

# Ondernemingsrecht, Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?

<b>Vindplaats:</b>	Ondernemingsrecht 2010, 46	<b>Bijgewerkt tot:</b>	19-04-2010
<b>Auteur:</b>	B.J. de Jong		

## Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?

### 1 Inleiding

Op 18 maart 2010 vond in Den Haag een seminar plaats waarbij een concept-Claimcode werd gepresenteerd voor stichtingen die collectieve acties (art. 3:305a BW) initiëren. Initiatiefnemers voor het seminar en opstellers van de Claimcode zijn mr. Jurjen Lemstra, advocaat te Den Haag, en Rob Okhuijsen, communicatieadviseur van de stichting Verliespolis.

Hierna zal ik eerst ingaan op de aanleiding voor en doelstelling van de Claimcode, zoals verwoord in het consultatiedocument dat Lemstra en Okhuijsen hebben opgesteld. Vervolgens zullen de belangrijke bepalingen uit de Claimcode worden besproken. Ten slotte ga ik in op de discussie tijdens het seminar.

### 2 Aanleiding voor en doelstelling van Claimcode

De initiatiefnemers hebben een consultatiedocument opgesteld waarin wordt ingegaan op de aanleiding voor en doelstelling van een Claimcode.

In het consultatiedocument wordt erop gewezen dat het instrument van de collectieve actie steeds vaker en in een steeds vroegtijdiger stadium wordt ingezet. Voorbeelden zijn de 'Aandelenleaseaffaire', 'Woekerpolisaffaire', collectieve acties ten behoeve van benadeelde aandeelhouders,<sup>[1]</sup> en klanten van de IJslandse bank Icesave en DSB Bank. Het consultatiedocument wijst verder op de actieve rol die publieke toezichthouders tegenwoordig spelen in het signaleren van (vermeende) misstanden. Ook recent ingevoerde en te verwachten wetgeving zullen vermoedelijk bijdragen aan de expansie van het collectieve actierecht.<sup>[2]</sup>

Het consultatiedocument wijst op vragen die de afgelopen jaren zijn gerezen over de 'governance' van claimstichtingen. Zo is in de periode volgend op het faillissement van DSB Bank in de media vaak in kritische zin bericht over het optreden van (bestuurders van) claimstichtingen. Ook voordien zijn in de media kritische vragen gesteld bij de financiële huishouding en verantwoording door claimstichtingen, waarvan het consultatiedocument diverse voorbeelden geeft. Vanuit de rechtswetenschap wordt eveneens aandacht gevraagd voor het gebrek aan transparantie van claimstichtingen, het gebrek aan toezicht en de gebrekkige governance. Zo pleit Van Boom in een preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht voor het stellen van eisen aan de governance van art. 3:305a BW stichtingen of het vervangen van deze stichtingen door een beter gekwalificeerde rechtsvorm.<sup>[3]</sup>

Het consultatiedocument is op zichzelf - terecht - positief over de wijze waarop belangenorganisaties de afgelopen jaren regelmatig op efficiënte wijze hebben voorzien in een (groeierende) behoefte aan rechtsbescherming van consumenten en herstel van het 'machtsevenwicht'. Niettemin lijkt de tijd volgens de opstellers rijp voor een vastlegging van algemeen aanvaarde beginselen van moderne governance voor claimstichtingen. De opzet van de opstellers is het zoeken van een breed draagvlak voor 'principle based' zelfregulering in de vorm van een Claimcode voor en door claimstichtingen die, zonder winst oogmerk, de belangen van consumenten behartigen. De voorgestelde zelfregulering zal uitsluitend betrekking hebben op claimstichtingen, omdat ad hoc 'claimverenigingen' in de praktijk weinig voorkomen en gegeven de rechtsvorm, al in een systeem van verantwoording, controle, en transparantie voorzien.

De opstellers van de concept-Claimcode hebben een evenwicht gezocht tussen - kort gezegd - het belang van claimstichtingen en hun deelnemers om slagvaardig te kunnen opereren, en het meer algemene belang dat gediend is met transparantie en verantwoording door en controle op claimstichtingen. Bij het opstellen van de principes is waar mogelijk gebruikgemaakt van reeds in de praktijk en literatuur ontwikkelde inzichten en is meer specifiek inspiratie gezocht bij de wettelijke voorschriften voor 'algemeen nut beogende instellingen'.<sup>[4]</sup> Verder hebben de opstellers de statuten van zeventien tussen 2000 en 2010 opgerichte claimstichtingen geanalyseerd. De concept-Claimcode is welbewust beknopt gehouden.

Omdat in de praktijk sprake is van grote onderlinge verschillen tussen de diverse actieve claimstichtingen (onder meer wat betreft de omvang van de achterban, kostenstructuur en te behartigen doelstelling), is het beproefde model van 'Pas toe of leg uit' van toepassing. De 'monitoring' van de Claimcode zou volgens het consultatiedocument te zijner tijd kunnen worden uitgevoerd door een onafhankelijke commissie waarvan de leden (deels) door de meest betrokken minister(s) zouden kunnen worden benoemd. Denkbaar is dat de Claimcode bij gebleken succes een verankering krijgt in art. 3:305a BW en art. 7:907 BW.<sup>[5]</sup>

In de periode tussen 18 maart 2010 en 1 juli 2010 zal een uitvoerige consultatie plaatsvinden van deskundigen en relevante spelers in het veld. Op basis van de bevindingen van de consultatieronde zal de concept-Claimcode worden aangepast en/of aangevuld. Najaar 2010 zal de definitieve Claimcode aan de betrokken bewindslieden worden aangeboden.

### **3 De Claimcode**

De concept-Claimcode volgt het format van de Corporate Governance Code door een aantal 'principes' te formuleren, die vervolgens worden uitgewerkt in subbepalingen. Hierna zal ik de principes citeren en kort enkele interessante kwesties uit de subbepalingen aanstippen.

Het eerste principe ziet op de naleving en handhaving van de code en luidt als volgt:

'De oprichter(s) is (zijn) verantwoordelijk voor de governance structuur van de stichting en voor de naleving van deze code. De governance structuur van de stichting houdt ten minste in dat naast het bestuur een raad van toezicht wordt ingesteld. Het bestuur en de raad van toezicht zijn vervolgens verantwoordelijk voor de instandhouding van de governance structuur van de stichting en voor de naleving van deze code. Zij leggen hierover verantwoording af ten behoeve van de (rechts)personen van wie de stichting zich krachtens haar statutaire doelstelling de belangen aantrekt en voorzien eventuele afwijkingen van de code van een deugdelijke motivering.'

[6]

In de subbepalingen die het principe uitwerken, wordt onder meer voorgeschreven dat de hoofdlijnen van de governancestructuur van de stichting elk jaar, mede aan de hand van de principes uit deze code, in een afzonderlijk document uiteen worden gezet. Dit document wordt jaarlijks op een voor het publiek toegankelijk deel van de website van de stichting gepubliceerd.

Het tweede principe ziet op de behartiging van collectieve belangen zonder winstoogmerk:

'De stichting handelt *primair* en overwegend in het collectieve belang van de (rechts)personen ten behoeve van wie zij krachtens haar statutaire doelstelling optreedt. Uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheid en de governance van de stichting blijkt dat de stichting en de aan de stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen geen winstoogmerk hebben bij de uitoefening van de stichtingsactiviteiten.'

In de uitwerking wordt onder meer bepaald dat een natuurlijk persoon noch een rechtspersoon, geheel of gedeeltelijk, over het vermogen van de stichting kan beschikken als ware het zijn of haar eigen vermogen.

Het derde principe heeft betrekking op de samenstelling, taak en werkwijze van het bestuur:

'Het bestuur is evenwichtig samengesteld en is belast met het besturen van de stichting, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de vaststelling en uitvoering van het (financieel) beleid en de op verwezenlijking van de statutaire doelstelling gerichte strategie. Het bestuur legt hierover ten minste één keer per jaar verantwoording af aan de raad van toezicht.'

Dit principe wordt onder meer als volgt uitgewerkt. Het bestuur bestaat uit ten minste drie natuurlijke personen.

Minimaal één lid van het bestuur is een jurist. Mogelijk ingrijpende besluiten - waaronder het adiëren van de rechter en het sluiten van een vaststellingsovereenkomst - worden ter goedkeuring aan de raad van toezicht voorgelegd. Het bestuur houdt een algemeen toegankelijke website in stand waarop zij de voor haar belanghebbenden van belang zijnde informatie plaatst.

Het vierde principe ziet op de onafhankelijkheid en vermindering van belangenverstrengeling:

'Het bestuur is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de raad van toezicht en de belanghebbenden bij de stichting, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de stichting en haar bestuurders wordt vermeden.'

Binnen het bestuur mogen volgens de uitwerkingsbepalingen geen nauwe familierelaties of vergelijkbare relaties bestaan. Met het bestuurslidmaatschap is verder onverenigbaar een functie bij een rechtspersoon of andere entiteit waarmee de stichting op structurele wijze op geld waardeerbare rechtshandelingen verricht.

De beloning van bestuursleden is onderwerp van principe vijf:

'Bestuurders ontvangen van de stichting voor de uitoefening van hun functie geen enkele vorm van bonus of beloning, middellijk noch onmiddellijk. Onder beloning wordt niet verstaan (i) een redelijke, niet bovenmatige vergoeding voor de ten behoeve van de stichting gemaakte kosten; (ii) een niet bovenmatig vacatiegeld; en (iii) een markt-conform honorarium voor door bestuurders verrichte werkzaamheden betrekking hebbend op een door hen vervulde uitvoerende functie binnen de stichting.'

De vaststelling van een onkostenvergoeding, vacatiegeld of honorarium geschiedt, na voorafgaande consultatie van de raad van toezicht, door het bestuur. Betaalde vergoedingen worden als zodanig, voorzien van een toelichting, in de jaarstukken van de stichting opgenomen.

Het zesde en laatste principe heeft betrekking op de taak, werkwijze en samenstelling van de raad van toezicht: 'De stichting kent een raad van toezicht. De raad van toezicht heeft tot taak het toezicht houden op het beleid en de strategie van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting, waaronder begrepen het financieel toezicht en het uitoefenen van die taken en bevoegdheden die in deze code en de statuten van de stichting aan de raad van toezicht zijn toegekend. De raad van toezicht geeft op alle belangrijke punten het bestuur gevraagd en ongevraagd advies en richt zich bij de vervulling van haar taak op de in de statutaire doelstelling van de stichting omschreven belangen.'

In de uitwerking wordt onder meer voorgeschreven dat de raad van toezicht uit ten minste drie natuurlijke personen bestaat en minimaal één keer per jaar bijeenkomt. Daarnaast komen bestuur en raad van toezicht minimaal één keer per jaar samen in een gemeenschappelijke vergadering. De leden van de raad van toezicht dienen onafhankelijk te zijn. Ten minste één lid is jurist en ten minste één lid beschikt over financiële deskundigheid. De raad van toezicht kan, alvorens de door het bestuur opgemaakte balans en staat van baten en lasten goed te keuren, controle door een registeraccountant of andere deskundige bevelen. De raad van toezicht stelt jaarlijks een document op waarin zij op hoofdlijnen verantwoording aflegt over het door haar uitgevoerde toezicht en plaatst dit document op de website.

#### **4 Impressie van het seminar over de Claimcode**

Na een korte introductie door dagvoorzitter Jan Bonjer en een gesprek met de initiatiefnemers voor de code, werden voorafgaand aan de verspreiding van de concept-Claimcode eerst twee voordrachten gehouden. Prof. mr. Willem van Boom ging in op de juridische ontwikkelingen en knelpunten ten aanzien van collectieve acties in de afgelopen tien jaren. Volgens Van Boom is de behoefte aan kwalitatief goede 'spelers' in collectieve acties groter aan het worden. Vervolgens ging mr. Ben Knüppe (Dexia) in op collectieve acties in de praktijk. Hij vroeg zich onder meer af voor wie een Claimcode bestemd zou kunnen zijn. Het landschap van belangenorganisaties is erg divers, zodat het de vraag is of alleen op stichtingen gefocust zou moeten worden. Gelet op de diversiteit lijkt een brede zelfregulerende code hem ook moeilijk. Knüppe vroeg zich tevens af hoe de consument zal reageren. Zal deze kiezen voor een belangenorganisatie die gouden bergen belooft, of kiezen voor een 'nette' claimstichting die dat niet doet? En hoe zullen de media omgaan met claimstichtingen? Zullen zij eerst het 'zwemdiploma' van een claimstichting willen zien voordat deze als spreekbuis mag optreden bij een massaclaim? Knüppe stelde dat de governance van belangenorganisaties eigenlijk te belangrijk is om aan een deel van de markt over te laten. Moet een rechter niet kunnen selecteren welke belangenorganisatie ontvankelijk is?

Het seminar vervolgde met een paneldiscussie met mr. Jan Maarten Slagter (VEB), drs. Bart Combée (Consumentenbond), mr. Rutger Schimmelpenninck, mr. Willem Jan van Andel en Jan Driessen (Aegon). Schimmelpenninck vond het evenals Knüppe gewenst dat er in collectieve acties een soort consolidatiemechanisme is, zoals in de Verenigde Staten waar één *class representative* wordt aangewezen. Het is immers praktisch als de gedaagde partij wordt geconfronteerd met één (professionele) wederpartij. Volgens Driessen kan een Claimcode niet alle problemen oplossen. Van Andel vroeg zich - evenals Knüppe - af of de materie geschikt is voor zelfregulering. Combée had ook twijfels of een Claimcode voldoende dwingend is. Slagter benadrukte dat een gedupeerde transparantie mag verwachten van een belangenorganisatie. Hij vond dat de Claimcode een functie kan vervullen, maar dat de drempel om recht te halen ook weer niet te hoog mag zijn. Vanuit de zaal betoogde mr. Lunsingh Scheurleer dat belangenorganisaties op grond van art. 3:305a BW in feite zonder duidelijke legitimatie voor de belangen van gedupeerden kunnen opkomen. Het ligt daarom voor de hand dat de rechter een rol krijgt bij de beoordeling van de kwaliteit en representativiteit van de organisatie. De deelnemers aan de paneldiscussie waren het eens dat een Claimcode welkom is, maar nog niet voldoende is. Presentatrice Antoinette Hertsbergen van het tv-programma Tros Radar ging in op de rol van de media. Ze vond dat de media een verantwoordelijkheid hebben bij het bieden van een platform aan belangenbehartigers en gaf toe dat de berichtgeving over hoe bestaande belangenorganisaties te werk gaan in het verleden te weinig aandacht heeft gekregen. De eis uit de concept-Claimcode dat er een jurist in het bestuur zit, vond zij wat mager. Zij betwijfelde of hiermee een voldoende kwaliteitsgarantie wordt geboden. Voorts betoogde zij dat de relatie tussen de claimstichting en gedupeerden meer aandacht verdient in de concept-Claimcode.

Aan het slot van het seminar volgde de officiële presentatie van de Claimcode door de heer Lemstra, waarbij er ook een discussie met de zaal plaatsvond. Van Boom aarzelde nog op een aantal punten over de Claimcode. Aangezien deze op vrijwilligheid is gebaseerd, is de organisatie daarvan mogelijk problematisch. Verder is het lastige dat een deel van de markt toch zal worden afgeschermd, ook via de door de Claimcode opgelegde kosten aan belangenorganisaties (website, accountantscontrole, e.d.). Lemstra onderkende deze punten, maar stelde daar terecht tegenover dat dit met de gekozen 'Pas toe of leg uit'-regel te ondervangen is. Knüppe betoogde dat

claimstichtingen transparant moeten zijn over hun financiën. Daarin werd hij terecht bestreden door Lemstra. Stichtingen beginnen immers met een lege kas en 'de vijand' kijkt mee om te zien hoelang een stichting een procedure nog kan volhouden. Jeroen Wendelgelst van de stichting Woekerpolisclaim vroeg zich onder meer af of de verantwoording zoals die in de Claimcode is neergelegd, niet te indirect is (namelijk via de raad van toezicht). Lemstra vond ook dat meer transparantie wenselijk is, waarbij de website een rol zou kunnen vervullen. Ook kwam de financiering van collectieve acties aan bod. Van Andel betoogde dat dit onderwerp niet terugkomt in de Claimcode. Het lijkt ergens toch wenselijk dat er een koppeling is tussen de bijdrage die door gedupeerden moet worden voldaan en het in werkelijkheid benodigde bedrag voor een goede belangenbehartiging. Lemstra vond dit een goed punt. Okhuijsen merkte ten aanzien van de financiering nog op dat de individuele bijdrage de (strooi)schade van de benadeelde kan overschrijden, vooral als de groep gedupeerden die geld stort voor een collectieve actie een relatief kleine omvang heeft. Hier speelt ook het free rider-probleem. Andere gedupeerden kunnen kosteloos profiteren van de collectieve actie die door andere gedupeerden wordt gefinancierd. Tijdens het seminar werd ook het probleem gesignaleerd dat door de overheid gefinancierde rechtshulp niet beschikbaar is voor belangenorganisaties. Wel wees Lemstra op de mogelijkheid die de Hoge Raad in de *Vie d'Or-zaak*<sup>[7]</sup> heeft geboden voor belangenorganisaties om ex art. 3:305a BW jo. art. 6:96 lid 2 BW vergoeding te vorderen van hun eigen kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade, waarvan ook op voorhand in de onderhandelingen met de schadeveroorzaker kan worden geprofiteerd.

## 5 Slotbeschouwing

Op basis van de discussies tijdens het seminar kan worden geconcludeerd dat de meest wenselijke vormgeving van de governance van belangenorganisaties nog voldoende stof tot nadenken biedt. Een Claimcode kan zeker helpen bij het invoeren van een kwaliteitskeurmerk voor claimstichtingen. Ik verwacht dat claimstichtingen er ook belang bij kunnen hebben om uit te dragen dat zij de Claimcode naleven, bijvoorbeeld wanneer zij als spreekbuis willen optreden in de media, een achterban willen verwerven en serieus willen worden genomen als gesprekspartner door een vermeende schadeveroorzaker. Het lijkt mij niet zo dat een belangenorganisatie die de Claimcode naleeft een 'soft' imago krijgt, ten opzichte van een belangenorganisatie die gouden bergen belooft. Ik verwacht daarnaast niet dat de diversiteit van claimstichtingen in de weg staat aan het succes van een Claimcode. Zonder wettelijke verankering acht ik wel het gevaar reëel dat een zelfregulerende code te vrijblijvend blijft.

Ik sluit mij voorts aan bij de conclusie die tijdens het seminar werd getrokken dat een Claimcode niet voldoende is voor een optimaal collectief actierecht. In de literatuur zijn reeds verschillende suggesties gedaan voor hervorming. Zo hebben Adler en Lunsingh Scheurleer onder meer voorgesteld dat een gespecialiseerde rechter zou kunnen worden aangewezen met ruime bevoegdheden om parallelle collectieve acties te voegen.<sup>[8]</sup> De vraag kan wel worden opgeworpen of met een meer ingrijpende hervorming van het collectief actierecht de noodzaak voor een (wettelijk verankerde) Claimcode niet komt te vervallen. Het is dan immers minder goed mogelijk voor 'avonturierstichtingen' om nog de markt te bederven. Bepaalde eisen uit de Claimcode zouden dan mogelijk wel indirect een rol kunnen spelen bij de concurrentie tussen claimstichtingen om door de rechter als 'class representative' te worden geselecteerd.<sup>[9]</sup>

---

## Voetnoot

[1]

Zoals de acties inzake World Online, Ahold, Unilever, Shell, Landis, LCI, KPNQwest, Fortis en Van der Moolen.

[2]

Gewezen wordt op de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet oneerlijke handelspraktijken en het voorontwerp 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad'. Tevens signaleert het consultatiedocument de ontwikkelingen op Europees niveau.

[3]

W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht, stelling 4', in: *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht* (nog niet gepubliceerd).

[4]

In het bijzonder art. 41a Uitv.reg. IB 2001 (zoals geldend per 9 januari 2010).

[5]

Zoals gesuggereerd door zowel Lemstra als Van Boom; zie J.H. Lemstra, 'Belangenorganisaties als procespartij', in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector* (Financieel Juridische reeks 1),

Den Haag: NIBE-SVV 2009, p. 42, en W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht, stelling 4', in: *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht* (nog niet gepubliceerd).

[6]

Het eerste principe vervolgt nog met de alinea: 'Doelstelling van de code is de vastlegging op hoofdlijnen van een aantal breed gedragen opvattingen over goede governance voor art. 3:305a BW stichtingen. Uitgangspunt is de erkenning dat de governance een kwestie van maatwerk is en dat afwijkingen van individuele bepalingen onder bijzondere omstandigheden - bijvoorbeeld verband houdend met de omvang van de groep van belanghebbenden en de (financiële) middelen van de stichting - gerechtvaardigd kunnen zijn.'

[7]

HR 13 oktober 2006, *RF* 2007, 8, *NJ* 2008, 527 (m.nt. C.C. van Dam), onder *NJ* 2008, 529; *JOR* 2006/295 (*DNB/Stichting Vie d'Or*, m.nt. D. Busch), r.o. 7.2.2; HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 528 (m.nt. C.C. van Dam), onder *NJ* 2008, 529; *JOR* 2006/296 (*Deloitte & Touche e.a./Stichting Vie d'Or*, m.nt. H. Beckman), r.o. 8.2.2; HR 13 oktober 2006, *RF* 2007, 10, *NJ* 2008, 529 (m.nt. C.C. van Dam); *JOR* 2006/297 (*Hewitt Associates e.a./Stichting Vie d'Or*), r.o. 6.3.2.

[8]

D.J.T. Adler & D.F. Lunsingh Scheurleer, 'Class action litigation in the U.S.', in: F.M.A. 't Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p. 169. Zij willen daarnaast een preliminair proces invoeren, geïnspireerd door het Amerikaanse recht.

[9]

Bij beantwoording van de vraag welke belangenorganisatie de collectieve actie mag voeren, zal ook moeten worden nagedacht over een representativiteitstoets. Zie over representativiteit recentelijk 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.