimmers?', *TvOB* 2012/4.

partij is bij de vaststellingsovereenkomst omtrent de afwikkeling van massaschade.⁸ De claimstichting is daarbij de belangenbehartiger van gedupeerden. Overigens geldt een en ander ook voor de vereniging. Een vereniging kan eveneens een collectieve actieprocedure starten en partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst omtrent de afwikkeling van massaschade. De vereniging wordt in deze scriptie veelal buiten beschouwing gelaten. Dit vanwege het feit dat de rechtsvorm vereniging al een meer uitgewerkte wettelijke governance-structuur kent.⁹ Verenigingen die gebruik maken van de collectieve actie, zoals de Vereniging van Effectenbezitters en de Vereniging Eigen Huis, kennen reeds een lange historie, zijn niet ad hoc opgericht en hebben baat bij een goede reputatie.

Indien in het vervolg over collectieve actie wordt gesproken, wordt daarmee de collectieve actie van artikel 3:305a en de WCAM 7:907 BW tezamen bedoeld. Wanneer het één van beide betreft zal dit expliciet worden vermeld. Er wordt dan gesproken over de collectieve actie van artikel 3:305a BW of over de WCAM. Het is van groot belang dat een claimstichting geschikt is voor het behartigen van de belangen van de gedupeerden. Echter, er zijn redenen waardoor men de geschiktheid van de claimstichting als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt in twijfel kan trekken. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijk gebrekkige governance-structuur. De actualiteit van dit onderwerp en de onderkenning van de problematiek blijkt uit twee zeer recent verschenen conceptwetsvoorstellen. Het betreft het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie.¹⁰ Naar aanleiding van het bovenstaande staat de volgende onderzoeksvraag in deze scriptie centraal:

“Is de claimstichting als juridisch kader geschikt om de belangen van gedupeerden te behartigen bij de collectieve afhandeling van massaschade gezien haar rechtsvorm, governance-structuur, de mogelijkheid tot rechterlijk dan wel overheidsingrijpen en wat kan daarbij worden geleerd vanuit de Amerikaanse class action?”

Ter beantwoording van deze vraag zal er in hoofdstuk 2 worden begonnen met een algemene beschrijving van de collectieve actie van 3:305a, de WCAM en de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Vervolgens wordt er in hoofdstuk 3 aandacht besteed aan de governance problematiek zoals deze in het algemeen voor kan komen bij stichtingen. Aandacht wordt besteed aan het recent verschenen conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen waarin een uniforme regeling op het gebied van bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen

⁸ Artikel 3:305a lid 1 en 7:907 lid 1 BW. Dit geldt eveneens voor de vereniging.

⁹ O.a. artikel 2:26; 2:37; 2:38; 2:40; 2:45; 2:47-49 BW.

¹⁰ Zowel de conceptwetsvoorstellen als de daarbij behorende Memorie van Toelichting zijn te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>> & <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>.

wordt voorgesteld. De governance problematiek wordt daarna in hoofdstuk 4 toegepast op de claimstichting om zo een beeld te schetsen op welke wijze de problematiek zich bij deze stichting manifesteert. Beschreven wordt de rol die de claimstichting speelt in de collectieve actie en de vraag of de claimstichting bestaat. Tevens zal worden beschreven of de tot op heden geboden oplossingen uit de praktijk, zoals de Claimcode¹¹, het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen¹² en de Wet tot wijziging van de WCAM¹³, het gewenste effect hebben.

Vervolgens zal worden gezocht naar een geschikte oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. De Nederlandse collectieve actie zal in hoofdstuk 5 worden vergeleken met de Amerikaanse class action. In dit vergelijk wordt bepaald of de class action, of facetten hiervan, een oplossing biedt voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting zoals deze zich in de Nederlandse collectieve actie voordoet. In hoofdstuk 6 worden er aanbevelingen gedaan die moet leiden tot een oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Daarbij wordt tevens een afweging gemaakt tussen contractvrijheid en rechterlijke betrokkenheid en wordt het gebruik van een andere rechtsvorm onderzocht. Zeer recent is het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie verschenen. Dit wetsvoorstel zal worden getoetst aan de gedane aanbevelingen zodat kan worden gezien in hoeverre dit wetsvoorstel een oplossing vormt voor de problematiek. Tot slot zal de onderzoeksvraag expliciet worden beantwoord.

2 De collectieve actie en de problematiek bij claimstichtingen

In dit hoofdstuk wordt kort de collectieve actie uiteengezet. Eerst zal in paragraaf 2.1 de collectieve actie van artikel 3:305a BW worden beschreven waarna in paragraaf 2.2 een beschrijving volgt van de WCAM. Doormiddel van deze beschrijving wordt duidelijkheid verschaft in welke context de problematiek zich afspeelt. Paragraaf 2.3 laat zien dat het in de praktijk mogelijk is om zonder het volgen van de collectieve actie tot eenzelfde resultaat te komen als in de collectieve actie. Dit is met name van belang voor het vervolg van de scriptie. Daaropvolgend zal de problematiek waarop deze scriptie ziet in paragraaf 2.4 worden beschreven. Oorzaken van de problematiek en oplossingen hieromtrent zullen in de volgende hoofdstukken worden behandeld. Dit hoofdstuk zal eindigen met een korte conclusie.

2.1 De collectieve actie van 3:305a BW

De collectieve actie van artikel 3:305a BW is per 1 juli 1994 geldend recht geworden op grond van het inwerkingtredingsbesluit van 27 mei 1994.¹⁴ De collectieve actie van artikel 3:305a BW wijkt af van het in beginsel geldende principe dat men in een procedure niet een recht kan

¹¹ A.H. van Delden e.a., Claimcode, 2011 & Stb. 2013, 255.

¹² Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>.

¹³ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 1.

¹⁴ Stb. 1994, 391.

verwezenlijken die een ander toebehoort.¹⁵ Er is in feite een tweepartijenstelsel dat bestaat uit de eiser en de verzoeker. Dit ziet op een individualistisch systeem waarbij in de praktijk het gevaar bestaat dat er niet wordt opgekomen voor deze individuele belangen indien de kosten/baten analyse negatief uitvalt. Dit kan tot onwenselijke resultaten leiden.¹⁶ De collectieve actie van artikel 3:305a BW maakt het mogelijk om deze individuele belangen samen te bundelen, waardoor de gemaakte kosten/baten analyse eerder positief zal uitvallen. In dit kader kent men twee soorten collectieve acties. Dit zijn groepecties en algemeen belangacties.¹⁷ Waar in de eerste variant de persoonlijke belangen kunnen worden geïndividualiseerd, is dit bij de tweede variant niet mogelijk vanwege het algemene karakter. Dit onderscheid wordt overigens in de wet niet met zoveel woorden gemaakt.

In lid 1 wordt het instellen tot een rechtsvordering voorbehouden aan een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Hiervoor moet zij aan een aantal vereisten voldoen. Een stichting wordt door een rechtshandeling in het leven geroepen, kent geen leden en beoogt met behulp van daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.¹⁸ De toevoeging met volledige rechtsbevoegdheid in het eerste lid van 3:305a BW ziet niet op de stichting aangezien deze per definitie volledige rechtsbevoegdheid heeft. Voor een vereniging daarentegen geldt dit niet. Of een vereniging volledige rechtsbevoegdheid heeft, is afhankelijk van het feit of de betreffende vereniging haar statuten heeft opgenomen in een notariële akte. Wanneer dit niet het geval is, heeft zij geen volledige rechtsbevoegdheid.¹⁹

In het laatste zinsdeel van het eerste lid, “voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt”, staat nog een belangrijke beperking met betrekking tot de daargenoemde stichtingen en verenigingen. Dit zinsdeel vereist dat de statuten het doel van de stichting of vereniging inhouden en dat zij activiteiten conform deze statuten verricht. Er is dan sprake van een tweezijdige eis, namelijk om de te behartigen doelstelling in de statuten te formuleren en activiteiten daaromtrent te ontplooiën.²⁰ De betreffende doelstelling moet niet te ruim worden geformuleerd aangezien de stichting of vereniging het risico loopt dat zij niet in rechten kan optreden omdat niet goed is vast te stellen wat het specifieke belang van deze stichting of vereniging is.

Een ander belangrijk aspect is de representativiteit. Is een stichting dan wel een vereniging representatief genoeg? In een later stadium zal representativiteit nog uitgebreid worden behandeld. Onder andere komt dan aan bod wanneer er sprake is van representativiteit. Voor nu is het van belang te weten dat men geen eis van representativiteit stelt in artikel 3:305a, maar

¹⁵ Asser Procesrecht/ Van Schaick 2 2011/29.

¹⁶ Asser Procesrecht/ Van Schaick 2 2011/29.

¹⁷ Stolker, ‘Commentaar op artikel 305a Boek 3 BW.’ In: J. Nieuwenhuizen e.a., *Tekst&Commentaar Vermogensrecht*, Centraal Boekhuis 2009, p. 1594.

¹⁸ Artikel 2:285 lid 1 BW.

¹⁹ Zie in dit verband artikel 2:27 en 2:30 BW.

²⁰ Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:305a, aant. 14.

wel zou representativiteit impliciet aan de orde komen bij de vraag of een claimstichting ontvankelijk is.²¹

In beginsel kan een stichting dan wel een vereniging iedere vordering instellen, behalve de vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld. Deze vordering wordt expliciet uitgesloten in het derde lid van artikel 3:305a BW.²² Voor de overige vorderingen geldt, als vanzelfsprekend, dat de betrokken belangen gebundeld moeten kunnen worden.²³ Het betreft immers een collectieve actie waarbij het moet gaan om gelijksoortige belangen van personen.²⁴ Dit is tevens een beperking op het feit dat alle vorderingen ingesteld kunnen worden. Dat een ingestelde rechtsvordering moet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen, ingevolge 3:305a lid 1 BW, geeft volgens Frenk in zijn noot onder het Safe Haven-arrest niet meer dan een natuurlijke begrenzing van de reikwijdte van het collectieve actierecht.²⁵ De collectieve actie geeft alleen antwoord op rechtsvragen die voor de gehele groep belanghebbenden gelden. Daarbij wordt geen rekening gehouden met individuele omstandigheden die er wel degelijk kunnen zijn. Dit zou geen recht doen aan de collectieve actie. Ook geldt voor de collectieve actie dat een uitspraak door de rechter slechts bindend is tegenover de betrokken partijen, dat wil zeggen tegenover de schadeveroorzaker en de belangenbehartiger(s), maar niet tegenover de individueel gedupeerden.²⁶ Dientengevolge kunnen deze individueel gedupeerden individueel alsnog op dezelfde gronden een procedure beginnen tegen de schadeveroorzaker om zo hun schade in geld vergoed te krijgen. Zij hebben dan immers een verklaring voor recht dat er een onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden die tot uitgangspunt genomen kan worden, aldus de Hoge Raad.²⁷

Zoals gezegd is de vordering tot een schadevergoeding te voldoen in geld uitgesloten in het derde lid van artikel 3:305a BW. Hoewel de stichting en de vereniging opkomen voor de belangen van anderen zijn zij niet bevoegd tot het vorderen van schadevergoeding in geld voor deze personen. Wel kan een verklaring voor recht worden gevorderd.²⁸ Met deze verklaring voor recht zal de stichting, dan wel vereniging, trachten via een vaststellingsovereenkomst te komen tot een afwikkeling van schade in geld ten faveure van degene wiens belangen zij behartigt. Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid tot een individuele actie van een gedupeerde. In deze

²¹ Hof Arnhem 16 januari 1990, NJ 1990, 470.

²² Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie voorziet in een mogelijkheid tot een schadevergoedingsactie in de collectieve actie, zie daarvoor: Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 1. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²³ Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:305a, aant. 16.

²⁴ Artikel 3:305a lid 1 BW.

²⁵ HR 23 december 2005, JA 2006, 40, m.nt. N. Frenk.

²⁶ I.N. Tzankova & D. Scheurleer, 'The Netherlands', the Annals of the American Academy of Political and Social Science, 622, no. 1 (2009): 149-160, p. 153. Zie in gelijke zin de gedachtegang van de Hoge Raad in: HR 7 november 1997, NJ 1998/268. (Philips/VEB)

²⁷ HR 27 november 2009, RF 2010/13. (World Online)

²⁸ Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:305a, aant. 22.

individuele procedure wordt de verklaring voor recht die geldt tussen de schadeveroorzakende partij en de stichting dan wel een vereniging als uitgangspunt genomen.²⁹

2.2 De WCAM

Wanneer de betrokken partijen een vaststellingsovereenkomst omtrent de afwikkeling van de schade hebben gesloten kan men gebruik maken van de WCAM ingevolge artikel 7:907 e.v. BW. In de praktijk wordt een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen drie verschillende partijen. Dit zijn de schadeveroorzaker(s), de belangenbehartigende claimstichting of vereniging en de administrateur.³⁰ Deze laatste moet volgens de wet partij zijn bij de overeenkomst wanneer zij wordt aangewezen in de overeenkomst.³¹ Sinds 27 juli 2005 zijn aan boek 7 van het Burgerlijk Wetboek vier artikelen³² toegevoegd die gezamenlijk de materieel rechterlijke kant van de WCAM vormen.^{33 34} Dit gebeurde nadat aan de wetgever was verzocht om een mogelijkheid tot algemeen verbindend verklaring van de vaststellingsovereenkomst ten behoeve van de afwikkeling van massaschade in de beruchte DES-zaak te creëren.³⁵ Dit heeft als voordeel dat men niet strandt in een veelheid van procedures waarbij de kosten enorm op kunnen lopen. De wetgever spreekt in dit verband over het algemeen maatschappelijk voordeel van het voorkomen van de kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van een groot aantal civiele procedures, waarbij telkens identieke vragen worden beantwoord.³⁶ Daarnaast zorgt de WCAM ervoor dat de leemte, het niet kunnen voldoen van de schade in geld, die artikel 3:305a lid 3 BW in zich heeft, wordt opgevuld. Via de WCAM is het wel mogelijk voor benadeelden om collectief de door hen geleden schade vergoed te krijgen in geld. Een voordeel vanuit de optiek van de schadeveroorzaker is het feit dat zij door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst zekerheid verkrijgt over de financiële verplichting die zij heeft tegenover de benadeelden.³⁷ Het eerste lid van artikel 7:907 BW geeft de rechter de mogelijkheid om een overeenkomst strekkende tot collectieve schadeafwikkeling algemeen verbindend te verklaren voor de gehele groep benadeelden wanneer hiertoe door partijen wordt verzocht. Partij bij deze overeenkomst zijn de stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en één of meer andere partijen die zich bij deze overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van de schade, aldus artikel 7:907 lid 1 BW. Ook hier geldt, evenals bij de collectieve actie van artikel 3:305a BW, de eis dat de stichting of vereniging de belangen van benadeelden ingevolge haar statuten behartigt. Eveneens geldt dat zij activiteiten conform deze statuten dient te verrichten en wordt

²⁹ HR 27 november 2009, JOR 2010. (VEB/World Online)

³⁰ W.H. van Boom, 'Collective settlement of mass claims in the Netherlands', in Matthias Casper e.a., *AUF DEM WEG ZU EINER EUROPÄISCHEN SAMMELKLAGE?*, Munich: Sellier 2009, p. 171-192.

³¹ Artikel 7:907 lid 3 sub h.

³² Artikel 7:907-7:910 BW.

³³ Stb. 2005, 380.

³⁴ De formeel rechterlijke kant vindt men terug in art. 1013-1018 Rv.

³⁵ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535. (DES)

³⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 1.

³⁷ N. Frenk, 'Het wetsvoorstel collectieve afhandeling massaschade', *NbBW* 2004, nr. 2, p.19.

vereist dat de statuten het doel van de stichting of vereniging inhouden. Van belang is dat partijen alleen gezamenlijk een dergelijke overeenkomst aan de rechter voor kunnen leggen.³⁸ Het betreft daarbij het Hof Amsterdam aangezien zij de exclusieve bevoegdheid heeft kennis te nemen van dergelijke verzoeken tot algemeen verbindendverklaring.³⁹ Hoewel de overeenkomst algemeen verbindend wordt verklaard voor de gehele groep benadeelden kunnen zij zich, desgewenst, individueel onttrekken aan de overeenkomst middels de 'opt-out' mogelijkheid.⁴⁰ Deze benadeelde kan dan zelfstandig een procedure beginnen tegen de schadeveroorzaker en onttrekt zich daarmee aan de gesloten overeenkomst.⁴¹

Naast het vereiste dat de stichting of vereniging ingevolge haar statuten de belangen van personen behartigt geldt, evenals bij artikel 3:305a BW, dat deze stichting of vereniging representatief moet zijn. Een belangrijk verschil betreft het feit dat bij de WCAM deze representativiteit expliciet in de wet is opgenomen.⁴² Daar dit voor de collectieve actie van artikel 3:305a BW niet geldt. Van belang is te weten waar deze representativiteit van een stichting of vereniging uit afgeleid wordt. De representativiteit kan uit verschillende omstandigheden worden afgeleid door middel van indicatoren.⁴³ Er wordt niet gewerkt met concrete vereisten.⁴⁴ De door de wetgever genoemde indicatoren zijn de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft om zich voor de belangen van de benadeelden in te zetten, het aantal benadeelden dat aangesloten is bij of lid is van de organisatie en de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden. Daarnaast kan relevant zijn het gegeven dat de organisatie ter zake van de schadeveroorzakende gebeurtenissen niet alleen ten opzichte van de schadeveroorzakers, maar bijvoorbeeld ook ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden en het feit dat de organisatie is opgetreden als spreekbuis in de media.⁴⁵ Naast de zojuist genoemde indicatoren uit de memorie van toelichting worden er in de wet geen concrete eisen gesteld aan de representativiteit. Hier ligt dan ook een belangrijke taak voor de rechter. Hij zal moeten bepalen of een stichting of vereniging voldoende representatief is.⁴⁶ Hier wordt op een later moment nog verder op ingegaan.

Wanneer een vaststellingsovereenkomst wordt overeengekomen hoeft dit niet te betekenen dat via artikel 3:305a een verklaring voor recht is verkregen. Niet nodig is dat vaststaat dat de

³⁸ Artikel 7:907 lid 1 BW & C.J.M. van Doorn, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, art. 7:907, aant. 1.

³⁹ Artikel 1013 lid 3 Rv.

⁴⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 4 & artikel 7:908 lid 2 BW.

⁴¹ A.F.J.A. Leijten, 'De betekenis van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade voor corporate litigation', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 176.

⁴² Artikel 7:907 lid 3 sub f BW.

⁴³ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3 (MvT), p. 15.

⁴⁴ C. van Uchelen, 'Van corporate litigation naar corporate settlement. Het wetsontwerp collectieve afhandeling van massaschade', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2003 – 2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 131.

⁴⁵ C.J.M. van Doorn, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, art. 7:907, aant. 3.1.

⁴⁶ C. van Uchelen, 'Van corporate litigation naar corporate settlement. Het wetsontwerp collectieve afhandeling van massaschade', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2003 – 2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 131.

wederpartij(en) van de stichting of vereniging daadwerkelijk aansprakelijk is/zijn. Een dergelijke vaststellingsovereenkomst kan juist zijn gesloten ter voorkoming van een geschil hieromtrent.⁴⁷ Dit betekent dat men beide fasen, uit wat hier de collectieve actie wordt genoemd, ook apart kan gebruiken en er geenszins een verplichting bestaat om beide fasen toe te passen. Bij het sluiten van een dergelijke vaststellingsovereenkomst is het van belang dat alle schadeveroorzakers en, wanneer van toepassing, hun verzekeraars bij de overeenkomst worden betrokken. Zo kan de schade zoveel mogelijk in één keer worden afgewikkeld.⁴⁸

2.3 Afhandeling van massaschade zonder rechterlijke inmenging

Bij de bespreking van de collectieve actie van artikel 3:305a BW en de WCAM ziet men al voorzichtig de contouren van wat in feite een 'twee fasen-collectieve actie' is.⁴⁹ Op basis van de collectieve actie van artikel 3:305a BW kan er een verklaring voor recht worden gevorderd waarbij vast komt te staan dat de schadeveroorzaker onrechtmatig heeft gehandeld. Echter, gedupeerden zullen het liefst hun schade vergoed zien. Een schadevergoeding te voldoen in geld is in het derde lid van artikel 3:305a BW uitgesloten waardoor men terechtkomt bij artikel 7:907 BW.⁵⁰ De rechter kan op basis van de WCAM de vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend verklaren waardoor gedupeerden alsnog hun schade vergoed krijgen.

Het is van belang voor het verdere verloop van deze scriptie goed te beseffen dat de zojuist behandelde 'twee fasen-collectieve actie' in de praktijk niet gevolgd hoeft te worden. Daarmee wordt bedoeld dat men hetzelfde doel kan bereiken zonder dat er een gerechtelijke weg aan te pas komt. Partijen kunnen zonder dat er een verklaring voor recht wordt gevorderd over gaan tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. In Nederland geldt immers contractvrijheid. Deze vaststellingsovereenkomst hoeft, wanneer een der partijen dit niet wenst, niet aan de rechter te worden voorgelegd. In de praktijk is dit laatste toegepast in de World Online zaak.⁵¹ Zo is het mogelijk dat partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten zonder dat de rechter enige invloed heeft gehad. De wenselijkheid en de gevolgen van deze situatie zullen in een later stadium nog worden behandeld. De rechter heeft nauwelijks tot geen invloed op de onderhandelingen van de vaststellingsovereenkomst vanwege het feit dat hij daarin niet wordt betrokken. Dit betekent dat

⁴⁷ Broekema-Engelen, 'Commentaar op artikel 907 boek 7 BW' in: J. Nieuwenhuizen e.a., *Tekst&Commentaar Vermogensrecht*, Centraal Boekhuis 2009.

⁴⁸ C.J.M. van Doorn, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, art. 7:907, aant. 5.1.

⁴⁹ I.N. Tzankova & C.J.M. van Doorn, 'Effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade: terug naar de kern van het collectieve actierecht', in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 95-125.

⁵⁰ Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie voorziet in een mogelijkheid tot een schadevergoedingsactie in de collectieve actie, zie daarvoor: Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 1. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijkzma.html>>.

⁵¹ HR 27 november 2009, JOR 2010 (VEB/World Online) & <www.veb.net> .Overigens zijn er andere partijen nog steeds aan het onderhandelen aangezien de vorige schikking alleen voor VEB leden geldt, zie <<http://www.consumentenclaim.nl/home/world-online/informatie/nieuws-en-mededelingen>>.

fase één van de collectieve actie, de collectieve actie van artikel 3:305a, kan worden overgeslagen, de onderhandelingen omtrent de vaststellingsovereenkomst geen rechterlijke inmenging kennen en dat ook fase twee, de WCAM-procedure, niet gevolgd hoeft te worden. Zo kan in de praktijk de massaschade worden afgehandeld zonder enige rechterlijke inmenging en de daarbij behorende controle.

2.4 De problematiek

Bij de bespreking van de collectieve actie in paragraaf 2.1 en 2.2 werd duidelijk dat een stichting een belangrijke rol kan spelen bij zowel de collectieve actie van artikel 3:305a BW als bij de WCAM. De zogenaamde claimstichting werpt zich dan op als belangenbehartiger van de gedupeerden. De claimstichting is bevoegd tot het instellen van een rechtsvordering en is partij bij een eventueel gesloten schikkingsovereenkomst.⁵² Gezien deze centrale rol binnen de collectieve actie is het van belang dat de claimstichting als juridisch kader geschikt is voor het behartigen van de belangen van gedupeerden.

Bij de belangenbehartiging door claimstichtingen kunnen zich een aantal problemen voordoen. Deze leiden er toe dat gedupeerden nauwelijks tot geen inzicht hebben in de motieven, het functioneren en de professionaliteit van een claimstichting. De claimstichting kan in de verleiding komen om van dit gebrek aan inzicht misbruik te maken. Het betreft hier problematiek gerelateerd aan de agency problematiek en de wildgroei aan claimstichtingen. Een aantal claimstichtingen handelt op basis van onjuiste veelal financiële motieven en is gericht op haar eigen belang. Met name bij deze claimstichtingen doet zich de betreffende problematiek voor.

Agency probleem

De agency theorie betreft de relatie tussen de principaal en de agent. De agent neemt beslissingen voor de principaal aangezien deze daar niet (op een efficiënte wijze) toe in staat is. Men spreekt in dit verband van een 'separation of ownership and control'. Ter illustratie, een aandeelhouder is de principaal en de 'owner' van de vennootschap, maar de 'control' ligt bij het bestuur, zij is de agent. De belangen van de 'owner' en het orgaan dat in 'control' is, kunnen divergeren. Dit kan leiden tot het achterhouden van informatie (hidden information) door de agent.⁵³ Indien de 'owners' niet in staat zijn de agent te controleren, ontstaat het probleem van moral hazard. Dit betekent dat een bestuur in de verleiding kan komen om haar machtspositie te misbruiken.⁵⁴ Ter voorkoming van deze problematiek worden twee oplossingen aangedragen, namelijk monitoring en bonding. Monitoring geschiedt via het uitoefenen van controle van buitenaf om het gedrag van het bestuur te observeren of van binnenuit via een toezichthoudend

⁵² Artikel 3:305a lid 1 BW en 7:907 lid 1 BW.

⁵³ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The Review of Litigation* 2002, 21, 1, p. 31.

⁵⁴ A. Gershkov & M. Perry, 'Dynamic contracts with moral hazard and adverse selection', *Review of economic studies* 2012, vol. 79, nr. 1, p. 268-270.

orgaan. Bonding betekent dat het bestuur initiatief neemt zichzelf te binden en te monitoren, bij monitoring nemen de aandeelhouders hiertoe het initiatief.⁵⁵ Bij bonding moet men denken aan de tantièmeregeling of een andere regeling die het bestuur financieel prikkelt om tot een optimale prestatie te komen. De agency theorie houdt in dat er wrijving kan ontstaan tussen enerzijds het bestuur en anderzijds de 'owners'.⁵⁶ Daarbij speelt de vraag hoe deze wrijving voorkomen kan worden.

Een vertaalslag naar de claimstichting maakt duidelijk dat ook de claimstichting een aan de agency problematiek gerelateerd probleem kan kennen. Deze is te vergelijken met de agency problematiek bij grote (naamloze) vennootschappen. Grote (naamloze) vennootschappen hebben zoveel aandeelhouders dat deze individueel geen significant deel van de uitstaande aandelen bezitten waardoor geen van de aandeelhouders de macht heeft om het bestuur te controleren.⁵⁷ Belangrijke beslissingen worden dan door het bestuur genomen terwijl de eigenaren/aandeelhouders niet in staat zijn deze beslissingen te controleren. Er is sprake van zogenoemde informatieasymmetrie.⁵⁸ In het geval van de claimstichting leggen gedupeerden een bepaalde som geld in zodat de claimstichting op kan komen voor de belangen van deze gedupeerden. Echter, de gedupeerden hebben vanaf dat moment geen enkele invloed meer op het handelen van het bestuur van deze stichting. Strikt genomen kan ook niet worden beweerd dat de gedupeerden 'owner' zijn van de stichting.⁵⁹ Zij zijn immers belanghebbenden. Toch doet de relatie tussen deze belanghebbenden en het bestuur sterk denken aan de relatie tussen aandeelhouders en het bestuur.⁶⁰ De eerder genoemde informatieasymmetrie, hidden information en moral hazard doen zich dan ook voor bij een aantal claimstichtingen.

De belangen van de claimstichting en de gedupeerden kunnen divergeren of zelfs conflicteren. Dit is het geval wanneer de claimstichting meer aandacht heeft voor haar eigen belang dan de belangen van de gedupeerden. In een dergelijk geval is de belangenbehartiger meer gericht op zijn eigen inkomsten dan op een deugdelijke vergoeding voor de gedupeerden. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van een tegenstrijdig belang vanwege een eerdere relatie met de schadeveroorzaker.⁶¹ Deze divergerende dan wel conflicterende belangen werken hidden information in de hand. Informatie over onder andere de daadwerkelijke motieven, de kwaliteit en

⁵⁵ S. Douma & H. Schreuder, *Economic Approaches to Organizations*, Pearson Education 2008, p. 139 e.v.

⁵⁶ R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2009, p. 22.

⁵⁷ A. Berle & G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers 1932.

⁵⁸ I.N. Tzankova, 'Who will guard the guardian?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 138.

⁵⁹ C. Cornforth, *The governance of public and non-profit organizations: what do boards do?*, London: Routledge 2003, p. 7.

⁶⁰ C. Cornforth, *The governance of public and non-profit organizations: what do boards do?*, London: Routledge 2003, p. 7-8.

⁶¹ G.H. Curry, "Conflict of Interest Problems for Lawyers Representing a Class in a Class Action Lawsuit", 24 *J.Legal Prof.* 2000, p.397.

ervaring van de claimstichting kan worden achtergehouden voor gedupeerden.⁶² Zo doet een claimstichting voor komen dat zij dezelfde belangen heeft als de gedupeerden. Gedupeerden zijn vaak zelf niet in staat om de claimstichting te controleren dan wel de kwaliteit en professionaliteit van de claimstichting te beoordelen. Dit vanwege het feit dat zij bepaalde informatie niet tot hun beschikking krijgen gesteld door de claimstichting. Het betreft informatie die alleen de claimstichting tot haar beschikking heeft. Het tekort aan informatie ziet dan op de financiële huishouding, de uitvoering van bepaalde taken en het nemen van beslissingen. Gedupeerden weten dat taken zijn uitgevoerd, maar niet op welke wijze.⁶³ De onderhandelingen betreffende een schikkingsovereenkomst is hiervan een voorbeeld. Een gedupeerde is daar niet bij en zal daarom niet weten, indien dit niet door de claimstichting aan gedupeerden wordt medegedeeld, hoe de onderhandelingen zijn verlopen en of de claimstichting zich maximaal heeft ingespannen. Informatie over de door de claimstichting daadwerkelijk bestede tijd aan de zaak en de verrichte inspanningen om de vordering hard te maken kan eveneens ontbreken evenals informatie over gedane uitgaven en de bezoldiging van het bestuur.⁶⁴ Gedupeerden hebben belang bij informatie over te nemen beslissingen. Op welke basis een beslissing wordt genomen is niet altijd waarneembaar voor de gedupeerden.⁶⁵ Het betreft dan onder andere informatie over de daadwerkelijke motieven van de claimstichting, de kwaliteit en deskundigheid voor een adequate belangenbehartiging, de slagingskans van de procedure, de consequenties van bepaalde beslissingen en de risicobereidheid.⁶⁶ Indien deze informatie niet aan de gedupeerden beschikbaar wordt gesteld door de claimstichting kent de gedupeerde vaak alleen het eindresultaat van de genomen beslissing. In de relatie tussen de gedupeerde en de claimstichting is in zo een geval sprake van informatieasymmetrie.

Door het achterhouden van deze informatie kan een claimstichting haar onzuivere motieven om misbruik te maken van haar machtspositie verborgen houden. De stichting beheert vaak grote sommen geld van personen waar zij de belangen van behartigt, maar er gelden geen verdere eisen op het gebied van toezicht en financiële transparantie dan men in het stichtingenrecht kent.⁶⁷ Een onzuivere claimstichting is niet gebaat bij het openbaar maken van de bovengenoemde informatie en zal, bij het ontbreken van een (wettelijke) verplichting, hier niet toe overgaan. Zij is immers gebaat bij het behouden van haar machtspositie. In de praktijk ziet men soms dat een claimstichting wordt geïnitieerd door een advocaat die vervolgens zelf

⁶² I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for consumers of Financial services: Collectieve redress and improvement of class representation', *European Journal of Consumer Law* 2010-1, p. 123.

⁶³ I.N. Tzankova, *Strooischade: een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 138.

⁶⁴ I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for consumers of Financial services: Collectieve redress and improvement of class representation', *European Journal of Consumer Law* 2010-1, p. 123.

⁶⁵ I.N. Tzankova, 'Who will guard the guardian?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 138.

⁶⁶ I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for consumers of Financial services: Collectieve redress and improvement of class representation', *European Journal of Consumer Law* 2010-1, p. 138-140.

⁶⁷ Asser/Rensen 2-III* 2012/195.

namens de claimstichting, tegen betaling, de procedures en onderhandelingen uitvoert.⁶⁸ Als ingehuurde advocaat is hij alleen verantwoording schuldig aan het bestuur van de claimstichting. Vaak bestaat dit bestuur uit door de advocaat geselecteerde personen. Dit maakt het betrekkelijk eenvoudig voor de advocaat om financieel gewin voor zichzelf te realiseren. De advocaat is er bij gebaat dat er zo min mogelijk informatie bij de gedupeerde terecht komt omtrent de verhoudingen tussen de advocaat en het bestuur. Mede hierdoor komt de betreffende informatie niet bij de gedupeerde terecht.

Gedupeerden zijn tevens niet in staat de claimstichting te controleren vanwege het feit dat de individuele belangen te gering zijn en ook de benodigde kennis ontbreekt.⁶⁹ De claimstichting heeft ingeval van een gebrek aan controle en kennis van de gedupeerden een behoorlijke machtspositie. Moral hazard doet zich voor, de claimstichting komt in de verleiding haar machtspositie te misbruiken. Oplossing voor deze problematiek is gelegen in goede monitoring. Echter, goede monitoring kan ontbreken onder andere vanwege het feit dat er geen wettelijke verplichting tot het hebben van een toezichthoudend orgaan bestaat en het Openbaar Ministerie als externe toezichthouder tekortschiet. Deze, kort aangehaalde, governance elementen zijn enkele voorbeelden van een gebrekkige governance-structuur wat kan worden gezien als een oorzaak voor het agency probleem. In de volgende hoofdstukken van deze scriptie wordt hier uitvoerig op ingegaan. Het voorgaande laat zien dat in het geval dat er tussen de claimstichting en de gedupeerden sprake is van een agency probleem waarbij de claimstichting misbruik maakt van haar machtspositie, een oplossing dient te worden gevonden.

Niet bij iedere claimstichting is er sprake van een agency probleem of een onzuiver optreden. Er zijn claimstichtingen waarbij de belangen wel gelijk zijn aan de belangen van gedupeerden. Van de verleiding om misbruik te maken van haar machtspositie hoeft geen sprake te zijn of er wordt niet aan toegegeven. Ter illustratie, een niet ad hoc opgerichte claimstichting heeft baat bij een goede reputatie wanneer zij in meerdere gevallen van massaschade al belangenbehartiger wil optreden.⁷⁰ Misbruik maken van haar machtspositie is voor een dergelijke stichting een te groot risico op reputatieschade. Op eigen initiatief kunnen in de wet ontbrekende governance elementen in de statuten van de claimstichting worden vastgelegd waardoor de agency problematiek gerelateerd aan de claimstichting wordt verminderd. Statutair kan een onafhankelijk bestuur, een vergadering van deelnemers en een verplichting tot verslag van werkzaamheden worden vastgelegd. Dit ziet men in de regel bij niet onzuivere handelende claimstichtingen.⁷¹ Op deze wijze wordt de verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting bij deze claimstichtingen aanzienlijk verminderd.

⁶⁸ Dit is het geval bij de stichting Loterijverlies.

⁶⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.

⁷⁰ Ter illustratie platformaandelenlease, artikel 2 van haar statuten. Deze is te raadplegen via: <<https://www.dsbcompensatie.nl/media/15895/Productie%205%20-%20Statuten%20PAL.PDF>>.

⁷¹ Statuten Stichting Shell reserves compensation foundation, te raadplegen via: <[Http://www.royaldutchshellsettlement.com/Documents/en/Annexes/Annex%202%20NL%20and%20ENG%20.pdf](http://www.royaldutchshellsettlement.com/Documents/en/Annexes/Annex%202%20NL%20and%20ENG%20.pdf)>.

Wildgroei aan claimstichtingen

De ‘wildgroei’ aan claimstichtingen is een andere problematiek gerelateerd aan de claimstichting. In de Memorie van Toelichting van de Wet tot wijziging van de WCAM wordt aandacht besteed aan de sterke opkomst van claimstichtingen.⁷² Inmiddels is de nodige ervaring opgedaan met betrekking tot de collectieve actie en de WCAM en wordt dit terrein door steeds meer partijen betreden. De groeiende populariteit van de collectieve actie (van artikel 3:305a BW) heeft tot gevolg dat er een zogenoemde wildgroei aan claimstichtingen ontstaat zodra er massaschade intreedt. Men ziet dit sterk terug in geval van massaschade in de financiële sector. Een voorbeeld hieromtrent is de DSB-zaak.⁷³

De veelheid aan claimstichtingen en de verschillen in motieven maakt het voor gedupeerden steeds lastiger om te bepalen welke stichting de belangen van deze gedupeerde het best of op een juiste wijze behartigt. In de Memorie van Toelichting verwoordt men dit als volgt: “Gedupeerden beschikken veelal niet over de kennis om te beoordelen wat deze motieven zijn en of de organisatie de vereiste deskundigheid bezit om hun belangen adequaat te behartigen. Voor de wederpartij is het vaak lastig te beoordelen welke stichting voldoende professioneel is om daarmee als gesprekspartner naar een voor alle partijen rechtvaardige oplossing van de zaak te werken en met het oog daarop goede procedurele afspraken te maken”.⁷⁴

De wildgroei aan claimstichtingen draagt bij aan de concurrentie tussen claimstichtingen onderling.⁷⁵ Daarbij zijn het opzetten van grote en professionele wervingsacties voor het creëren van een grote achterban geen uitzondering. Claimstichtingen willen gedupeerden soms voorhouden dat zij recht hebben op een hogere schadevergoeding dan zij uiteindelijk in de collectieve schikking krijgen.⁷⁶ In de Dexia-zaak werd geschikt op basis van de Duisenberg-regeling. De claimstichting Platform Aandelen Lease adviseerde niet met de regeling in te stemmen, in tegenstelling tot andere belangenbehartigers, en begon een campagne.⁷⁷ Dat belangenbehartigers onderling een verschillende visie hebben omtrent een goede belangenbehartiging en de haalbaarheid van een vordering is op zichzelf niet verkeerd. Echter, dat men elkaar gaat beconcurreren met deze visies doet wat vreemd aan nu zij allen pretenderen de belangen van gedupeerden te behartigen. De claimstichting dient haar ziens- en handelwijze aan de gedupeerden duidelijk te maken en daarna is het aan de gedupeerde om te

⁷² Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 4 e.v.

⁷³ O.a. Stichting hypotheekleed, Platform Aandelenlease, Steunfonds probleemhypotheek, Stichting Spaarders DSB.

⁷⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.

⁷⁵ W.H. van Boom, ‘Collectieve handhaving van het consumentenrecht’, in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 167-176.

⁷⁶ G. van Dijck, C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, *Individueel of collectief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden*, Den Haag: WODC 2010, p. 71-72.

⁷⁷ <www.platformaandelenlease.nl>. Zie ook N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, ‘De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire’, *Themis* 2007-2, p. 51-60.

bepalen aan welke ziens- en handelswijze hij zijn voorkeur geeft. De claimstichting zou idealiter tot doel moeten hebben de belangen van gedupeerden te behartigen. Dit doet zij op de wijze die zij het meest geschikt acht. Wanneer een gedupeerde van mening is dat een andere claimstichting dit op een betere wijze doet dan dient een claimstichting dit respecteren. Het doel van de claimstichting zou immers niet moeten zijn om zoveel mogelijk gedupeerden voor zich te winnen. Daar staat tegenover dat de grootte van de achterban een rol speelt bij de representativiteitstoets bij de rechter.⁷⁸ Niet ondenkbaar is dat hier de financiële motieven eveneens van belang zijn. Van Dijk, Van Doorn en Tzankova wijten de felle concurrentie deels aan de WCAM zelf. Immers, de representativiteitstoets waar de rechter de belangenorganisaties aan onderwerpt houdt mede rekening met het feit of en hoe zij optreedt in de media.⁷⁹ Of zij daarin een spreekbuis vormt voor de gedupeerden. De grootte van de achterban speelt eveneens een rol. Daardoor wordt de concurrentie tussen belangenbehartigers bevorderd. Dientengevolge is het voor gedupeerden nog lastiger om de motieven, kwaliteit en professionaliteit van de claimstichting te beoordelen. De verleiding om misbruik te maken van de machtspositie die een claimstichting kan hebben blijft daardoor bestaan. Daarnaast werkt het gebrek aan controle ten aanzien van claimstichtingen, claimstichtingen met onzuivere motieven in de hand. De wildgroei versterkt dit effect nog eens doordat de veelheid aan claimstichtingen zorgt voor minder overzichtelijkheid. Het gevolg hiervan kan zijn dat steeds meer claimstichtingen met onzuivere motieven zich op de markt gaan begeven.

2.5 Conclusie

Binnen de collectieve actie is een voorname rol weggelegd voor de claimstichting. Zij is een juridisch kader waarin belangenbehartiging van gedupeerden vorm krijgt. De claimstichting is bevoegd tot het instellen van een rechtsvordering en is partij bij een eventueel overeengekomen schikkingsovereenkomst.⁸⁰ Gezien deze centrale rol binnen de collectieve actie is het van belang dat de claimstichting geschikt is voor het behartigen van de belangen van gedupeerden. Echter, de mogelijke agency problematiek en de wildgroei aan claimstichtingen zorgen voor enige twijfel omtrent de geschiktheid. Indien deze problematiek zich voordoet heeft dit tot gevolg dat gedupeerden nauwelijks tot geen inzicht hebben in de motieven, het functioneren en de professionaliteit van een claimstichting waardoor de claimstichting in de verleiding komt misbruik te maken van haar machtspositie. Het doel van deze scriptie betreft het vinden van een oplossing voor deze problematiek.

⁷⁸ Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026. (Converium)

⁷⁹ G. van Dijk, C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, *Individueel of collectief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden*, Den Haag: WODC 2010, p. 71-72.

⁸⁰ Artikel 3:305a lid 1 BW en artikel 7:907 lid 1 BW.

3 Governance bij stichtingen

De gebrekkige governance bij de rechtsvorm stichting kan worden gezien als een van de voornaamste oorzaken voor de problematiek rond claimstichtingen. Deze gebrekkige governance is de hoofdoorzaak van het agency probleem, maar ook bij de wildgroei speelt zij een rol. Dit hoofdstuk betreft de governance bij stichtingen in het algemeen. Het is van belang hierbij stil te staan aangezien deze governance de basis vormt van de governance bij de claimstichting. Immers, voor de claimstichting geldt dezelfde regelgeving als voor andere stichtingen. Alvorens de governance problematiek bij stichtingen wordt behandeld, wordt in paragraaf 3.1 eerst ingegaan op de inhoud van het begrip governance. Daarna wordt een overzicht gegeven van de wettelijke verankering van de stichting in paragraaf 3.2. Dit laat zien welke governance elementen al dan niet wettelijk zijn vastgelegd voor de stichting. Paragraaf 3.3 geeft een overzicht van belangrijke governance elementen die op dit moment niet aanwezig of onvoldoende geregeld zijn. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

3.1 Governance

Het begrip governance is niet onmiddellijk te duiden. Wel kunnen enkele facetten worden genoemd die betrekking hebben op governance. Het betreft dan voornamelijk het functioneren van de verschillende vennootschapsorganen zoals het bestuur, een toezichthoudend orgaan in de vorm van een raad van commissarissen of een raad van toezicht en de algemene vergadering.⁸¹ Daarbij gaat het met name over de bevoegdheden van deze organen, de manier waarop zij van deze bevoegdheden gebruik maken, de verhouding tussen de betreffende organen en de wijze waarop zij elkaar controleren en waar nodig corrigeren.⁸² Governance behelst de invulling van de bestuurlijke en toezichthoudende taak en de wijze waarop daarover verantwoording wordt afgelegd.⁸³ Vaak wordt teruggevallen op een aantal begrippen die de kernwaarde vormen van governance. Dit zijn transparantie, onafhankelijkheid, verantwoording, integriteit en deskundigheid.⁸⁴ Bezien wordt hoe men de governance bij stichtingen heeft vastgelegd.

3.2 Wettelijke verankering rechtsvorm stichting

De stichting is wettelijk verankerd in artikel 285 en volgende van boek 2 (titel 6) van het Burgerlijk Wetboek. Problematisch is het feit dat voor de rechtsvorm stichting een aantal belangrijke governance elementen niet in de wet is vastgelegd waardoor deze governance elementen niet wettelijk zijn verplicht voor een stichting. De stichting kent met het bestuur slechts één verplicht

⁸¹ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/28.

⁸² Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/28.

⁸³ P.L. Dijk & T.J. Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p 269.

⁸⁴ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/28.

orgaan.⁸⁵ De stichting kan daarnaast ook andere organen bevatten, zoals een raad van commissarissen of een raad van toezicht waaraan bevoegdheden kunnen worden toegekend.⁸⁶ De wet houdt rekening met het feit dat een stichting andere organen kan bevatten, maar stelt een dergelijk orgaan nergens verplicht.⁸⁷ Een stichting zonder toezichthoudend orgaan ter bescherming van de interne controle is dan ook toegestaan. Tevens is van belang dat er voor de stichting geen wettelijke tegenstrijdig belangregeling bestaat. Dit komt mede doordat de stichting in feite maar één orgaan kent en zich daarom niet door een ander kan laten vertegenwoordigen. Dit wordt anders indien een stichting wel een toezichthoudend orgaan kent, dan kan zij in de statuten een tegenstrijdig belangbepaling opnemen.⁸⁸

De wet kent wel enkele wettelijke bepalingen omtrent de disclosure van stichtingen. Echter, in Nederland kent men geen algemene verplichting tot publicatie van de jaarrekening van stichtingen. Het bestuur kent een algemene boekhoudplicht dat alleen een plicht tot interne verslaglegging inhoud.⁸⁹ Deze boekhoudplicht bestaat uit een staat van baten en lasten. Deze is te vergelijken met de verlies- en winstrekening bij de commerciële rechtspersonen. De verplichting hiertoe is af te leiden uit artikel 2:10 BW. Deze verplichting valt af te leiden uit het eerste lid terwijl het tweede lid een periode van 6 maanden na afloop van het boekjaar aangeeft waarbinnen aan deze verplichting moet worden voldaan. Deze gegevens moeten ingevolge het derde lid zeven jaren worden bewaard. In het betreffende artikel ontbreekt een verplichting tot openbaarmaking van deze informatie. Titel 6 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de stichting, kent in artikel 2:300 BW wel een bepaling met betrekking tot de jaarrekening. Echter, deze geldt alleen voor stichtingen als bedoeld in artikel 2:360 lid 3 BW.⁹⁰ Het betreft dan stichtingen die één of meer ondernemingen in stand houden die ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven. Daarbij geldt eveneens de eis dat de netto-omzet van deze ondernemingen gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren een netto omzet hebben van tenminste 4,4 miljoen euro.⁹¹ Dit zorgt voor een zeer beperkte publicatieplicht bij stichtingen.

Een laatste belangrijke wettelijke bepaling betreft het in het eerste lid van artikel 2:285 BW aangeduide belangrijkste verschil tussen de stichting en een vereniging. Daar waar een vereniging leden kent, spreekt men bij een stichting van een ledenverbod.⁹² De wet is behoorlijk summier over de stichting, zeker wanneer men dit vergelijkt met de andere rechtsvormen die men in Nederland kent. Dit komt onder meer doordat Titel 6 van Boek 2 destijds niet geschreven

⁸⁵ Artikel 2:291 en artikel 2:292 BW en Pitlo/Raaijmakers p. 679.

⁸⁶ J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 249.

⁸⁷ Zie artikel 2:285 lid 2 en 3 en artikel 2:293 BW.

⁸⁸ Asser/Rensen 2-III* 2012/336.

⁸⁹ A.G.H. Klaassen, 'Maatregel ter verbetering van het toezicht op stichtingen', *Ondernemingsrecht* 2009, 57.

⁹⁰ Artikel 2:300 lid 1 BW.

⁹¹ Artikel 2:360 lid 3 jo. 2:396 lid 1 onder b BW.

⁹² Vgl. artikel 2:26 lid 1 en artikel 2:285 lid 1 BW.

is met het oog op stichtingen die een onderneming drijven.⁹³ Naar aanleiding van deze summiere behandeling in het wetboek en het ontbreken van enkele belangrijke governance elementen dient er uitgebreider stil te worden gestaan bij het toezicht op en disclosure van stichtingen.

3.3 Toezicht op en disclosure van stichtingen

Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Het ontbreken van enkele belangrijke governance elementen in de wettelijke verankering van de stichting is ook tot de wetgever doorgedrongen. Op 12 november 2013 heeft de huidige Minister van Justitie per brief aan de Tweede Kamer maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sectoren aangekondigd.⁹⁴ Dit heeft, op 5 februari 2014, tot het conceptwetsvoorstel 'wet bestuur en toezicht rechtspersonen' geleid.⁹⁵ Het doel van het wetsvoorstel is het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen.⁹⁶ Gekozen wordt voor een uniforme regeling omtrent bestuur en toezicht. De huidige verschillen tussen N.V. 's, B.V. 's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen enerzijds en verenigingen en stichtingen anderzijds gaan verdwijnen. Dit moet leiden tot meer duidelijkheid waardoor bestuurders en toezichthouders beter in staat zijn hun taak behoorlijk te vervullen. Of dit conceptwetsvoorstel in de toekomst tot wet wordt verheven zal moeten blijken. In de onderstaande behandeling van de wezenlijke en nu nog ontbrekende governance elementen bij stichtingen zal dit wetsvoorstel worden behandeld. Volstaan wordt met een beschrijving van de door het conceptwetsvoorstel aangedragen oplossingen. In hoeverre dit wetsvoorstel een geschikte oplossing vormt voor de problematiek wordt in dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten. Paragraaf 4.2 behandelt de vraag of het conceptwetsvoorstel een oplossing biedt voor de problematiek zoals deze zich voordoet bij de claimstichting.

Intern en extern toezicht

Het bestuur als het enige wettelijk verplichte orgaan betekent dat er geen wettelijk verplichte vorm van intern toezicht bestaat bij de stichting. Tenzij de stichting onder een sectorale governance code valt die een vorm van intern toezicht voorschrijft of de statuten anders bepalen hoeft het bestuur aan niemand verantwoording af te leggen.⁹⁷ Intern toezicht ziet toe op de

⁹³ C.H.C Overes, *De stichting en governance: bestuur en toezicht*, bijdrage in: M.L. Lennarts, W. J. M. van Veen, D. F. M. M. Zaman, *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU 2010, p.62.

⁹⁴ Kamerstukken II, 2012-2013, 33750 VI, nr. 31.

⁹⁵ Zowel het conceptwetsvoorstel als de daarbij behorende Memorie van Toelichting zijn te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

⁹⁶ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 1. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

⁹⁷ Bijvoorbeeld de Zorgbrede Governancecode of de Governancecode Woningcorporaties.

doelmatigheid en rechtvaardigheid van het gevoerde beheer en beleid. Wanneer dit toezicht ontbreekt, kan een bestuur naar eigen inzicht handelen. Of het beleid daadwerkelijk doelmatig en rechtvaardig is, doet nauwelijks tot niet meer ter zake. Via verschillende sectorale governance codes wordt getracht om de governance bij stichtingen in de betreffende sector te verbeteren. Steevast staat in elk van deze codes een bepaling omtrent het verplicht vormen van een toezichthoudend orgaan.⁹⁸ Dit toont de maatschappelijke wenselijkheid van een toezichthoudend orgaan enigszins aan. Het interne toezicht op het bestuur is van groot belang en zou daarom ook algemeen wettelijk verankerd moeten worden. In het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt een wettelijke verankering van een toezichthoudend orgaan voorgesteld.⁹⁹ Voor de stichting, evenals de vereniging, wordt een grondslag voor een toezichthoudend orgaan gecreëerd die vergelijkbaar is met de grondslag voor een toezichthoudend orgaan bij de N.V. en de B.V.¹⁰⁰ Het nieuwe artikel 2:47 lid 1 BW komt te luiden: "Bij de statuten kan worden bepaald dat er een toezichthoudend orgaan zal zijn. Het toezichthoudend orgaan bestaat uit één of meer natuurlijke personen."¹⁰¹ Het ontbreken van een toezichthoudend orgaan heeft niet tot gevolg dat er geen enkele vorm van intern toezicht aanwezig is. Intern kan men spreken van toezicht door bestuurders onderling. Dat wil zeggen indien er sprake is van een meerhoofdig bestuur waar de bestuurstaak collegiaal wordt uitgeoefend. Artikel 2:9 BW geeft aan dat een bestuur in zijn geheel verantwoordelijk is voor het bestuur. Hieruit volgt dat bestuurders enigszins toezicht op elkaar zullen houden. Vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de onafhankelijkheid en de kwaliteit van dit toezicht.

Een geschikte oplossing is het invoeren van een (minimale) wettelijke basis omtrent een intern toezichthoudend orgaan waarin een toezichthoudend orgaan voor bepaalde stichtingen wordt verplicht. Zolang een toezichthoudend orgaan niet wettelijk wordt verplicht staat het de stichting vrij om zonder een dergelijk orgaan te opereren. Toezicht op het bestuur zou moeten worden aangepast op de aard en omvang van de stichting. De grote diversiteit in stichtingen heeft tot nu toe een wettelijke bepaling tot een verplicht toezichtsorgaan in de weg gestaan. In dit verband is het ingetrokken wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming een goed voorbeeld.¹⁰² Dat het betreffende wetsvoorstel niet tot wet is verheven, is het gevolg van de starheid die het wetsvoorstel in zich had. Vanuit de praktijk is er vraag naar een soepelere regeling vanwege de grote diversiteit in stichtingen. Ter illustratie, een kleine kringloopwinkel behoeft geen raad van toezicht.¹⁰³ Bepleit kan worden om een vrijstelling van een verplichte raad van toezicht bij

⁹⁸ O.a. artikel 4.1 Zorgbrede Governancecode, art. III.1 Governancecode Woningcorporaties en art. 3 code 'goed onderwijsbestuur' in het voortgezet onderwijs.

⁹⁹ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 2-3. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹⁰⁰ Artikel 2:140 lid 2 BW en artikel 2:250 lid 2 BW.

¹⁰¹ Internetconsultatie conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen p. 2-3. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹⁰² Kamerstukken II 2008/09, 32003, nr. 2.

¹⁰³ J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, 2010, 140, p. 240.

kleinere stichtingen toe te passen, bijvoorbeeld aan de hand van de criteria uit artikel 2:396 BW, die gelden voor de publicatieplicht.¹⁰⁴ Deze vereisten zou men in bepaalde sectorale codes kunnen uitdiepen.

In dit verband behoeft de aansprakelijkheid van toezichthouders eveneens enige aanpassingen. Bestuurders van stichtingen kunnen in het geval van onbehoorlijk bestuur aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:9 BW. Sectorale governance codes kunnen invulling geven aan de norm van artikel 2:9 BW. Rondom de aansprakelijkheid van toezichthouders bij stichtingen is wettelijk vrijwel niets geregeld.¹⁰⁵ Artikel 2:300a BW bepaalt dat de schakelbepaling uit artikel 2:149 BW van overeenkomstige toepassing is op de toezichthouders van stichtingen die in staat van faillissement verkeren en onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting. Voor alle overige gevallen kunnen toezichthouders van stichtingen in het geval van onbehoorlijk bestuur niet worden aangesproken op grond van artikel 2:9 BW vanwege het ontbreken van een schakelbepaling. De Rechtbank Amsterdam heeft in 2008 expliciet de aansprakelijkheid van commissarissen afgewezen, wegens het ontbreken van een schakelbepaling.¹⁰⁶ De B.V. en de N.V. kennen wel een dergelijke schakelbepaling voor de aansprakelijkheid van hun commissarissen.¹⁰⁷ De toezichthouders van stichtingen zouden wel op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het onbehoorlijk toezicht. Een nadeel hiervan is het ontbreken van de hoofdelijkheid van een eventuele toegewezen vordering.¹⁰⁸ Door een schakelbepaling toe te voegen naar artikel 2:9 BW wordt de onwenselijke situatie voorkomen dat aansprakelijkheid per sector waarin de stichting wordt gebruikt, gaat verschillen en het zorgt er tevens voor dat toezichthouders meer geprikkeld worden om op een zorgvuldige wijze hun taak uit te voeren. Dit komt het interne toezicht ten goede. Het conceptwetsvoorstel wet bestuur en toezicht rechtspersonen stelt een dergelijke oplossing voor aansprakelijkheid van toezichthouders op grond van artikel 2:9 BW voor. Ingevolge het conceptwetsvoorstel gaat voor alle rechtspersonen dezelfde interne aansprakelijkheidsnorm gelden.¹⁰⁹ Wanneer een bestuurder of toezichthouder zijn taak niet behoorlijk uitvoert en hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is hij aansprakelijk voor de schade die de rechtspersoon dientengevolge lijdt. De wetswijziging beoogt geen nieuw of aanvullend aansprakelijkheidsregime, maar breidt slechts de rechtspersonen voor wie deze aansprakelijkheid geldt uit. Aangesloten wordt bij de regelgeving en jurisprudentie zoals deze reeds bestaat voor de rechtspersonen anders dan de vereniging en

¹⁰⁴ Kort samengevat moet worden voldaan aan de volgende drie vereisten: de waarde van de activa bedraagt niet meer dan 4.400.000 euro, de netto-omzet bedraagt niet meer dan 8.800.000 en er zijn minder dan 50 werknemers in dienst.

¹⁰⁵ M.L. Lennarts, W. J. M. van Veen & D. F. M. M. Zaman, *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU 2010, p.138.

¹⁰⁶ Rb Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008, 126 (Stichting Hestia).

¹⁰⁷ Artikel 2:149/259 bepaalt dat de artikelen 2:9 2:131 en 2:138/248 van overeenkomstige toepassing zijn op de taakvervulling van commissarissen.

¹⁰⁸ A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid' in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek 2010, Deventer: Kluwer 2010, p. 54.

¹⁰⁹ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 5-7. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

de stichting.¹¹⁰ Om dit te bewerkstelligen wordt artikel 2:9a BW toegevoegd.¹¹¹ Dit artikel ziet op de toezichthouders waar artikel 2:9 BW op bestuurders blijft zien.

Enig extern toezicht op stichtingen is wettelijk geregeld. Met name het Openbaar Ministerie (OM) heeft een extern toezichthoudende taak. De wet kent het OM een aantal wettelijke bevoegdheden toe waarmee dit toezicht kan worden gerealiseerd. Het OM, of een belanghebbende, kan een verzoek tot inlichtingen of zelfs een verzoek tot ontslag van het bestuur indienen.¹¹² De rechter is bevoegd tot schorsing of ontslag van het bestuur, maar dit geldt pas nadat er een verzoek tot ontslag is ingediend. Het OM en de rechter maken hiervan gebruik indien hiertoe een dringende noodzaak bestaat.¹¹³ Men ziet dan ook dat het OM in de praktijk weinig gebruik maakt van deze bevoegdheden.¹¹⁴ Niet in de laatste plaats omdat men zich kan afvragen of het OM hiervoor wel de juiste instantie is. Ter verbetering en uitbreiding van het externe toezicht heeft de wetgever in het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen enkele veranderingen aangekondigd. Tot op heden kent de wet enkel voor bestuurders een wettelijke ontslagregeling.¹¹⁵ Voor toezichthouders bestaat een dergelijke regeling momenteel niet. Daarnaast worden de gronden uit artikel 2:298 lid 1 BW waarop een bestuurder kan worden ontslagen in de jurisprudentie vrij beperkt uitgelegd.¹¹⁶ In het wetsvoorstel wordt door de wetgever de mogelijkheid geboden om, via het nieuwe artikel 2:298 BW, bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan die het belang van de stichting zodanig schaden of geschaad hebben dat het voortduren van hun bestuurderschap of lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan in redelijkheid niet meer kan worden geduld, op verzoek van het OM of belanghebbenden kunnen worden ontslagen door de Rechtbank.¹¹⁷

Tegenstrijdig belang

Een wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang bij stichtingen ontbreekt. Artikel 2:292 lid 1 bepaalt dat het bestuur de stichting vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. De wet kent geen tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen. Het Hof Leeuwarden heeft dan ook bepaald dat een bestuurder van een stichting met tegenstrijdig belang wel vertegenwoordigingsbevoegd is, wegens het ontbreken van een wettelijke tegenstrijdig belangregeling.¹¹⁸ Het hof oordeelde dat de tegenstrijdig belangregeling die geldt voor de N.V. en B.V. niet analoog toegepast kan worden op de stichting. Voor de N.V. en de B.V. geldt, sinds

¹¹⁰ Hoge Raad 10 januari 1997, JOR 1997/29. (Staleman/Van de Ven)

¹¹¹ Internetconsultatie conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen p. 2. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹¹² Artikel 2:297 BW en artikel 2:298 lid 1 BW.

¹¹³ Asser/Rensen 2-III* 2012/348 & Rb Zutphen 3 november 1987, NJ 1988/530.

¹¹⁴ B.P.A. van Santen & A. de Bos, 'Governance van stichtingen: een empirische studie', *TvOB* 2006/3, p. 91-102.

¹¹⁵ Artikel 2:298 lid 1 BW.

¹¹⁶ HR 3 januari 1975, NJ 1975/22. (Stichting vorming werkende jeugdigen)

¹¹⁷ Internetconsultatie conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen p. 7. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹¹⁸ Hof Leeuwarden 9 september 2008, JOR 2008/239.

de invoering van de wet Bestuur en Toezicht 1 januari 2013, dat bestuurders zich afzijdig houden van het besluitvormingsproces indien zij een persoonlijk belang hebben dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming.¹¹⁹

Er is een aantal redenen denkbaar waarom er bij de stichting geen tegenstrijdig belangregeling in de wet is opgenomen. De stichting kent geen orgaan zoals een aandeelhouders- of ledenvergadering, die in het geval van een tegenstrijdig belang tussen de stichting en haar bestuurder een vertegenwoordiger aan kan wijzen.¹²⁰ Wanneer er een toezichthoudend orgaan is ingesteld bij de stichting, kan deze een vertegenwoordiger aanwijzen, echter tot op heden is een toezichthoudend orgaan niet verplicht. Het ontbreken van meerdere organen was ook een overweging van het hof in het bovengenoemde arrest om te oordelen dat analogie niet van toepassing is. Daar staat tegenover dat juist het ontbreken van een dergelijk orgaan dat een vertegenwoordiger kan aanwijzen, aanleiding geeft om een wettelijke regeling op te nemen omtrent het tegenstrijdig belang bij de stichting.¹²¹ Hierbij kan gedacht worden aan analoge toepassing van de nieuwe regeling uit de Wet Bestuur en Toezicht, waarbij slechts de bestuurder met het tegenstrijdig belang niet deel kan nemen aan de besluitvorming.¹²² Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een wettelijke verankering van een tegenstrijdig belangregeling die eveneens op de stichting van toepassing is.¹²³ Door het tegenstrijdig belang te reguleren in het derde lid van artikel 2:9 BW geldt zij voor alle rechtspersonen. De wettelijke en jurisprudentiële invulling die aan het tegenstrijdig belang is gegeven voor de N.V. en de B.V. gaat ingevolge dit conceptwetsvoorstel gelden voor alle rechtspersonen.¹²⁴ Indien er sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder dan wel een toezichthouder dient deze niet deel te nemen aan de besluitvorming. Heeft dit tot gevolg dat het besluit niet genomen kan worden dan geldt dat het toezichthoudend orgaan het besluit kan nemen. Ontbreekt deze of vind juist hier een tegenstrijdig belang plaats dan is het de algemene vergadering dat een besluit neemt. Vanwege het vrij autonome karakter van de stichting bestaat er tot op heden geen tegenstrijdig belangregeling voor de stichting. In beginsel kent de stichting geen direct belanghebbenden en is het de stichting zelf die benadeeld wordt door een eventueel tegenstrijdig belang en niet de leden of aandeelhouders zoals bij andere rechtsvormen, omdat de stichting deze niet kent. Dit maakt de stichting fundamenteel anders dan de N.V./B.V. of de vereniging en daarom zou

¹¹⁹ Artikel 2:239 lid 6 BW Wet bestuur en toezicht, Stb 2011, 275. Dit geldt tevens voor commissarissen krachtens artikel 2:250 lid 5 BW.

¹²⁰ P.H.N. Quist, 'Monsterzege? Over stichting en tegenstrijdig belang', *Weekblad van privaatrecht*, notariaat en registratie 2008, 6745, p. 201.

¹²¹ C.H.C. Overes, *De stichting en governance: bestuur en toezicht*, bijdrage in: M.L. Lennarts, W. J. M. van Veen & D. F. M. M. Zaman, *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU 2010, p. 79.

¹²² Art. 239 lid 6 Wet bestuur en toezicht, Stb 2011, 275.

¹²³ Internetconsultatie conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen p. 1-2. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹²⁴ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 11. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

analoge toepassing zonder schakelbepaling niet juist zijn.¹²⁵ Het is echter de vraag of dit argument in deze tijd nog wel stand kan houden, aangezien stichtingen steeds vaker semipublieke functies uitoefenen, zoals onderwijs, huisvesting en zorg, waarbij men wel degelijk zou kunnen spreken van direct belanghebbenden. Ook in het geval van de claimstichting zijn de benadeelden wel degelijk direct belanghebbenden. Uit de sectorale codes blijkt eveneens dat er vanuit de praktijk behoefte is aan een tegenstrijdig belangregeling. Evenals een toezichthoudend orgaan, is een tegenstrijdig belangregeling een terugkerende bepaling in deze codes.¹²⁶

Disclosure

Door het ontbreken van een verplichting tot het openbaar maken van de staat van baten en lasten laat de transparantie te wensen over. Overigens staat het stichtingen vrij om haar financiële gegevens openbaar beschikbaar te stellen. Het gebrek aan transparantie bemoeilijkt controle en inzicht in stichtingen wat het misbruik van de rechtsvorm stichting in de hand kan werken. Dit is tevens tot de wetgever doorgedrongen. Op 8 september 2008 is de Tweede Kamer per brief bericht dat ter versterking van de representatieve en de repressieve mogelijkheden met betrekking tot het misbruik van stichtingen de informatiepositie omtrent stichtingen structureel verbeterd dient te worden.¹²⁷ Vervolgens heeft op 16 december van ditzelfde jaar toenmalig staatssecretaris van Justitie middels een brief aan de Tweede Kamer bekend gemaakt dat zij stichtingen wil verplichten tot openbaarmaking van haar staat van de baten en lasten.¹²⁸ Dit heeft geleid tot het consultatiedocument Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op economische delicten in verband met het openbaar maken van de balans en de staat van baten en lasten door stichtingen.¹²⁹

In de concept Memorie van Toelichting staat beschreven op welke wijze deze verplichte openbaarmaking zou moeten worden bewerkstelligd. Stichtingen die op grond van artikel 2:10 lid 2 BW verplicht zijn om een staat van baten en lasten op te maken, worden verplicht deze stukken openbaar te maken. Dit dient te geschieden via de Kamer van Koophandel. Op deze manier wordt inzicht in de financiële gegevens van stichtingen verschaft. De grondslag voor deze verplichting tot openbaarmaking moet komen te liggen in het nieuw toe te voegen artikel 2:299b BW. Naast de verplichting tot openbaarmaking dient, volgens dit artikel, ook te worden voldaan aan de eis van ondertekening van de balans en staat van baten en lasten door het bestuur, kan het OM of een belanghebbende hiervan nakoming vorderen en is een aantal stichtingen uitgezonderd. Uitgezonderd zijn onder andere de stichting die voldoet aan 2:360 lid 3 BW en een pensioenfonds. Dit conceptwetsvoorstel is bepaald niet goed ontvangen. Vanuit meerdere

¹²⁵ P.H.N. Quist, 'Monsterzege? Over stichting en tegenstrijdig belang', *Weekblad van privaatrecht*, notariaat en registratie 2008, 6745, p. 204.

¹²⁶ Artikel II.3 Governancecode Woningcorporaties en artikel 2.3 code 'goed onderwijsbestuur' in het voortgezet onderwijs

¹²⁷ Kamerstukken II 2007/08, 27 834, nr. 51.

¹²⁸ Kamerstukken II 2008/09, 27 834, nr. 53.

¹²⁹ Te raadplegen via: <http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen>

hoeken is hevige kritiek geuit op de plannen.¹³⁰ Deze kritiek richt zich niet op de gedachte achter de voorgestelde maatregelen. Algemeen wordt aangenomen dat er behoefte is aan een uitbreiding van de publicatieplicht voor stichtingen.¹³¹ De kritiek richt zich op de uitwerking van de betreffende gedachte. Met name het feit dat deze maatregel voor iedere, de uitzonderingen genoemd in artikel 2:299b BW daargelaten, stichting geldt, roept weerstand op. Dit betekent dat zij ook geldt voor stichtingen in gevallen waarbij dit niet altijd wenselijk wordt geacht. Vaak wordt hierbij het voorbeeld van de stichting die het familievermogen beheert genoemd, maar hetzelfde geldt voor een stichting tot certificering van aandelen en voor een continuïteitsstichting.¹³² Niet alle stichtingen zouden onder de voorgestelde maatregel moeten vallen gezien het feit dat in bepaalde gevallen informatie dermate privacygevoelig is dat zij zich verzet tegen verplichte openbaarmaking.¹³³ Daarnaast kan ook worden getwijfeld aan de doelmatigheid van openbaarmaking van financiële gegevens bij sommige stichtingen.

Ledenverbod en belanghebbenden

Ten gevolgen van het ledenverbod mist de stichting een belangrijke vorm van intern toezicht die de vereniging wel kent. Het betreft het toezicht door de algemene ledenvergadering. Dit is van belang aangezien juist leden via een dergelijk orgaan interne controle kunnen uitoefenen zoals het geval is bij een vereniging. Een dergelijk orgaan kent de stichting niet, waardoor belanghebbenden bij een stichting geen controle uit kunnen oefenen.¹³⁴ Ingeval van de claimstichting zijn de gedupeerden de belangrijkste belanghebbenden. Echter, zij hebben geen rechtstreekse invloed op de stichting.

Omdat de stichting vaak met maatschappelijk geld maatschappelijke functies verricht, dient zij verantwoording af te leggen over het gevoerde beleid. Dit doet zij enerzijds aan de raad van toezicht (indien aanwezig) en anderzijds aan de belanghebbenden. In de memorie van toelichting van het ingetrokken wetsvoorstel Maatschappelijke Onderneming wordt door middel van de medezeggenschap van belanghebbenden ook wel gesproken van een democratische 'license to operate'.¹³⁵ In het wetsvoorstel werd een apart belanghebbendenorgaan voorgeschreven. Dit is wellicht niet de meest geschikte oplossing aangezien invoering van een belanghebbendenorgaan een aantal praktische bezwaren kent omtrent de slagvaardigheid van

¹³⁰ O.a. H. Beckman, 'Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van de stichting: opmerkingen en kanttekeningen', *Ondernemingsrecht* 2010, 100 & Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, te raadplegen via http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen/reacties/datum

¹³¹ Zie o.a. J. Aukes, Het jaarrekeningenrecht dient van toepassing te worden verklaard op alle stichtingen en verenigingen, *S&V* 1998, p. 58.

¹³² H. Beckman, 'Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van de stichting: opmerkingen en kanttekeningen', *Ondernemingsrecht* 2010, 100. Hierin wordt een (niet limitatieve) lijst van stichtingen genoemd en besproken die niet onder het wetsvoorstel zouden moeten vallen.

¹³³ Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, te raadplegen via http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen/reacties/datum

¹³⁴ Asser/Rensen 2-III* 2012/326.

¹³⁵ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 11.

de stichting.¹³⁶ Wanneer een bestuur voortdurend in overleg moet treden met belanghebbenden komt dit de slagvaardigheid niet ten goede. Wel moeten belanghebbenden, zeker bij bepaalde stichtingen, inspraak kunnen krijgen of op zijn minst gehoord worden. De belangen van deze belanghebbenden dienen behartigd te worden. Wanneer er niet voor wordt gekozen deze behartiging bij de belanghebbenden zelf te leggen is hier een taak weggelegd voor het toezichthoudend orgaan. Dit heeft alleen kans van slagen als een dergelijk orgaan wordt verplicht.

3.4 Conclusie

De rechtsvorm stichting is in de wet slechts summier vastgelegd. Op het gebied van governance ontbreken belangrijke elementen omtrent toezicht, tegenstrijdig belang en disclosure. Het wettelijk vastleggen van deze governance elementen is wenselijk. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de grote diversiteit aan stichtingen. Alleen dan kan de stichting voldoen aan hetgeen in de huidige tijd van de stichting wordt gevraagd. Daarnaast moeten belanghebbenden in een aantal gevallen invloed kunnen uitoefenen op de stichting. Dit alles geldt voor de rechtsvorm stichting in het algemeen. In het volgende hoofdstuk wordt bekeken hoe deze gebrekkige governance zich verwezenlijkt bij de claimstichting.

4 Specifieke problematiek claimstichtingen

De in het vorige hoofdstuk behandelde governance problematiek bij de stichting in het algemeen wordt in dit hoofdstuk toegepast op de claimstichting waarbij wordt gekeken tot welke problemen dit kan leiden. Voor een goede toepassing is het van belang onderscheid te maken in typen claimstichtingen. Vrijwel nergens wordt een onderscheid gemaakt tussen claimstichtingen terwijl deze van elkaar kunnen verschillen in doelstelling, achtergrond of oprichting. Dit wordt behandeld in paragraaf 4.1. Bij de toepassing van de governance problematiek op de claimstichting wordt in paragraaf 4.2 bekeken of het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht een oplossing biedt voor deze problematiek. Indien dit het geval is zal bij invoering van de wet de problematiek voor wat betreft de claimstichting afnemen of verdwijnen. In paragraaf 2.4 is de wildgroei aan claimstichtingen beschreven als een onderdeel van de problematiek. Wil men de wildgroei tegen gaan dan zal de oorzaak van deze wildgroei moeten worden gevonden. In paragraaf 4.3 zal een verklaring voor de wildgroei aan claimstichtingen worden gegeven. Ten slotte behandelt dit hoofdstuk de oplossingen voor de problematiek zoals deze tot op heden zijn aangedragen. Het betreft de claimcode, de wet tot wijziging van de WCAM en het vergroten van de rechterlijke controle. Bezien wordt of deze oplossingen geschikt zijn en in de praktijk het gewenste effect hebben.

¹³⁶ L.G.H.J Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TVOB* 2014/1, p. 9.

4.1 Claimstichtingen

Wanneer in de literatuur, maar ook in de wet en de later te behandelen Claimcode, wordt gesproken over de claimstichting maakt men in feite geen onderscheid in typen claimstichtingen.¹³⁷ Dit geeft onterecht de indruk dat er geen onderscheid is. Een grondige bestudering van verschillende claimstichtingen laat een behoorlijke verscheidenheid zien. Neem de stichtingen welke betrokken waren bij het algemeen verbindend laten verklaren van de afwikkelingsovereenkomst in het DES-arrest.¹³⁸ Het betreft de Stichting DES Centrum en Stichting Beheer Deelnemingsgelden IN B/V-Fonds(SBDF). Beiden behartigen de belangen van de gedupeerden, doch beiden op een geheel andere wijze. Daar waar Stichting DES Centrum haar doel verwezenlijkt door het voeren van overleg met andere partijen en/of het procederen tegen deze andere partijen, verwezenlijkt SBDF het doel van belangenbehartiging anders.¹³⁹ Zij is namelijk opgericht om het overeengekomen compensatiebedrag te verdelen onder de gedupeerden. Zij behartigt de belangen van de gedupeerden door zorg te dragen voor de verdeling van het compensatiebedrag zodat iedere gedupeerde de schadevergoeding verkrijgt die hem toekomt. Eenzelfde principe ziet men bij de Stichting Vie d'Or en de Stichting Compensatiefonds Polishouders Vie d'Or in het Vie d'Or arrest.¹⁴⁰ Een stichting opgericht ter verdeling van het compensatiebedrag herkent men ook bij de Shell-, Converium- en Vedior-zaak.¹⁴¹

Het al dan niet ad hoc opgericht zijn van de claimstichting is een ander te maken onderscheid. Dit onderscheid ziet men terug bij de betrokken stichtingen in de Dexia-zaak.¹⁴² Daar waar onder andere Stichting Leaseverlies en Stichting Eegalease speciaal zijn opgericht tot belangenbehartiging van de gedupeerden in de Dexia-zaak is dit voor Stichting Platform Aandelenlease (PAL) niet het geval.¹⁴³ PAL heeft, kort gezegd, tot doel "het optreden als gratis belangenbehartiger en hulpverlener van gedupeerden van een financiële instelling".¹⁴⁴ Naast de betrokkenheid in de Dexia-zaak vervult PAL nu haar rol als belangenbehartiger in de DSB-zaak. Het is voor een dergelijke stichting van groter belang een goede reputatie op te bouwen. Zij dragen deze reputatie immers mee in volgende zaken. Voor de ad hoc opgerichte stichtingen is dit niet het geval. Daarnaast bouwt een niet ad hoc opgerichte stichting meer kennis en ervaring op omtrent de collectieve actie.

¹³⁷ O.a. B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die een collectieve actie initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010, 46.

¹³⁸ Hof Amsterdam 1 juni 2006, LJN: AX6440. (DES)

¹³⁹ Zie in dit verband <www.descentrum.nl> & <www.desfonds.nl>

¹⁴⁰ Hof Amsterdam 29 April 2009, LJN BI2717, NJ 2009, 448. (Vie d'Or)

¹⁴¹ Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744 (Shell), Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior), Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026. (Converium)

¹⁴² Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN: AZ7033 (Dexia). Het betreft o.a. Stichting Leaseverlies, Stichting Eegalease & Stichting Platform Aandelenlease.

¹⁴³ <www.leaseverlies.nl>, <www.eegalease.nl>, <www.platformaandelenlease.nl>.

¹⁴⁴ Artikel 2 van haar statuten. Deze is te raadplegen via:

<<https://www.dsbcompensatie.nl/media/15895/Productie%20-%20Statuten%20PAL.PDF>>.

Naast het feit dat, met name ad hoc opgerichte, claimstichtingen voor specifieke zaken zijn opgericht zit er ook een aanzienlijk verschil in gedupeerden ten behoeven van wie zij optreden. Ter illustratie gelden de Shell-zaak en de DES-zaak. Waar het bij Shell aandeelhouders betrof die als gedupeerden konden worden gezien waren het in de DES-zaak vrouwen die het betreffende DES-medicijn tot zich hadden genomen. In de regel zal bij aandeelhouders een deel van de gedupeerden kunnen worden gezien als een professionele partij, maar in een geval als de DES-zaak is dit veel minder het geval. Met dit verschil dient men als claimstichting rekening te houden. Men behartigt immers belangen van anderen.

De achtergrond van waaruit de claimstichting handelt kan tevens een verschil maken. Daarbij is met name van belang of een dergelijke stichting handelt uit ideële of uit economische motieven. Tevens zijn er verschillen in de organisatie van een claimstichting. Deze verschillen zitten onder andere in het wel of niet hebben van enig toezichthoudend orgaan en het wel of niet hebben van een regeling omtrent het tegenstrijdig belang. Hier wordt in het verdere verloop van de scriptie bij stilgestaan.

4.2 Toepassing governance problematiek op claimstichting

Toezicht

Toezicht is van groot belang bij claimstichtingen. Zij werken vaak met een grote som geld dat is ingelegd door de belanghebbenden. De kans bestaat dat deze belanghebbenden geen enkele inspraak hebben aangezien een stichting autonoom kan handelen. Indien daarnaast geen intern toezicht wordt gehouden door een toezichthoudend orgaan ontstaat er een ongewenste situatie. De ontstane vrijheid voor het enige verplichte orgaan van de stichting, het bestuur, maakt het betrekkelijk eenvoudig voor de claimstichting met onzuivere (commerciële) motieven om onzuiver te handelen.¹⁴⁵ Daarvan worden belanghebbenden de dupe waardoor zij voor een tweede keer worden benadeeld.

Behandelt wordt de vraag of het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen een oplossing vormt voor de problematiek zoals deze zich voordoet bij de claimstichting zonder me uit te laten over de consequenties en de wenselijkheid van het wetsvoorstel voor de stichting an sich. Het wettelijk vastleggen van een toezichthoudend orgaan is een serieuze verbetering ten aanzien van de aan de claimstichting gerelateerde problematiek, maar zal niet afdoende zijn om de gehele problematiek op te lossen. Een claimstichting behoort actief te zijn ten behoeve van de gedupeerden in geval van massaschade. De gedupeerden zijn de primaire stakeholders. De claimstichting moet zich richten op de gedupeerden en het belang van de gedupeerden moet

¹⁴⁵ Het in paragraaf 3.3 behandelde conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bevat een wettelijke verankering van een toezichthoudend orgaan. Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 2-3. Te raadplegen via:
<<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

leidend zijn voor het bepalen van de strategie en het beleid.¹⁴⁶ In tegenstelling tot de N.V., B.V., coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de vereniging kunnen bij de stichting de primaire stakeholders, de gedupeerden, niet direct invloed uitoefenen op het bestuur en de toezichthouder. De primaire stakeholders van de N.V. en de B.V., de aandeelhouders, kunnen direct invloed uitoefenen op het bestuur en de toezichthouder, via de algemene vergadering voor aandeelhouders.¹⁴⁷ De leden van een vereniging, coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij via de algemene ledenvergadering. De stichting kent, mede vanwege het ledenverbod, een dergelijk orgaan niet. Door het ontbreken van een algemene vergadering ontbreekt toezicht op het toezichthoudende orgaan. In tegenstelling tot aandeelhouders van een N.V. of B.V. hebben gedupeerden geen belangrijke zeggenschap binnen de stichting. Met deze zeggenschapsrechten zouden gedupeerden er voor kunnen zorgen dat het bestuur en het toezichthoudend orgaan juist handelen en compliant zijn met de op hen rustende verplichtingen die voortvloeien uit de governance.¹⁴⁸ De wisselwerking tussen het bestuur, het toezichthoudend orgaan en de primaire stakeholder speelt een belangrijke rol in de governance. Deze wisselwerking ontbreekt bij de stichting. Het verplichten van een toezichthoudend orgaan zal de verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting verminderen. Het bestuur dient dan immers verantwoording af te leggen aan het toezichthoudend orgaan. Echter, vanwege het feit dat op de toezichthouder geen toezicht wordt gehouden blijft de aan de claimstichting gerelateerde problematiek bestaan. Gedupeerden zijn niet in staat te controleren of de toezichthouder zijn taak naar behoren uitoefent en hebben eveneens geen pressiemiddel, zoals ontslag, om dit te bewerkstelligen. Het toezichthoudend orgaan is daarmee een gedeeltelijke oplossing voor de problematiek, maar het lost de oorzaak van de problematiek niet op. Door het ontbreken van toezicht op het toezichthoudende orgaan wordt de informatieasymmetrie en divergerende belangen wat het achterhouden van informatie in hand werkt, als oorzaak van de problematiek, onvoldoende tegengegaan. Indien gedupeerden dezelfde zeggenschapsrechten verkrijgen als aandeelhouders betekent dit niet per definitie dat daarmee de problematiek is opgelost. Wel kan worden gesteld dat de afwezigheid van een orgaan met aandeelhoudersbevoegdheden waaraan verantwoording moet worden afgelegd niet bijdraagt aan het oplossen van de problematiek.¹⁴⁹

Mede door het ontbreken van een algemene vergadering is de invloed van gedupeerden binnen de claimstichting uiterst beperkt. Gedupeerden zouden als primaire stakeholder inspraak moeten krijgen of vertegenwoordigd moeten worden binnen de stichting. Dit leidt tot een verbeterde monitoring. Een aantal claimstichtingen voorzien in een oplossing door het invoeren van een

¹⁴⁶ In gelijke zin bij woningcorporaties P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2, p 30.

¹⁴⁷ Voor de B.V. artikel 2:217 BW, voor de N.V. artikel 2:107 BW.

¹⁴⁸ P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2, p 37.

¹⁴⁹ P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2, p 36.

belanghebbendenorgaan. De Stichting Shell reserves compensation foundation kent een statutaire bepaling tot invoering van een vergadering van deelnemers.¹⁵⁰ Invoering van een belanghebbendenorgaan kent een aantal (praktische) bezwaren zoals bezwaren omtrent het bepalen van een representatieve samenstelling en concrete bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan. Tevens komt de slagvaardigheid van de claimstichting in het geding.¹⁵¹ Wanneer een bestuur voortdurend in overleg moet treden met de gedupeerden komt dit de slagvaardigheid niet ten goede. Het nemen van beslissingen om een bepaalde handeling verrichten vergt dan meer tijd.

Het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bevat tevens een voorstel tot aansprakelijkheid van toezichthouders op grond van het nieuwe artikel 2:9a BW. Ingevolge het conceptwetsvoorstel gaat, zoals reeds beschreven, voor alle rechtspersonen dezelfde interne aansprakelijkheidsnorm gelden.¹⁵² Getracht wordt de problematiek van een ontbrekende algemene vergadering als toezichthouder op de toezichthouder gedeeltelijk te ondervangen door de dreiging van aansprakelijkheid. Deze wijziging zal leiden tot een verlaagde drempel voor aansprakelijkheid, maar niet per definitie tot een betere kwaliteit van bestuur of toezicht.¹⁵³ Aansprakelijkheid moet leiden tot een zorgvuldige taakuitoefening van het bestuur en de toezichthouder en in die zin de kwaliteit verbeteren. De kans bestaat dat de dreiging van aansprakelijkheid zal leiden tot voorzichtigheid en defensief gedrag ter voorkoming van aansprakelijkheid.¹⁵⁴ In een situatie waar ingrijpen noodzakelijk is kan de angst voor aansprakelijkheid er toe leiden dat het bestuur en/of toezichthouder te terughoudend optreedt. Daar staat tegenover dat onderzoek uitwijst dat aansprakelijkheid in de praktijk lang niet altijd leidt tot defensief gedrag.¹⁵⁵ Aansprakelijkheid voor toezichthouders op grond van het nieuwe artikel 2:9a BW zal leiden tot een uniforme aansprakelijkheid en prikkels voor de toezichthouder om zijn taak behoorlijk te vervullen. Moral hazard door de claimstichting zal naar verwachting minder aan de orde zijn. Men zoekt de oplossing voor de problematiek in controle- en correctiemechanismen. De preventieve en disciplinerende werking van het aansprakelijkheidsrecht moet er toe leiden dat zowel het bestuur als de toezichthouders haar taak behoorlijk vervult.¹⁵⁶ De noodzaak tot meer inzicht in de motieven, het functioneren en de

¹⁵⁰ Artikel 9 statuten Stichting Shell reserves compensation foundation, te raadplegen via: <<http://www.royaldutchshellsettlement.com/Documents/en/Annexes/Annex%202%20NL%20and%20ENG%20.pdf>>

¹⁵¹ L.G.H.J Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TVOB* 2014/1, p. 9.

¹⁵² Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 5-7. Te raadplegen via: <<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

¹⁵³ D.N. de Boer & A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2014, p. 29.

¹⁵⁴ G.E. van Maanen, 'I Civierechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders of immuniteit?', *RMThemis* 2006, p. 64.

¹⁵⁵ G. van Dijk, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: Nuanceren gewenst'. In W. H. van Boom, I. Giesen, & A. J. Verheij (editors), *Capita civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*. (blz. 459-484). (Civologie / Civology; !!No. 6). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 4-7.

¹⁵⁶ L.G.H.J Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TVOB* 2014/1, p. 8.

professionaliteit neemt hierdoor enigszins af. Bij aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 is sprake van interne aansprakelijkheid. Een gedupeerde kan hier geen beroep op doen. Dit geldt tevens voor de aandeelhouder bij een B.V. of een N.V. Echter, door het feit dat een aandeelhoudersvergadering over de mogelijkheid tot ontslag van het bestuur dan wel de raad van commissarissen beschikt, beschikken de aandeelhouders over een pressiemiddel om de rechtspersoon er toe te zetten om van deze mogelijkheid gebruik te maken.¹⁵⁷ Voor gedupeerden bij de claimstichting ontbreekt dit pressiemiddel daar zij geen mogelijkheid tot benoeming of ontslag van het bestuur dan wel de toezichthouder heeft.

Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen onderkent dit probleem en voorziet in een oplossing. Ter verbetering en uitbreiding van het externe toezicht heeft de wetgever in het conceptwetsvoorstel enkele veranderingen aangekondigd zoals een wettelijke ontslagregeling voor toezichthouders en een verruiming van de ontslaggronden voor bestuurders. Op deze wijze wordt het mogelijk voor gedupeerden om via het nieuwe artikel 2:298 BW meer invloed uit te oefenen op het bestuur en het toezichthoudend orgaan van de claimstichting. De noodzaak tot inzicht in de claimstichting neemt hierdoor af aangezien te verwachten valt dat de uitbreiding van het extern toezicht er toe zal leiden dat het bestuur en de toezichthouder haar taak beter zal vervullen. Dientengevolge wordt met de invoering van het nieuwe artikel 2:298 BW eveneens gekozen voor een preventieve en disciplinerende oplossing. Hoewel er sprake is van een uitbreiding van de grondslag voor externe aansprakelijkheid blijven de partijen dezelfde. Het OM blijft verantwoordelijk voor het extern toezicht. Gezien het feit dat het OM van de mogelijkheid tot ontslag tot op heden slechts sporadisch gebruik maakt, moet worden gezien of dit na de invoering van het wetsvoorstel anders wordt.¹⁵⁸ Men moet zich blijven afvragen of het OM de juiste instantie is voor extern toezicht op stichtingen. Belanghebbenden, en dus ook gedupeerden, maken regelmatig gebruik van de rechterlijke ontslagmogelijkheid van bestuurders van een stichting.¹⁵⁹ Zij zullen dan ook baat hebben bij de uitbreiding van aansprakelijkheid. Echter, wil een gedupeerde gebruik maken van deze mogelijkheid dan is het noodzakelijk dat hij inzicht verkrijgt in de verrichte handelingen en beslissingen door het bestuur en het toezichthoudend orgaan. Daarvoor is de gedupeerde afhankelijk van de informatie die de claimstichting verschaft. Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen doet geen voorstellen omtrent een verbeterde transparante informatievoorziening naar belanghebbenden. De problematiek van informatieasymmetrie en divergerende belangen waardoor informatie wordt achtergehouden blijft bestaan. Dientengevolge blijft een reële kans bestaan dat een claimstichting in de verleiding komt haar machtspositie te misbruiken.

¹⁵⁷ Voor de B.V. artikel 2:242 en artikel 2:269 BW, voor de N.V. artikel 2:132 en artikel 2:159 BW

¹⁵⁸ B.P.A. Santen & A. de Bos, 'governance van stichtingen: een empirische studie', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2006-3, p. 98.

¹⁵⁹ B.P.A. Santen & A. de Bos, 'governance van stichtingen: een empirische studie', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2006-3, p. 99.

Tegenstrijdig belang

De stichting kent geen algemene vergadering daar zij een ledenverbod kent.¹⁶⁰ Het risico dat een bestuurder van een stichting zich laat leiden door zijn privébelangen wordt daardoor mogelijk versterkt. Dat geldt in het bijzonder in het geval waarin er geen toezichthoudend orgaan is ingesteld.¹⁶¹ Het autonome karakter van een stichting en het in beginsel niet kennen van direct belanghebbenden is de oorzaak van het feit dat de stichting tot op heden geen tegenstrijdig belangregeling kent. Door het ontbreken van een schakelbepaling vindt er tevens geen analoge toepassing plaats. Echter, het autonome karakter kan men niet volhouden voor wat betreft de claimstichting. De relatie tussen de belanghebbenden en de claimstichting is dusdanig dat men in dit verband zou moeten spreken van direct belanghebbenden. Wanneer een claimstichting wordt benadeeld door een tegenstrijdig belang geldt deze benadeling evenzeer als een directe benadeling voor de belanghebbenden. De verhouding tussen de claimstichting en de belanghebbenden heeft veel weg van de verhouding tussen de vereniging en haar leden of een kapitaalvennootschap en haar aandeelhouders. Aandeelhouders worden wel gezien als direct belanghebbenden. Dat slechts het feit dat een stichting wettelijk gezien geen leden of aandeelhouders kent het gevolg heeft dat er geen sprake kan zijn van een analoge toepassing van het tegenstrijdig belang bevreemdt dan ook. Het gevolg is dat er geen oplossing wordt geboden voor het probleem tegenstrijdig belang bij claimstichtingen. Wanneer de statuten van een claimstichting geen regeling kent omtrent het tegenstrijdig belang worden de belangen van belanghebbenden op dit punt niet gewaarborgd.

Het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een wettelijke verankering van een tegenstrijdig belangregeling die tevens op de claimstichting van toepassing is.¹⁶² Aangesloten wordt bij de wettelijke en jurisprudentiële invulling die aan het tegenstrijdig belang is gegeven voor de N.V. en de B.V.¹⁶³ Indien er sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder dan wel een toezichthouder dan dient deze niet deel te nemen aan de besluitvorming. Heeft dit tot gevolg dat het besluit niet genomen kan worden dan geldt dat het toezichthoudend orgaan het besluit kan nemen. Ontbreekt deze of vind juist hier een tegenstrijdig belang plaats dan is het de algemene vergadering dat een besluit neemt. Dit moet voorkomen dat bestuurders en toezichthouders meebeslissen over onderwerpen waarbij zij hun eigen belang laten prevaleren. Echter, de stichting kent, ook na een eventuele invoering van het conceptwetsvoorstel, geen algemene vergadering.¹⁶⁴ In het geval dat bij zowel de bestuurders

¹⁶⁰ Artikel 2:285 lid 1 BW

¹⁶¹ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 5. Te raadplegen via: <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>

¹⁶² Internetconsultatie conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen p. 1-2. Te raadplegen via: <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>

¹⁶³ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 11. Te raadplegen via: <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>

¹⁶⁴ Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht p. 3, te raadplegen via: <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties/datum/2>

als de toezichthouders sprake is van een tegenstrijdig belang bestaat er geen vangnet voor het nemen van een beslissing. Het introduceren van een tegenstrijdig belangregeling is een aanzienlijke verbetering. Het biedt een gedeeltelijke oplossing voor de problematiek van de divergerende belangen tussen de claimstichting en de gedupeerden. De regeling moet er toe leiden dat het bestuur en de toezichthouder zich richt naar de belangen van de claimstichting en daarmee naar de belangen van de gedupeerden. Door aansluiting te zoeken bij de tegenstrijdig belangregeling van de N.V. en de B.V. gelden de kanttekeningen van deze tegenstrijdig belangregeling eveneens voor de claimstichting.¹⁶⁵ Onduidelijk is wie vaststelt dat er sprake is van een tegenstrijdig belang. Aansluiting kan worden gezocht bij de best-practicebepaling II.3.2. van de Nederlandse Corporate Governance Code. Ingeval van een beursvennootschap stelt de raad van commissarissen vast of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Zonder een informatieverplichting is zij daarvoor afhankelijk van de inlichtingen door het bestuur. In het geval dat bij zowel het bestuur als de toezichthouder sprake is van een tegenstrijdig belang is er geen derde orgaan die kan bepalen of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Met dit verschil tussen de (claim)stichting enerzijds en de N.V. en B.V. anderzijds moet men rekening houden. Een uniforme tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen is niet eenvoudig te realiseren.

Disclosure

Net als ieder andere stichting is een claimstichting niet verplicht tot het openbaren van de staat van baten en lasten. Dit gebrek aan transparantie draagt niet bij aan een gedegen controle. Dat deze transparantie moet verbeteren staat buiten kijf. Zeker gezien de aanzienlijke bedragen die gepaard gaan met de claimstichting. Echter, hier geldt dat er onderscheid gemaakt dient te worden tussen de verschillende typen claimstichtingen. Dit geldt tevens voor stichtingen in het algemeen. Privacygevoelige informatie speelt in dit kader een belangrijke rol bij de claimstichting. Met name de claimstichting die de belangen behartigt door overleg, onderhandeling en het voeren van gerechtelijke procedures zal niet alle informatie willen openbaren. Zij is in een juridische strijd verwickeld met de schadeveroorzaker. Indien de schadeveroorzaker inzicht krijgt in hoever de financiële middelen van de belangenbehartigende claimstichting reiken, kan deze daar gebruik dan wel misbruik van maken. Dit zou de positie van de belangenbehartigende claimstichting aanzienlijk verzwakken.¹⁶⁶ Onderscheid dient te worden aangebracht in claimstichtingen voor wie een uitbreiding van de publicatieplicht dient te gelden. Een uitbreiding van de publicatieplicht voor de claimstichting die de belangen van belanghebbenden behartigt via het uitkeren van het overeengekomen compensatiebedrag is niet bezwaarlijk. Voor een dergelijke claimstichting heeft een uitbreiding geen onwenselijke gevolgen en draagt bovendien

¹⁶⁵ M.C.P. van Dongen, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd', *tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2013-2, p. 49 -52.

¹⁶⁶ B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die een collectieve actie initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010, 46.

bij aan een verbeterde mogelijkheid tot controle.¹⁶⁷ Het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bevat geen veranderingen ten aanzien van disclosure. Voor wat betreft de claimstichting is dit een gemiste kans. Naast financiële informatie met betrekking tot inkomsten en uitgaven van de stichting en de bezoldiging van het bestuur hebben gedupeerden behoefte aan informatie over de daadwerkelijk bestede tijd aan de zaak, de inspanningen en op welke gronden beslissingen worden genomen door de claimstichting. Er is tot op heden geen verplichting deze informatie openbaar te maken. Dit betekent niet dat geen enkele claimstichting deze informatie openbaart, maar een verplichting tot openbaarmaking van dergelijke financiële en niet-financiële informatie zou moeten leiden tot een vermindering van de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Het verplicht openbaren van informatie leidt tot een verminderde informatieasymmetrie en tot een vermindering van het achterhouden van informatie. Dit heeft een verminderde verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting tot gevolg.

4.3 Verklaring wildgroei claimstichtingen

Grofweg zijn er vier belangrijke verklaringen voor de wildgroei aan claimstichtingen. Het betreft de eenvoudige (ad hoc) oprichting van een stichting, de rol van de moderne media, de voorbehoudloze toegang tot de rechter en de vaak grote bedragen die gemoeid gaan met een collectieve actie.

Steeds vaker wordt er door nieuw ad hoc opgerichte claimstichtingen gebruik gemaakt van de collectieve actie en daarnaast gebeurt dit in een steeds vroegtijdiger stadium.¹⁶⁸ Het oprichten van een stichting is betrekkelijk eenvoudig.¹⁶⁹ Er is slechts een notariële oprichtingsakte nodig met daarin de statuten van de betreffende stichting en inschrijving van de stichting in het handelsregister.¹⁷⁰ Een claimstichting wordt vaak voor een specifiek geval van massaschade opgericht en houdt op te bestaan wanneer haar statutaire taak is vervuld. De eenvoudige oprichting van een stichting moet geenszins als onwenselijk worden beschouwd. Integendeel zelfs, het is slechts een verklaring voor de sterke opkomst van de claimstichting. Gezien de abruptheid waarin massaschade kan ontstaan is een snelle oprichting juist gewenst. Ontmoediging van het oprichten van een claimstichting is dan ook onwenselijk.

De media spelen bij de wildgroei aan claimstichtingen een niet te onderschatten rol. De moderne sociale media en de eenvoudige communicatie- en informatiemogelijkheden die het internet heden ten dage biedt zijn daarbij van belang. De aandacht die in de media wordt geschonken

¹⁶⁷ B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die een collectieve actie initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010, 46.

¹⁶⁸ J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument "Zelfregulering claimstichtingen"', *FR* 2010, nr. 6.

¹⁶⁹ R.B. Gerretsen, 'Procederen over massaschades', *O&F* 2006, 71, p. 5.

¹⁷⁰ Artikel 2:286 BW en artikel 2:289 BW.

aan een geval van massaschade is voorts van groot belang.¹⁷¹ Het is betrekkelijk eenvoudig om veel aandacht te genereren voor een claimstichting. Zij kan zo een grote achterban creëren die gezamenlijk zorgt voor de benodigde inkomsten ter financiering van de taken en doelen van de claimstichting en draagt daarnaast bij aan de representativiteit van de claimstichting.

Indien een stichting ingevolge haar statuten gelijksoortige belangen behartigt en wanneer zij eerst via overleg heeft getracht het gevorderde met gedaagde te bereiken, is zij bevoegd tot het instellen van een collectieve actie van 3:305a BW.¹⁷² Dit leidt tot een vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter. Dit wordt beschouwd als een van de belangrijkste oorzaken van de sterke opkomst van de claimstichting.¹⁷³ Een stichting kan zich zo eenvoudig opwerpen als belangenbehartiger.

De laatste oorzaak is gelegen in de financiële motieven. Met een collectieve actie gaan vaak grote bedragen gemoeid. De schikkingsbedragen bij de zes collectieve acties die door het Hof Amsterdam algemeen verbindend zijn verklaard laten dit treffend zien. In de Dexia-zaak betrof het \$ 1.370.000.000, in de Vie D'Or-zaak betrof het \$ 62.000.000, in de Shell-zaak \$ 352.600.000, in de Vedior-zaak \$ 5.770.000 en bij Converium \$ 58.400.000.¹⁷⁴ Gedupeerden hebben grote belangen en hen zal er veel aan gelegen zijn om de geleden schade vergoed te krijgen. Zij zullen dan ook bereid zijn om investeringen te maken die zouden moeten leiden tot een schadevergoeding. Een claimstichting met onzuivere financiële motieven kan hier misbruik van maken. Voor claimstichtingen, de bestuurders hiervan en de advocatuur is de collectieve actie een mooie bron van inkomsten. Dientengevolge betreden steeds meer partijen de markt. Dit versterkt de groei van het aantal claimstichtingen.

4.4 De tot op heden geboden oplossingen

Claimcode

Een van de geboden oplossingen omtrent de problematiek gerelateerd aan de claimstichting is de op 1 juli 2011 geïntroduceerde Claimcode.¹⁷⁵ In deze Claimcode zijn, naar format van de Corporate Governance Code, zes principes opgenomen waaraan claimstichtingen idealiter zouden moeten voldoen. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het pas toe of leg uit-beginsel. Dit houdt in dat claimstichtingen niet zijn gehouden de principes uit de code na te komen, doch dat zij uit moeten leggen waarom zij afwijken van deze principes. De code beschrijft eerst een principe gevolgd door de daarbij behorende regels die dit principe uitwerken. Het eerste principe betreft de naleving en handhaving van de code. De verantwoordelijkheid hiervoor komt bij de

¹⁷¹ J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument "Zelfregulering claimstichtingen"', *FR* 2010, nr. 6, p.159.

¹⁷² Artikel 3:305a lid 1 & 2.

¹⁷³ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.

¹⁷⁴ D.R. Hensler, 'The future of mass litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding', *The George Washington Review*, vol. 79, nr. 2, februari 2011, p. 313.

¹⁷⁵ A.H. van Delden e.a., *Claimcode*, 2011.

oprichters, het bestuur en de raad van toezicht te liggen. De uitwerking van dit principe ziet met name op transparantie omtrent de governance-structuur. Het tweede principe betreft het niet hebben van winstoogmerk bij het uitoefenen van de activiteiten van de claimstichting. De uitwerking richt zich op regelgeving omtrent de bevoegdheid om over het vermogen van de claimstichting te beschikken. Het derde principe betreft de taak, samenstelling en werkwijze van het bestuur van de stichting daarbij ziet de uitwerking onder meer op het aantal bestuurders en diens achtergrond. Het vierde principe betreft de onafhankelijkheid en belangentegenstelling waarbij de uitwerking ziet op een tegenstrijdig belangregeling. Als vijfde principe is opgenomen de vergoeding aan bestuurders. Daarbij richt de uitwerking zich op een niet bovenmatige hoogte van beloning en transparantie omtrent de vergoeding. Het zesde en laatste principe ziet op de taak, werkwijze en samenstelling van de Raad van Toezicht. Hier ziet de uitwerking, evenals bij het bestuur, onder andere op het aantal en de achtergrond van de toezichthouders. Al met al ziet deze code op een heel aantal voornoemde problemen. De vraag is of deze zelfregulering ervoor zorgt dat de problematiek tot het verleden behoort.

De Claimcode biedt meer duidelijkheid en voorziet in de behoefte om onderscheid te kunnen maken tussen claimstichtingen.¹⁷⁶ Het Hof Amsterdam gebruikte het naleven van deze code al eens ter verificatie van de representativiteit van artikel 7:907 lid 3 onder f.¹⁷⁷ In de toelichting bij het wetsvoorstel tot herziening van de WCAM werd geopperd dat de Claimcode een factor kan vormen bij de overweging van de rechter om een claimstichting al dan niet ontvankelijk te verklaren ingevolge de derde zin van artikel 3:305a BW.¹⁷⁸ Aangenomen wordt dat bij voldoende bekendheid met de claimcode zij een rol gaat vervullen bij de keuze van een claimstichting. Hoe meer een claimstichting zich aan de code conformeert des te meer gedupeerden zij zal behartigen.¹⁷⁹ Zoals Bauw & Bruinen het formuleren: “Langs verschillende wegen komt de Claimcode dan ook wel degelijk in zowel juridische als in praktische zin betekenis toe en het ziet ernaar uit dat die betekenis in de nabije toekomst alleen maar zal toenemen. Voldoende reden dus om dit ‘soft law instrument’ serieus te nemen.”¹⁸⁰

In hetzelfde artikel beschrijven Bauw & Bruin een onderzoek dat zij hebben verricht naar de praktische naleving van de Claimcode. Door middel van een statutenonderzoek en een enquête onder claimstichtingen komen zij tot een verontrustende conclusie. Naleving van en bekendheid met de claimstichting blijkt ondermaats te zijn. Bewust en onbewust blijkt de Claimcode nog niet voldoende geïmplementeerd in de praktijk. Alleen claimorganisaties die voorheen ook verantwoord te werk gingen blijken zich, voornamelijk, aan de code te conformeren. Zolang

¹⁷⁶ E. Bauw & T. Bruinen, ‘Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen’, *NJB* 2013, 140, afl. 3, p.165.

¹⁷⁷ Hof Amsterdam 17 januari 2012, *LJN* BV1026 (Converium) rov. 10.4.

¹⁷⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5

¹⁷⁹ E. Bauw & T. Bruinen, ‘Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen’, *NJB* 2013, 140, afl. 3, p.165.

¹⁸⁰ E. Bauw & T. Bruinen, ‘Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen’, *NJB* 2013, 140, afl. 3, p.165.

binding aan de Claimcode vrijblijvend blijft, is het afhankelijk van het draagvlak van de betrokken organisaties in hoeverre de Code wordt nageleefd. Het draagvlak blijkt in de praktijk klein en tevens ontbreekt bij het grote publiek bekendheid met de Claimcode. Wanneer zij belang zouden hechten aan de Claimcode bij de keuze voor een claimstichting zou de code de status van een keurmerk kunnen verkrijgen. Dit blijkt in de praktijk niet het geval waardoor claimorganisaties geen urgentie geven aan het conformeren aan de Claimcode. Het onderzoek van Bauw en Bruinen laat zien dat de Claimcode een potentiële oplossing biedt voor de problematiek, maar dat zij dat tot op heden niet is.

Wet tot wijziging van de WCAM

Sinds 26 juni 2013 is de Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade in werking getreden.¹⁸¹ Naar aanleiding van de evaluatie rond de WCAM zijn er een aantal verbeterpunten geformuleerd.¹⁸² In reactie daarop is de betreffende wet ontwikkeld. In dezen is vooral de wijze waarop zij reageert op de wildgroei aan stichtingen van belang.

Zoals reeds aan de orde kwam, zijn er claimstichtingen met onzuivere (financiële) motieven en is het voor gedupeerden, door een gebrek aan kennis en informatie, moeilijk te bepalen of zij met een dergelijke stichting te maken hebben. De wetgever ziet de vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter als een van de voornaamste oorzaken voor de wildgroei aan claimstichtingen. Zij is overgegaan tot het stellen van strengere toegangseisen. De rechter krijgt een handvat geboden om kritisch te kijken naar de ontvankelijkheid van de claimstichting. Onvoldoende werd gecontroleerd of een claimstichting daadwerkelijk voor de belangen van de gedupeerden opkomt. Dit heeft geleid tot een toevoeging van een derde zin aan het tweede lid van artikel 3:305a BW.¹⁸³ Daarin wordt de mogelijkheid geboden om de eisende organisatie niet-ontvankelijk te verklaren indien de belangen van de personen voor wie gesteld wordt te worden opgekomen, met de collectieve actie onvoldoende gewaarborgd zijn. Eenzelfde eis ziet men in artikel 7:907 lid 3 onder e BW bij de WCAM. In de WCAM-procedure leidt het niet voldoen aan deze eis niet tot een niet-ontvankelijkheid, maar tot een afwijzing van het verzoek. Dit verschil is te verklaren uit het feit dat in de WCAM-procedure het verzoek gezamenlijk met de aansprakelijke partij wordt ingesteld, en in een collectieve actie de vordering alleen door de voor de benadeelden optredende rechtspersoon wordt ingesteld.¹⁸⁴ Het is aan de rechter om te bepalen of de claimstichting ontvankelijk is. Welke factoren daarbij van belang zijn komt aan bod in de volgende paragraaf. Een voorstel tot het invoeren van een representativiteitstoets zoals bij

¹⁸¹ Stb. 2013, 255.

¹⁸² Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 1.

¹⁸³ Deze derde zin luidt: "Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is eveneens niet ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn."

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 12

de WCAM heeft het om verschillende redenen niet gehaald.¹⁸⁵ Nu de toegang tot de rechter minder voorbehoudloos is, wordt het minder eenvoudig voor een onzuivere claimstichting om de belangen van gedupeerden te behartigen. De rechterlijke controle is toegenomen waardoor het minder verleidelijk wordt voor de stichting om haar machtspositie te misbruiken. In de Memorie van Toelichting werd al aangegeven dat dit niet het middel is om alle uitwassen tegen te gaan.¹⁸⁶ Het nieuw toegevoegde lid 6 aan artikel 3:305a BW is eveneens een reactie op de veelheid aan claimstichtingen. Mede door de eerder genoemde concurrentie loopt men het risico dat er alsnog meerdere procedures plaatsvinden in dezelfde zaak. Wanneer iedere belangenbehartiger zelfstandig een procedure tegen eenzelfde schadeveroorzaker zou starten doet men de voordelen van een collectieve actie enigszins teniet. Het nieuw ingevoerde zesde lid geeft de rechter ambtshalve de mogelijkheid tot verwijzing of voeging van de zaken door te verwijzen naar artikel 220 en 222 Rv. Daarmee wordt meer recht gedaan aan de collectieve actie.

Rechterlijke controle

In de collectieve actie is een controlefunctie neergelegd bij de rechter. De zojuist behandelde aanvulling op het tweede lid van artikel 3:305a BW geeft invulling aan de controle op de belangenbehartiger in de eerste fase van de collectieve actie. Lid 3 van artikel 7:907 BW geeft invulling aan de controle in de tweede fase van de collectieve actie. Daarbij is met name lid 3 sub e en f van belang. Lid 3 geeft een overzicht van redenen voor de rechter om een verzoek tot algemeen verbindend verklaren af te wijzen. De overeenkomst dient aan de vereisten uit lid 2 te voldoen en de groep gedupeerden ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten dient van voldoende omvang te zijn. De focus ligt hier op de elementen representativiteit en voldoende waarborging van de belangen van gedupeerden. Alleen dit laatste element is in beide artikelen geïmplementeerd, maar volgens de Memorie van Toelichting zit de toets tot representativiteit impliciet in de ontvankelijkheidstoets van artikel 3:305a lid 2 BW.¹⁸⁷ Het niet invoeren van een representativiteitstoets in artikel 3:305a BW werd beargumenteerd door aan te voeren dat het begrip representatief niet voldoende was uitgekristalliseerd.¹⁸⁸ Dit heeft de wetgever bij invoering van de WCAM niet weerhouden om de representativiteitstoets in te voeren.¹⁸⁹ Onvoldoende waarborging leidt ingeval van artikel 3:305a BW tot niet ontvankelijkheid terwijl zij bij de WCAM lijdt tot afwijzing van het verzoek tot algemeen verbindend verklaren.

Bij de representativiteitstoets en bij de waarborgingstoets van belangen van gedupeerden wordt door de rechter met een aantal factoren rekening gehouden. Centraal staat of gedupeerden belang hebben bij een collectieve actie en of de belangenbehartiger over voldoende kennis en

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6 & B.J. de Jong, 'Herziening van de Wcam en het collectief actierecht', *JONDR* 2011, p. 60.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6.

¹⁸⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 4, p.2-3.

¹⁸⁹ D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de Wcam: de kernthema's uitgelicht', *TvCR* 2012, aflevering 2, p. 39.

vaardigheden beschikt. Deze factoren, die zijn af te leiden uit de rechtspraak en de Memorie van Toelichting, zijn zeer divers.¹⁹⁰ Daarbij valt onder andere te denken aan de steun die gedupeerden geven aan de collectieve actie en de belangenbehartiger, het al dan niet voldoen aan de Claimcode, het optreden in de media om zo publiciteit te genereren voor de collectieve actie, eventuele ervaringen uit het verleden en de naam en faam van de oprichters van de belangenorganisatie. De representativiteit wordt beoordeeld voor de groep als geheel en niet per individueel gedupeerde. De rechter heeft op basis van de wet en de rechtspraak aardig wat handvaten om een wezenlijke controle naar de motieven van de stichting uit te voeren. Dit betekent niet dat daarmee de gehele problematiek is opgelost, maar het is een goede basis om het kaf van het koren te scheiden. Een belangenbehartiger, zoals een claimstichting, zal minstens aan de controlepunten van de rechter moeten voldoen daar zij anders het risico loopt niet ontvankelijk te zijn dan wel dat het verzoek tot algemeen verbindend verklaren wordt afgewezen. Niet valt aan te nemen dat daarmee belangenbehartigers met onzuivere motieven geen kans meer zien tot het ontplooiën van zijn activiteiten. Echter, de belangen van gedupeerden worden wel degelijk op een verbeterde manier gewaarborgd door de rechterlijke controle zoals deze nu is geregeld. Gepleit wordt voor meer rechterlijke bemoeienis en dan met name in de onderhandelingsfase.¹⁹¹ Een rechter weet in dat geval beter wat er speelt tussen partijen en kan in deze fase al aangeven of hij zijn goedkeuring kan verlenen aan de in ontwikkeling zijnde overeenkomst. Daarnaast kan hij zorgen voor meer onderhandelingsbereidheid bij eventuele onwelwillende schadeveroorzakers.¹⁹² Voorwaarde voor deze rechterlijke controle is dat partijen ook daadwerkelijk naar de rechter stappen. In paragraaf 2.3 werd reeds aangevoerd dat dit niet het geval hoeft te zijn. Indien partijen zonder een verklaring voor recht te vragen komen tot een vaststellingsovereenkomst en zij deze niet voorleggen aan de rechter om deze overeenkomst algemeen verbindend te laten verklaren, is de rol van de rechter geheel uitgespeeld. Daarmee wordt de controlerende functie van de rechter omzeild.

4.5 Conclusie

De oplossing voor de aan de claimstichting gerelateerde problematiek dient, met name op het gebied van disclosure, rekening te houden met de verscheidenheid aan claimstichtingen. Het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen tracht een oplossing te bieden voor de problematiek. De wetgever draagt daarvoor de invoering van een toezichthoudend orgaan, een interne aansprakelijkheid voor toezichthouders op grond van 2:9 BW, ruimere ontslaggronden

¹⁹⁰ O.a. Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744 (Shell), Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior), Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026 (Converium) en Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 12.

¹⁹¹ C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afhandeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *NTBR* 2010, 46, p. 4-5.

¹⁹² D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de Wcam: de kernthema's uitgelicht', *TvCR* 2012, aflevering 2, p. 35-37.

voor bestuurders en toezichthouders en een tegenstrijdig belangregeling aan. Daarvan dient een preventieve en disciplinerende werking uit te gaan. Door het ontbreken van een algemene vergadering zijn de door het conceptwetsvoorstel geboden oplossingen niet afdoende. Een verbeterde transparantie en een verplichting tot het openbaren van bepaalde (financiële) informatie ontbreekt. De claimcode tracht daarentegen wel een verbeterde transparantie te realiseren. De minimale bekendheid met de code, de geringe naleving ervan en de vrijblijvendheid tot confirmatie aan de code leiden ertoe dat de Claimcode als oplossing onvoldoende werking heeft. Toch heeft de code de potentie tot oplossing van een aanzienlijk deel van de problematiek. De wet tot wijziging van de WCAM en de toegenomen rechterlijke controle bieden deels een oplossing voor de aan de agency problematiek gerelateerde problemen bij de claimstichting en de wildgroei aan claimstichtingen. Zij bieden onvoldoende waarborgen tegen de mogelijke informatieasymmetrie en het achterhouden van informatie als oorzaak van de problematiek. Een verbeterde disclosure is daarvoor noodzakelijk. Daarnaast biedt de wet tot wijziging van de WCAM en de toegenomen rechterlijk controle geen oplossing ingeval de rechter niet wordt betrokken bij een geval van massaschade. Indien partijen onderling de afhandeling van massaschade regelen kan de rechter geen enkele invloed uitoefenen. Op verschillende wijze is getracht om de problematiek gerelateerd aan de claimstichting tegen te gaan, tot op heden zonder het gewenste resultaat.

5 De class action

De class action betreft de Amerikaanse variant van de collectieve actie. Dit hoofdstuk behandelt de class action als oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Mogelijkerwijs kunnen onderdelen van de class action in de collectieve actie worden geïmplementeerd ter oplossing van de problematiek. Allereerst zal in paragraaf 5.1 en 5.2 een beschrijving worden gegeven van de class action. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 bekeken in hoeverre de class action een oplossing kan bieden voor de agency problematiek en de wildgroei aan claimstichtingen.

5.1 De Amerikaanse procedure

Tussen de Nederlandse en de Amerikaanse collectieve actie bestaan substantiële verschillen. Zo is het in de Amerikaanse collectieve actie mogelijk een schadevergoeding te vorderen.¹⁹³ De Nederlandse collectieve actie is deels gebaseerd op de Amerikaanse variant, de zogeheten class action.¹⁹⁴ De wettelijke verankering van de federale class action is vastgelegd in de Federal Rules of Civil procedure. De verschillende staten van Amerika kennen vaak eigen regelgeving

¹⁹³ Naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie wordt dit in Nederland wellicht ook mogelijk. Zie daarvoor: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

¹⁹⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 33 en Kamerstukken II 2003/2004, 29414, nr. 3, p. 4-9.

omtrent de class action dat veelal is gebaseerd op de federale regelgeving. Bij de class action zijn de volgende partijen betrokken: de lead plaintiff, de classadvocaat, de overige classleden, de schadeveroorzaker(s) en de rechter.¹⁹⁵

De class bestaat uit gedupeerden met gelijksoortige belangen die door middel van een class action behartigd worden.¹⁹⁶ Al in een vroeg stadium van het proces dient de class door de rechter te worden vastgesteld.¹⁹⁷ Het is de lead plaintiff die een omschrijving van de class opstelt.¹⁹⁸ Vervolgens is het aan de rechter om de omschrijving van de class te beoordelen en goed te keuren.¹⁹⁹ Het lidmaatschap van een class dient men objectief vast te kunnen stellen.²⁰⁰ Kenmerk van de class action is het feit dat niet alle classleden partij zijn in het proces en aan het proces deelnemen. Slechts enkelen starten een class action en vertegenwoordigen daarmee de overige classleden.²⁰¹ Dit zijn de zogeheten lead plaintiffs. Tezamen met de classadvocaat vertegenwoordigen zij de class. Indien de class action tot een gerechtelijke uitspraak leidt, zijn in de regel alle classleden hieraan, gewild of ongewild, gebonden. Slechts in enkele gevallen is er een opt out mogelijkheid.²⁰²

Het centrale artikel van de class action betreft Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure (Rule 23). Naast de expliciete vereisten die dit artikel stelt, houdt het artikel ook een paar impliciete vereisten in.²⁰³ Allereerst moet het voor de rechter mogelijk zijn om een class samen te stellen en moet(en) de lead plaintiff(s) deel uitmaken van de class. Het opstellen van een heldere en duidelijke omschrijving van de class is dan ook van belang. Deze omschrijving is bepalend voor het feit welke gedupeerden al dan niet aan de uitkomst van de class action zijn gebonden.

De procedure vangt aan met de formele voorfase. Ook wel de ontvankelijkheidsfase of certificatiefase genoemd. Voordat men aan een inhoudelijke beoordeling toekomt, beoordeelt de rechter in deze fase of de lead plaintiff ontvankelijk is. Dit doet zij aan de hand van een viertal voorgeschreven vereisten. Dit zijn de expliciete vereisten. De achtergrond van deze toetsing is gelegen in het voorkomen van intern conflicterende belangen tussen de lead plaintiff en de

¹⁹⁵ R.H. Klonoff, *Class actions and other multi – party litigation in a nutshell* (West Nutshell series), Washington: Thomson West Publishing 2007.

¹⁹⁶ D.J. Oranje, 'Artikel 3:305a BW dient te worden uitgebreid met de bevoegdheid tot het vorderen van een schadevergoeding in geld', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2004 – 2005*, Deventer: Kluwer 2005, p. 290.

¹⁹⁷ D.J. Oranje, 'Artikel 3:305a BW dient te worden uitgebreid met de bevoegdheid tot het vorderen van een schadevergoeding in geld', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2004 – 2005*, Deventer: Kluwer 2005, p. 290.

¹⁹⁸ R.H. Klonoff, *Class actions and other multi – party litigation in a nutshell* (West Nutshell series), Washington: Thomson West Publishing 2007, p. 125.

¹⁹⁹ R.H. Klonoff, *Class actions and other multi – party litigation in a nutshell* (West Nutshell series), Washington: Thomson West Publishing 2007, p. 125.

²⁰⁰ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 89.

²⁰¹ F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.825.

²⁰² F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.825.

²⁰³ F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.826.

overige classleden.²⁰⁴ De vereisten staan opgesomd in Rule 23(a). Het betreft de Numerosity-eis: 'De class moet zo omvangrijk zijn dat deelname van alle benadeelden onpraktisch is'. De Commonality-eis: 'Er is een gemeenschappelijke rechtsvraag en/of een gemeenschappelijk feitencomplex ten aanzien van de class'. De Typicality-eis: 'De eisen en verweren van de vertegenwoordiger zijn typerend voor de class'. De Adequacy of Representation-eis: 'De vertegenwoordiger zal eerlijk en adequaat de belangen van de class beschermen'. Indien men aan deze vereisten heeft voldaan is de certificatiefase doorlopen en kan de rechter overgaan tot de inhoudelijke toets. De lead plaintiff kan dan een class action starten op basis van één van de gronden uit Rule 23(b).²⁰⁵ Vrijwel iedere class action die de formele voorfase succesvol heeft doorlopen, wordt beëindigd door middel van een collectieve schikking.²⁰⁶ Deze schikking dient door de rechter te worden goedgekeurd.²⁰⁷ Aan de inhoudelijke toetsing door de rechter komt men in dat geval niet toe.

5.2 Toetsing van de lead plaintiff en de classadvocaat

Van de vier expliciete vereisten van Rule 23(a) wordt in deze paragraaf de aandacht op de laatste twee vereisten gevestigd. Het betreft de typicality- en de adequacy of representation-eis. Deze vereisten betreffen de toetsing van de lead plaintiff als belangenbehartiger en vertegenwoordiger van de class. Vereist is dat de lead plaintiff één van de gedupeerden is.²⁰⁸ Het is aan de rechter om te bepalen wie uiteindelijk als lead plaintiff wordt aangewezen.²⁰⁹ In de class action wordt slechts één lead plaintiff als belangenbehartiger aangewezen. Deze lead plaintiff kan uit één of meerdere personen of organisaties zoals pensioenfondsen bestaan.²¹⁰ Ingeval meerdere gedupeerden zich opwerpen als lead plaintiff zijn er drie mogelijkheden die leiden tot een reductie naar één lead plaintiff. Een aantal van de beoogde lead plaintiffs kan zich vrijwillig terugtrekken, de beoogde lead plaintiffs kunnen samengaan en tezamen zich opwerpen als één lead plaintiff of er vindt onderlinge concurrentie plaats om de rechter te overtuigen een bepaalde lead plaintiff te kiezen.²¹¹ De Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA) bepaald waarop de rechter zijn keuze voor de lead plaintiff dient te baseren. Ingevolge de PSLRA dient de rechter de lead plaintiff te verkiezen die het meest capabel is om de belangen van de

²⁰⁴ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 88.

²⁰⁵ R.H. Klonoff, *Class actions and other multi – party litigation in a nutshell* (West Nutshell series), Washington: Thomson West Publishing 2007, p. 323.

²⁰⁶ W.B. Rubenstein, 'A Transactional Model of Adjudication', *Geo.L.J.* (89) 2001, p. 372.

²⁰⁷ Rule 23(e)

²⁰⁸ Dit valt af te leiden Rule 23(a)(3); de typicality-eis.

²⁰⁹ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

²¹⁰ S.J. Choi, 'motions for lead plaintiffs in securities class actions', *The journal of legal studies* 2011, p. 211.

²¹¹ S.J. Choi, 'motions for lead plaintiffs in securities class actions', *The journal of legal studies* 2011, p. 206.

classleden adequaat te behartigen.²¹² Veelal wordt de lead plaintiff met het grootste financiële belang verkozen, in de veronderstelling dat deze het meest bereidt en in staat is tot het houden van toezicht, tenzij deze niet voldoet aan de typicality- of de adequacy of representation-eis.²¹³

De typicality-eis wordt gezien als een eis van representativiteit. Daaraan wordt voldaan indien de lead plaintiff dezelfde belangen heeft en op dezelfde wijze is gedupeerd als de overige classleden.²¹⁴ Vastgesteld wordt dat de ingestelde vordering van de lead plaintiff typerend dan wel representatief is voor de individuele vorderingen van de overige classleden.²¹⁵ Dit betekent geenszins dat er geen discrepantie mag bestaan tussen de individuele vorderingen, maar een ernstige discrepantie tussen deze vorderingen is niet toegestaan. Indien deze discrepantie zich voordoet, loopt men het risico dat de gedaagde het argument van unique defenses aanvoert, wat een bedreiging kan vormen voor de class als geheel.²¹⁶

De adequacy of representation-eis ziet op de beoordeling van de lead plaintiff als geschikte vertegenwoordiger. De beoordeling ziet zowel op de lead plaintiff en zijn vordering als op de geschiktheid van de beoogde advocaat.²¹⁷ Beoordeelt wordt de financiële draagkracht, de aanwezigheid van eventuele belangenconflicten en de capaciteiten van de beoogde advocaat en de lead plaintiff.²¹⁸ Met deze eis wordt beoogd enige zekerheid te creëren omtrent een adequate belangenbehartiging door de lead plaintiff en de classadvocaat. Niet is vereist dat het beste classlid of de meest bekwame advocaat de procedure voert, maar de rechter moet overtuigd zijn van het feit dat de belangen aan hen kunnen worden toevertrouwd.²¹⁹ Dit geldt niet alleen in de voorfase, maar ook gedurende de inhoudelijke behandeling van de procedure. Bij de beoordeling van de adequacy of representation van de lead plaintiff spelen onder andere de mogelijkheid tot toewijding, het kunnen bekostigen van het proces en zijn belang in de uitkomst van de zaak een rol.²²⁰ Beoogd wordt te voorkomen dat de lead plaintiff als stroman fungeert in een door de advocaat, uit eigen financieel gewin, aanhangig gemaakte procedure. Vanwege het feit dat een class action een lucratieve zaak kan zijn, zijn al dan niet bekwame advocaten zeer bereidwillig hun diensten in een dergelijk proces te verlenen. De rechter beoordeelt de reputatie, ervaring, de verhouding tot de classleden en de mogelijke banden met de gedaagde van de beoogde

²¹² PSLRA, 15 U.S.C. § 78u-4(a)(3)(B)(i) (2000)

²¹³ A.S. Gold, 'Experimenting with the lead plaintiff selection process in securities class actions: a suggestion for PSLRA reform', *DePaul Law Review* 2008, Vol. 57:447, p. 450.

²¹⁴ L.J. Harbour, S. Croft, T. Sheehan, 'Class actions: an American perspective', in C. HODGES, *Multi-party actions*, New York, Oxford University Press, 2001, 206-207.

²¹⁵ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 90.

²¹⁶ F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.827.

²¹⁷ I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 89.

²¹⁸ L.J. Harbour, S. Croft, T. Sheehan, 'Class actions: an American perspective', in C. HODGES, *Multi-party actions*, New York, Oxford University Press, 2001, 207.

²¹⁹ *Hansberry v. Lee*, 311 US 32 (1940).

²²⁰ F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.827.

classadvocaat. Wanneer de beoogde classadvocaat op grond van dit onderzoek wordt afgewezen kan dit leiden tot afwijzing van de ontvankelijkheid dan wel het aanwijzen van een geschikte classadvocaat.²²¹

Naar aanleiding van de toetsing van de lead plaintiff en de classadvocaat aan de vereisten van Rule 23(a) kan de rechter besluiten om beoogde de lead plaintiff en/of de classadvocaat te vervangen dan wel de class action geheel te ontbinden wanneer hij dit nodig acht. Het is van grote importantie dat de rechter een juiste keuze maakt.²²² Immers, de lead plaintiff houdt toezicht op de classadvocaat en bepaalt tezamen met deze advocaat het verloop van de procedure. Het zijn de lead plaintiff en de classadvocaat die, namens de class, de onderhandelingen voeren ingeval van een minnelijke schikking. De lead plaintiff bepaalt of het minnelijke voorstel al dan niet wordt geaccepteerd. Het handelen van de lead plaintiff is dan ook bepalend voor de gehele class. Hij draagt de verantwoordelijkheid voor alle overige classleden.²²³

5.3 De class action als oplossing

Het introduceren van alle of enkele van de vier expliciete vereisten van Rule 23(a) in de Nederlandse collectieve actie, al dan niet tezamen met een introductie van een certificatiefase, zou wellicht een oplossing kunnen bieden voor de agency problematiek en/of de wildgroei aan claimstichtingen. Het is daarbij van belang dat de class action niet dezelfde problemen kent als, of andere problemen dan, de collectieve actie. Bij het vergelijk van de class action met de collectieve actie dient te worden beoordeeld of er bij de class action tevens sprake is van informatieasymmetrie en divergerende belangen waardoor informatie wordt achtergehouden. Indien dit niet of minder het geval is in class action vormt zij wellicht een gedeeltelijke oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. De verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de belangenbehartiger zou in de class action dan beduidend minder moeten zijn. Waar in de collectieve actie inzicht in de motieven, het functioneren en de professionaliteit ten aanzien van de claimstichting van belang is geldt dit in de class action voor zowel de lead plaintiff als de class advocaat. Zij zijn tezamen de belangenbehartigers binnen de class action. In de class action is de lead plaintiff een gedupeerde en tevens classlid waardoor de classadvocaat eveneens de belangen van de lead plaintiff behartigd.²²⁴ De lead plaintiff moet dan ook de classadvocaat als belangenbehartiger kunnen beoordelen. In Nederland wordt een advocaat door de claimstichting aangesteld. De claimstichting is in feite een schakel tussen de

²²¹ F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10, p.827.

²²² R.H. Klonoff, 'The judiciary's flawed application of rule 23's "adequacy of representation" requirement', *Mich. St. L. Rev.* 2004, p. 672.

²²³ R.H. Klonoff, 'The judiciary's flawed application of rule 23's "adequacy of representation" requirement', *Mich. St. L. Rev.* 2004, p. 672.

²²⁴ G.H. Curry, 'Conflict of Interest Problems for Lawyers Representing a Class in a Class Action Lawsuit', *24 J.Legal Prof.* 2000, p. 398.

gedupeerden en de advocaat. Dit is een belangrijk en wezenlijk verschil ten opzichte van de class action. Wil een claimstichting professioneel en kwalitatief goed zijn dan dient zij zorg te dragen voor het selecteren en controleren van een geschikte advocaat met juiste motieven. Dit gegeven en het feit dat de claimstichting geen gedupeerde is, maakt dat de mogelijkheid tot beoordeling van de advocaat door de claimstichting in deze scriptie buiten beschouwing kan blijven. Deze scriptie concentreert zich immers op een mogelijk misbruik van de machtspositie van de rechtstreekse belangenbehartiger ten opzichte van de gedupeerden. Het is mogelijk dat zich in de relatie tussen de claimstichting en de advocaat een vergelijkbare problematiek voordoet als tussen de lead plaintiff en de classadvocaat. Echter, waar tussen de classadvocaat en de gedupeerden/lead plaintiff een rechtstreekse relatie bestaat, is dit in de collectieve actie niet het geval waardoor een vergelijking op dit punt deze scriptie te buiten gaat.

De praktijk kan afwijken van wat eerder is beschreven. In de meeste gevallen schakelt de claimstichting een advocaat in. In de praktijk wil het voor komen dat een claimstichting wordt geïnitieerd door een advocaat die vervolgens zelf namens de claimstichting, tegen betaling, de procedures en onderhandelingen voert.²²⁵ Als ingehuurde advocaat is hij slechts verantwoording schuldig aan het bestuur van de claimstichting. Vaak bestaat dit bestuur uit door de advocaat geselecteerde personen. Indien dit het geval is, zijn de claimstichting en de advocaat in feite één geheel. In de class action kan de praktijk eveneens afwijken. De lead plaintiff selecteert dan geen advocaat, maar de advocaat kiest één van de gedupeerden om, de voorfase van, de class action te starten bij de rechter.²²⁶ In enkele gevallen is de classadvocaat zelfs bereid de kosten van de procedure op zich te nemen. Dit vanwege de relatief hoge vergoeding die er tegenover kan staan. Het is aan de classadvocaat te bepalen waarop hij de beoogde lead plaintiff selecteert. Een gedupeerde met een groot belang die gebaat is bij controle op de classadvocaat of juist met een relatief klein belang waardoor de bereidheid tot controle gering is. Wanneer dit het geval is concentreert het probleem zich op de classadvocaat. Het is dan van groot belang dat de gedupeerden inzicht verkrijgen in de motieven, kwaliteit en professionaliteit aangezien het gevaar van misbruik van zijn machtspositie door de classadvocaat dreigt.

Agency probleem

Aangezien belangenbehartiging inherent is aan de collectieve actie is het divergeren van de belangen van de betrokken partijen ook inherent aan de collectieve actie. In de class action lopen de belangen van de lead plaintiff en de overige classleden en daarnaast van de lead plaintiff en de classadvocaat niet altijd gelijk. De classadvocaat beoordeelt de schikking dan als inkomstenbron terwijl voor de classleden een beter eindresultaat mogelijk was.²²⁷ De

²²⁵ Dit is het geval bij de stichting Loterijverlies, <<http://www.loterijverlies.nl/pagina.php?3>>

²²⁶ N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008, p. 6-7.

²²⁷ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 34-41.

classadvocaat handelt in een dergelijk geval op basis van financiële motieven. De lead plaintiff kan eveneens handelen naar het voor hem beste resultaat in plaats van een goed resultaat voor de gehele class.²²⁸ Daarnaast is er in een aantal gevallen sprake van een tegenstrijdig belang vanwege een eerdere relatie tussen de classadvocaat en de schadeveroorzaker.²²⁹ Deze divergerende dan wel conflicterende belangen zijn vergelijkbaar met de divergerende belangen tussen de claimstichting en de gedupeerden zoals genoemd in paragraaf 2.4.

De divergerende belangen leiden soms tot het achterhouden van belangrijke informatie door de classadvocaat wat invloed heeft op de verwachtingen van de classleden. Zo is het voor de lead plaintiff moeilijk te controleren of de classadvocaat voldoende inzet en tijd in de zaak steekt, of hij capabel is om een dergelijke zaak tot een goed einde te brengen, de kans dat de vordering zal slagen en de risicobereidheid van de advocaat.²³⁰ Over deze informatie beschikt de lead plaintiff niet. Ook het schikkingsvoorstel wordt vaak positiever voorgelegd aan de rechter dan het in werkelijkheid is.²³¹ Wanneer de schikking goed is bevonden door de rechter ontstaat er een volgend probleem. Toezicht op het feit hoeveel gedupeerden zijn bereikt en of zij ieder hebben gekregen waar zij recht op hebben, wordt bemoeilijkt door een gebrek aan informatie.²³² Evenals bij de collectieve actie geldt hier dat er in de class action sprake kan zijn van informatieasymmetrie. Met name de classadvocaat heeft dan een machtspositie die vergelijkbaar is met de machtspositie van de claimstichting. De classadvocaat komt binnen de class action in de verleiding deze machtspositie te misbruiken. Een goede monitoring kan deze problematiek tegen gaan. In eerdere hoofdstukken is beschreven dat monitoring in de Nederlandse collectieve actie op dit moment nog onvoldoende is om de agency problematiek gerelateerd aan de claimstichting op te lossen. In de Verenigde Staten behoort de toezichthoudende taak ten aanzien van de classadvocaat toe aan de lead plaintiff. Echter, een lead plaintiff is hier vaak niet toe in staat dan wel niet toe bereid. Het gevolg is een enorme bewegingsvrijheid voor de classadvocaat met mogelijk misbruik van zijn machtspositie tot gevolg.²³³ De lead plaintiff beschikt ingeval van informatieasymmetrie en achtergehouden informatie niet over de benodigde informatie om toezicht te houden. Daarnaast is zijn individuele belang vaak te klein waardoor de bereidheid om, ten behoeve van de gehele class, toezicht te houden gering is.²³⁴ De kosten die

²²⁸ R.H. Klonoff, 'The judiciary's flawed application of rule 23's "adequacy of representation" requirement', *Mich. St. L. Rev.* 2004, p. 675.

²²⁹ G.H. Curry, "Conflict of Interest Problems for Lawyers Representing a Class in a Class Action Lawsuit", *24 J.Legal Prof.* 2000, p.397.

²³⁰ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 31.

²³¹ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 42-43.

²³² N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008, p. 2.

²³³ N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008, p.4.

²³⁴ N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008, p.4.

gepaard gaan met controle staan niet in verhouding tot het individuele belang van de gedupeerde. Tussen de lead plaintiff en de classadvocaat kan dan ook een aan de agency problematiek gerelateerd probleem bestaan.²³⁵ Ter ondervanging van dit probleem heeft de rechter binnen de class action een belangrijke controlefunctie. Hij toetst de ontvankelijkheid van de lead plaintiff en de classadvocaat aan de hand van de vier expliciete vereisten van Rule 23 (a). De rechter is evenals de lead plaintiff afhankelijk van de door de classadvocaat aangeleverde informatie omtrent zijn capaciteiten en financiële draagkracht. Hierdoor ontstaat mogelijk eenzelfde aan de agency problematiek gerelateerd probleem als tussen de classadvocaat en de lead plaintiff.²³⁶ De rechter beschikt dan over te weinig informatie om een gedegen toetsing te verrichten in de formele voorfase van de zaak. Het handelen van de classadvocaat is onvoldoende transparant. De kans op misbruik van zijn machtspositie door de classadvocaat blijft bestaan.

De classleden hebben vrijwel geen enkele invloed in de class action. Het enige moment waarop zij daadwerkelijk invloed kunnen uitoefenen is op het moment dat de schikking door de rechter wordt beoordeeld. Op dat moment kunnen classleden bezwaar maken. In de praktijk wordt hier nauwelijks gebruik van gemaakt. Evenals bij de lead plaintiff geldt dat de classleden te weinig informatie en middelen hebben om de schikking te beoordelen.²³⁷ Van het uitoefenen van toezicht op de lead plaintiff en/of de classadvocaat door classleden is dan ook geen sprake.

Op het gebied van toezicht is er, zoals reeds in het voorgaande is aangetoond, zowel bij de collectieve actie als bij de class action ruimte voor verbetering. Toch kunnen de verschillen tussen beide collectieve acties een oplossing bieden.²³⁸ Een formele voorfase zoals bij de class action kent men niet in de Nederlandse collectieve actie. Het introduceren van een dergelijke voorfase heeft als voordeel dat de rechter de belangenbehartiger reeds heeft beoordeeld vooraleer hij aan de inhoudelijk toetsing toekomt. Op deze manier wordt enige zekerheid gecreëerd omtrent een gedegen belangenbehartiging tijdens de inhoudelijke procedure. Indien deze toetsing niet vooraf plaatsvindt, maar tijdens de inhoudelijke beoordeling gaan gemaakte kosten en tijd onnodig verloren. De gehele inhoudelijke beoordeling zal ingeval van een negatieve uitkomst van de te toetsen elementen opnieuw moeten plaatsvinden. Een representativiteitstoets (typicality-eis) kent men in de collectieve actie slechts in beperkte mate en een geschiktheidstoets (adequacy of representation-eis) ontbreekt in de Nederlandse collectieve actie. Met het oog op een effectieve en efficiënte afhandeling van massaschade is

²³⁵ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 31.

²³⁶ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 45.

²³⁷ N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008, p. 6-7.

²³⁸ I.N. Tzankova, 'Who will guard the guardian?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 140-144.

destijds voor deze voorbehoudloze toegang tot de rechter gekozen.²³⁹ Net deze voorbehoudloze toegang heeft er toe geleid dat, door middel van de Wet tot wijziging van de WCAM, een ontvankelijkheidstoets aan artikel 3:305a BW is toegevoegd. Deze toets ziet alleen op de motieven en de belangen van de claimstichting. De WCAM kent in Nederland een representativiteitstoets. Het initiatief om deze ook bij de collectieve actie van artikel 3:305a BW in te voeren, heeft het niet gehaald.²⁴⁰ ²⁴¹ Een toets omtrent de geschiktheid van de belangenbehartiger kent men in Nederland niet. Aan de deskundigheid van de belangenbehartiger worden op dit moment geen eisen gesteld.²⁴² Het invoeren van dergelijke toetsingen zou bij kunnen dragen aan een verbeterd toezicht op de claimstichting. Deze elementen zouden kunnen worden getoetst in een voorfase gebaseerd op de certificatiefase van de class action. Voorwaarde voor dergelijke toetsingen is dat de rechter altijd betrokken wordt in de collectieve actie. In de Nederlandse collectieve actie is dit niet noodzakelijk het geval. De class action kent daarentegen een grotere betrokkenheid van de rechter. Met name vanwege het feit dat een schikking op basis van Rule 23(e) goedkeuring van de rechter behoeft. Ten opzichte van de Nederlandse rechter heeft de Amerikaanse rechter meer mogelijkheden tot controle. Ondanks dat deze mogelijkheden niet altijd optimaal zijn, bieden zij meer garanties dan het huidige Nederlandse systeem.

Controle en invloed vanuit de gedupeerden kan, zoals reeds bleek, in beide collectieve acties ontbreken. Zij zijn afhankelijk van de verrichtingen, transparantie en inzet van de belangenbehartiger. Het wezenlijk verschil dat de lead plaintiff als belangenbehartiger een van de gedupeerden is, heeft op het gebied van toezicht enige voordelen. Het feit dat de lead plaintiff zelf financieel gebaat is bij het houden van toezicht spreekt voor een dergelijke constructie.²⁴³ In deze paragraaf is reeds uiteengezet dat de praktijk laat zien dat het toezicht door de lead plaintiff tekort kan schieten. Het creëren van een rechterlijke toetsing die gelijk is aan de typicality- en de adequacy of representation-eis van Rule 23(a) zal bijdragen aan een verbeterde monitoring. Echter, het biedt geen oplossing voor de gehele aan de claimstichting gerelateerde agency problematiek. De informatieasymmetrie tussen de rechter en de claimstichting zal moet verminderen en de rechter zal altijd bij een geval van massaschade moeten worden betrokken. Het laatstgenoemde staat op gespannen voet met de contractvrijheid zoals men deze in Nederland kent.

²³⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 20-21.

²⁴⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 6.

²⁴¹ Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in de collectieve actie stelt een vergelijkbare toetsing voor. Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.12-13. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁴² I. Tzankova en J. Kortmann, 'Remedies for consumers of Financial services: Collectieve redress and improvement of class representation', *European Journal of Consumer Law* 2010-1, p. 119-120.

²⁴³ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 58.

De vrijwel voorbehoudloze toegang tot de rechter wordt gezien als een van de voornaamste oorzaken van de wildgroei aan claimstichtingen.²⁴⁴ Dit heeft geleid tot invoering van de ontvankelijkheidstoets in het tweede lid van artikel 3:305a BW.²⁴⁵ Eenzelfde eis ziet men in de WCAM in artikel 7:907 lid 3 onder e BW. Het gaat daarbij om voldoende waarborging van de belangen van gedupeerden. De eis van representativiteit staat alleen in de WCAM en niet in artikel 3:305a BW.²⁴⁶ Toegang tot de rechter is in de class action minder voorbehoudloos. De vereisten voor ontvankelijkheid van Rule 23(a) zijn meeromvattend dan de vereisten die men in de collectieve actie kent. Het invoeren van een representativiteitstoets en een geschiktheidstoets ten aanzien van de belangenbehartiger zou niet alleen bij kunnen dragen aan een verbeterd toezicht, maar ook aan een vermindering van de wildgroei aan claimstichtingen. Indien aan de deskundigheid van de claimstichting eisen worden gesteld zullen minder claimstichtingen met onzuivere motieven een collectieve actie starten. De problematiek is daarmee niet geheel opgelost. Immers, in Nederland is de rechter bij de toetsing, evenals in de class action, afhankelijk van de informatie die hij krijgt van de belangenbehartiger. Wanneer deze belangrijke informatie achterhoudt wordt het niet eenvoudig voor een rechter om de vereisten voor ontvankelijkheid te toetsen. Tevens bestaat de mogelijkheid dat in geval van massaschade de rechter hier niet bij wordt betrokken.

Een mogelijk oplossing vanuit de class action voor de wildgroei-problematiek is wellicht gelegen in de invoering van een wettelijke bepaling inhoudende dat het in een formele voorfase aan de rechter is om te bepalen welke claimstichting zich mag opwerpen als belangenbehartiger. Tevens zou kunnen worden vastgelegd dat er slechts één belangenbehartiger partij kan zijn in een collectieve actie. Dit is vergelijkbaar met het feit dat in de class action het aan de rechter is om te bepalen wie uiteindelijk als lead plaintiff wordt aangewezen.²⁴⁷ De toegang tot de rechter wordt in zulke mate beperkt dat de wildgroei aan claimstichtingen zeer waarschijnlijk zal afnemen. Voor de agency problematiek zou dit eveneens tot een oplossing kunnen leiden. Aannemelijk is dat een rechter zijn keuze voor één specifieke belangenbehartiger onder andere baseert op de governance-structuur, (financiële) transparantie en informatieverschaffing omtrent de motieven van een claimstichting. Daarmee wordt een gedeelte van de agency problematiek gerelateerd aan de claimstichting ondervangen.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5. Zie ook paragraaf 4.3.

²⁴⁵ Deze derde zin luidt: "Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is eveneens niet ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn."

²⁴⁶ Artikel 7:907 lid 3 onder f BW

²⁴⁷ I.N. Tzankova, Toegang tot het recht bij massaschade (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

5.4 Conclusie

Tussen de class action en de collectieve actie bestaan substantiële verschillen. Een gedupeerde als belangenbehartiger, een voorname rol voor de rechter en de formele voorfase in de class action zijn het voornaamst. Ondanks deze substantiële verschillen is de problematiek gerelateerd aan belangenbehartiging in beide collectieve actie deels gelijk. Beide collectieve acties kunnen een aan de agency problematiek gerelateerd probleem kennen. Een introductie van een formele voorfase met daarin een rechterlijke toetsing die gelijk is aan de typicality- en aan de adequacy of representation-eis zou bij kunnen dragen aan een verbetering van de monitoring en een afname van de wildgroei aan claimstichtingen. De rechter kan dan voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling een claimstichting toetsen op haar representativiteit en geschiktheid. Het aanwijzen van één belangenbehartiger als partij in de collectieve actie door de rechter, zoals het geval is in de class action, is eveneens een mogelijke oplossing. Dit kan zorgen voor een afname van de wildgroei aan claimstichtingen en vanwege de selectie tevens een gedeeltelijke oplossing bieden voor de agency problematiek. Dit heeft tot gevolg dat de mogelijkheid tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting zal verminderen. Echter, invoering van deze vereisten en de rechterlijke bevoegdheden is niet een allesomvattende oplossing waardoor de gehele problematiek wordt opgelost. Zeker gezien het feit dat de class action ondanks deze betere monitoring vergelijkbare agency problemen kent of kan kennen als de agency problematiek gerelateerd aan de claimstichting. De mogelijke machtspositie van de belangenbehartiger ten opzichte van de gedupeerde blijft bestaan aangezien de toetsingen uit de class action niet zien op het tegen gaan van de informatieasymmetrie dan wel het achterhouden van informatie. De grotere betrokkenheid van de rechter zorgt enerzijds voor betere monitoring anderzijds blijkt deze niet in alle gevallen afdoende te zijn. Een gebrek aan transparantie blijft bestaan.

6 Aanbevelingen

De tot op heden geboden oplossingen voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting blijken niet afdoende. Niet alle facetten van de problematiek worden tegengegaan waardoor slechts gedeeltelijk een oplossing wordt geboden. Er is een diversiteit aan oplossingen aan het ontstaan met ieder een eigen uitgangspunt. De wet tot wijziging van de WCAM ziet voornamelijk op de voorbehoudloze toegang tot de rechter terwijl het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen zich richt op enkele governance elementen en de preventieve en disciplinerende werking van het aansprakelijkheidsrecht. De claimcode richt zich dan weer op de governance-structuur en transparantie van de claimstichting. Aan te bevelen valt een meeromvattende oplossing die ziet op de meerdere oorzaken van de problematiek gerelateerd aan de claimstichting waarbij de flexibiliteit die de claimstichting en de collectieve actie kent zoveel mogelijk wordt behouden. Aan de class action en de tot op heden geboden oplossingen kunnen elementen worden ontleend die bijdragen aan een gedegen oplossing.

Interessant is het recent verschenen conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie.²⁴⁸ Daarin wordt de mogelijkheid gecreëerd een collectieve schadevergoedingsactie te starten. Aan het eind van dit hoofdstuk wordt dit wetsvoorstel getoetst aan de door mij gedane aanbevelingen. Deze aanbevelingen worden uitgewerkt in paragraaf 6.1 tot en met 6.5. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

6.1 Een formele voorfase

Een eerste aanbeveling is de introductie van een formele voorfase in de collectieve actie van artikel 3:305a BW waarin de ontvankelijkheid van de belangenbehartigers wordt getoetst. De ontvankelijkheidstoets dient te geschieden bij een collectieve vordering tot een verklaring voor recht waarbij de onrechtmatigheid van het handelen van de wederpartij wordt getoetst op grond van artikel 3:305a. Indien een collectieve schadevergoedingsactie in de toekomst mogelijk wordt, dient ook hier een ontvankelijkheidstoets plaats te vinden.²⁴⁹ Op deze wijze worden de vorderingen die, al dan niet rechtstreeks, leiden tot een schadevergoeding aan de ontvankelijkheidstoets onderworpen. Voor aanvang van de inhoudelijke behandeling van de collectieve actie dient de rechter de belangenbehartigers te beoordelen. Aansluiting kan worden gezocht bij onderdelen van de class action, het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie en de wet tot wijziging van de WCAM.

De representativiteit en de geschiktheid van de belangenbehartiger kunnen gelden als de twee hoofdpijlers waarop de belangenbehartigers worden getoetst. De representativiteitstoets bestaat onder andere uit het aantal vertegenwoordigde gedupeerden en de vordering van de belangenbehartiger jegens de wederpartij dient typerend te zijn voor de gedupeerden van wie zij de belangen behartigt. De geschiktheidstoets is meeromvattend. Getoetst wordt de deskundigheid en expertise, de governance-structuur, de financiering, de verantwoording aan gedupeerden, overige disclosure elementen, de wijze waarop zij in rechte wordt bijgestaan, de motieven en de aanwezigheid van eventuele belangenconflicten bij de belangenbehartiger. De indicatoren die relevant zijn voor de beoordeling van de te toetsen elementen hoeven niet vast te staan. De rechter is relatief vrij deze zelf te bepalen. Voor de hand ligt dat een aantal indicatoren relatief standaard zal worden beoordeeld. Bij de toetsing van de governance-structuur zal de aanwezigheid en inkleding van een toezichthoudend orgaan worden beoordeeld en tevens zal worden bekeken of de statuten een goede tegenstrijdig belangregeling bevat. Voor de mogelijke aanwezigheid van belangenconflicten zal worden bekeken wie het initiatief tot oprichting van de belangenbehartiger heeft genomen en welke relaties uit het heden en verleden een rol zouden kunnen spelen. Ten aanzien van de verantwoording aan gedupeerden kan het jaarverslag dan wel de jaarrekening

²⁴⁸ Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁴⁹ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

worden beoordeeld. Het beoordelen op basis van andere indicatoren moet mogelijk blijven, waardoor men niet moet overgaan tot een wettelijke standaardisering van de betreffende toetsingen. De jurisprudentie zal leiden tot het aanreiken van handvaten waarop de beoordeling door de rechter kan plaatsvinden zoals dit reeds het geval is bij de ontvankelijkheidstoets van 3:305a BW.²⁵⁰

Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie wijst op het feit dat een aantal landen, zoals Frankrijk en België, de toegang tot de rechter voor ad hoc opgerichte belangenbehartigers beperken door alleen vooraf door de overheid goedgekeurde belangenbehartigers toe te laten een rechtsvordering namens gedupeerden in te stellen.²⁵¹ In de class action mag slechts de door de rechter geschikt bevonden lead plaintiff de belangen van de class behartigen.²⁵² De belangen van gedupeerden worden op deze manier beter gewaarborgd aangezien er toezicht wordt gehouden op de kwaliteit van de belangenbehartiger. In navolging hiervan zou in de Nederlandse collectieve actie de formele voorfase dienen te leiden tot een keuze van de rechter voor één of een beperkt aantal belangenbehartigers. De rechter kiest één belangenbehartiger indien hij de overige belangenbehartigers niet voldoende representatief of geschikt acht. Indien meerdere belangenbehartigers voldoende representatief en geschikt zijn, zal de rechter enkele van hen aanwijzen. Deze belangenbehartigers kunnen dan gezamenlijk optreden namens een grotere achterban, hebben een sterkere positie bij de onderhandelingen over een vaststellingsovereenkomst en kunnen met elkaar van gedachte wisselen bij het bepalen van een strategie of de te bereiken doelen. Op basis van de ontvankelijkheidstoets maakt de rechter een keuze voor de in zijn ogen meest geschikte belangenbehartiger(s) waardoor de voorbehoudloze toegang tot de rechter aanzienlijk wordt beperkt. De belangenbehartiger zal trachten te bewerkstelligen dat hij zoveel mogelijk voldoet aan de indicatoren op basis waarvan wordt getoetst door de rechter daar hij anders niet zal worden uitverkozen. De belangenbehartiger zal pogen de rechter te overtuigen van zijn zuivere motieven, zijn goede governance-structuur en een gedegen verantwoording aan de gedupeerden. Dit zal leiden tot een aanzienlijke vermindering van de wildgroei aan claimstichtingen nu de voorbehoudloze toegang tot de rechter aanzienlijk wordt beperkt. De aan de agency problematiek gerelateerde problemen zullen naar verwachting eveneens afnemen nu de keuze van de rechter wordt gebaseerd op de meest geschikte belangenbehartiger(s). Ontbrekende governance elementen en gebrekkige disclosure die tot op heden leiden tot de mogelijke agency problematiek bij claimstichtingen worden via deze procedure indirect verplicht gesteld. Tevens kan door de rechter rekening worden gehouden met specifieke situaties waardoor de flexibiliteit van de claimstichting en de collectieve actie behouden blijft. De belangenbehartigers met zuivere motieven

²⁵⁰ O.a. Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744 (Shell), Amsterdam 15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior), Hof Amsterdam 17 januari 2012, LJN BV1026 (Converium) en Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 12.

²⁵¹ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.5. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁵² I.N. Tzankova, Toegang tot het recht bij massaschade (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

worden op deze manier beloond voor het door hen geleverde werk terwijl de belangenbehartigers met onzuivere motieven niet meer kunnen profiteren.

Ter bevordering van de effectiviteit en de efficiëntie van de formele voorfase is het van het belang dat de keuze voor één of enkele belangenbehartigers weinig tijd in beslag neemt. Een partij die zich op wil werpen als belangenbehartiger zal zich spoedig na het ontstaan van de massaschade bij de rechter moeten melden. Op basis van de ontvankelijkheidstoets kiest de rechter uit de belangenbehartigers die zich gemeld hebben de in zijn ogen meest geschikte belangenbehartiger(s). De niet-uitgekozen belangenbehartigers kunnen zelf in onderhandeling treden met de schadeveroorzakende partij zonder rechterlijk toezicht. Het overeenkomen van een vaststellingsovereenkomst zonder rechterlijke toetsing komt later in dit hoofdstuk nog uitvoerig aan bod. Het staat de door de rechter uitgekozen belangenbehartiger(s) eveneens vrij om een vaststellingsovereenkomst te sluiten met de schadeveroorzakende partij. Indien een belangenbehartiger zich spoedig moet melden bij de rechter zou dit afbreuk kunnen doen aan de mogelijkheid voor partijen om eerst een poging te ondernemen gezamenlijk een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Om deze contractvrijheid te behouden kan de rechter een termijn vaststellen waarbinnen de door de rechter uitgekozen belangenbehartiger(s) en de schadeveroorzakende partij kunnen onderhandelen over een vaststellingsovereenkomst. Zodra deze termijn is verstreken en partijen zijn er onderling niet uitgekomen gaat de rechter verder met de inhoudelijke behandeling. Ten slotte zou ter bevordering van de effectiviteit en efficiëntie een vordering op basis van massaschade bij één gespecialiseerde rechter dienen te worden ingesteld. Deze rechter heeft een overzicht van belangenbehartigers die een gelijkaardige vordering willen instellen en kan op die manier een keuze maken. Daarnaast bouwt de betreffende rechter de benodigde expertise op.

6.2 Transparantie en disclosure

Wil een formele voorfase daadwerkelijk leiden tot een oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting dan zal men op het gebied van disclosure een aantal wijzigingen moeten doorvoeren. Bij de behandeling van de class action bleek in paragraaf 5.3 dat de Amerikaanse rechter niet in alle gevallen in staat is de belangenbehartiger aan een gedegen toetsing te onderwerpen. De rechter is evenals de gedupeerden afhankelijk van de door de belangenbehartiger aangeleverde informatie omtrent haar representativiteit en geschiktheid. Hierdoor ontstaat eenzelfde aan de agency problematiek gerelateerd probleem tussen de rechter en de belangenbehartiger als tussen belangenbehartiger en de gedupeerden.²⁵³ De rechter beschikt over te weinig informatie om een gedegen ontvankelijkheidstoets te verrichten waardoor het handelen van de belangenbehartiger onvoldoende transparant blijft. De problematiek wordt op deze wijze niet opgelost maar verplaatst nu de kans dat vanwege de verleiding hiertoe een claimstichting haar machtspositie misbruikt blijft bestaan.

²⁵³ A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The review of litigation* 2002, p. 45.

Een verbetering van de transparantie bij claimstichtingen kan worden bewerkstelligd door het verplicht openbaren van bepaalde informatie. Tot op heden is de claimstichting slechts verplicht een staat van baten en lasten op te maken die zij niet hoeft te openbaren. Meer transparantie- en disclosureverplichtingen zijn noodzakelijk om de problematiek op te lossen. In paragraaf 4.2 kwam reeds aan de orde dat daarbij onderscheid gemaakt dient te worden tussen de verschillende typen claimstichtingen. Privacygevoelige informatie speelt in dit kader een belangrijke rol. Met name de claimstichting die de belangen behartigt door overleg, onderhandeling en het voeren van gerechtelijke procedures zal niet alle informatie willen openbaren. Zij is in een juridische strijd verwickeld met de schadeveroorzaker. Indien de schadeveroorzaker inzicht krijgt in hoever de financiële middelen van de belangenbehartigende claimstichting reiken, kan deze daar gebruik dan wel misbruik van maken. Dit zou de positie van de belangenbehartigende claimstichting aanzienlijk verzwakken.²⁵⁴ De uitbreiding van de transparantie- en disclosureverplichtingen dient dan ook niet voor iedere claimstichting op dezelfde wijze te gelden. Op basis van het type claimstichting kan een onderscheid worden gemaakt tussen privacygevoelige informatie en niet-privacygevoelige informatie waarbij de privacygevoelige informatie alleen aan de rechter hoeft te worden geopenbaard en niet aan de gedupeerden. Deze verplichting kan wettelijk worden vastgelegd. De rechter kan de claimstichting beoordelen op zijn representativiteit en geschiktheid terwijl de wederpartij geen inzicht heeft in de privacygevoelige informatie van de claimstichting. De claimstichting kan haar taak blijven vervullen en de belangen van de gedupeerden optimaal behartigen. Wil de rechter gebruik maken van bepaalde privacygevoelige informatie dan zal hij dit moeten openbaren in zijn vonnis waardoor de wederpartij hierin alsnog inzicht verkrijgt. Na de uitspraak zal een gedeelte van de betreffende informatie minder privacygevoelig zijn waardoor de openbaring via het vonnis minder bezwaarlijk is. Gedupeerden beschikken alleen over de niet-privacygevoelige informatie, maar daar staat tegenover dat zij op de rechterlijke controle kunnen en mogen vertrouwen aangezien de rechter beschikt over de volledige informatie zoals deze naar aanleiding van de formele voorfase bekend is. Tevens oordeelt de rechter een claimstichting in de formele voorfase op de verantwoording aan gedupeerden waardoor gedupeerden er vanuit zouden mogen gaan dat de claimstichting alle belangrijke niet-privacygevoelige informatie met hen communiceert. De claimstichting dient te worden verplicht tot openbaarmaking aan de gedupeerden en/of rechter van financiële informatie met betrekking tot inkomsten en uitgaven van de stichting en de bezoldiging van het bestuur. De staat van baten en lasten dient dan ook verplicht te worden geopenbaard. Indien de rechter deze staat van baten en lasten niet afdoende acht, zal de betreffende claimstichting niet worden verkozen tot belangenbehartiger. Dit moet de claimstichting prikkelen tot een gedegen financiële verslaglegging. Naast financiële informatie bestaat zowel bij de rechter als bij de gedupeerden behoefte aan andere informatie over de

²⁵⁴ B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die een collectieve actie initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010, 46.

daadwerkelijk bestede tijd aan de zaak, de inspanningen en op welke gronden beslissingen worden genomen door het bestuur de claimstichting. Voor deze informatie hoeft geen wettelijke verplichting tot openbaring te worden vastgelegd. De verplichting hiertoe volgt uit de rechterlijke toetsing in de formele voorfase. Alleen voldoende transparante claimstichtingen krijgen toegang tot de rechter. Indien zij de benodigde informatie niet leveren zal hen de toegang tot de rechter worden onzegd.

Tot op heden bestaat er geen verplichting tot het openbaar maken van (financiële) informatie. De verplichting hiertoe zou moeten voortvloeien uit de invoering van een formele voorfase. Indien een claimstichting door de rechter wordt verkozen als belangenbehartiger in de zaak zal deze voldoende transparant moeten zijn. De claimstichting wordt indirect verplicht de benodigde informatie te verschaffen. Gezien de importantie dient een verplichte openbaarmaking van de staat van baten en lasten wettelijk te worden verankerd. Tevens dient wettelijk te worden vastgelegd dat privacygevoelige informatie alleen aan de rechter hoeft te worden verstrekt. Zo blijft de collectieve actie flexibel en doen de strengere vereisten geen afbreuk aan de optimale uitoefening van haar taak door de claimstichting. Een verplichting tot openbaarmaking van dergelijke financiële en niet-financiële informatie zou moeten leiden tot een vermindering van de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Het verplicht openbaren van informatie leidt tot een verminderde informatieasymmetrie en tot een vermindering van het achterhouden van informatie. Dit heeft een verminderde verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting tot gevolg.

6.3 Overige governance elementen

Meerdere malen is in deze scriptie gewezen op enkele belangrijke governance elementen die tot op heden kunnen ontbreken bij de claimstichting. Het betreft het toezichthoudend orgaan, een belanghebbendenorgaan en een tegenstrijdig belangregeling. Het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wil de meeste van deze governance elementen wettelijk verplichten door aansluiting te zoeken bij de huidige wettelijke regeling van de N.V. en de B.V.²⁵⁵ Bij pogingen van gelijke strekking bleek de vraag naar flexibiliteit vaak lastig.²⁵⁶ Door de diversiteit aan (claim)stichtingen dient de regeling dermate soepel te zijn dat zij rekening houdt met deze verschillen. Een uniforme wettelijke regeling betreffende deze governance elementen is dan ook niet eenvoudig. Desondanks is het wettelijk verplichten van een aantal van deze governance elementen in deze scriptie een aantal keren aanbevolen. Met de invoering van een wettelijke voorfase zoals deze in paragraaf 7.2 is voorgesteld, is dit wellicht niet nodig. Inherent aan de formele voorfase waarin de rechter één of enkele belangenbehartigers verkiest, is het feit dat de claimstichting alle nodige governance elementen in haar statuten heeft vastgelegd. Indien dit niet

²⁵⁵ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 1. Te raadplegen via: <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>

²⁵⁶ Kamerstukken II 2008/09, 32003, nr. 2.

het geval is, zal de rechter een dergelijke claimstichting niet aanwijzen als belangenbehartiger in de gerechtelijke procedure. Op deze wijze wordt een toezichthoudend orgaan en een tegenstrijdig belangregeling indirect verplicht gesteld. Een wettelijke verankering is dan niet nodig.

De invulling van deze governance elementen is bepalend voor de keuze van de rechter. Voor de rechter dient duidelijk te zijn wat goede governance inhoudt. De indicatoren die relevant zijn voor de beoordeling van de claimstichting zijn divers waardoor een wettelijke standaardisering van deze toetsing niet wenselijk is. Een basis waaraan kan worden getoetst is voor zowel claimstichtingen als voor de rechter relevant zodat beide partijen weten wat van hen wordt verwacht. Deze basis zou men kunnen ontleen aan de Claimcode. De Claimcode biedt meer duidelijkheid en voorziet in de behoefte om onderscheid te kunnen maken tussen claimstichtingen.²⁵⁷ Afgezien van de naleving en bekendheid met deze code is de Claimcode wel degelijk een geschikt juridisch document om de problematiek gerelateerd aan de claimstichting deels mee op te lossen. Het geeft daarnaast een uitwerking van begrippen zoals het toezichthoudend orgaan, het bestuur en het tegenstrijdig belang.²⁵⁸ Zo wordt de rechter en de claimstichting duidelijkheid verschaft omtrent de invulling van deze elementen. Dit wil niet zeggen dat een claimstichting altijd aan alle vereisten heeft voldaan indien zij zich geheel heeft geconformeerd aan de claimcode. Niet ondenkbaar is dat er andere indicatoren die niet in de claimcode staan vermeld invloed hebben op de keuze van de rechter. Indien de claimstichting beschikt over een belanghebbendenorgaan kan dit een rol spelen bij de keuze van de rechter ondanks het feit dat de claimcode hier niet in voorziet. De claimcode moet worden gezien als een leidraad. Overige elementen en factoren zal men gaandeweg uit de jurisprudentie kunnen afleiden.

Indien een claimstichting beschikt over een goede governance betekent dit niet per definitie dat de claimstichting op basis van zuivere motieven handelt. De aanwezigheid van een wettelijke governance-structuur of een governance code leidt niet per definitie tot goed bestuur, goed toezicht of goed gebruik van een claimstichting.²⁵⁹ Compliance is vereist, aangezien de governance formeel kan worden nageleefd maar er desondanks toch ongewenst gedrag kan worden vertoond. De rechter tracht in de formele voorfase deze compliance te beoordelen. Indien achteraf blijkt dat het bestuur dan wel een ander orgaan binnen de claimstichting handelt met onjuiste motieven moet er een mogelijkheid zijn hier tegen op te treden. Een introductie van aansprakelijkheid voor toezichthouders op grond van artikel 2:9 BW, al dan niet via een schakelbepaling, is dan ook gewenst. Ondanks het feit dat artikel 2:9 BW ziet op interne aansprakelijkheid waarbij gedupeerden bij afwezigheid van een belanghebbendenorgaan niet over een pressiemiddel beschikken om de claimstichting te bewegen van deze mogelijkheid

²⁵⁷ E. Bauw & T. Bruinen, 'Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen', *NJB* 2013, 140, afl. 3, p.165.

²⁵⁸ A.H. van Delden e.a., *Claimcode*, 2011.

²⁵⁹ P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2, p. 37.

gebruik te maken, gaat er toch een preventieve werking uit van deze mogelijke aansprakelijkheid. Zeker indien een claimstichting zelf initiatief neemt tot invoering van een belanghebbendenorgaan. De mogelijkheid tot aansprakelijkheid zal leiden tot prikkels voor de toezichthouder om zijn taak behoorlijk te vervullen. Het mogelijk verbeterde interne toezicht dient te leiden tot een mindere verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting. Om deze mogelijkheid tot aansprakelijkheid te optimaliseren kan worden aangesloten bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.²⁶⁰ In paragraaf 4.2 is reeds besproken dat het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen onderkent dat zonder pressiemiddelen voor gedupeerden de interne aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW niet optimaal is. Ter verbetering en uitbreiding van het externe toezicht heeft de wetgever in het conceptwetsvoorstel enkele veranderingen aangekondigd zoals een wettelijke ontslagregeling voor toezichthouders en een verruiming van de ontslaggronden voor bestuurders. Op deze wijze wordt het mogelijk voor gedupeerden om via het nieuwe artikel 2:298 BW meer invloed en pressie uit te oefenen op het bestuur en het toezichthoudend orgaan van de claimstichting. Belanghebbenden, en dus ook gedupeerden, maken regelmatig gebruik van de rechterlijke ontslagmogelijkheid van bestuurders van een stichting.²⁶¹ Zij zullen dan ook baat hebben bij de uitbreiding van aansprakelijkheid. Het gebrek aan transparantie en het ontbreken van het verplicht openbaren van informatie zodat verantwoording kan worden afgelegd aan gedupeerden, zorgt ervoor dat de geboden oplossing in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen niet afdoende is. De problematiek van informatieasymmetrie en divergerende belangen waardoor informatie wordt achtergehouden, blijft bestaan. Naar aanleiding van de aanbevelingen zoals deze zijn gedaan in dit hoofdstuk wordt het gebrek aan transparantie naar verwachting aanzienlijk verminderd en zal de verantwoording aan gedupeerden verbeteren. Indien dit het geval is, vormt de introductie van het nieuwe artikel 2:298 BW alsnog een oplossing. Gedupeerden kunnen dan ondanks het ontbreken van een belanghebbendenorgaan pressie uitoefenen op de claimstichting waardoor zij eerder een beroep op artikel 2:9 BW zullen doen.

6.4 Rechterlijke betrokkenheid vs. contractvrijheid

De grote rechterlijke betrokkenheid door middel van een uitgebreide toetsing van de belangenbehartiger in de formele voorfase waarborgt de belangen van gedupeerden. De formele voorfase is een belangrijke schakel die ertoe dient te leiden dat de verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting aanzienlijk afneemt. Het mogelijk afwikkelen van massaschade zonder rechterlijke inmenging is vanuit dit oogpunt onwenselijk. Partij in de collectieve actie en bij de vaststellingsovereenkomst zijn de belangenbehartiger(s) en de wederpartij. Indien deze besluiten niet naar de rechter te stappen, maar onderling een vaststellingsovereenkomst te sluiten, kunnen gedupeerden geen enkele invloed uitoefenen en tevens kan de rechter de representativiteit en de

²⁶⁰ Internetconsultatie concept MvT bestuur en toezicht rechtspersonen p. 7-8.

²⁶¹ B.P.A. Santen & A. de Bos, 'governance van stichtingen: een empirische studie', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2006-3, p. 99.

geschiktheid van de belangenbehartiger niet toetsen. De vrijheid die kan leiden tot verleiding van misbruik van haar machtspositie door een claimstichting blijft in dat geval bestaan. Indien de claimstichting geen misbruik maakt van haar machtspositie is de mogelijkheid dat partijen zonder rechterlijke inmenging een vaststellingsovereenkomst sluiten niet onwenselijk. Problematisch is het feit dat zonder rechterlijke inmenging er geen toetsing plaatsvindt waarmee kan worden bepaald of er al dan niet misbruik van haar machtspositie wordt gemaakt door de claimstichting. De behoefte aan controle enerzijds en contractvrijheid anderzijds kunnen in dat geval conflicteren.

De collectieve actie kent een grote mate van vrijheid in het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Deze vaststellingsovereenkomst wordt aangegaan tussen belangenbehartigers en de schadeveroorzakende wederpartij. Slechts indien de partijen besluiten de vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend te laten verklaren door middel van een WCAM-procedure kan de rechter deze overeenkomst toetsen aan lid 2 en 3 van artikel 7:907 BW. Zowel de wetsvoorstellen wijziging van de WCAM en afwikkeling van massaschade in een collectieve actie als de door mij gedane aanbevelingen zien op een grotere rechterlijke betrokkenheid in de collectieve actie. Met name het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie heeft invloed heeft op de contractvrijheid bij de vaststellingsovereenkomst en zal in paragraaf 6.6 worden behandeld.²⁶² De grotere rechterlijke betrokkenheid moet worden afgewogen tegen de inperking van de contractvrijheid. In beginsel staat het partijen vrij om een overeenkomst te sluiten met wie zij dit wensen en bepalen zij zelf de inhoud en de vorm van de overeenkomst.²⁶³ Indien de contractvrijheid door de wetgever wordt beperkt, heeft dit veelal tot doel een zwakkere partij, een derde dan wel het algemeen belang te beschermen.²⁶⁴ In de literatuur wordt gesproken van het beginsel van de zwakkere partij.²⁶⁵ In het geval van de collectieve actie zijn de gedupeerden de zwakkere partij waardoor de wetgever bescherming nodig acht. Deze gedachte staat centraal in vrijwel alle gedane wetsvoorstellen omtrent de collectieve actie zoals deze tot op heden zijn gedaan. De bescherming voor gedupeerden wordt gerechtvaardigd met het argument dat een gedupeerde een zeer beperkte invloed heeft op zijn belangenbehartiger en daarnaast ondeskundig is.²⁶⁶ Indien een belangenbehartiger met onzuivere motieven misbruik maakt van zijn machtspositie wordt een gedupeerde in feite voor een tweede keer gedupeerd. Bescherming van gedupeerden is dan ook gerechtvaardigd, maar kan niet leiden tot het te allen tijde kunnen toetsen van de

²⁶² Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 4-6 & Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.10-11. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁶³ O.L. Cherednychenko, 'Contractvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracteren* 2004/3.

²⁶⁴ J.D.A. den Tonkelaar, 'aantekeningen artikel 213', *Groene serie verbintenissenrecht II*, Deventer: Kluwer, nr. 62.

²⁶⁵ E. Hondius, *Bescherming van de zwakkere als nieuw paradigma in het privaatrecht*, in: Hartlief en Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387.

²⁶⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3, p. 5.

belangenbehartiger. Dat zou een te grote inperking van de contractvrijheid zijn. Men kan belangenbehartigers niet verplichten in geval van massaschade een rechtsvordering op basis van artikel 3:305a BW in te stellen. Slechts een verplichting tot het voorleggen van de vaststellingsovereenkomst aan de rechter zodra men een vordering heeft ingesteld op grond van artikel 3:305a zou, in navolging van de class action, tot de mogelijkheden kunnen behoren.²⁶⁷

Een oplossing voor de afwezige rechterlijke toetsing is wellicht gelegen in een wettelijke verankering van de governance-structuur voor claimstichtingen. Via een wettelijke verankering van de governance-structuur voor claimstichtingen kan men trachten de verleiding tot misbruik van haar machtspositie door een claimstichting aanzienlijk te verminderen waardoor de nood aan rechterlijk toezicht vermindert. Problematisch hierbij is dat de governance-structuur en de motieven van een claimstichting op papier in orde kunnen zijn, maar dat dit in de praktijk anders ligt. Bovendien ontbreekt de toebedeling van een controlerende taak waardoor onduidelijk is wie de governance-structuur en de motieven, zoals deze op papier staan, controleert. Toezicht blijft noodzakelijk en daar past het sluiten van een vaststellingsovereenkomst zonder toetsing van de belangenbehartiger en de vaststellingsovereenkomst door een derde onafhankelijk orgaan niet bij.

Nu men belangenbehartigers niet kan verplichten in geval van massaschade een rechtsvordering op basis van artikel 3:305a BW in te stellen en een wettelijke verankering van de governance-structuur tevens geen oplossing biedt, blijft de mogelijke afhandeling van massaschade zonder rechterlijke inmenging een probleem. Het blijft voor claimstichtingen mogelijk om zonder toezicht op te treden als belangenbehartiger omdat zij gebruik kan maken van de geldende contractvrijheid. Dit kan enigszins worden gecompenseerd door wettelijk de mogelijkheid te creëren om de vaststellingsovereenkomst ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Op verzoek van beide partijen kan de gesloten vaststellingsovereenkomst door de rechter worden getoetst indien deze vaststellingsovereenkomst is gesloten zonder dat daar de collectieve actie van artikel 3:305a BW aan is voorafgegaan. Zo blijft de contractvrijheid behouden, maar bestaat er tegelijkertijd de mogelijkheid om in een aantal gevallen de rechter alsnog bij de collectieve afwikkeling van massaschade te betrekken. In de vorige paragraaf is reeds beschreven dat naar aanleiding van de aanbevelingen zoals deze zijn gedaan in dit hoofdstuk het gebrek aan transparantie naar verwachting aanzienlijk verminderd en dat de verantwoording aan gedupeerden zal verbeteren waardoor de introductie van het nieuwe artikel 2:298 BW alsnog als pressiemiddel kan dienen voor gedupeerden. Met dit pressiemiddel kunnen gedupeerden de claimstichting ertoe zetten om van de mogelijkheid tot toetsing van de vaststellingsovereenkomst gebruik te maken. Indien de collectieve actie van artikel 3:305a BW niet heeft plaatsgevonden, kan de rechter bij de beoordeling van de vaststellingsovereenkomst alsnog toetsingen verrichten waardoor rechterlijke toetsing ten behoeve van de gedupeerden mogelijk blijft. De toetsing kan onder andere plaatsvinden op basis van de indicatoren die worden gebruikt bij een

²⁶⁷ Dit kan geschieden via een bepaling die is gebaseerd op Rule 23(e) van de Federal Rules of Civil procedure.

verzoek tot algemeen verbindend verklaring in de WCAM.²⁶⁸ De rechter beoordeelt de representativiteit van de claimstichting, de omvang van het aantal gedupeerden die de claimstichting behartigt en of de belangen van de gedupeerden voldoende zijn gewaarborgd. De overeenkomst dient te worden beoordeeld op redelijkheid van de vergoeding voor gedupeerden en basiselementen zoals de omschrijving van de groep gedupeerden en de vergoeding die aan hen wordt toegekend. Daar kan een toetsing van de motieven van de claimstichting en de aanwezigheid van eventuele belangenconflicten aan worden toegevoegd.

De mogelijkheid om de vaststellingsovereenkomst ter toetsing voor te leggen aan de rechter biedt geen soelaas indien geen van de partijen de rechter hiertoe verzoekt. Het creëren van deze mogelijkheid geeft partijen alleen de kans de rechter alsnog bij de afwikkeling van massaschade te betrekken. Het aangaan van een vaststellingsovereenkomst zonder rechterlijke toetsing blijft mogelijk. Dit probleem lijkt onoplosbaar omdat een verplichting tot toetsing van de vaststellingsovereenkomst al snel in strijd is met de contractvrijheid. Het ontwikkelen van een (wettelijk) systeem omtrent massaschade waarin er in alle gevallen toezicht wordt gehouden op belangenbehartigers lijkt onmogelijk.

6.5 Een andere rechtsvorm

De vraag of de claimstichting als juridisch kader geschikt is om de belangen van gedupeerden te behartigen bij de collectieve afhandeling van massaschade gezien haar rechtsvorm, governance-structuur en de mogelijkheid tot rechterlijk dan wel overheidsingrijpen roept ook de vraag op of belangenbehartiging wellicht in een andere rechtsvorm kan plaatsvinden. Indien dit niet het geval is zullen de stichting en vereniging het uitgangspunt moeten blijven en moet de oplossing worden gevonden in andere aspecten van de belangenbehartiging.

De vereniging kan als enig wettelijk alternatief voor de claimstichting een rechtsvordering instellen namens de gedupeerden in een collectieve actie.²⁶⁹ De vereniging dient de collectieve belangen die zij met een vordering tracht te beschermen, ingevolge haar statuten te behartigen.²⁷⁰ Een vordering die geen betrekking heeft op de collectieve belangen die door de vereniging worden behartigd is dan ook niet mogelijk. In de praktijk betreft het verenigingen zoals de Vereniging van Effectenbezitters of de Vereniging Eigen Huis.²⁷¹ Ondanks dit alternatief wordt er veel gebruik gemaakt van ad hoc opgerichte claimstichtingen. Dit roept de vraag op waarom een claimstichting vaak wordt verkozen boven de vereniging. De vereniging als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt kent enkele voordelen ten opzichte van de claimstichting.

²⁶⁸ Artikel 7:907 lid 2 en lid 3 BW

²⁶⁹ Artikel 3:305a lid 1 BW en artikel 7:907 lid 1 BW.

²⁷⁰ Asser/Rensen 2–III* 2012/196.

²⁷¹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, LJN: AZ7033 (Dexia), Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744. (Shell)

De wettelijke regeling in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek omtrent de structuur en inrichting van een vereniging is vrij uitgebreid.²⁷² Tevens is de wettelijke governance-structuur van de vereniging meeromvattend dan bij de stichting. Door het feit dat de vereniging een algemene ledenvergadering met een aantal bevoegdheden kent, dat er voor de vereniging een wettelijk tegenstrijdig belangregeling bestaat en er verplicht een jaarverslag moet worden uitgebracht in de algemene ledenvergadering is de verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de vereniging minder aanwezig dan bij de claimstichting.²⁷³ Het feit dat verenigingen die partij zijn in een collectieve actie vaak over een toezichthoudend orgaan beschikken²⁷⁴, al vele jaren bestaan, ervaring hebben en in tegenstelling tot de meeste claimstichtingen niet ad hoc zijn opgericht waardoor zij baat hebben bij een goede reputatie draagt daaraan bij.

Ondanks deze betere governance-structuur leiden een aantal oorzaken ertoe dat de claimstichting vaak wordt verkozen boven de vereniging. Hoewel de wettelijke governance-structuur van de vereniging uitgebreider is dan de governance-structuur van de claimstichting is er ruimte voor verbetering. Dit geldt met name voor wat betreft de aansprakelijkheid van toezichthouders en wettelijke regels omtrent een toezichthoudend orgaan. Daarnaast voorziet de vereniging niet in de behoefte tot ad hoc oprichting. Een vereniging zoals de Vereniging van Effectenbezitters wordt niet ad hoc opgericht, maar behartigt de belangen van haar leden in meerdere zaken. Niet voor ieder geval van massaschade bestaat een vereniging die tot statutair doel heeft de belangen van bepaalde gedupeerden te behartigen. Dit gold bijvoorbeeld voor de ontstane massaschade in de DES-zaak. Aangezien verenigingen niet ad hoc worden opgericht is er behoefte aan belangenbehartigers die voor dergelijke gevallen wel ad hoc kunnen worden opgericht. De stichting voorziet in deze behoefte. Wil men als gedupeerde gebruik kunnen maken van de diensten van een vereniging als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt dan zal hij lid moet worden of zijn van de betreffende vereniging. De stichting kent geen leden en komt op voor iedere gedupeerde die bij haar is aangesloten. Vanwege het ledenverbod hebben deze aangeslotenen niet dezelfde (zeggenschaps)rechten en plichten als leden.²⁷⁵ Het voorzien in een aantal behoefte door de claimstichting waarin de vereniging niet kan voorzien verklaart waarom de claimstichting vaak boven de vereniging wordt verkozen.

Indien het mogelijk is om in een andere rechtsvorm de belangen van gedupeerden op een adequate en efficiënte manier te behartigen zou deze rechtsvorm mogelijk een alternatief kunnen vormen voor de claimstichting. De overige rechtspersonen met rechtspersoonlijkheid, de N.V., B.V., coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, zullen als mogelijke alternatieven voor het juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt worden behandeld. Deze overige

²⁷² J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 69.

²⁷³ Artikel 2:40 BW, 2:47 BW en artikel 2:48 BW.

²⁷⁴ Zie het jaarverslag van de VEB, te raadplegen via:
<<http://www.veb.net/content/Bestanden/pdf/2013/VEBJaarverslag2012.pdf>>

²⁷⁵ P.L. Dijk & T.J. Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 25-28.

rechtsvormen lijken echter typologisch niet te passen bij belangenbehartiging. Er kan dan ook worden volstaan met een summiere behandeling. Door deze rechtsvormen toch als mogelijk alternatief te behandelen kan worden aangetoond dat een geschikte rechtsvorm voor belangenbehartiging meer inhoud dan een uitgebreide en goede wettelijke governance-structuur. In theorie zouden de N.V. en de B.V. als juridisch kader kunnen dienen waarin belangenbehartiging vorm krijgt doormiddel van de uitgifte van aandelen op naam, waarvan de overdraagbaarheid wordt beperkt, aan gedupeerden. De wettelijke governance-structuur van de N.V. en de B.V. is veel uitgebreider dan bij de stichting. Waar de stichting voorlopig geen verplicht toezichthoudend orgaan, geen algemene vergadering, geen aansprakelijkheid voor toezichthouders, geen tegenstrijdig belangregeling en slechts een beperkte verplichting tot disclosure kent, is dit bij de N.V. en de B.V. wel het geval.^{276 277} De uitgebreide governance-structuur bij de N.V. en de B.V. leidt er toe dat de verleiding om haar machtspositie te misbruiken bij deze rechtsvormen vele malen kleiner is dan bij de claimstichting. De N.V. en/of de B.V. zou op het gebied van governance een geschikt alternatief kunnen vormen voor de claimstichting. Toch leidt het verschil in uitgangspunten tussen de N.V. en de B.V. enerzijds en de stichting anderzijds ertoe dat het gebruik van deze rechtsvormen in de collectieve actie als onwenselijk kan worden beschouwd. Typologisch gezien zijn de N.V. en de B.V. gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van de aandeelhouders.²⁷⁸ De wet gaat hier in beginsel dan ook van uit. Waar de wettelijke verankering van de stichting niet is gericht op commerciële activiteiten is de wettelijke verankering van de N.V. en de B.V. niet gericht op meer ideële activiteiten. Zo bepaalt artikel 2:105 lid 1 BW dat, tenzij de statuten anders bepalen, de winst aan de aandeelhouders ten goede komt. Meerdere malen is in deze scriptie betoogd dat het vaak de commerciële motieven zijn die leiden tot onzuiver handelen van een claimstichting. Aangezien de wettelijke verankering van de N.V. en de B.V. ziet op het ontplooiën van commerciële activiteiten bieden deze rechtsvormen geen geschikt alternatief. Belangenbehartiging zou idealiter meer ideel van aard moeten zijn en daarom beter passen bij de claimstichting. Hoewel de N.V. en de B.V. geen geschikt alternatief vormen voor de claimstichting kan van deze rechtsvormen wel worden afgeleid hoe een goede governance-structuur behoort te zijn.

De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging, die zich blijkens de statuten ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan verzekering, met hen gesloten in bedrijf dat zij te dien einde ten

²⁷⁶ Toezichthoudend orgaan artikel 2:140 BW e.v. en artikel 2:250 BW e.v., algemene vergadering van aandeelhouders artikel 2:107 BW en 2:217 BW, aansprakelijkheid voor toezichthouders artikel 2:149 BW en 2:259 BW, tegenstrijdig belangregeling artikel 2:129 BW en artikel 2:239 BW en disclosure artikel 2:101 en 2:102 BW.

²⁷⁷ Dit verschil in governance-structuur zou in de toekomst kunnen verdwijnen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. Te raadplegen via:

<<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>

²⁷⁸ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/15.

behoeven van haar leden uitoefent of doet uitoefenen.²⁷⁹ De onderlinge waarborgmaatschappij is een bij notariële akte als onderlinge waarborgmaatschappij opgerichte vereniging. Zij moet zich statutair ten doel stellen met haar leden verzekeringsovereenkomsten te sluiten, een en ander in een verzekeringsbedrijf dat zij te dien einde ten behoeven van haar leden uitoefent.²⁸⁰ De onderlinge waarborgmaatschappij vormt geen alternatief voor de claimstichting. Een onderlinge waarborgmaatschappij moet zich blijkens de statuten ten doel stellen met haar leden verzekeringsovereenkomsten te sluiten.²⁸¹ Dit komt niet overeen met een taak als belangenbehartiger. De coöperatie vindt haar basis in het zakelijk verkeer met de leden waarvoor zij het bedrijf uitoefent.²⁸² Zij voorziet in de stoffelijke behoeften van haar leden en is daarbij gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel voor haar leden.²⁸³ Het is zeer de vraag of men in het geval van belangenbehartiging voldoet aan deze kenmerken van de coöperatie en of daardoor een samenwerking in de vorm van een coöperatie tot de mogelijkheden behoort. Men kan bij het verhalen van de schade door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst niet spreken over het behalen van vermogensrechtelijk voordeel. Er wordt slechts getracht eerder geleden schade vergoed te krijgen. Van een vermogensrechtelijk voordeel is dan geen sprake waardoor men niet kan spreken van een coöperatie. Deze vennootschapsrechtelijke kant van de coöperatie kent men bij de vereniging niet. De coöperatie kent een interne organisatie die de structuur van een vereniging volgt, maar is tevens een op winst gerichte organisatie waardoor zij ook vennootschapsrechtelijke trekken kent.²⁸⁴ Dit grote verschil met de vereniging leidt er mede toe dat ondanks het feit dat de coöperatie een verenigingsstructuur kent de coöperatie niet geschikt is als belangenbehartiger. Deze paragraaf maakt duidelijk dat de stichting en vereniging het uitgangspunt moeten blijven binnen de collectieve actie. Het gebruik van een andere rechtsvorm biedt geen oplossing voor de problematiek.

6.6 Wet afwikkeling van massaschade in een collectieve actie

Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie door afschaffing van het verbod tot het vorderen van een collectieve schadevergoeding.²⁸⁵ Tot op heden is een vordering tot schadevergoeding niet mogelijk in de collectieve actie van artikel 3:305a BW op grond van lid 3

²⁷⁹ Artikel 2:53 lid 1 BW.

²⁸⁰ Artikel 2:53 lid 2 BW.

²⁸¹ Artikel 2:53 lid 2 BW.

²⁸² P.L. Dijk & T.J. Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2007, p. 33-34.

²⁸³ J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 317.

²⁸⁴ Asser/Rensen 2-III* 2012/213.

²⁸⁵ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 1. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

van dit artikel. Het wetsvoorstel introduceert in het nieuwe artikel 3:305a lid 5 BW een, met waarborgen omklede, stapsgewijze collectieve schadevergoedingsprocedure die kan worden ingezet ingeval partijen niet bereid zijn in onderhandeling te treden over een collectieve afwikkeling of er niet in slagen een schikking te bereiken.²⁸⁶ De collectieve schadevergoedingsactie bestaat uit maximaal vier stappen waarbij de rechter de regie in handen neemt.²⁸⁷ In de eerste fase spreekt de rechter zich uit over de ontvankelijkheid van de belangenbehartigende organisatie. De tweede fase ziet op een beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van de wederpartij indien dit niet in een eerdere collectieve actie van 3:305a reeds is geschied. Indien de wederpartij naar oordeel van de rechter onrechtmatig heeft gehandeld, stelt de rechter een termijn vast waarbinnen partijen dienen te trachten een collectieve vaststellingsovereenkomst tot stand te brengen. Mocht deze collectieve vaststellingsovereenkomst tot stand komen dan is de procedure ten einde. Mits partijen voldoende inzet hebben getoond, maar desondanks niet tot een vaststellingsovereenkomst zijn gekomen, kan een der partijen de rechter verzoeken partijen te bevelen tot een verschijning ter terechtzitting. Daarmee wordt de derde fase ingezet waarin tezamen met de rechter wordt getracht een vaststellingsovereenkomst tot stand te brengen. Hier geldt tevens dat de procedure ten einde is zodra partijen een vaststellingsovereenkomst zijn overeengekomen. Indien partijen in deze fase nog geen overeenstemming hebben bereikt wordt de rechter in fase vier de mogelijkheid geboden zelf een regeling vast te stellen. Dit doet hij aan de hand van eerder overlegde voorstellen en advies van een deskundige.²⁸⁸ Het wetsvoorstel tracht zoveel mogelijk in gezamenlijkheid tot afwikkeling van massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Slechts in het uiterste geval is de rechter bevoegd zelf een regeling vast te stellen. Indien de rechter het handelen van de wederpartij als onrechtmatig heeft beoordeeld en er een grond voor schadevergoeding bestaat, komt het in de voorgestelde procedure altijd tot een collectieve afwikkeling van de schade.²⁸⁹ De introductie van een gefaseerde procedure waarbij wordt begonnen met een ontvankelijkheidstoets sluit aan bij de aanbevelingen zoals deze zijn gedaan in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk. In tegenstelling tot wat het wetsvoorstel beoogt dient de ontvankelijkheidstoets niet alleen te geschieden in geval van een schadevergoedingsactie, maar bij

²⁸⁶ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 1. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁸⁷ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 10-11. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁸⁸ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.11. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁸⁹ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.7. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

alle collectieve vorderingen op grond van artikel 3:305a BW. Zo wordt voorkomen dat men aan de ruimere rechterlijke betrokkenheid ontkomt door een verklaring voor recht te vorderen omtrent het onrechtmatig handelen van de wederpartij. Voor een dergelijke vordering is een rechterlijke ontvankelijkheidstoets tevens noodzakelijk.

Indien men overgaat tot het door de rechter aanwijzen van één of enkele belangenbehartigers in een collectieve actie en daarnaast de gefaseerde collectieve schadevergoedingsactie van het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie introduceert wordt de contractvrijheid aanzienlijk beperkt. Niet alleen bepaalt de rechter welke partijen in de procedure gerechtigd zijn een collectieve vaststellingsovereenkomst overeen te komen en het moment waarop dit dient te geschieden, maar ook bepaalt hij, in de vierde fase, de inhoud van de regeling. Gedupeerden kunnen er overigens wel voor kiezen zich niet bij deze regeling aan te sluiten.²⁹⁰ Indien na het doorlopen van een fase de collectieve schade niet is afgewikkeld, wordt de vrijheid van partijen meer ingeperkt en de invloed van de rechter groter. Dit prikkelt partijen zo snel mogelijk een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Daar staat tegenover dat partijen niet verplicht zijn de rechter bij een geval van massaschade te betrekken. Partijen kunnen zonder rechterlijke inmenging een vaststellingsovereenkomst aangaan ter compensatie van de geleden schade. In dat geval zijn partijen geheel vrij met betrekking tot hun overeenkomst. Partijen hebben op deze manier invloed op de mate van contractvrijheid. Indien bescherming voor de gedupeerde nodig wordt geacht, kan dit via de schadevergoedingsactie van het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie worden bewerkstelligd. Door de collectieve actie met een formele voorfase en een gefaseerde rechterlijke betrokkenheid in te richten, ontstaat er een goede balans tussen contractvrijheid en rechterlijke bemoeienis binnen de collectieve actie. Partijen krijgen eerst de mogelijkheid zelf tot een overeenkomst te komen nadat de rechter de belangenbehartiger heeft getoetst en het handelen van de wederpartij onrechtmatig heeft geacht. Indien dit niet lukt, krijgt de rechter steeds meer invloed en wordt de contractvrijheid ingeperkt zodat de belangen van gedupeerden gewaarborgd blijven.

Ten opzichte van de overige collectieve vorderingen wordt de collectieve schadevergoedingsactie met enkele extra waarborgen omkleed. De collectieve schadevergoedingsactie kan bij één gespecialiseerde rechter worden ingesteld. Dit voorkomt het op meer plaatsen aanhangig zijn van collectieve schadevergoedingsacties over dezelfde gebeurtenis en biedt de betreffende rechtbank de mogelijkheid expertise op dit gebied op te bouwen.²⁹¹ Tevens gelden voor de belangenbehartigers in een schadevergoedingsprocedure een aantal aanvullende ontvankelijkheidseisen die worden

²⁹⁰ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p. 8-9. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

²⁹¹ Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.14. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

verwerkt in het nieuwe lid 5 van artikel 3:305a BW.²⁹² Deze zien op een niet al te lichtvaardig gebruik van de schadevergoedingsprocedure en een toetsing van de geschiktheid van de belangenbehartiger, de aanwezige expertise, financiering en de wijze waarop zij in rechte wordt bijgestaan. Ter compensatie van een al te lichtvaardig gebruik dient de collectieve schadevergoedingsactie alleen ingesteld te worden indien andere mogelijkheden tot afdoening van de vordering afdoende zijn verkend. De extra vereisten omtrent de geschiktheid van de belangenbehartiger zijn in het kader van deze scriptie interessant. Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie sluit aan bij de striktere vereisten zoals deze zijn geïntroduceerd in de wet tot wijziging van de WCAM en voegt daar voor de belangenbehartiger in een collectieve schadevergoedingsactie twee extra vereisten aan toe. Ten eerste dient de belangenbehartiger deskundig te zijn. Zij dient aantoonbaar over relevante expertise te beschikken. Hiervan is ingevolge het conceptwetsvoorstel sprake indien een bestuurder expertise heeft op het terrein waarin de massaschade heeft plaatsgevonden. Daarnaast ziet deskundigheid ingevolge het wetsvoorstel op een goede governance-structuur en het behoorlijk afleggen van verantwoording aan de gedupeerden. Het tweede vereiste ziet op een zorgvuldige belangenbehartiging. Indien de governance van een belangenbehartiger op papier correct lijkt, maar er gerede twijfel bestaat of de belangenbehartiger op zorgvuldige wijze met de belangen van gedupeerden omgaat, biedt dit vereiste de rechter de mogelijkheid om de belangenbehartiger toch niet-ontvankelijk te verklaren. Dit vereiste is gebaseerd op Rule 23(g) van de Amerikaanse Federal Rules of Civil Procedure. Ten aanzien van de door mij gedane aanbevelingen zijn de vereisten die naar aanleiding van dit conceptwetsvoorstel worden getoetst minder uitgebreid, maar komen zij voor een aanzienlijk deel overeen. De voorgestelde toetsing van deze vereisten zijn dan ook een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie. De door het conceptwetsvoorstel beoogde extra waarborgen ten aanzien van de collectieve schadevergoedingsactie zouden ook bij de overige collectieve vorderingen moeten gelden. Zo wordt voorkomen dat men bij het vorderen van een verklaring voor recht omtrent het onrechtmatig handelen van de wederpartij deze extra waarborgen kan ontlopen.

De collectieve schadevergoedingsactie die het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie voorstelt, verschilt in meerdere opzichten van de collectieve actie van artikel 3:305a BW zoals men deze tot op heden kent. De gefaseerde procedure, de regievoering door de rechter en de strengere ontvankelijkheidsvereisten zijn belangrijke verbeteringen die ik tevens in mijn aanbevelingen, zij het met een iets andere invulling, heb voorgesteld. Door het ontbreken van enkele belangrijke elementen vormt ook dit wetsvoorstel geen meeromvattende oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Wil de rechter de ontvankelijkheidstoets optimaal uitvoeren dan is hij daarvoor afhankelijk van de informatie die hij krijgt van de claimstichting. Meer transparantie- en disclosureverplichtingen zijn noodzakelijk om deze problematiek op te lossen. Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie voorziet niet in

²⁹² Internetconsultatie concept MvT afwikkeling van massaschade in een collectieve actie p.12-13. Te raadplegen via: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>

extra transparantie- en disclosureverplichtingen waardoor de mogelijkheid blijft bestaan dat de rechter niet in staat is om, ondanks een uitgebreidere ontvankelijkheidstoets, een gedegen uitspraak te doen. In tegenstelling tot de door mij gedane aanbevelingen beoogt het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie niet een rechterlijke keuze voor één of enkele belangenbehartigers. Op deze manier worden belangenbehartigers niet geprikkeld om belangrijke ontbrekende wettelijke governance elementen vrijwillig toe te passen. Van een indirecte verplichting tot het beschikken over wezenlijke governance elementen is tevens geen sprake. In hoofdstuk 4 is betoogd dat het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, waarin wordt voorgesteld enkele governance elementen wettelijk te verankeren, niet afdoende is. Een geschikte oplossing voor de problematiek omtrent ontbrekende governance elementen wordt met een eventuele invoering van beide conceptwetsvoorstellen niet geboden. Het conceptwetsvoorstel afwikkeling van massaschade in een collectieve actie kent een aantal wezenlijk verbeteringen ten opzichte van de huidige situatie, maar is tevens geen meeromvattende oplossing. Daarmee vormt het wetsvoorstel één van de diverse geboden oplossingen met ieder een eigen uitgangspunt.

6.7 Conclusie

De aanbevelingen zoals deze zijn gedaan zien met name op een verandering in de procedure van de collectieve actie en in mindere mate op een wettelijke verankering van de governance-structuur. Door de introductie van een formele voorfase waarin de claimstichtingen wordt beoordeeld aan de hand van indicatoren en er uiteindelijk een keuze voor één of enkele claimstichtingen wordt gemaakt wordt een aanzienlijk deel van de problematiek gerelateerd aan de claimstichting opgelost. De toegang tot de rechter is minder voorbehoudloos waardoor de wildgroei aan claimstichtingen verminderd. Tevens wordt de agency problematiek verminderd door een verbeterde monitoring door de rechter. Gezien het feit dat de indicatoren waarop de rechter toetst tevens governance elementen inhouden worden deze indirect verplicht gesteld zonder dat daarvoor een wettelijke verankering nodig is. Alle missende governance elementen, zoals deze zijn behandeld in paragraaf 3.3 en 4.2, zijn in de vorige paragrafen geïntroduceerd in de collectieve actie. Dit is niet ten koste gegaan van de flexibiliteit van de claimstichting en de collectieve actieprocedure. Door de combinatie van het direct wettelijk verplichten van elementen zoals disclosure en aansprakelijkheid voor toezichthouders en het indirect verplichten van elementen zoals een toezichthoudend orgaan en een tegenstrijdig belangregeling is dit mogelijk. Het wettelijk vastleggen van enkele disclosureverplichtingen is noodzakelijk voor de rechter om de claimstichting te beoordelen. Zonder deze verplichting beschikt de rechter over te weinig informatie waardoor de rechterlijke toetsing eenzelfde problematiek zou kennen als in de class action.

In het geval dat de rechter niet bij een geval van massaschade wordt betrokken ontbreekt de rechterlijke controle en blijft de verleiding tot mogelijk misbruik van haar machtspositie door de claimstichting bestaan. Het probleem dat de contractvrijheid en de behoefte aan controle conflicteren lijkt onoplosbaar. Het ontwikkelen van een (wettelijk) systeem omtrent massaschade

waarin er in alle gevallen toezicht wordt gehouden op de belangenbehartigers lijkt onmogelijk. Door de combinatie van verschillende aspecten uit de reeds geboden oplossingen komt men tot een meeromvattende oplossing die ziet op de meerdere oorzaken van de problematiek gerelateerd aan de claimstichting waarbij de flexibiliteit die de claimstichting en de collectieve actie kent zoveel mogelijk wordt behouden. Alleen de afwikkeling van massaschade buiten de rechter om blijft problematisch.

7 Conclusie

In deze scriptie is gezocht naar het antwoord op de vraag: *“Is de claimstichting als juridisch kader geschikt om de belangen van gedupeerden te behartigen bij de collectieve afhandeling van massaschade gezien haar rechtsvorm, governance-structuur, de mogelijkheid tot rechterlijk dan wel overheidsingrijpen en wat kan daarbij worden geleerd vanuit de Amerikaanse class action?”*. In paragraaf 2.4 kwam aan de orde dat de claimstichting een mogelijk aan de agency problematiek gerelateerd probleem kent en dat er een wildgroei aan claimstichtingen is ontstaan. De oorzaak hiervan is gelegen in een gebrekkige wettelijke governance-structuur en een voorbehoudloze toegang tot de rechter. De claimstichting kan in de verleiding komen haar machtspositie ten opzichte van gedupeerden te misbruiken. Zij handelt dan op basis van onzuivere veelal financiële motieven. Deze mogelijke verleiding leidt ertoe dat men de geschiktheid van de claimstichting als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt in twijfel kan trekken. De rechtsvormen N.V. en B.V. kennen een uitgebreide governance-structuur waardoor de verleiding tot het misbruik maken van haar machtspositie bij deze rechtsvormen zeer gering is, maar zij zien typologisch op economisch gewin waardoor zij, evenals de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, geen geschikt juridisch kader vormt waarin belangenbehartiging vorm krijgt.

De claimstichting als juridisch kader waarin belangenbehartiging vorm krijgt kent enkele wezenlijke voordelen zoals de flexibiliteit van de rechtsvorm, de eenvoudige oprichting en de mogelijkheid tot ad hoc oprichting. Desondanks blijft de zeer summiere wetgeving over de rechtsvorm stichting problematisch. Het ontbreken van een aantal wezenlijke governance elementen en disclosureverplichtingen leidt ertoe dat het bestuur van de claimstichting naar eigen inzicht kan handelen zonder rekening te houden met de belangen van gedupeerden. De claimstichting als juridisch kader voor geschikte belangenbehartiging behoeft dan ook een oplossing voor deze mogelijke agency problematiek.

De tot op heden geboden oplossingen bleken veelal gedeeltelijk een oplossing te bieden en zagen in de regel slechts op een specifiek gedeelte van de problematiek. Zij waren gericht op de procedure van de collectieve actie of op een verbetering van de governance-structuur van de claimstichting, maar een verbeterde transparantie en disclosure bleef daarbij vaak onderbelicht. Een meeromvattende oplossing is nodig wil de claimstichting een geschikt juridisch kader vormen voor belangenbehartiging in geval van massaschade. Voor deze meeromvattende oplossing kan men gebruik maken van elementen uit de tot op heden geboden oplossingen en de Amerikaanse class action. Een goede combinatie van elementen uit de gedane

wetsvoorstellen en de Claimcode leidt ertoe dat de claimstichting geschikt wordt voor zijn taak als belangenbehartiger. Niet iedere stichting handelt op basis van onzuivere motieven of voert haar taak op een onjuiste wijze uit. Claimstichtingen die haar machtspositie niet misbruiken zijn zeer geschikt voor belangenbehartiging. Men dient de geschiktheidsvraag dan ook te beoordelen vanuit de mogelijke verleiding tot misbruik van haar machtspositie door de claimstichting. Indien deze verleiding kan worden gereduceerd vormt de claimstichting een geschikt juridisch kader voor belangenbehartiging. Om de reductie van deze verleiding te bewerkstelligen zijn in hoofdstuk 6 een aantal aanbevelingen gedaan. Doormiddel van de introductie van een formele voorfase wordt gekozen voor een oplossing die is gelegen in een verandering van de procedure van de collectieve actie. In deze formele voorfase toetst de rechter de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger voordat hij toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van de zaak. Verschillende indicatoren kunnen bepalen of de claimstichting al dan niet voldoet aan de representativiteits- en geschiktheidstoets. Governance elementen zoals een toezichthoudend orgaan en een tegenstrijdig belang worden indirect verplicht omdat zij een indicator vormen voor de rechterlijke ontvankelijkheidstoets. Dit leidt tot een oplossing voor de aan de governance problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Op basis van de representativiteits- en geschiktheidstoets kiest de rechter één of enkele belangenbehartigers die de gedupeerden mogen vertegenwoordigen in de inhoudelijke procedure. Deze keuze beperkt de voorbehoudloze toegang tot de rechter aanzienlijk waardoor dit een oplossing vormt voor de wildgroei aan claimstichtingen. Een gedegen rechterlijke ontvankelijkheidstoets is slechts mogelijk indien de rechter beschikt over de benodigde informatie. Deze informatie dient te worden verschaft door de belangenbehartiger. Disclosure verplichtingen zijn daarvoor noodzakelijk waarbij rekening wordt gehouden met privacygevoelige informatie. De grote rechterlijke betrokkenheid door middel van een uitgebreide toetsing van de belangenbehartiger in de formele voorfase en een eventuele invoering van de mogelijkheid tot een schadevergoedingsactie onder regie van de rechter waarborgen de belangen van gedupeerden. De mogelijkheid dat massaschade wordt afgehandeld zonder rechterlijke inmenging is vanuit dit oogpunt onwenselijk, maar tevens onoverkomelijk. Contractvrijheid wordt te zeer ingeperkt indien partijen worden verplicht ingeval van massaschade naar de rechter te stappen.

De combinatie van de bovengenoemde aanbevelingen biedt een meeromvattende oplossing voor de problematiek gerelateerd aan de claimstichting. Geconcludeerd kan worden dat de claimstichting op dit moment weliswaar geschikt is als belangenbehartiger, maar dat de mogelijke verleiding tot misbruik van haar machtspositie verminderd dient te worden. Tot op heden is dit niet afdoende gelukt. Met een meeromvattende oplossing zoals deze is aanbevolen in deze scriptie zou men in de toekomst de problematiek gerelateerd aan de claimstichting aanzienlijk kunnen verminderen.

Literatuurlijst

Van Abeelen 2012

D.M.J. van Abeelen, 'Het sluitstuk van de afwikkeling van massaschade: waar blijven de Himalayabeklimmers?', *TvOB* 2012/4.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II) 2009

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Rensen 2–III* 2012

Asser/Rensen 2–III* 2012, *Overige rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Van Schaick 2011

Asser Procesrecht/ Van Schaick 2 2011/29, *Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Aukes 1998

J. Aukes, Het jaarrekeningenrecht dient van toepassing te worden verklaard op alle stichtingen en verenigingen, *S&V* 1998.

Bauw & Bruinen 2013

E. Bauw & T. Bruinen, 'Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen', *NJB* 2013, 140, afl. 3.

Beckman 2010

H. Beckman, 'Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van de stichting: opmerkingen en kanttekeningen', *Ondernemingsrecht* 2010, 100.

Berle & Means 1932

A. Berle & G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers 1932.

De Boer & Schennink 2014

D.N. de Boer & A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2014.

Van Boom 2009

W.H. van Boom, 'Collective settlement of mass claims in the Netherlands', in Matthias Casper e.a., *AUF DEM WEG ZU EINER EUROPÄISCHEN SAMMELKLAGE?*, Munich: Sellier 2009.

Van Boom 2010

W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010..

Broekema-Engelen 2009

Broekema-Engelen, 'Commentaar op artikel 907 boek 7 BW' in: J. Nieuwenhuizen e.a., *Tekst&Commentaar Vermogensrecht*, Centraal Boekhuis 2009.

Cherednychenko 2004

O.L. Cherednychenko, 'Contractvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?', *Contracteren* 2004/3.

Choi 2011

S.J. Choi, 'motions for lead plaintiffs in securities class actions', *The journal of legal studies* 2011.

Conforth 2003

C. Cornforth, *The governance of public and non-profit organizations: what do boards do?*, London: Routledge 2003.

Curry 2000

G.H. Curry, "Conflict of Interest Problems for Lawyers Representing a Class in a Class Action Lawsuit", 24 *J.Legal Prof.* 2000.

Van Delden e.a. 2011

A.H. van Delden e.a., Claimcode, 2011.

Van Dijck, Van Doorn & Tzankova 2010

G. van Dijck, C.J.M. van Doorn & I.N. Tzankova, 'Individueel of collectief procederen bij massaschade? Experimenten naar het effect van opt-in-modellen en opt-out-modellen op het procesgedrag van benadeelden', Den Haag: WODC 2010.

Van Dijck 2013

G. van Dijck, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: Nuanceren gewenst'. In W. H. van Boom, I. Giesen, & A. J. Verheij (editors), *Capita civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*. (blz. 459-484). (Civologie / Civilology; !!No. 6). Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013

Dijk & Van der Ploeg 2007

P.L. Dijk & T.J. Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Dongen 2013

M.C.P. van Dongen, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd', *tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2013-2.

Van Doorn 2010

C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afhandeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', NTBR 2010.

Douma & Schreuder 2008

S. Douma & H. Schreuder, *Economic Approaches to Organizations*, Pearson Education 2008.

Frenk 2004

N. Frenk, 'Het wetsvoorstel collectieve afhandeling massaschade', *NbBW* 2004, nr. 2.

Gerretsen 2006

R.B. Gerretsen, 'Procederen over massaschades', *O&F* 2006, 71.

Gershkov & Perry 2012

A. Gershkov & M. Perry, 'Dynamic contracts with moral hazard and adverse selection', *Review of economic studies* 2012, vol. 79, nr. 1, p. 268-270.

Gold 2008

A.S. Gold, 'Experimenting with the lead plaintiff selection process in securities class actions: a suggestion for PSLRA reform', *DePaul Law Review* 2008, Vol. 57:447.

Goodijk 2009

R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2009.

Hamers, Schwarz & Zaman 2013

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 249-255.

Harbour, Croft & Sheehan 2001

L.J. Harbour, S. Croft, T. Sheehan, 'Class actions: an American perspective', in C. HODGES, *Multi-party actions*, New York, Oxford University Press, 2001

Hendrikse 2010

A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid' in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap, Insolad Jaarboek 2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 54.

Hensler 2011

D.R. Hensler, 'The future of mass litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding', *The George Washington Review*, vol. 79, nr. 2, februari 2011, p. 313.

Hondius 1999

E. Hondius, *Bescherming van de zwakkere als nieuw paradigma in het privaatrecht*, in: Hartlief en Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999

Houwen 2014

L.G.H.J Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TVOB* 2014/1.

Huls & Van Doorn 2007

N.J.H. Huls en C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *Themis* 2007-2.

De Jong 2010

B.J. de Jong, 'Een Claimcode voor stichtingen die een collectieve actie initiëren?', *Ondernemingsrecht* 2010, 46.

De Jong 2011

B.J. de Jong, 'Herziening van de Wcam en het collectief actierecht', *JONDR* 2011, 60 .

De Jongh, Schild & Timmerman 2010

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, 2010, 140.

Klaassen 2009

A.G.H. Klaassen, 'Maatregel ter verbetering van het toezicht op stichtingen', *Ondernemingsrecht* 2009, 57.

Klement 2002

A. Klement, 'Who should guard the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers', *The Review of Litigation* 2002, 21, 1.

Klonoff 2004

R.H. Klonoff, 'The judiciary's flawed application of rule 23's "adequacy of representation" requirement', *Mich. St. L. Rev.* 2004.

Klonoff 2007

R.H. Klonoff, *Class actions and other multi – party litigation in a nutshell* (West Nutshell series), Washington: Thomson West Publishing 2007.

Leijten 2005

A.F.J.A. Leijten, 'De betekenis van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade voor corporate litigation', *Ondernemingsrecht* 2005, 176.

Lemstra & Okhuijsen 2010

J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument "Zelfregulering claimstichtingen"', *FR* 2010, nr. 6.

Lennarts, Van Veen & Zaman 2010

M.L. Lennarts, W. J. M. van Veen & D. F. M. M. Zaman, *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU 2010.

Van Maanen 2006

G.E. van Maanen, 'I Civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders of immuniteit?', *RMThemis* 2006.

Maric 2010

S. Maric, 'De Wet collectieve afwikkeling massaschade als alternatief voor Amerikaanse class action-procedures voor het afwikkelen van massaschades bij beleggers', *V&O* 2010, aflevering 9.

Oranje 2005

D.J. Oranje, 'Artikel 3:305a BW dient te worden uitgebreid met de bevoegdheid tot het vorderen van een schadevergoeding in geld', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2004 – 2005*, Deventer: Kluwer 2005.

Overes 2010

C.H.C. Overes, *De stichting en governance: bestuur en toezicht, bijdrage* in: M.L. Lennarts, W. J. M. van Veen, D. F. M. M. Zaman, *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU 2010.

Ozmis & Tzankova 2012

D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de Wcam: de kernthema's uitgelicht', *TvCR* 2012, aflevering 2.

Pace & Rubenstein 2008

N.M. Pace & W.B. Rubenstein, 'How transparent are class action outcomes?', *RAND Institute for Civil Justice* 2008.

Poot 2006

M.F. Poot, 'De internationale afwikkeling van massaschades met de Wet collectieve afwikkeling massaschade', in: M. Holtzer e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 169-202.

Quist 2008

P.H.N. Quist, 'Monsterzege? Over stichting en tegenstrijdig belang', *Weekblad van privaatrecht notariaat en registratie*, 2008, 6745, p. 201.

Raaijmakers 2006

Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Rubenstein 2001

W.B. Rubenstein, 'A Transactional Model of Adjudication', *Geo.L.J.* (89) 2001

Van Santen & De Bos 2006

B.P.A. van Santen & A. de Bos, 'Governance van stichtingen: een empirische studie', *TvOB* 2006/3, p. 91-102.

Schirmeister 2005

F.C. Schirmeister, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *Ars Aequi* 2005-10.

Stolker 2009

Stolker, 'Commentaar op artikel 305a Boek 3 BW.' In: J. Nieuwenhuizen e.a., *Tekst&Commentaar Vermogensrecht*, Centraal Boekhuis 2009.

Theeuwes 2011

P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2.

Den Tonkelaar

J.D.A. den Tonkelaar, 'aantekeningen artikel 213', *Groene serie verbintenissenrecht II*, Deventer: Kluwer, nr. 62

Tzankova & Van Doorn 2009

I.N. Tzankova & C.J.M. van Doorn, 'Effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade: terug naar de kern van het collectieve actierecht', in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009.

Tzankova & Scheurleer 2009

I.N. Tzankova & D. Scheurleer, 'The Netherlands', *the Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622, no. 1 (2009).

Tzankova & Kortmann 2010

I. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for consumers of Financial services: Collectieve redress and improvement of class representation', *European Journal of Consumer Law* 2010-1.

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade: een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade (diss. Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007.

Tzankova 2010

I.N. Tzankova, 'Who will guard the guardian?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Uchelen 2004

C. van Uchelen, 'Van corporate litigation naar corporate settlement. Het wetsontwerp collectieve afhandeling van massaschade', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2003 – 2004*, Deventer: Kluwer 2004.

Vermogensrecht (auteur) (losbl.)

Groene Serie, Vermogensrecht artikelsgewijs commentaar op Boek 3 BW, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535. (DES)
HR 10 januari 1997, JOR 1997/29 (Staleman/Van de Ven)
HR 7 november 1997, NJ 1998/268 (Philips/VEB)
HR 23 december 2005, JA 2006, 40
HR 27 november 2009, RF 2010/13 (World Online)

Gerechtshoven

Hof Amsterdam

1 juni 2006, LJN: AX6440 (DES)
25 januari 2007, LJN: AZ7033 (Dexia)
29 April 2009, LJN BI2717, NJ 2009, 448 (Vie d'Or)
29 mei 2009, LJN BI5744 (Shell)
15 juli 2009, LJN BJ2691 (Vedior)
17 januari 2012, LJN BV1026 (Converium)

Hof Arnhem

16 januari 1990, NJ 1990, 470

Hof Leeuwarden

9 september 2008, JOR 2008/239

Rechtbanken

Rechtbank Amsterdam

26 maart 2008, JOR 2008, 126

Rechtbank Zutphen

3 november 1987, NJ 1988/530

VS

Hansberry v. Lee, 311 US 32 (1940).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3
Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3.
Kamerstukken II 2007/08, 27 834, nr. 51.
Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 2.
Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 27 834, nr. 53.
Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3.
Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 4.
Kamerstukken II, 2012/13, 33750 VI, nr. 31.

Stb. 1994, 391
Stb. 2005, 380
Stb. 2011, 275
Stb. 2012, 299
Stb. 2013, 255.

Websites

<<http://www.consumentenclaim.nl/home/world-online/informatie/nieuws-en-mededelingen>>
<www.descentrum.nl>
<www.desfonds.nl>
<<https://www.dsbcompensatie.nl/media/15895/Productie%205%20-%20Statuten%20PAL.PDF>>
< www.eegalease.nl>
<<http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>>
<http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen>
<http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen/reacties/datum>
<www.leaseverlies.nl>
<<http://www.loterijverlies.nl/pagina.php?3>>
<www.platformaandelenlease.nl>
<<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/07/21/internetconsultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie-uitvoering-motie-dijksma.html>>
<[Http://www.royaldutchshellsettlement.com/Documents/en/Annexes/Annex%202%20NL%20and%20ENG%20.pdf](http://www.royaldutchshellsettlement.com/Documents/en/Annexes/Annex%202%20NL%20and%20ENG%20.pdf)>
<www.veb.net>
<<http://www.veb.net/content/Bestanden/pdf/2013/VEBJaarverslag2012.pdf>>