

# 278. Ontvankelijkheid van een 305a-organisatie

MR. K. RUTTEN

Aan de hand van een aantal recent gewezen uitspraken worden in deze bijdrage de ontvankelijkheidsvereisten besproken dat een 305a-organisatie een toereikende statutaire doelomschrijving moet hebben, de belangen waarvoor wordt opgekomen zich voor bundeling lenen en dat deze voldoende gewaarborgd zijn. Dit laatste vereiste staat per 1 juli 2018 vijf jaar in de wet (art. 3:305a lid 2 laatste zin BW). Dat is de reden dat het zwaartepunt van deze bijdrage ligt bij de elf mij bekende uitspraken waarin dit vereiste aan de orde is gekomen.

## Inleiding

De ontvankelijkheid van een 305a-organisatie blijft de gemoederen bezig houden; ondanks dat het betreffende artikel reeds 1 juli 1994 in werking is getreden en de reikwijdte van het merendeel van de vereisten waaraan een 305a-organisatie moet voldoen om ontvankelijk te worden verklaard, in vergaande mate uitgekristalliseerd is, komt het in de praktijk nog steeds voor dat een 305a-organisatie<sup>1</sup> aan (een groot deel van) deze vereisten niet voldoet.<sup>2</sup> Aan de hand van een aantal recent gewezen uitspraken worden in deze bijdrage de ontvankelijkheidsvereisten besproken dat een 305a-organisatie een toereikende statutaire doelomschrijving moet hebben, de belangen waarvoor wordt opgekomen zich voor bundeling lenen en dat deze voldoende gewaarborgd zijn. Dit laatste vereiste staat per 1 juli 2018 vijf jaar in de wet (art. 3:305a lid 2 laatste zin BW). Dat is de reden dat het zwaartepunt van deze bijdrage ligt bij de elf mij bekende uitspraken waarin dit vereiste aan de orde is gekomen.<sup>3</sup>

## De vijf vereisten voor ontvankelijkheid van een 305a-organisatie

Aan de volgende vijf vereisten dient een 305a-organisatie te voldoen om ontvankelijk te worden verklaard (art. 3:305a

lid 1 BW): (1) het moet gaan om een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, (2) met een toereikende statutaire doelomschrijving en (3) de belangen waarvoor de 305a-organisatie opkomt, moeten gelijksoortig zijn en zich zodoende voor bundeling lenen, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden wordt bevorderd. Verder geldt dat (4) de 305a-organisatie in de gegeven omstandigheden voldoende getracht moet hebben het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde partij te bereiken en (5) de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn (art. 3:305a lid 2 BW), waaronder tevens wordt begrepen dat de 305a-organisatie voldoende belang moet hebben bij de rechtsvordering (art. 3:303 BW). De rechter mag niet ambtshalve een 305a-organisatie niet-ontvankelijk verklaren. De gedaagde zal zich erop moeten beroepen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.<sup>4</sup>

Het vereiste (1) dat het moet gaan om een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die een procedure op grond van art. 3:305a BW start, wordt niet besproken in deze bijdrage, omdat dit vereiste niet vaak tot discussie leidt.<sup>5</sup> Evenmin wordt stilgestaan bij het overleg-vereiste (4), omdat uit de jurisprudentie blijkt dat dit vereiste meer een formaliteit is geworden.<sup>6</sup>

1 Onder een '305a-organisatie' versta ik een stichting of vereniging met volledig rechtsbevoegdheid die op grond van art. 3:305a BW een procedure aanhangig maakt.  
2 Zie bijv. Rechtbank Oost-Brabant 18 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4912, r.o. 4.1-4.6.  
3 De uitspraken tot en met 1 juni 2018 zijn verwerkt.

4 *Kamerstukken 22 486*, nr. 5, p. 16.

5 Een enkele exotische uitspraak daargelaten. Zie Rechtbank Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:504, r.o. 4.5-4.7.

6 Rechtbank Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.11; Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800, r.o. 6.9; Rechtbank Den Haag 24 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2809 (*Stichting We Gaan Ze Halen*), r.o. 4.4; Rechtbank Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:303, r.o. 4.4. Vgl. Rechtbank Oost-Brabant 18 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4912, r.o. 4.5, waaruit volgt dat een enkele sommatie onvoldoende is.

## Een toereikende statutaire doelomschrijving

Om te voldoen aan dit vereiste dient de 305a-organisatie (i) ook feitelijk de belangen van de belanghebbenden te behartigen, (ii) zoals zij zich volgens de statutaire doelomschrijving ten doel heeft gesteld. Daarvan is veelal sprake.<sup>7</sup> Recentelijk oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden echter dat de statutaire doelomschrijving van de Stichting Waardevermeerdering door Aardbevingen Groningen (WAG) niet voldeed aan de tekst en strekking van art. 3:305a lid 1 BW, omdat zij volgens haar doelomschrijving de belangen van haar deelnemers behartigt.<sup>8</sup> De deelnemers zijn de eigenaren van de onroerende zaken die gelegen zijn in het gebied waar aardbevingen als gevolg van de NAM voorkomen. De statutaire doelomschrijving bepaalt niet dat de WAG de belangen behartigt van (al) diegenen die schade hebben geleden aan hun onroerende zaken als gevolg van gaswinning door de NAM. Daarbij verwijst het Hof naar de door de NAM aangehaalde wetsgeschiedenis dat art. 3:305a BW niet de mogelijkheid biedt om in rechte op te komen voor enkel eigen leden of aangeslotenen. Indien een belangenorganisatie dat wenst te doen, dient op grond van volmacht of lastgeving te worden geprocedeerd.<sup>9</sup> Op dezelfde gronden heeft de Rechtbank Amsterdam drie maanden later Stichting GIN niet in haar vordering ontvangen, omdat zij volgens de statutaire doelomschrijving enkel voor de bij haar aangesloten participanten in het bomenparticipatiefonds Groei Invest Nederland (GIN) optrad.<sup>10</sup> Deze 305a-organisatie heeft na het uitbrengen van de dagvaarding dit gebrek in haar doelomschrijving gerepareerd, door de reikwijdte van haar statutaire doelomschrijving zodanig te wijzigen dat deze zich uitstrekt tot alle participanten in het bomenparticipatiefonds GIN (in plaats van enkel de participanten die zich bij de stichting hebben aangesloten). Deze wijziging heeft Stichting GIN niet mogen baten. Het is namelijk niet mogelijk om gedurende het geding de hoedanigheid van de eiseres te wijzigen.<sup>11</sup> Door de wijziging van de doelomschrijving werden de participanten die zich niet bij de stichting hadden aangesloten, alsnog in de procedure betrokken, waardoor de stichting in een andere kwaliteit optrad dan bij aanvang van de procedure.<sup>12</sup> Stichting GIN struikelde over een gebrekkige statutaire doelomschrijving. Ook werden de belangen van de betrokkenen volgens de rechtbank niet adequaat behartigd (art. 3:305a lid 2 BW). Stichting GIN had namelijk onvoldoende weersproken dat

de belangen bij de stichting onvoldoende gewaarborgd zijn.<sup>13</sup> Beide uitspraken zijn mijns inziens juist. Ik zou menen dat, bijzondere omstandigheden daargelaten (zoals spoed), het voor een 305a-organisatie mogelijk moet zijn om op het vereiste van een toereikende doelomschrijving te anticiperen bij de voorbereiding van een procedure. De reikwijdte van dit vereiste staat inmiddels vast en is duidelijk, waardoor de ontvankelijkheid van een 305a-organisatie niet (meer) daarop zou mogen stranden.

## De belangen waarvoor de 305a-organisatie opkomt moeten zich voor bundeling lenen

Uit recente jurisprudentie blijkt dat regelmatig ter discussie staat of een 305a-organisatie opkomt voor gelijksoortige belangen die zich voor bundeling lenen, waarmee een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden is gediend.<sup>14</sup> Zo werd in de collectieve actie van PAL tegen Aegon de Rechtbank Den Haag opnieuw een oordeel gevraagd over de vraag of Aegon de op haar rustende zorgplicht had geschonden wegens een aantal specifieke aspecten van het aandelenleaseproduct Sprintplan, ondanks dat andere collectieve procedures al succesvol waren geweest.<sup>15</sup> Alvorens de Rechtbank Den Haag haar oordeel over de ontvankelijkheid van PAL geeft, zet zij aan de hand van de wetsgeschiedenis het doel en de strekking van de (formele) ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a lid 1 en lid 2 BW uiteen.<sup>16</sup> De Rechtbank Den Haag kijkt in het kader van deze toets (in deze zaak) of de 'nieuwe' collectieve actie in navolging van eerdere collectieve acties aanvullende rechtsbescherming biedt. Volgens de Rechtbank Den Haag is dat niet het geval bij verwijten die wél in de eerdere collectieve acties zijn aangevoerd maar niet succesvol zijn gebleken of (nog) niet zijn beoordeeld, terwijl van nieuwe feiten of bewijs geen sprake is. Bovendien was niet gebleken hoeveel betrokkenen nog daadwerkelijk de collectieve actie steunden. En als dat wel het geval was, of die nog een concreet belang hadden bij de procedure gelet op de verjaringstermijn die gold voor de individuele vorderingen. Nu deze gegevens ontbreken, leidt dit de rechtbank tot het oordeel dat er onvoldoende feitelijke grondslag is voor de aanvullende rechtsbescherming die art. 3:305a BW biedt. De rechtbank voegt hieraan toe dat de representativiteitseis weliswaar formeel niet

7 Uit *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 486, nr. 3 (MvT), p. 20-21, blijkt dat uit activiteiten voor of na de oprichting moet blijken dat de vlag ook daadwerkelijk de lading dekt. Uit de jurisprudentie blijkt dat vrij snel geoordeeld wordt dat een belangenorganisatie zich ten doel stelt de gelijksoortige belangen zoals geïdentificeerd in de doelomschrijving zowel formeel als materieel te behartigen.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden, 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618, r.o. 6.4-6.7.

9 *Kamerstukken* 33 126, nr. 7, p. 10.

10 Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.1-4.6.

11 HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0919.

12 Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.7.

13 Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.16. Zie voor een vergelijkbaar oordeel op dit punt: Stichting Union des Victimes de Déchets Toxiques D'Abidjan en Banlieues; zie Rechtbank Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, r.o. 5.22.

14 HR 26 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Sniijders (*Baas in eigen huis/Plazacasa*), r.o. 4.2.

15 De Hoge Raad liet eerder bijvoorbeeld al een uitspraak van het Hof Amsterdam in stand dat Aegon in haar bijzondere zorgplicht ten aanzien van de aanbieder van dit product tekortgeschoten was (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:2822) en de Hoge Raad oordeelde dat de zogeheten hofformule van het Hof Amsterdam voor de berekening van de schade van de individuele beleggers de toets der kritiek kon doorstaan (HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:BP4003).

16 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.4-4.8.

in de wet staat opgenomen, maar wel in materieel opzicht van belang is, onder meer in verband met de beoordeling of de aanvullende rechtsbescherming van art. 3:305a BW geïndiceerd is.<sup>17</sup> Het ontbreken van gezag van gewijsde van de beslissingen in eerdere collectieve acties voor individuele leden uit de achterban en de 305a-organisatie die daarin geen partij was, doet daaraan niet af, omdat art. 3:303 BW vereist dat PAL (en haar achterban) voldoende belang heeft bij de ingestelde rechtsvordering(en).<sup>18</sup> Zonder noodzaak van aanvullende rechtsbescherming is de vordering niet-ontvankelijk, omdat uit niets blijkt 'dat de wetgever bij een gehele of gedeeltelijke definitieve afwijzing van een rechtsvordering in het kader van een collectieve actie tevens de mogelijkheid heeft willen creëren van een herhaling van zetten in een nieuwe collectieve actie op initiatief van een andere belangenorganisatie op basis van enkel nieuwe argumenten (in essentie: rekenvoorbeelden), zonder nieuwe feiten of bewijsmiddelen. Dit zou ook geen afwijking van de normale regel van procesrecht, inhoudende dat men zelf voor zijn belangen opkomt, rechtvaardigen.' Uiteindelijk komt de Rechtbank Den Haag met betrekking tot het vereiste tot de slotsom 'dat niet aan de orde is een situatie waarin zonder bundeling van de belangen zoals door de belangenorganisatie tot stand gebracht, een efficiënte en/of effectieve rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen niet onaanzienlijk zou kunnen worden bemoeilijkt', zoals art. 3:305a lid 1 BW vereist.<sup>19</sup> Ik kan mij vinden in deze conclusie van de Rechtbank Den Haag. Het toestaan van een 'tweede kans' aan 'nieuwe' 305a-organisaties die op basis van dezelfde feiten en gronden een herkansing wensen, doet niet alleen afbreuk aan de regeling in art. 3:305a BW, maar ook aan de rechtszekerheid in het algemeen en leidt tot een onnodige belasting van de rechterlijke macht. Hoewel strikt genomen geen sprake was van 'ne bis in idem'<sup>20</sup>, lijkt de rechtbank dit beginsel hier wel toe te passen. De positie van de individuele belanghebbenden wordt evenmin geschaad, omdat zij zich kunnen onttrekken aan de collectieve actie om zelfstandig een procedure te starten, indien zij van mening zijn dat hun belangen door de respectieve 305a-organisatie niet adequaat zijn behartigd (art. 3:305a lid 5 BW).<sup>21</sup>

Dat de Rechtbank Den Haag ook welwillend tegenover een vordering op grond van art. 3:305a BW staat, blijkt uit een zaak die de vereniging Woekerpolis.nl tegen Aegon had aangespannen. In deze zaak kwam het vereiste dat de

belangen gelijksoortig moeten zijn en zich zodoende voor bundeling lenen ook aan de orde, maar leidde dat juist tot de conclusie dat vereniging Woekerpolis.nl in haar vordering kon worden ontvangen, ondanks dat zij Aegon ten aanzien van (slechts) drie 'voorbeeldproducten' KoersPlan, VermogensPlan en FundPlan verwijten maakte. De rechtbank oordeelt ten aanzien van deze voorbeeldproducten dat de belangen voldoende gelijksoortig zijn, ook al stond vast dat deze producten – die gemeen hebben dat ze door Aegon werden aangeboden – onderling verschilden en niet aan elkaar gelijk te stellen zijn. De rechtbank oordeelt dat de belangen per voorbeeldproduct voldoende gelijksoortig zijn, nu ieder voorbeeldproduct dezelfde productkenmerken had, 'overwegend' via een tussenpersoon tot stand kwam en bij het aanbieden daarvan 'min of meer' vergelijkbare bescheiden werden verstrekt. Dat de drie voorbeeldproducten onderling wél verschillen vormt dan geen beletsel (meer), aldus de rechtbank, omdat per voorbeeldproduct wordt voldaan aan het vereiste van een voldoende gelijksoortig belang. Het komt een doelmatige en efficiënte procesvoering ten goede als de gelijklopende verwijten ten aanzien van deze producten gelijktijdig worden behandeld.<sup>22</sup>

**Het komt een doelmatige en efficiënte procesvoering ten goede als de gelijklopende verwijten ten aanzien van deze producten gelijktijdig worden behandeld**

Met deze aanpak door de rechtbank wordt voorkomen dat een 305a-organisatie die tegen één gedaagde partij wenst te ageren vanwege eenzelfde verwijt ten aanzien van verschillende (beleggings)producten (diensten of (niet-gedane) mededelingen), dat via separate procedures moet doen, mits ten aanzien van ieder product aan de stelplecht wordt voldaan dat de ingestelde vorderingen strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen die zich lenen voor bundeling. Ik ben van mening dat dit een gewenste uitkomst is.

### De belangen zijn voldoende gewaarborgd

#### Toetsingskader

Per 1 juli 2018 staat 5 jaar in de wet dat een 305a-organisatie niet-ontvankelijk wordt verklaard, indien wordt aangetoond dat met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. Doel hiervan is het weren van 305a-organisaties met onzuivere motieven. Mocht de gedaagde voldoende gemotiveerd betwisten

17 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.16-4.17.

18 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.18-4.24.

19 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.35.

20 Dit beginsel kent het burgerlijk procesrecht strikt genomen niet. Zie hierover AG Wesseling-van Gent in overwegingen 2.10 en 2.11 van haar conclusie voorafgaand aan HR 16 februari 2001, NJ 2001/236 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/142.

21 Zie in gelijke zin en uitgebreid over deze uitspraak: K. Rutten en J.R. Hurenkamp, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2017' in de medio 2018 te verschijnen Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.

22 Rechtbank Den Haag 28 juni 2017, «JOR» 2017/294, m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 2.27. Zie in gelijke zin en uitgebreid over deze uitspraak: K. Rutten en J.R. Hurenkamp, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2017' in de medio 2018 te verschijnen Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation.

dat hiervan sprake is, dan dient de rechter te toetsen (i) of de betrokkenen uiteindelijk baat bij de collectieve actie hebben indien het gevorderde wordt toegewezen en (ii) of de 305a-organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren. In het kader van de beantwoording van deze twee centrale vragen heeft de wetgever een aantal algemene gezichtspunten, waaronder de Claimcode, aan de rechter in overweging gegeven. Deze gezichtspunten zijn evenwel niet doorslaggevend bij beantwoording van de vraag of de belangen voldoende gewaarborgd zijn. Het hangt immers van alle omstandigheden van het geval af of in een concreet geval aan deze open norm is voldaan.<sup>23</sup>

### Deze gezichtspunten zijn evenwel niet doorslaggevend bij beantwoording van de vraag of de belangen voldoende gewaarborgd zijn

Uit de (negatieve) formulering van de toetsingsmaatstaf, namelijk of de belangen ten behoeve van wie wordt opgetreden onvoldoende gewaarborgd zijn, volgt dat een terughoudende rol voor de rechter is weggelegd. Pas bij betwisting dat de belangen voldoende gewaarborgd zijn, zal de rechter dit onderzoeken, aldus de wetgever.<sup>24</sup> Een suggestie in die richting is niet voldoende.<sup>25</sup> Daarbij zal de rechter slechts beperkt in staat zijn tot een dergelijke toetsing. Bovendien wordt de geboden terughoudendheid voor de rechter onderstreept door de overweging van de wetgever dat het niet wenselijk is om 'het oprichten van dergelijke stichtingen die de belangen van anderen beogen te behartigen, te ontmoedigen'.<sup>26</sup> Enkel bij 'ad hoc' 305a-organisaties die 'louter commercieel gedreven zijn'<sup>27</sup> en 'door agressieve werving in staat is geweest een aanzienlijke achterban te verwerven'<sup>28</sup>, 'die de belangen van de personen voor wie zij

opkomen op de tweede plaats hebben staan'<sup>29</sup>, zal de rechter behoren in te grijpen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Sinds 1 juli 2013 is dit ontvankelijkheidsvereiste in elf mij bekende uitspraken aan de orde gekomen; tien uitspraken zijn door een rechtbank en één uitspraak is door een hof geweest. In vijf van deze elf zaken werd de 305a-organisatie niet-ontvankelijk verklaard, (mede) vanwege het beroep van de aangesproken partij op dit (niet-)ontvankelijkheidsvereiste.<sup>30</sup> In zes van de elf zaken werd het beroep op dit vereiste afgewezen.<sup>31</sup> De vraag die na vijf jaar opkomt is of de lagere rechtspraak een eenduidig toetsingskader hanteert, wat de rechtseenheid en -zekerheid ten goede zou komen en forumshopping voorkomt. In de drie door haar gewezen uitspraken waarin dit vereiste aan de orde kwam, heeft de Rechtbank Amsterdam (onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis) overwogen dat in dat kader de twee hiervoor genoemde centrale vragen beantwoord dienen te worden. Bij de beantwoording daarvan dient volgens de rechtbank mede acht te worden geslagen op de volgende drie factoren: (i) het trackrecord van de 305a-organisatie en/of van de organisatie die haar heeft opgericht, (ii) het representativiteitsvereiste en (iii) of aan de principes in de Claimcode is voldaan.<sup>32</sup> De rechtbank merkt expliciet op dat deze elementen afzonderlijk worden onderzocht. Bij lezing van deze nagenoeg gelijklopende overwegingen, lijkt het erop dat de rechtbank over het hoofd ziet dat doorslaggevend is of aan de open norm is voldaan dat de belangen voldoende gewaarborgd zijn. De wetgever overwoog immers dat de drie door de rechtbank genoemde factoren slechts aanwijzingen of voorbeelden van elementen zijn die in ogenschouw kunnen worden genomen. Ook de Rechtbank Den Haag benadrukt in de hiervoor aangehaalde zaak van PAL tegen Aegon dat of de belangen voldoende gewaarborgd zijn, aan de hand van de concrete omstan-

23 Kamerstukken 33 126, nr. 3 (MvT), p. 12-13. Zie voor een bespreking van deze gezichtspunten: K. Rutten, *Art. 3:305a lid 2 BW schiet zijn doel voorbij*, MvV, 2015, nr. 11, p. 320 e.v.

24 Kamerstukken 33 126, nr. 3 (MvT), p. 12. Vgl. *Kamerstukken II 1992-1993*, 22 486, nr. 5, p. 16.

25 Hof Den Haag 18 december 2015, «JOR» 2016/119, m.nt. Fleming, r.o. 4.4 (tweede gedeelte); Rechtbank Gelderland, 3 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5645, r.o. 5.1-5.5; Rechtbank Amsterdam, 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.10; Over de stelplicht en bewijslast ter zake: Rechtbank Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892, r.o. 4.7. Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.13 e.v.

26 Kamerstukken 33 126, nr. 3 (MvT), p. 5.

27 Kamerstukken 33 126, nr. 3 (MvT), p. 5, *Kamerstukken 33 126*, nr. 4, p. 4 en *Kamerstukken 33 126*, nr. 6, p. 6.

28 Kamerstukken 33 126, C, p. 3.

29 Uit de wetsgeschiedenis bij het wetsvoorstel van 16 november 2016; *Kamerstukken 34 608*, nr. 3 (MvT), p. 18, maar onder het huidige recht geldt niet anders. Zie ook dat in het wetsvoorstel 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken' wordt overwogen dat de vraag of de belangen van de 305a-organisatie ten volle kunnen worden behartigd, waarvoor relevant is hoe 'de invloed van de financier op de procedure is geregeld en of die regeling niet in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van de benadeelden' die toetsing 'slechts marginaal' kan plaatsvinden.

30 Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, «JOR» 2016/278, m.nt. Lemstra; Rechtbank Oost-Brabant, 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892; Rechtbank Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841; Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476; Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693.

31 Rechtbank Gelderland, 3 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5645; Rechtbank Noord-Nederland, 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185; Rechtbank Amsterdam, 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848; Hof Den Haag 18 december 2015, «JOR» 2016/119, m.nt. Fleming; Rechtbank Den Haag 18 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807; Rechtbank Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682.

32 Rechtbank Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, r.o. 5.6-5.7; Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.21-4.22; Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.13-4.14.

digheden van het geval dient te worden beoordeeld.<sup>33</sup> Het hangt uiteraard vervolgens van de stellingen van partijen af wat deze omstandigheden zijn, die in het voorliggend geval moeten bepalen of een 305a-organisatie (niet-)ontvankelijk in haar vordering dient te worden verklaard. Uit de uitspraken meen ik in algemene zin af te kunnen leiden dat de Rechtbank Amsterdam echter wel degelijk toetst aan de concrete omstandigheden<sup>34</sup> die door partijen worden voorgelegd en niet enkel vinkjes zet.<sup>35</sup>

### Concrete toetsing

In de uitspraak inzake PAL loopt de rechter aan de hand van de betwistingen door Aegon de gezichtspunten na en betreft zij in haar beoordeling (voor zover kenbaar) alle omstandigheden van dit concrete geval. Dat de rechtbank oordeelt dat PAL over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren, gezien haar feitelijke werkzaamheden in het verleden conform haar statutaire doelstelling, mag niet verbazen. Dat PAL volledig wordt gefinancierd door een commerciële organisatie die de administratie verzorgt, de advocaat heeft ingeschakeld en die met de individuele deelnemers een no cure, no pay-afpraak heeft gemaakt ter hoogte van 20% van een positief resultaat, staat volgens de rechtbank evenmin aan de ontvankelijkheid in de weg. Het namelijk enkel (mede) uit commercieel gewin handelen, brengt (nog) niet mee dat sprake is van 'onzuivere' commerciële motieven. Bovendien is de 305a-organisatie transparant over deze constructie en niet kan gezegd worden dat haar rol illusoir is, wat maakt dat geen sprake is van (i) een constructie om de wet te omzeilen of (ii) misbruik van recht. Daarbij dient volgens de rechtbank een 305a-organisatie te voldoen aan de vereisten in de Claimcode, ook als zij al twaalf jaren geleden is opgericht, niet kwalificeert als een "claim of ad hoc-stichting" en enkel uit vrijwilligers bestaat, nu zij het voeren van collectieve acties en schikkingsonderhandelingen tot doel heeft. Dat PAL niet aan de Claimcode voldoet, doet weliswaar afbreuk aan haar geloofwaardigheid, maar hoeft in de omstandigheden van het geval niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden, bijvoorbeeld als – zoals in deze zaak – vaststaat dat de 305a-organisatie geen winstoogmerk heeft, wordt bestuurd door onbezoldigde vrijwilligers die (deels) zelf ook geraakt worden door de uitkomst van de procedure, transparantie betracht over haar (financierings)constructie en de betrokkenheid van een andere vennootschap die haar ondersteunt op zichzelf niet als ontoelaatbaar kan worden bestempeld.<sup>36</sup> De verwijzing van de rechtbank naar het leerstuk van 'misbruik van recht' duidt er mijns inzien boven-

dien op dat zij – terecht – terughoudend is in haar toetsing of bij PAL de belangen van de betrokkenen onvoldoende gewaarborgd zijn.

### Herstel van gebreken

Uit twee uitspraken blijkt dat bepaalde gebreken in de organisatie en inrichting van een 305a-organisatie gedurende de procedure kunnen worden hersteld, als de hoedanigheid van de organisatie daardoor maar niet wijzigt (zie hiervoor). In de (tweede) zaak die tegen Trafigura is aangespannen, heeft de 305a-organisatie<sup>37</sup> na aanvang van de procedure, de statuten en de governance van de stichting zo aangepast dat deze voldeden aan de principes van de Claimcode, waardoor de 'tekortkomingen' op dat punt niet langer in de weg stonden aan de ontvankelijkheid van die stichting.<sup>38</sup> Deze aanpak steun ik. Dat een 305a-organisatie dit soort gebreken gedurende de procedure kan herstellen, komt namelijk een efficiënte en effectieve rechtsbescherming van de betrokkenen ten goede.

### Representativiteit

In deze uitspraak oordeelt de rechtbank bovendien dat de stichting (slechts) voldoende aannemelijk hoeft te maken dat zij een achterban heeft. Dat er sprake zou zijn van dubbeltellingen van personen die al gecompenseerd zijn, maakt niet dat er geen personen zijn die geen schade hebben geleden. Deze terughoudende toetsing is in lijn met de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis en met de jurisprudentie dat niet alle gedupeerden of belanghebbenden onderdeel van de achterban van de 305a-organisatie hoeven te zijn of deze moeten steunen.<sup>39</sup> Ook in de zaak van Milieudefensie tegen Shell wordt terughoudend getoetst of aan de representativiteitseis is voldaan. Het is volgens het Hof niet zo dat een organisatie met geen of slechts een geringe achterban van direct belanghebbenden per definitie niet voldoet aan de voorwaarde dat de belangen voldoende gewaarborgd zijn. Het kan immers zo zijn dat een beperkt aantal belanghebbenden zich feitelijk heeft aangesloten waardoor nog steeds de belangen van de grotere groep zijn gewaarborgd.<sup>40</sup> Het Hof overweegt daarbij dat voor een ideële organisatie de representativiteitseis niet geldt.<sup>41</sup>

### Claimcode

De wijze waarop de verschillende rechtbanken de 305a-organisaties aan de principes uit de Claimcode toetsen, is nog niet eenduidig. Uit de analyse van de uitspraken blijkt dat de Rechtbank Noord-Nederland en Rechtbank Den Haag van oordeel zijn dat gemotiveerd afwijken van

33 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.8. De Rechtbank Noord-Nederland hanteert een zelfde toets: Rechtbank Noord-Nederland, 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, r.o. 4.1.20-4.1.27.

34 Zie expliciet Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.37.

35 Zie Lemstra hierover in zijn annotatie onder Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, «JOR» 2016/278, m.nt. Lemstra r.o. 18-21.

36 Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.10-4.14.

37 Stichting Victimes des Decehets Toxiques Cote D'Ivoire.

38 Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.25-4.27. Zie ook: Rechtbank Amsterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1682, r.o. 4.6.

39 HR 2 februari 2010, NJ 2011/473, m.nt. H.J. Snijders (*Baas in eigen huis/Plazacasa*), r.o. 4.2 en HR 9 april 2010, NJ 2010/388, m.nt. Alkema (*Clara Wichmann/Staat*), r.o. 4.3.2.

40 *Kamerstukken* 33 126, C, p. 3.

41 Hof Den Haag 18 december 2015, «JOR» 2016/119, m.nt. Fleming, r.o. 4.4 (eerste gedeelte).

de principes van de Claimcode geen afbreuk doet aan een adequate belangenbehartiging. Indien transparantie wordt betracht ten aanzien van de wijze van financiering en het commerciële karakter van de 305a-organisatie zelf, kunnen dat redenen zijn om de 305a-organisatie niet strikt te houden aan de principes van de Claimcode.<sup>42</sup> Daarbij verdient wel opmerking dat de governance van Stichting WAG en PAL, ondanks de gebreken daarin, reeds evenwichtiger voorkomt dan bijvoorbeeld die van Stichting Privacy Claim en Stichting Renteschadeclaim. Gelet op de strikte formulering van de Rechtbank Amsterdam dat na herstel van de 'tekortkomingen' in de governance, die "terecht" waren gesteld, deze niet langer aan de ontvankelijkheid in de weg staan<sup>43</sup>, leid ik af dat de Rechtbank Amsterdam minder gevoelig is voor een toelichting waarom niet aan de Claimcode wordt voldaan. Voor zover het nodig is om af te wijken van de principes van de Claimcode doet een 305a-organisatie er daarom verstandig aan op zorgvuldige wijze te onderbouwen waarom niet aan bepaalde principes wordt voldaan, deze toelichting te publiceren op de website en transparant te zijn over de wijze van financiering.<sup>44</sup>

### De wijze waarop de verschillende rechtbanken de 305a-organisaties aan de principes uit de Claimcode toetsen, is nog niet eenduidig

Bij de vraag in hoeverre de betrokkenen uiteindelijk baat zullen hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen, wordt mede getoetst aan de uitwerking bij principe II van de Claimcode, die, voor zover relevant, luidt:

"Uit de governance van de stichting blijkt dat een natuurlijk persoon noch een rechtspersoon, geheel of gedeeltelijk, over het vermogen en inkomsten van de stichting kan beschikken als ware het zijn, of haar eigen vermogen en inkomsten."

In het kader van deze toets heeft de 305a-organisatie in de (tweede) procedure tegen Trafigura betoogd dat een lichtere toets geldt voor de adequate belangenbehartiging, omdat slechts een verklaring voor recht wordt gevorderd en geen schadevergoeding. De Rechtbank Amsterdam gaat hierin niet mee, omdat deze 'waarborgtoets [...] in deze zaak mede [wordt] ingekleurd door de vraag of en, zo ja, welk deel van een eventuele toekomstige schadevergoeding terecht komt bij de personen voor wie de Stichting stelt op te treden. Voorkomen moet worden dat degenen die een artikel 3:305a BW-procedure initiëren (bestuurders van een stichting, al dan niet gesteund door een financierings-

arrangement) worden toegelaten tot een procedure, indien ofwel onzeker is in hoeverre de belangen van de achterban (die in voorkomende gevallen, zoals hier, meebetaalt) daardoor daadwerkelijk worden gediend ofwel de (commerciële) belangen van de overige betrokkenen de overhand krijgen.<sup>45</sup>

Bij de beoordeling of hieraan is voldaan, betreft de rechtbank de rol van de lokale organisaties uit Ivoorkust. Zonder deze organisaties kan de stichting de belangen van haar achterban niet behartigen. Trafigura trekt in twijfel of de eventueel uit te keren schadevergoeding enkel aan de lokale organisaties ten goede zal komen of ook aan derden. Volgens Trafigura is het namelijk zo dat lokale slachtofferorganisaties en hun presidenten (proberen te) verdienen aan de claims van de slachtoffers en dat het lastig is dit te beheersen. De 305a-organisatie meent dit probleem te kunnen wegnemen door (onder meer) de inschakeling van een zgn. claimsadministrator. Een claimsadministrator distribueert bij omvangrijke schikkingen de gelden naar de belanghebbenden.<sup>46</sup> Uiteindelijk blijft het voor de rechtbank onzeker op welke wijze wordt gewaarborgd dat de eventuele schadevergoeding wordt ontvangen door degenen die daar recht op hebben. Verder is onzeker en blijft onduidelijk hoeveel de lokale organisatie en hun presidenten van de slachtoffers als bijdrage hebben ontvangen en hoe dit in kaart gebracht gaat worden. Tot slot is niet duidelijk of na betaling van de procesfinanciers, die bij succes recht hebben op terugbetaling van de financiering te vermeerderen met driemaal het financieringsbedrag, er nog een reële vergoeding voor de slachtoffers overblijft. Volgens de rechtbank hebben deze onzekerheden en onduidelijkheden reeds tot gevolg dat de belangen van de personen ten behoeve van wie de procedure is ingesteld, niet voldoende zijn gewaarborgd, als gevolg waarvan de stichting niet-ontvankelijk is. Daarnaast loopt de zaak stuk, omdat het hoofddoel van de 305a-organisatie is het verkrijgen van schadevergoeding. Dat is ook de reden dat zij procesfinanciering heeft weten te krijgen. Dat hoofddoel kan vooralsnog niet in een procedure op grond van art. 3:305a BW worden gerealiseerd. De 305a-organisatie heeft uiteindelijk als doel om een schikking met Trafigura te treffen en die verbindend te laten verklaren door het Hof Amsterdam in een procedure op grond van art. 7:907 BW e.v. (WCAM-procedure). Nu Trafigura evenwel expliciet heeft uitgesproken geen schikking met de 305a-organisatie te zullen treffen, omdat in het verleden getroffen schikkingen haar niet gebracht hebben wat zij had verwacht, en de personen voor wie de stichting optreedt evenmin belang hebben bij het weglekken van (te) veel gelden naar derden, oordeelt de rechtbank dat

42 Rechtbank Noord-Nederland, 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, r.o. 4.1.127; Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11807, r.o. 4.14.

43 Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.26-4.27.

44 Zie Principe I van de Claimcode.

45 Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.36.

46 Het Hof Amsterdam heeft reeds uitgemaakt dat als de afwikkeling van de betalingen van de vergoedingen verloopt via de belangenorganisaties gebruik moet worden gemaakt van een onafhankelijke derde (advocaat, accountant of notaris) om toezicht te houden op deze betalingen. Zie Hof Amsterdam 16 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, r.o. 9.3. Naar aanleiding van deze overweging heeft het Hof tijdens de op 16 maart 2018 gehouden zitting desgevraagd uitgesproken dat deze derde geen claimsadministrator mag zijn.

het hoofdoel (schadevergoeding) niet in deze procedure kan worden gerealiseerd en dat deze procedure op grond van art. 3:305a BW geen meerwaarde biedt ten opzichte van het procederen op individuele basis. Omdat niet kan worden vastgesteld dat de achterban uiteindelijk voldoende gebaat is bij de collectieve actie van de stichting indien zij in het gelijk wordt gesteld, worden derhalve de belangen van de achterban van de stichting onvoldoende gewaarborgd geacht. Dit heeft tot gevolg dat de rechtbank de stichting in haar hoedanigheid als 305a-organisatie op grond van art. 3:305a lid 2 BW en de eisen van de goede procesorde niet-ontvankelijk verklaart.

### Door dit gedrag van enkelen ontspringt Trafigura de dans en blijven die slachtoffers met hun schade zitten

Mede omdat een aantal personen aan de reeds met Trafigura getroffen schikkingen heeft verdiend, wordt het voor de slachtoffers van de ramp met Probo Koala, die nog geen vergoeding hebben ontvangen, vooralsnog feitelijk onmogelijk hun schade op Trafigura te verhalen. Door dit gedrag van enkelen ontspringt Trafigura de dans en blijven die slachtoffers met hun schade zitten. Dat is de uiterst wrange uitkomst van deze zaak. Ondanks de (praktische) problemen bij de uitbetaling van de eventuele vergoeding aan de slachtoffers, meen ik dat de rechtbank dit aspect vooralsnog niet doorslaggevend had mogen laten zijn bij de vraag of de slachtoffers gebaat zijn bij de collectieve actie. In beginsel is het namelijk zo dat individuele slachtoffers wel degelijk baat hebben bij de gevraagde verklaringen voor recht in individuele (afzonderlijke) vervolgpcedures. Ondanks dat de beslissing in de collectieve procedure enkel gezag van gewijsde heeft tussen de 305a-organisatie en de gedaagde, laat dat immers onverlet dat een dergelijke beslissing over de onrechtmatigheid ook tot uitgangspunt (moet) word(t) (en) genomen in de afzonderlijke vervolgpcedures,<sup>47</sup> al dan niet op individuele basis. Ten onrechte loont het dat Trafigura zich op het standpunt stelt dat zij niet bereid is om een schikking met de 305a-organisatie te treffen. Dat standpunt mag zij innemen, maar dat zou niet op de wijze mogen doorwerken in de ontvankelijkheidsvraag als het nu doet, ondanks dat de 305a-organisatie via een WCAM-schikking de schade van de slachtoffers wenst te verhalen op Trafigura. De 305a-organisatie wordt daarmee de

mogelijkheid ontnomen om een andere strategie te kiezen door bijvoorbeeld via cessie of lastgeving de schade op Trafigura te verhalen, ondanks dat in onderhavig geval de vraag is of met alle slachtoffers een cessie of lastgeving kan worden overeengekomen. Daarbij geldt dat in het merendeel van de collectieve acties op grond van art. 3:305a BW het uiteindelijk doel is de schade van de gedupeerden op de aangesproken partij te verhalen, bij voorkeur via (een private of WCAM) schikking, en is het geen uitzondering dat de aangesproken partij bij aanvang van de procedure niet bereid is een schikking te treffen. Dat standpunt zou evenwel niet mogen lonen in die zin dat de aangesproken partij geen verantwoording aflegt in een aansprakelijkheidsprocedure.

### Slotsom

Het moge duidelijk zijn dat het geen sinecure is voor een 305a-organisatie om ontvankelijk verklaard te worden. Daarbij blijkt dat aangesproken partijen de laatste jaren (sinds 2016) steeds vaker succesvol zijn met de betwisting dat de belangen van de betrokkenen voldoende gewaarborgd zijn. Dat heeft er onder meer mee te maken dat nog niet alle 305a-organisaties voldoende voorbereid lijken te zijn op dit verweer.<sup>48</sup> Uit de elf uitspraken is af te leiden dat na het uitbrengen van de dagvaarding vaak eerst over de ontvankelijkheid wordt geprocedeerd, waardoor een 'procedure binnen een procedure' ontstaat, en ruim een jaar na het uitbrengen van de dagvaarding (of nog later) vonnis gewezen wordt over de ontvankelijkheid. Mocht de 305a-organisatie ontvankelijk worden verklaard, dan is kostbare tijd verloren gegaan en een groot bedrag van haar 'litigation funding' opgegaan aan het ontvankelijkheidsver-eiste. Hoewel het niet de bedoeling van de wetgever was om het oprichten van ad hoc stichtingen te ontmoedigen, is voorstelbaar dat deze uitspraken dat effect wel hebben. Desondanks ben ik minder somber gestemd. Sommige zeer specifieke zaken daargelaten, ben ik van mening dat het mogelijk moet zijn om een 305a-organisatie zo in te richten dat aan de ontvankelijkheidsvereisten wordt voldaan, zodat zo spoedig mogelijk aan de inhoud van de zaak kan worden toegekomen.

#### Over de auteur

#### Mr. K. Rutten

Mr. Koen Rutten is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV te Utrecht

47 HR 7 november 1997, NJ 1998/268 m.nt. Ma (VEB/Philips), r.o. 3.3.5 en HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*), r.o. 4.8.2. Zie ook *Kamerstukken* 33 126, nr. 7, p. 14.

48 Rechtbank Amsterdam 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693, r.o. 4.16; Stichting Union des Victimes de Déchets Toxiques D'Abidjan en Banlieues; zie Rechtbank Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841, r.o. 5.22.