

564. Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering

PROF. MR. E. BAUW EN MW. T. VAN DER LINDEN LLB BA

Collectieve schadeclaims staan sterk in de belangstelling, niet in de laatste plaats vanwege de toename van het aantal claimorganisaties en de bestuurlijke deugdelijkheid daarvan. Om belangentegenstelling tussen bestuur en claimanten te voorkomen, is in 2011 de Claimcode tot stand gekomen. In dit artikel doen wij verslag van een onderzoek naar de naleving daarvan door claimorganisaties en gaan wij in op de vraag of met deze vorm van zelfregulering kan worden volstaan dan wel ingrijpen door de wetgever gewenst is.

1. Inleiding

‘De claimindustrie’, zo typeerde *de Volkskrant* begin dit jaar de organisaties die verantwoordelijk zijn voor een groot aantal collectieve (massa)schadeclaims in ons land.¹ Volgens de krant vertegenwoordigden zij in de afgelopen jaren in totaal een half miljoen gedupeerden en claimden zij voor € 1,6 miljard aan schadevergoeding bij bedrijven en instellingen. Dit fenomeen is niet nieuw; al jaren wordt zowel in de juridische literatuur als in de politiek gesproken over een ‘wildgroei’ onder claimorganisaties en zijn er verschillende pogingen ondernomen om die te beteugelen. Een daarvan was om langs de weg van zelfregulering deze organisaties zich te laten binden aan een aantal elementaire principes die betrekking heeft op goed bestuur, financiële degelijkheid, toezicht en transparantie. In 2011 kwam de Claimcode tot stand waarin deze principes zijn neergelegd en uitgewerkt. In 2013 is een eerste onderzoek gedaan naar de naleving van de code.² Van enige inspanning aan de kant van claimorganisaties om serieus werk te maken van de in de Claimcode neergelegde principes was op dat moment nog nauwelijks sprake en de verwachting was dat dit niet snel zou veranderen. In deze bijdrage presenteren wij de resultaten van een onlangs gehouden tweede meting. Was de scepsis na het eerste onderzoek terecht of heeft de code inmiddels voet aan de grond gekregen? Voordat wij de resultaten van beide onderzoeken naast elkaar zetten (paragraaf 4), belichten wij eerst kort de ontwikkeling van het collectief schadeverhaal tot op heden (paragraaf 2) en gaan wij in op het doel en de inhoud van de Claimcode (paragraaf 3). Wij ronden af met enkele conclusies en aanbevelingen (paragraaf 5).

¹ *de Volkskrant* van 27 april 2016.

² E. Bauw en T. Bruinen, ‘Slow start of veeg teken? Gebrekkige naleving Claimcode vereist ingrijpen’, *NJB* 2013, 140, p. 164-168.

2. Collectief schadeverhaal

Het collectief actierecht in civiele zaken – het recht om een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen – ontwikkelde zich vanaf het begin van de jaren tachtig in de rechtspraak.³ In 1994 werd het gecodificeerd in art. 3:305a BW.⁴ Daarbij werd de uitoefening van het collectief actierecht bewust beperkt tot die (privaatrechtelijke)⁵ rechtspersonen waarvan een goede belangenbehartiging mag worden verwacht: de stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (hierna samen aangeduid als ‘belangenbehartigers’ of ‘belangenorganisaties’). Andere rechtspersonen, zoals de BV of NV, werden daarvan uitgesloten omdat hun commerciële doelstelling niet strookte met collectieve belangenbehartiging.⁶ Naast de algemene eis van art. 3:303 BW, dat eiser een voldoende belang moet hebben bij een vordering, stelde art. 3:305a BW verder slechts een beperkt aantal (andere) ontvankelijkheidseisen voor een collectieve actie: de belangenbehartiging moet blijken uit de statuten en er moet eerst overleg met gedaagde worden gevoerd voordat de vordering aanhangig kan worden gemaakt.⁷ Wel stelde de wetgever een belangrijke beperking, inhoudende dat de rechtsvordering in een collectieve actie niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Voor de belangenbehartigers die opkomen voor ideële (algemene) belangen is dit doorgaans geen groot probleem.

³ Zie voor een overzicht N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 81 e.v.

⁴ Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 269.

⁵ Zie voor publiekrechtelijke rechtspersonen art. 3:305b BW.

⁶ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 20 en M.L.M.N. Heltzel, ‘Checks and balances bij belangenorganisaties’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012, afl. 5, p. 148-156.

⁷ Naar aanleiding van de (wel of niet vermeende) ‘wildgroei’ is daar een eis aan toegevoegd, zoals hierna zal worden besproken.

Hun vordering bij de burgerlijke rechter zal, behoudens uitzonderingen,⁸ zijn gericht op het aan de kaak stellen van een misstand via een verklaring voor recht of op het verkrijgen van een verbod of bevel. De Urgenda-zaak is hiervan een recent voorbeeld.[NOOT: Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015, 336, m.nt. Backes.] Voor belangenbehartigers die opkomen voor de individuele vermogensbelangen van een (grote) groep benadeelden (hierna: 'claimorganisaties'), is het ontbreken van deze mogelijkheid wel een gemis. Zij dienen zich nu te behelpen met andere opties, zoals een vordering tot verklaring voor recht of het procederen krachtens volmacht, cessie of lastgeving.⁹ Daarnaast kan een wederpartij onder druk worden gezet met niet-juridische middelen, vooral door het creëren van negatieve publiciteit. Het doel van de belangenbehartiger zal primair zijn om voor de groep van benadeelden die zij vertegenwoordigt tot een bevredigende schaderegeling in een collectieve schikking te komen.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) in 2005 bestaat de mogelijkheid om een dergelijke collectieve schikking op verzoek van de partijen bij die schikking verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van benadeelden. Dit betekent dat ook benadeelden die niet waren aangesloten bij een organisatie die de schikking heeft getroffen daaraan gebonden worden. Voor de benadeelden die dat niet willen, bestaat de mogelijkheid om een verklaring af te geven dat zij niet gebonden willen zijn (opt-out systeem).¹⁰ De procedure tot algemeen verbindendverklaring op grond van de WCAM staat open voor stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, indien zij in hun statuten hebben neergelegd dat zij de belangen behartigen van die personen voor wie zij een algemeenverbindendverklaring verzoeken en zij voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de schaderegeling tot stand is gekomen.¹¹

Vooralsinds de totstandkoming van de WCAM lijkt sprake van een gestage groei van het aantal claimorganisaties.¹²

Bij deze groei wordt ook 'wildgroei' gesignaleerd, omdat bij veel van deze belangenbehartigers sprake zou zijn van een gebrekkige *governance* structuur.¹³ Het gaat dan vooral om een gebrek aan transparantie van en toezicht op wat er in financiële en bestuurlijke zin allemaal gebeurt binnen de organisatie. Het behoeft geen betoog dat een

Er lijkt een waterscheiding te ontstaan tussen organisaties die laag tot zeer laag scoren en organisaties die zeer hoog scoren

dergelijke situatie risico's voor een goede belangenbehartiging met zich brengt. Een en ander was aanleiding om het initiatief te nemen tot zelfregulering, met als resultaat de totstandkoming van de Claimcode in 2011. De zorg dat de behartiging van de belangen van benadeelden niet bij alle belangenorganisaties in goede handen is, zette ook de wetgever aan tot actie.¹⁴ In 2013 werd aan het tweede lid van art. 3:305a een nieuwe ontvankelijkheidseis toegevoegd: een vordering van een belangenbehartiger wordt niet ontvangen, indien daarmee de belangen van de personen ten behoeve van wie zij is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. De Claimcode kan, volgens de wetgever, als uitgangspunt dienen bij het bepalen of aan deze waarborg is voldaan.¹⁵ Tot voor kort leek de rechter terughoudend om dit middel in te zetten en een claimorganisatie de toegang tot een collectieve actie te ontzeggen, maar dat kan te maken hebben met de organisaties waar het in die zaken om ging.¹⁶ Een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 29 juni 2016, waarin de Stichting renteswapschadeclaim in haar vordering in een collectieve actie niet-ontvankelijk wordt verklaard, mede omdat zij niet voldoet aan de eisen van de Claimcode, heeft in dit beeld verandering gebracht.¹⁷ Het is echter nog onzeker of deze zwaluw in dit opzicht zomer zal gaan maken en waar in de jurisprudentie de grens met betrekking tot de conformiteit met de code zal worden getrokken.

Het collectief schadeverhaal heeft ook op Europees niveau de aandacht getrokken. Na een Groenboek in 2008¹⁸ en

8 Denk aan de schadevorderingen met betrekking tot de standrechtelijke executies door Nederlandse militairen in Java (Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793) en Zuid-Celebes (Rb. Den Haag 11 maart 2015, NJ 2016, 86) of van Nigeriaanse boeren vanwege olieverontreiniging door een dochtermaatschappij van Shell (o.a. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 en Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586).

9 Zie voor een overzicht van de diverse rechtsfiguren die worden toegepast: J.M.K.P. Corengoor, 'Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector* (NIBE-SVV – Financieel Juridische Reeks 1), Den Haag: DeltaHage 2009, p. 13-34 en 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* (NIBE-SVV – Financieel Juridische Reeks 1), Den Haag: DeltaHage 2009, p. 95-126. Deze laatste betoogt evenwel dat deze laatste rechtsfiguren vaak niet effectief en efficiënt zijn.

10 Zie de artikelen 7:907-910 BW en 1013-1018 Rv.

11 Art. 7:907 lid 1 en lid 3 onderdeel f BW.

12 Dit strookt met een toename van het aantal collectieve acties dat bij de rechter terecht komt. Een verband tussen beide lijkt voor de hand te liggen. Sinds 2005 ligt dit op een structureel hoger niveau. Zie de recente

verkenning van I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', *Ars Aequi* 2016, 337. De Memorie van Toelichting bij het hierna te bespreken Voorontwerp noemt verscheidene redenen voor deze groei. Zo ontstaan er steeds meer identieke problemen doordat consumenten en bedrijven vaker gestandaardiseerde producten afnemen. Ook wordt overheidsop treden en normoverschrijdend gedrag van ondernemingen veelvuldiger kritisch gevolgd.

13 J.H. Lemstra, R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument 'Zelfregulering claimstichtingen'', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2010, 6, p. 158-163.

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 5 en 12.

15 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33000 VI, nr. 13, p. 17 en 18; *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 6.

16 Zie nader K. Rutten, 'Art. 3:305a lid 2 BW schiet zijn doel voorbij!', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2015, nr. 11, p. 319-327.

17 ECLI:NL:RBOBR:2016:3383.

18 Groenboek over collectief verhaal voor consumenten, COM(2008) 794 < http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/greenpaper_nl.pdf > (laatst bezocht 18 mei 2016).

twee publieke consultaties in 2009 en 2011,¹⁹ kwam de Europese Commissie in 2013 met een ‘Aanbeveling inzake collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding’, waarin enkele (niet-bindende) beginselen zijn neergelegd (hierna aangeduid als de ‘Aanbeveling’).²⁰ De lidstaten worden opgeroepen om in overeenstemming met deze beginselen een mechanisme voor collectief verhaal in hun wetgeving op te nemen, hetgeen een aantal landen al heeft gedaan.²¹ De Nederlandse wetgeving voldoet op twee hier van belang zijnde punten niet aan de Aanbeveling: de mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsvordering ontbreekt en de eisen die worden gesteld aan de organisaties die zo’n vordering kunnen instellen zijn niet streng genoeg. Dit dient te worden voorbehouden aan ‘ad hoc gecertificeerde instanties, aangewezen vertegenwoordigende instanties die voldoen aan bepaalde criteria of (...) overheidsinstanties’.²² In ieder geval dienen deze organisaties een non-profit karakter te hebben.

Naar aanleiding van een in 2011 ingediende motie van het toenmalige Kamerlid Dijksma²³ en in lijn met de Aanbeveling, presenteerde het ministerie van Veiligheid en Justitie in 2014 een Voorontwerp voor een wetsvoorstel dat beoogt collectief schadeverhaal mogelijk te maken.²⁴ De centrale gedachte van het voorontwerp is om zoveel mogelijk te bevorderen dat partijen tot een collectieve schikking komen en eerst als dat niet lukt een schaderegeling door de rechter te laten opleggen.²⁵ Omdat het voorstel veel kritiek oogstte, wordt er momenteel gewerkt aan een nieuw voorontwerp/wetsvoorstel. Hoewel de inhoud daarvan

nog niet bekend is, is de verwachting dat – in lijn met de Aanbeveling – de ontvankelijkheidseisen voor claimorganisaties zwaarder worden. Dit is ook in overeenstemming met de aanbeveling van een ‘juristengroep’, die oproept tot duidelijkere, strengere kwaliteits- en ontvankelijkheidseisen, waarbij aansluiting dient te worden gezocht bij de Claimcode.²⁶

3. De claimcode

De Claimcode beoogt claimstichtingen en -verenigingen (claimorganisaties) te binden aan een aantal elementaire principes, die betrekking heeft op goed bestuur en transparantie.²⁷ Het doel is om de belanghebbenden meer inzicht te verschaffen in de doelstellingen, organisatie en financiën van de organisaties door wie zij zich laten vertegenwoordigen.²⁸ Hoewel het gaat om zelfregulering en de Claimcode dus *soft law* is, komt haar ook in *hard law* enige betekenis toe. De eisen van de code spelen, zoals gezegd, een rol bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van vorderingen van belangenorganisaties, zowel in het kader van art. 3:305a lid 2 BW²⁹ als in WCAM-zaken (art. 7:907 lid 3 onder f BW).³⁰ Belangrijker is echter of benadeelden hun keus om zich aan te sluiten bij een claimorganisatie laten bepalen door de vraag of die organisatie conform de code opereert. Als dat het geval zou zijn, zouden organisaties die dat niet doen vanzelf van de markt worden ‘gedreven’ of zich genoodzaakt zien de Claimcode toch te gaan naleven.³¹

Het is van belang op te merken, dat het er niet om gaat om het verschijnsel ‘claimorganisatie’ als zodanig terug te dringen. Het feit dat dergelijke organisaties collectieve schadevorderingen initiëren heeft immers een aantal belangrijke voordelen. Zonder collectieve schadeclaims zouden benadeelden het er (vooral bij lage schadebedragen) bij laten zitten en zouden bedrijven of instellingen die onrechtmatig hebben gehandeld of verwijtbaar hun verplichtingen niet zijn nagekomen daarvan profiteren. Daarmee wordt de kans gemist om een prikkel te geven tot meer zorgvuldigheid en de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht ondergraven.³² Juist omwille van deze

19 ‘Naar een coherente Europese aanpak op het gebied van collectief verhaal’, Europese Commissie, Openbare consultatie, Brussel, 4 februari 2011, SEC(2011)173 def.

20 Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, 2013/396/EU.

21 Zie bijvoorbeeld voor Frankrijk, D. Dankers-Hagenaars, ‘De action de groupe in Frankrijk, een inspiratiebron voor het Nederlandse wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie?’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2016, afl. 1, p. 24-30 en voor België, R. Jagtenberg & S. Voet, ‘When it takes thousands to tango. Over de buitengerechterlijke collectieve afwikkeling van massaschade in Nederland en België’, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2015 (19) 1, p. 6 e.v.

22 COM/2013/3539, p. 4.

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 330000, XIII, 14.

24 Wijziging van het burgerlijk wetboek en het wetboek van burgerlijke rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken. Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie, ter consultatie gelegd via: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma (laatst bezocht op 31 mei 2016).

25 Het voorontwerp introduceert vijf stappen: (1) de ontvankelijkheidstoets met betrekking tot de belangenorganisatie; (2) uitspraak over aansprakelijkheid; (3) voorziening onderhandelingen onder regie van de rechter; (4) overleggen van een schaderegelingsvoorstel; (5) rechterlijke vaststelling van een schaderegeling. Zie ook: J.M.L. van Duin, R.S.I. Lawant, ‘Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?’, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2015, nr. 1, p. 7-15, p. 9-10; T. Bosters, R. Hermans, J.-W. de Jong, A. Knigge, J. Kortmann, F. Leijten, J. Ouweland, A. Raaijmakers, D. Lunsingh Scheurleer, J. de Bie Leuveling Tjeenk, B. van der Velden, R. Verburg, ‘Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie’, *NJB* 2015, 1138.

26 Haazen e.a., op cit. 24; L.T. Visscher, ‘Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland’, *AV&S* 2016, 10.

27 De Claimcode is o.a. te vinden via www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/pdf-algemeen-2013/compljunclaimcodecomm2011.pdf, laatstelijk geraadpleegd op 23 mei 2016. Zie over de totstandkoming en inhoud nader Bauw en Bruinen, op cit. 2.

28 J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, ‘Consultatiedocument “Zelfregulering claimstichtingen”’, *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2010, p. 162; Zie ook: Ch.F. Kroes, ‘Het representativiteitsvereiste voor de collectie actie en de WCAM’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut – Deel 112), Deventer: Kluwer 2012, p. 182-183.

29 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33000 VI, nr. 13, p. 17 en 18; *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 6.

30 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium), r.o. 10.4.

31 Bauw en Bruinen, op cit. 2.

32 Zie o.m. M.G. Faure & n. L.T. Visscher, ‘Een rechtseconomische visie op col-

preventieve werking wordt in recente Europese regelgeving de collectieve schadeclaim bevorderd waar in strijd wordt gehandeld met bijvoorbeeld het mededingingsrecht.³³ Men acht bij verboden prijsafspraken een (forse) boete onvoldoende, ook de schade die individuele consumenten hebben geleden moet worden vergoed. Dit kan worden gezien als een welkome aanvulling op de handhaving door toezichthouders en een extra prikkel om zich aan de regels te houden. Een collectieve actie is, gegeven de doorgaans geringe bedragen per benadeelde, een belangrijk middel om dit systeem te laten functioneren. De bundeling van claims die hierdoor ontstaat, is bovendien veel efficiënter en minder belastend voor het stelsel van rechtspleging dan de afwikkeling van grote aantallen individuele zaken. Daarnaast is de collectieve actie een middel om het zogenaamde ‘free rider’ probleem van individuele acties te beperken. Dit probleem behelst dat benadeelden erop speculeren dat anderen wel een schadevordering zullen instellen en dat zij van een positief rechterlijk oordeel zullen kunnen profiteren. Op die manier worden de kosten van een procedure maar door één of enkele partijen gedragen, terwijl meerdere partijen baat bij de procedure hebben. Door de bundeling in een collectieve procedure worden de kosten per individuele benadeelde lager en zullen zij eerder bereid zijn een bijdrage te leveren en enig risico te dragen. Zo worden de kosten in beginsel door de groep gedragen.³⁴ Tot slot kan de collectieve actie de informatieongelijkheid en ongelijkheid in onderhandelingsmacht tussen aangesprokene (doorgaans grote ondernemingen) en benadeelden (een grote groep van individuen) verkleinen.³⁵ Bij dat laatste spelen claimorganisaties uiteraard een cruciale rol. Zij organiseren tegenmacht aan de kant van benadeelden en dienen daarmee hun belangen. Tegelijk dienen zich in de relatie tussen benadeelden en belangenbehartiger risico’s aan, die verband houden met het zogeheten *principal agent* probleem.³⁶ Zo kunnen de financiële belangen van de benadeelden conflicteren met die van de claimorganisatie. Dit risico doet zich vooral voor indien direct of indirect commerciële motieven een rol spelen aan de kant van de claimorganisatie en wordt versterkt door het verschil in informatiepositie (‘informatie-

asymmetrie’) tussen degenen die de dienst uitmaken binnen de claimorganisatie en de grote groep individuele benadeelden die hun belangen door die organisatie laten behartigen. Deze laatsten zijn voor hun informatie over de collectieve schadeclaim grotendeels afhankelijk van de eerste en dat maakt het voor hen moeilijk om in te schatten of hun belangen adequaat worden behartigd. Ook ontbreekt het hen aan middelen om de deskundigheid, de professionaliteit en de motieven van de claimorganisatie te controleren en hebben niet of nauwelijks invloed op de besluitvorming.³⁷ Dat laatste speelt vooral bij claimstichtingen, omdat bij deze rechtsvorm het bestuur aan niemand verantwoording hoeft af te leggen.³⁸ Bij dit alles speelt wederom het *free rider* probleem. Veel benadeelden zullen weinig moeite doen om de claimorganisatie te controleren, omdat zij verwachten dat een andere benadeelde dit wel zal doen of wellicht dat de overheid daar wel toezicht op zal houden.³⁹ Waar het gebrek aan toezicht en transparantie toe kan leiden, blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 30 juni 2016, waarin het bestuur van de Stichting Loterijverlies werd geschorst en een tijdelijk bestuurder benoemd die moet doen naar aard en omvang van een aantal ‘schimmige’ financiële transacties.⁴⁰ Tot slot, wordt bij collectieve schadeacties het *principal agent* probleem, anders dan bijvoorbeeld in de cliënt-advocaatrelatie, niet tegengegaan door beroepsregels en tuchtrechtspraak.⁴¹

De Claimcode beoogt de zojuist genoemde risico’s tegen te gaan, door claimorganisaties aan een aantal elementaire

Het doel van de belangenbehartiger zal primair zijn om voor de groep van benadeelden die zij vertegenwoordigt tot een bevredigende schade-regeling in een collectieve schikking te komen

principes te binden die verband houdt met het *principal agent* probleem (‘*principle based* zelfregulering’).⁴² Deze principes worden vervolgens uitgewerkt in een aantal nadere bepalingen (‘uitwerkingen’). Daarbij is het uitgangspunt dat belangenorganisaties kunnen afwijken van de code, indien zij daar goede redenen voor kunnen aanvoeren die zien op (bijvoorbeeld de aard en omvang)

lectieve actie’, in: M.G. Faure, L.T., Visscher, I.N. Tzankova, *Collectieve acties (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2015)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 11.

33 PB L 349/1.

34 Faure & Visscher, op. cit., p.31. Zij het dat in geval van een collectieve schikking die verbindend wordt verklaard ook benadeelden kunnen profiteren, zonder dat zij waren aangesloten bij een claimorganisatie.

35 L.T. Visscher, ‘Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland’, *AV&S* 2016, 10.

36 Van den Bergh & Visscher, op. cit., p. 5-30. Het *principal agent* probleem in de context van collectief verhaal verschilt enigszins van de meer klassieke *principal agent* relatie, aangezien er in het eerstgenoemde geval meerdere *principals* zijn. Zie ook: I. Tillema, ‘De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (23) 2014-5, noot 61 met verwijzing naar I.N. Tzankova, J. Kortmann, ‘Remedies for Consumers of Financial Services: Collective Redress and Improvement of Class Representation’, *European Journal of Consumer Law*, 2010, p. 126.

37 Faure & Visscher, op. cit., p. 31. Zie ook: I.N. Tzankova, ‘Kwaliteitsbewaking van belangenbehartiging bij collectieve acties en massaschade’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut – Deel 104), Deventer: Kluwer 2010, p. 135-160, p. 138-142.

38 De meeste claimorganisaties zijn een stichting. Voor de achtergrond hiervan zij verwezen naar J.M.K.P. Corengoor, ‘Collectieve acties en belangenorganisaties in hun verschijningsvormen’, in: F.M.A. ‘t Hart, *Collectieve acties in de financiële sector* (NIBE-SVV – Financieel Juridische Reeks 1), Den Haag: DeltaHage 2009, p. 13-34, p. 26 en J.H. Lemstra, ‘Belangenorganisaties als procespartij’, in dezelfde bundel, p. 40.

39 Faure & Visscher, op. cit., p. 31.

40 ECLI:NL:RBNHO:2016:5331.

41 Tillema op. cit. 35.

42 Zie voor het navolgende ook Bauw en Bruinen, op cit. 2.

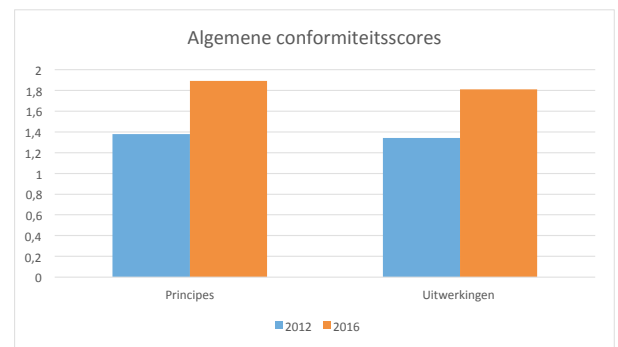
van hun organisatie (*'comply or explain'*).⁴³ Deze uitleg dient te worden opgenomen in het *'governance'* document dat zij jaarlijks dienen uit te brengen en publiek dienen te maken, bijvoorbeeld door plaatsing op hun website.⁴⁴ De code verplicht tot de instandhouding van zo'n website waarop alle voor deelnemers van belang zijnde informatie is te vinden, zoals informatie over de kosten van deelname, de aard en werkwijze van de organisatie, de cv's van de leden van het bestuur en de raad van toezicht, een overzicht van gerechtelijke procedures en de inhoud van door de organisatie gesloten vaststellingsovereenkomsten. Als een website ontbreekt, moet de informatie op een andere wijze kosteloos aan de deelnemers worden verstrekt. Verder stelt de Claimcode eisen aan de financiële degelijkheid, samenstelling⁴⁵ en deskundigheid⁴⁶ van het bestuur van de claimorganisatie en eist de instelling van een (onafhankelijke) raad van toezicht (hierna: 'RvT'). De RvT houdt toezicht op de financiële gang van zaken van de organisatie (inclusief de hoogte van de vergoedingen van de bestuurders)⁴⁷ en de in dat verband benodigde verslaglegging. Daarnaast moet de RvT worden betrokken bij 'ingrijpende' besluiten, zoals het sluiten van een vaststellingsovereenkomst over de afwikkeling van de schadevergoeding, en bij wijzigingen van de *'governance'* structuur. Daarmee vervult de RvT een spilfunctie bij de controle op en de transparantie van de claimorganisatie. De Claimcode geldt vanaf 1 januari 2012 voor alle claimorganisaties.

4. De onderzoeksresultaten

Beide conformiteitsonderzoeken zijn als volgt opgezet.⁴⁸ Via het Handelsregister, het internet en informatie van een aantal deskundigen is een inventarisatie gemaakt van actieve claimorganisaties. Van deze organisaties zijn de statuten opgevraagd en vergeleken met de principes

- 43 Voor kleine organisaties geldt een lichter regime dan voor grotere organisaties; zij hoeven niet aan alle eisen te voldoen. Van een kleinere organisatie is sprake indien zij maximaal 1000 'aangeslotenen' vertegenwoordigen, die per individu niet meer dan € 1.000 schade hebben geleden en van wie een bijdrage van niet meer dan € 100 wordt gevraagd. Opmerking dient te worden gemaakt dat in onderhavig onderzoek veelal niet was vast te stellen of een organisatie tot de 'kleine organisaties' behoorde, aangezien het vaak niet te achterhalen was hoeveel belanghebbenden zij vertegenwoordigde en hoeveel schade die belanghebbenden hadden geleden.
- 44 Indien de organisatie geen website heeft, moet zij de informatie kosteloos op een andere wijze toegankelijk maken. Zie ook principe III, uitwerkingen 7 en 8 van de Claimcode.
- 45 Deze eisen beogen (de schijn van) belangenverstrengeling tussen personen in het bestuur, de RvT en de bezoldigde adviseur van de organisatie te vermijden.
- 46 Zo moet minimaal één lid van het bestuur een jurist zijn die beschikt over de specifieke ervaring en juridische expertise die noodzakelijk is voor een adequate belangenbehartiging. Dezelfde eis geldt voor de RvT. Voor de RvT geldt voorts ook dat één lid over financiële expertise beschikt.
- 47 De vergoedingen van de bestuurders worden vastgesteld door de RvT, de vergoedingen van de leden van deze laatste worden vastgesteld door het bestuur en de RvT gezamenlijk.
- 48 Voor een uitgebreide methodologische verantwoording zij verwezen naar het volledige onderzoeksrapport.

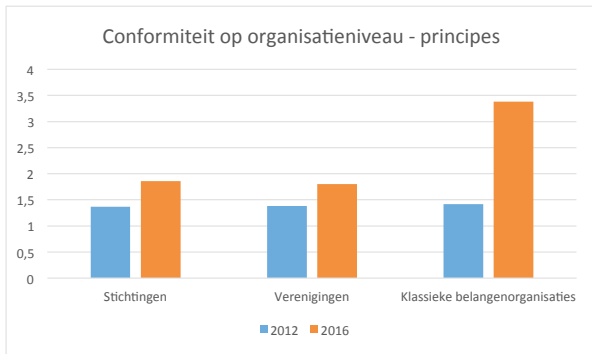
en uitwerkingen van de Claimcode. Naargelang de conformiteit werden deze gescoord op een schaal van 1-4. Bij het eerste nalevingsonderzoek in 2012 werden 50 claimorganisaties geïdentificeerd, bij het herhalingsonderzoek in 2016 waren dat er 66. Voor het overgrote deel betrof het stichtingen. Daarnaast is een enquête onder de organisaties uitgezet, zijn de websites bekeken op voor de Claimcode relevante informatie en, indien dat relevant was, zijn de algemene voorwaarden en/of participatieovereenkomsten, die de organisaties hanteren, onderzocht. De resultaten van de twee metingen zijn op hoofdlijnen weergegeven in de drie tabellen, die wij hierna zullen toelichten. Voor een uitgebreide weergave zij verwezen naar het rapport.



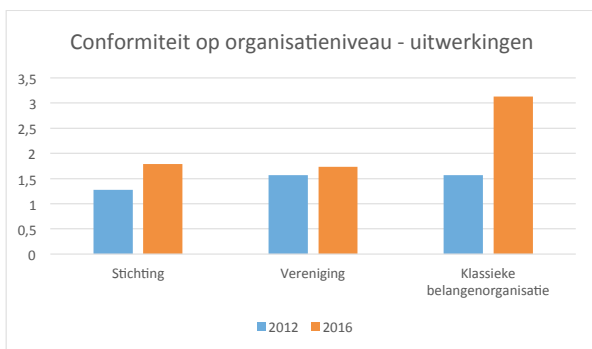
Tabel 1

Tabel 1 laat zien dat de conformiteit van de statuten met de principes en de uitwerkingen in de Claimcode is verbeterd. De gemiddelde score op principeniveau is (voor de zes principes) gestegen van 1,38 naar 1,89, een stijging van 137%. Opmerkelijk is dat in 2012 de meeste organisaties nog 'zeer laag' scoorden, terwijl in 2016 geen van de onderzochte organisaties een dergelijke score heeft behaald. De meeste organisaties scoren nu 'laag' of 'gemiddeld' op de conformiteit. De conformiteit is voornamelijk verbeterd ten aanzien van de eisen die zien op de samenstelling en vertegenwoordiging van het bestuur. Opvallend is ook dat de conformiteit met betrekking tot de naleving van de Claimcode (principe I) en de onafhankelijkheid van belangenorganisaties in beide metingen sterk achterblijft. De gemiddelde score op uitwerkingsniveau (voor de 27 uitwerkingen) steeg van 1,34 naar 1,81. Een stijging van 135%, die is toe te schrijven aan het feit dat de meeste organisaties in 2016 'gemiddeld' scoorden, terwijl in 2012 bijna alle uitwerkingen nog 'zeer laag' scoorden. Ook hier is de verbeterde score vooral te danken aan het feit dat de organisaties de eisen omtrent de samenstelling van het bestuur beter naleven.

Uit tabel 2 en 3 blijkt dat vooral klassieke belangenorganisaties een grote inhaalslag hebben gemaakt. Op principeniveau scoorden ze gemiddeld 3,38 vergeleken met 1,86 (stichtingen) en 1,80 (verenigingen). Op uitwerkingenniveau scoorden ze 3,13 vergeleken met 1,79 (stichtingen) en 1,73 (verenigingen). Onder een 'klassieke belangenorganisatie' verstaan wij een organisatie die een (veel) bredere doelstelling heeft, dan het opkomen voor



Tabel 2



Tabel 3

benadeelden bij een of meerdere schadeclaims. Het betreft hier de van oudsher bekende verenigingen als de Vereniging van Effectenbezitters, Vereniging Eigen Huis en de Consumentenbond. De progressie bij stichtingen en (overige) verenigingen zijn aanzienlijk kleiner. Bij de eerste meting was dit verschil nog niet zichtbaar. De hoge scores van de klassieke organisaties zijn overigens nauwelijks te danken aan een statutenwijziging, maar aan een op de website geplaatst *governance* document, waarin zij vermelden dat zij de Claimcode naleven en hoe zij dat doen. Opvallend hierbij is dat de andere organisaties die de vorige keer al waren meegenomen in het onderzoek juist geen enkele verbetering in de scores laten zien.

Als wordt ingezoomd op de scores van de afzonderlijke organisaties is een verschuiving te zien. Veel meer organisaties scoren 'zeer hoog' dan in 2012, namelijk dertien belangenorganisaties. Vier jaar geleden scoorde nog geen enkele organisatie 'zeer hoog' op principeniveau. Ook op uitwerkingenniveau is deze stijging te zien; in 2012 scoorde één organisatie 'zeer hoog', terwijl dat er nu veertien zijn. Opvallend is dat de scores per claimorganisatie in 2016 veel meer uiteenlopen dan in 2012. Er lijkt een waterscheiding te ontstaan tussen organisaties die laag tot zeer laag scoren en organisaties die zeer hoog scoren. Er zijn weinig gemiddelde scores. Claimorganisaties lijken ervoor te hebben gekozen of de Claimcode (vrijwel) geheel na te leven, of deze links te laten liggen. De conclusie die op basis van de enquête in het eerste onderzoek werd getrokken, dat de code 'slechts serieus (wordt) genomen door de organisaties die voorheen ook al verantwoord te

werk gingen' lijkt te zijn bewaarheid.⁴⁹

Tot slot is het interessant dat de verschillende scores ook te verklaren zijn door de oprichtingsdata van de claimorganisaties, met name bij de organisaties die 'zeer laag' of 'zeer hoog' hebben gescoord. Zo bestond de eerste groep voornamelijk uit organisaties met een wat oudere oprichtingsdatum (de mediaan lag op 2010), terwijl de tweede groep bestond uit organisaties die, behoudens de klassieke belangenorganisaties, allemaal na de invoering van de Claimcode waren opgericht (de mediaan lag op 2015).

5. Bijvangst

De data die ten behoeve van het conformiteitsonderzoek zijn verzameld, leveren als 'bijvangst' informatie op over de ontwikkelingen die 'het veld' van claimorganisaties in de afgelopen jaren heeft doorgemaakt. Wat opvalt, is dat, anders dan in 2012, een aantal personen en organisaties vaak voorkomt als oprichter of bestuurder van een stichting of vereniging. Zij doen hier ook niet geheimzinnig over, maar lijken het eerder als een 'verkoopargument' te gebruiken. Zo hebben bijvoorbeeld Consumentenclaim⁵⁰

Belangrijker is echter of benadeelden hun keus om zich aan te sluiten bij een claimorganisatie laten bepalen door de vraag of die organisatie conform de code opereert

en Meldpunt Collectief Onrecht⁵¹ een website waar de verscheidene claims genoemd worden en zij zich afficheren als specialist of expert als het gaat om collectieve acties.

Daarnaast is het opvallend dat eerder dan voorheen een affaire of misstand die aandacht krijgt in de media al snel leidt tot de oprichting van vaak meerdere claimorganisaties. Een voorbeeld biedt de Volkswagen-affaire waarvoor in het afgelopen jaar vijf stichtingen voor benadeelden zijn opgericht.⁵²

Een derde ontwikkeling is die in de financieringsmodellen van de organisaties. Voor zover deze konden worden achterhaald,⁵³ bleek het overgrote deel van de organisaties te werken met een *success fee*, die vaak varieerde tussen de 15% en 25%, in combinatie met *no cure no pay* (dertien organisaties) of met een *entry fee* (drie organisaties). Daarnaast waren er negen organisaties die de deelnemers

49 Bauw en Bruinen, op. cit. 2.

50 Consumentenclaim is een B.V. die veel stichtingen onder haar hoede heeft. Ook heeft zij Vereniging Woekerpolis opgericht.

51 Stichting Meldpunt Collectief Onrecht initieert op eigen naam procedures, maar heeft ook enkele ad-hoc stichtingen opgericht voor specifieke claims.

52 Hiertoe behoren: Consumers Lead Emissions Accountability Network (CLEAN), Volkswagen Audicclaim, Volkswagen Car Claim, Volkswagen Investor Claim, Volkswagen Investor Settlement Foundation.

53 Bij sommige organisaties was het niet meer mogelijk om je aan te melden, waardoor dit niet meer te achterhalen was. Bij andere organisaties stond deze informatie simpelweg niet op de website of in een apart deelnemingsdocument genoemd.

enkel een *entry fee* lieten betalen. Verder waren er tien organisaties (veelal verenigingen) die een lidmaatschap of contributie hadden ingesteld (waarbij soms de lidmaatschapsgelden over de jaren minder werden). Ook was er één organisatie die op de website had aangegeven gebruik te maken van *third party funding*, waarbij een derde partij (veelal investeerder) (een deel van) de kosten op zich nam, dit in combinatie met een *success fee*.⁵⁴ Welke afspraken door de claimorganisatie met de *third party funder* zijn gesloten, onttrekken zich aan de waarneming. Opmerkelijk was dat zes organisaties aangeven dat er geen kosten aan deelname waren verbonden, terwijl niet kon worden

Wetgeving mag de positieve effecten van het collectief actierecht op het machtsevenwicht, de handhaving van aanspraken van gedupeerden en de preventieve werking van het recht niet ondergraven

achterhaald – aan de hand van de website, participatieovereenkomsten of algemene voorwaarden – of er een *success fee* aan verbonden was.

Tot slot, kan worden geconstateerd dat het bij het overgrote deel van de onderzochte organisaties gaat om collectieve schadeclaims in de sfeer van de financiële aansprakelijkheid.⁵⁵ Op het totaal van 66 behartigen 46 organisaties de belangen van benadeelden van (verkeerde advisering omtrent) financiële producten of beleggingen. De één na grootste groep betrof organisaties die zich richtten op schade die consumenten hebben geleden.⁵⁶ In de resterende gevallen ging het om de klassieke belangenorganisaties, die zich richtten op een veelheid aan typen schades, belangenorganisaties die voor een bepaalde branche opkwamen en overheidsaansprakelijkheid.

6. Conclusies

Er kan worden geconcludeerd, dat de naleving van de Claimcode een verbetering laat zien.⁵⁷ Ondanks deze verbetering wordt het doel van de Claimcode echter maar in beperkte mate behaald. Het conformiteitsniveau is ook in 2016 nog slechts ‘gemiddeld’. De conformiteit is voornamelijk verbeterd wat betreft de eisen die worden gesteld aan het bestuur, terwijl de principes met betrekking tot de naleving van de Claimcode en de onafhankelijk-

heid van het toezicht van belangenorganisaties sterk achterblijven. De verbetering is verder vrijwel geheel toe te schrijven aan de ‘vertrouwde’ klassieke belangenorganisaties en er is een duidelijk onderscheid ontstaan tussen de organisaties die zich conformeren en die de Claimcode geheel lijken te verwerpen.

Als we dit alles proberen te verklaren, dan kan aan het volgende worden gedacht. Een eerste voor de hand liggende verklaring voor het verbeterde gemiddelde conformiteitsniveau onder alle organisaties is dat de bekendheid van de Claimcode in de afgelopen jaren sterk is verbeterd. Bij het eerste onderzoek is de kanttekening gemaakt dat het onderzoek snel na inwerkingtreding had plaatsgevonden en de Code daarom ‘wellicht nog onvoldoende gelegenheid (had) gekregen om zich in het bewustzijn van de betrokken organisaties te nestelen’.⁵⁸ Van de door middel van de enquête ondervraagde belangenorganisaties bleken in 2016 vrijwel alle bekend met de Claimcode en het overgrote deel ook bekend met de precieze vereisten.⁵⁹ Slechts twee respondenten gaven aan helemaal niet bekend te zijn met de Claimcode. Toch is ondanks deze toegenomen bekendheid het conformiteitsniveau nog niet hoog of zeer hoog, maar slechts gemiddeld. Dat kan er op duiden dat het draagvlak voor de code ook na bijna vijf jaar (nog) niet heel groot is. De aanwijzingen daarvoor uit het vorige onderzoek worden in het nieuwe bevestigd. Een aantal organisaties is (nog steeds) ontevreden over de gang van zaken ten tijde van de totstandkoming van de Claimcode. Zo stelde een organisatie dat de Claimcode was opgesteld door ‘een kleine elite die zich heer en meester waant over massaschade claims’, en geeft een ander aan teleurgesteld te zijn in het feit dat zij nooit zijn uitgenodigd voor de overleggen over het opstellen van de Claimcode. Het is lastig deze weerstand tegen de code te duiden. Enerzijds kan men zich oprecht niet betrokken voelen bij het proces van zelfregulering en de uitkomst daarvan. Anderzijds kan men het gebruiken als een excuus om zich niet aan een aantal elementaire regels van *good governance* te hoeven houden. De lezer mag zelf zijn oordeel vormen.

Daarnaast kan een verklaring voor een deel worden gevonden in het feit dat een aantal stichtingen door een commercieel ‘moederbedrijf’, dat zelf (omdat het geen stichting of vereniging, maar een BV is) geen collectievactie kan initiëren of als WCAM onderhandelingspartij kan optreden, enkel wordt opgericht als mogelijk vehikel voor een specifieke schadeclaim dat die mogelijkheden wel biedt. Het belangrijkste voorbeeld is de BV Consumentenclaim), die (o.a.) de stichtingen Beeldbuisclaim, Fortisclaim, Massaclaims (NS-claim) en de Vereniging Woekerpolis.nl beheert. In de enquête wordt door een dergelijke organisatie gemeld dat zij de intentie heeft om de Claimcode na te leven op het moment dat een procedure daadwerkelijk gaat

54 Zie nader over het verschijnsel *third party funding* en de voor- en nadelen daarvan W.H. van Boom & J.L. Luiten, ‘Procesfinanciering door derden’, *RM Themis* 2015-5, p. 188 e.v. De Aanbevelingen van de Europese Commissie stellen een aantal voorwaarden aan de toelaatbaarheid van deze vorm van financiering, zie aanbeveling 16.

55 Daarbij ging het om zowel beleggers (professioneel én particulier) als consumenten.

56 Voorbeelden hiervan zijn: Volkswagen-affaire en Staatsloterij.

57 Door een klein verschil in de onderzoekssystematiek tussen de eerste en tweede meting is er een afwijkingmarge van 11% op principeniveau en 3% op uitwerkingenniveau. Dit leidt niet tot andere conclusies.

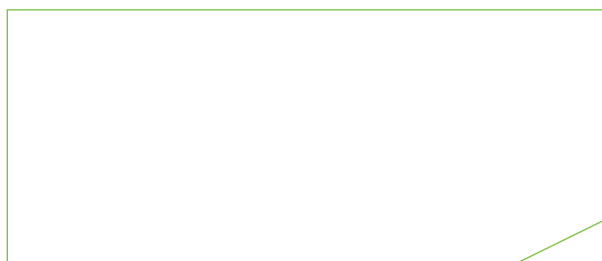
58 Bauw en Bruinen, op. cit. 2.

59 De respondenten gaven aan bekend te zijn geraakt met de Claimcode via: vakliteratuur, nieuws, collega’s en internet. Daarnaast waren er twee respondenten die aangaven betrokken te zijn geweest bij de totstandkoming van de Claimcode.

lopen. Voor die tijd acht zij dat kennelijk nog niet nodig. Op basis van de conclusies en duiding komen wij tot de volgende aanbevelingen. Allereerst kan worden overwogen om de Claimcode op (nog nader te bepalen) onderdelen aan te passen na overleg met meer (en wellicht andere) *stakeholders*. Dit zou niet alleen het draagvlak onder belangenorganisaties kunnen verbeteren (waar nog steeds een probleem ligt, zo bleek eerder), maar wellicht ook de kwaliteit en praktische toepasbaarheid van de code. Er moet niet worden vergeten dat er nu een aantal jaren ervaring is opgedaan met de code en dat de wetgeving en het veld waarin organisaties opereren in die tijd op een aantal onderdelen veranderd is. Er is daarom wel wat te zeggen voor evaluatie en aanpassing. Een aantal organisaties die positief stond tegenover de code gaven dit ook met zoveel woorden aan. Aan de andere kant is de code al zo opgezet dat afwijking ervan mogelijk is, mits dit wordt beargumenteerd (*'comply or explain'*), zodat aanpassing weer minder in de rede ligt. Wil men echter de code handhaven als geloofwaardig zelfreguleringsinstrument, dan zal er wel iets moeten gebeuren.

Als aanpassing niet wenselijk is of haalbaar blijkt, dan komt het alternatief voor zelfregulering in beeld en moet wettelijke verankering van de (eventueel aangepaste) Claimcode worden overwogen. Een dergelijke verankering kan worden meegenomen in de herziening van het Voorontwerp dat hiervoor is besproken. Het meest voor de hand ligt dan om de eisen van de Claimcode op te nemen in de wet en te verbinden aan de ontvankelijkheid van claimorganisaties. Zoals hiervoor gemeld, is een dergelijke koppeling ook nu op een indirecte wijze gemaakt in de toelichting op art. 3:305a lid 2, laatste zin, en in uitspraak van het Hof Amsterdam in een WCAM-zaak,⁶⁰ maar tot op heden heeft dit nog maar beperkt effect. De uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant waaraan hiervoor werd gerefereerd, biedt in dit opzicht enig perspectief, maar of de lijn die daar is ingezet zal worden overgenomen en hoe streng deze zal uitpakken waar het gaat om de toetsing aan de eisen van de Claimcode, kan op dit moment nog niet

worden ingeschat. Het is de vraag of de wetgever hier op wil wachten. Onze aanbeveling strookt in dit opzicht met de aanbevelingen van de 'Juristengroep uitvoering motie Dijkzema', die zien op aanpassing van het Voorontwerp.⁶¹ Bij die aanbevelingen vragen wij ons echter wel af of die niet te ver gaan en het risico lopen het kind met het badwater weg te gooien. De juristengroep stelt (zeer kort gezegd) voor om, afgezien van het voldoen aan de eisen van de Claimcode, collectieve acties te registreren en de rechter een organisatie als exclusieve belangenbehartiger aan te laten wijzen die, met uitsluiting van alle andere organisaties, de benadeelden in een collectieve actie mag vertegenwoordigen. Wij kunnen ons voorstellen dat het nogal bureaucratische systeem dat de Juristengroep in het leven wil roepen inderdaad zal leiden tot een waterdichte conformiteit met eisen die nog verder gaan dan de Claimcode, zodat de *governance* risico's voor benadeelden worden weggenomen. De vraag is echter of er zich in dat stelsel nog voldoende organisaties zullen aandienen die de collectieve belangenbehartiging van benadeelden op zich willen nemen en of het niet ten koste zal gaan van de effectiviteit van het collectief actierecht. Wetgeving zou de positieve effecten die dit recht heeft op het machtsverwicht tussen benadeelden en schadeveroorzakende bedrijven, de handhaving van aanspraken van gedupeerden en de preventieve werking van het recht niet onnodig mogen ondergraven. Bij alle aandacht voor de 'wildgroei' waarvan blijkens ons onderzoek deels sprake is, mag dit niet uit het oog worden verloren.



60 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (Converium), r.o. 10.4.

61 Zie *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2016, nr. 3 en 4, p. 74 e.v., aanbeveling 1.