

Schorsing bestuurder Stichting Loterijverlies.nl

*Mr. J. Nijland en mr. D.O. Ohmann **

Dit artikel signaleert dat rechters recentelijk steeds vaker bereid zijn om in te grijpen in het bestuur van een stichting. Bestuurders van claimstichtingen dienen hierop bedacht te zijn. Daarnaast moeten zij rekening houden met de eisen die de Claimcode en het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen aan (de governance van) een dergelijke stichting stellen.

1 Inleiding

Het rechterlijke toezicht op stichtingsbestuurders lijkt de afgelopen tijd intensiever te zijn geworden. Dit blijkt onder meer uit een recent vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 30 juni 2016.¹ In deze zaak heeft de rechtbank uitspraak gedaan op het verzoek van enkele deelnemers van Stichting Loterijverlies.nl tot ontslag van Breton Limited (hierna: Breton) als bestuurder van voornoemde stichting. In deze bijdrage gaan de auteurs in op de juridische achtergronden van deze uitspraak. In paragraaf 2 en 3 worden daartoe achtereenvolgens de feiten en de uitspraak uiteengezet. In paragraaf 4 wordt het wettelijke kader voor schorsing en ontslag van stichtingsbestuurders toegelicht. In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op (de *governance* van) claimstichtingen en de recente ontwikkelingen op dit vlak. De invloed van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen op de *governance* van (claim)stichtingen en de positie van de (claim)stichtingsbestuurder wordt besproken in paragraaf 6, waarna wordt afgerond met enkele aandachtspunten voor de praktijk (par. 7) en een enkele afsluitende opmerking (par. 8).²

2 Feiten

Verzoekers hebben zich (samen met ongeveer 194.000 andere personen) als gedupeerden van de Nederlandse Staatsloterij (hierna: de Staatsloterij)³ aangemeld bij Stichting Loterijverlies.nl (hierna tevens te noemen: de Stichting). Bij verzoekers leefde ongenoegen over de wijze waarop bij de Staatsloterij de winnende loten werden getrokken. De Hoge Raad overwoog daaromtrent in 2015 dat de Staatsloterij schuldig is aan misleiding omdat zij van 2000 tot 2008 in haar externe communicatie sprak over 'gegarandeerde' prijzen, terwijl deze prijzen wer-

den getrokken uit een pot waarin ook de niet-verkochte loten zaten.⁴ Stichting Loterijverlies.nl is op 3 juli 2008 door Loterijverlies.nl B.V. (hierna tevens te noemen: de Vennootschap) opgericht, met als voornaamste doel om de belangen van gedupeerden van kansspelen te behartigen. De heer Ferdy Roet is extern het gezicht van Stichting Loterijverlies.nl en Loterijverlies.nl B.V.⁵ Verzoekers hebben met Stichting Loterijverlies.nl en Loterijverlies.nl B.V. een deelnemingsovereenkomst gesloten en daartoe het verschuldigde inschrijfgeld aan Loterijverlies.nl B.V. voldaan.⁶

In 2014 en 2015 hebben Stichting Loterijverlies.nl en Loterijverlies.nl B.V. overeenkomsten gesloten met Europa Enterprises Limited (hierna: EEL), waarbij de Stichting en de Vennootschap alle rechten en verplichtingen in het kader van de procedure tegen de Staatsloterij hebben overgedragen aan EEL. EEL wenst blijkens de gesloten overeenkomsten een vergoeding van EUR 15 per te vertegenwoordigen deelnemer (en dus in totaal EUR 1.644.270, exclusief btw).⁷ Dit bedrag is bij factuur van 11 november 2011 door EEL aan Loterijverlies.nl B.V. in rekening gebracht. Op 26 februari 2015 heeft EEL opnieuw een bedrag aan de Vennootschap in rekening gebracht. Ditmaal betrof het een bedrag van EUR 1.200.000 wegens 80.000 nieuwe aanmeldingen van deelnemers voor Loterijverlies.nl B.V. In totaal is door de Vennootschap in 2014 en 2015 een bedrag van EUR 2.194.270 overgemaakt naar de rekening van EEL.

Daarnaast blijkt uit het Kadaster dat Monticello Limited (hierna: Monticello) een lening aan Ferdy Roet in privé heeft verstrekt voor de aankoop van een villa in Noord-Holland. Monticello is op hetzelfde adres gevestigd als EEL. In een interview op televisie heeft Roet verklaard aandeelhouder te zijn van zowel EEL als Monticello.⁸

* Mr. J. Nijland is universitair docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. D.O. Ohmann is kandidaat-notaris bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn te Den Haag.

1. Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331.

2. Het onderzoek voor het artikel is afgerond op 9 september 2016.

3. Voorheen Stichting Exploitatie Nederlandse Staatloterij, thans Staatsloterij B.V.

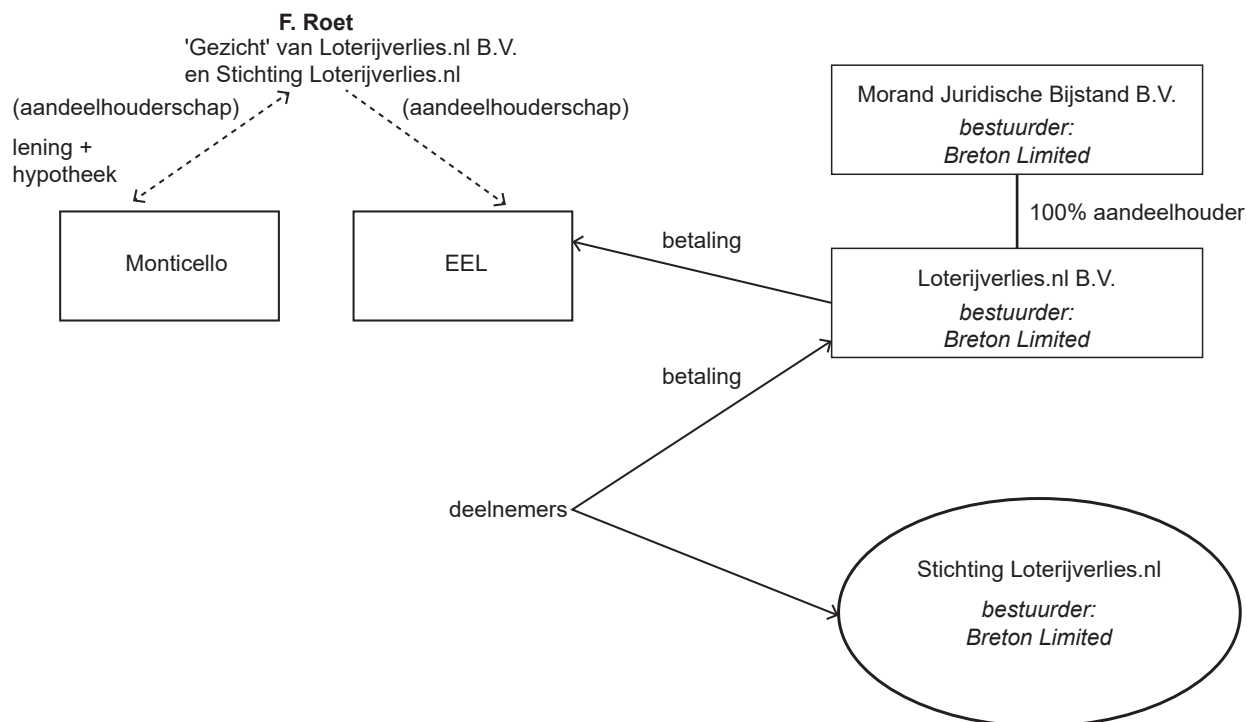
4. HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178. Stichting Loterijverlies.nl trad in deze procedure als eiser op.

5. Breton Limited is ten tijde van de uitspraak bestuurder van Stichting Loterijverlies.nl en Loterijverlies.nl B.V. (zie ook figuur 1). Op het moment van afronding van het onderzoek voor dit artikel (9 september 2016) is Morand Juridische Bijstand B.V. enig bestuurder van Loterijverlies.nl B.V.

6. In het handelsverkeer treden Stichting Loterijverlies.nl en Loterijverlies.nl B.V. gezamenlijk op onder de naam Loterijverlies.

7. R.o. 3.6 verwijst hiervoor naar de 'Agreement of Assignment'.

8. Zie <www.youtube.com/watch?v=DOaYw0Bb-O0>.



Schematisch ziet het voorgaande er ten tijde van de uitspraak, voor zover van belang en voor zover na te gaan, als hierboven geschetst uit.

Verzoekers vragen de rechtbank primair om Breton te ontslaan als bestuurder van de Stichting en een door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijk bestuurder te benoemen. Subsidiair verzoeken ze Breton voor de duur van de behandeling van het verzoek tot ontslag te schorsen als bestuurder van de Stichting en voor deze periode een of twee door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijke bewindvoerders te benoemen. Zij leggen aan hun verzoek ten grondslag dat Breton heeft gehandeld in strijd met de wet en de statuten van de Stichting en dat Breton zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer in de zin van artikel 2:298 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

3 De uitspraak

De rechtbank schorst als voorlopige voorziening Breton als bestuurder van de Stichting Loterijverlies.nl en benoemt een tijdelijk bestuurder. Deze tijdelijk bestuurder krijgt als bijzondere taak om onderzoek te verrichten naar de eerdergenoemde financiële transacties en de aan Ferdy Roet in privé verstrekte hypothecaire geldlening. De rechtbank houdt de zaak aan voor de duur van vier maanden en houdt elke verdere beslissing aan.

4 Ontslag en schorsing van een stichtingsbestuurder

Omdat bij de stichting, anders dan bij de andere privaatrechtelijke rechtspersonen, in beginsel een toezichthoudend orgaan (zoals een raad van toezicht of een algemene ledenvergade-

ring⁹) ontbreekt, is in de wet voorzien in de mogelijkheid dat bepaalde derden toezicht op het bestuur van een stichting uitoefenen. In dat kader is onder meer artikel 2:298 BW in de wet opgenomen.¹⁰ Ingevolge het eerste lid van dit artikel kan een bestuurder die handelt in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, door de rechtbank worden ontslagen. Iedere belanghebbende kan (naast het Openbaar Ministerie) daartoe een verzoek bij de rechtbank indienen.

Of iemand belanghebbende is, moet volgens de Hoge Raad uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid. Daarbij geldt dat iemand op twee verschillende manieren belanghebbende kan zijn. Allereerst kan iemand bij de procedure een (gesteld en bewezen) eigenbelang hebben. Daarnaast kan iemand op een andere wijze zo nauw betrokken zijn bij het onderwerp van de procedure, dat hij op grond van die betrokkenheid een belang heeft om in de procedure te verschijnen.¹¹ Het enkele feit dat iemand schuldeiser van de stichting is, volstaat volgens het Hof Amsterdam niet.¹² In casu worden de vijf verzoekers, nu zij een overeenkomst hebben gesloten met zowel de Stichting als de Vennootschap en inschrijfgeld hebben betaald, als belanghebbenden aangemerkt. Dat een onbekende derde de kosten van de procedure voor zijn rekening neemt, doet vol-

9. Ingevolge art. 2:285 lid 1 BW mag een stichting zelfs geen leden hebben.

10. Zie over de ontslagregeling nader M. Koelmeijer, De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?, TvOB 2016, afl. 1, p. 26-33.

11. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290.

12. Hof Amsterdam 26 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV8310, r.o. 3.1.

gens de rechtbank aan het zijn van belanghebbende niet af.¹³ Ook is volgens de rechtbank niet van belang of verzoekers tevens opkomen voor de belangen van andere deelnemers. Daarmee blijkt het dus mogelijk dat een relatief zeer kleine groep betrokkenen (5 op de 194.000) – daartoe (financieel) aangespoord door een derde – een verzoek tot ontslag van de stichtingsbestuurder aan de rechter doet. Wellicht dat de ernst van de verweten gedragingen bij dit oordeel van de rechter mede een rol heeft gespeeld.

Als de horde van het belanghebbende-criterium is genomen, toetst de rechter of aan de overige vereisten van artikel 2:298 lid 1 BW is voldaan. Blijkens staande jurisprudentie is dit niet snel het geval. Ingevolge een arrest van de Hoge Raad van 3 januari 1975 moet er bij handelen in strijd met de wet of statuten sprake zijn van zodanige handelingen, dat op het moment van het plegen daarvan redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid mogelijk was.¹⁴ In hetzelfde arrest oordeelde de Hoge Raad dat onder wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW moet worden verstaan een tekortkoming ten aanzien van het beheer over het aan de stichting toevertrouwde vermogen of van de zorg voor de verkrijging van inkomsten (derhalve uitsluitend financieel wanbeheer). Op deze uitspraak is in de literatuur kritiek uitgeoefend, omdat hiermee een te beperkte uitleg aan dit artikel zou worden gegeven. In recente uitspraken lijken rechters bereid om aan artikel 2:298 BW een ruimer toepassingsbereik toe te kennen. Zo is door Hof Amsterdam het begrip wanbeheer opgegrepen naar 'gerechtvaardigde vrees voor wanbeleid'.¹⁵ Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten.¹⁶

Volgens de rechtbank is er in onderhavig geval geen sprake van handelen in strijd met het wettelijke uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW. De uitkeringen aan Roet (waaronder de betaling van zijn salaris) en de aan Roet gelieerde entiteiten zijn namelijk niet door de stichting, maar door de Vennootschap gedaan. De Stichting zelf beschikt niet over enig eigen vermogen.¹⁷ Een dergelijke constructie, waarbij de Vennootschap optreedt als financier van de 'lege' Stichting, is volgens de rechtbank op zichzelf toelaatbaar en leidt ook niet tot een vereenzelviging van de Vennootschap en de Stichting.¹⁸

Wel komt de rechtbank tot het oordeel dat Breton in strijd met de statuten van de Stichting heeft gehandeld. Dit wordt als volgt onderbouwd. Het kapitaal van de Vennootschap, afkomstig van de deelnemers, moet worden aangewend ter verwezenlijking van het doel van de Stichting, te weten het behartigen van de belangen van gedupeerden van de Staatsloterij.¹⁹ Breton dient er dus, als bestuurder van de Stichting, op toe te zien dat financiële transacties plaatsvinden in het kader van de behartiging van de belangen van de deelnemers. Waar dat mogelijk niet het geval is, dient hij dat te signaleren en in te grijpen. Dit speelt volgens de rechtbank des te sterker nu Breton bestuurder is van zowel de Vennootschap als de Stichting.²⁰ Als Breton deze verantwoordelijkheid als bestuurder van de Stichting verzaakt, handelt hij in strijd met de statuten. Immers, het risico bestaat dat de in de statuten neergelegde doelomschrijving niet (langer) kan worden waargemaakt.²¹ Het voorgaande lijkt, ondanks de gekozen formulering, toch te duiden op een zekere vereenzelviging van de Stichting en de Vennootschap door de rechtbank. Breton kan immers slechts zorgen voor de financiering van de Stichting door de Vennootschap in zijn hoedanigheid van bestuurder van de Vennootschap. Overigens is de vraag of hier niet eerder sprake is van handelen in strijd met de bestuurstaak in plaats van handelen in strijd met de statuten. Daarnaast komt het leerstuk van het tegenstrijdig belang in beeld, nu Breton bestuurder is van zowel de Stichting als de Vennootschap. Wij zullen hier nader op ingaan in paragraaf 6.²² In ieder geval past deze uitspraak in de lijn dat rechters bereid zijn om een ruimer toepassingsbereik aan artikel 2:298 BW te geven. In onderhavig geval gebeurt dit ten aanzien van het criterium 'handelen in strijd met de statuten'.

4.1 Voorlopige voorziening: schorsing

Op grond van artikel 2:298 lid 2 BW kan de rechtbank, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur van een stichting treffen en een bestuurder schorsen. In de onderhavige procedure wordt Breton inderdaad geschorst. De schorsing is ook voor derden kenbaar, omdat in het handelsregister is opgenomen dat Breton per 30 juni 2016 als bestuurder van Stichting Loterijverlies.nl is geschorst en dat zijn bevoegdheid is komen te vervallen.²³ Omdat de Stichting door deze schorsing zonder (actieve) bestuurder zou komen te zitten, wordt door de rechtbank tegelijkertijd voor de duur van het geding een (tijdelijk) bestuurder benoemd.²⁴ Aan hem

13. Zie r.o. 5.2.

14. HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123.

15. Hof Amsterdam 21 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3029.

16. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1464. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman, 3.16 e.v. (ECLI:NL:PHR:2016:292). Over de ruimere ontslaggronden onder het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, zie nader par. 6.

17. Zie over het uitkeringsverbod bij claimstichtingen tevens T.F.H. Reijnen, Het uitkeringsverbod bij de stichting, een nog niet beëindigde discussie, WPNR 2013/6989, p. 791-797.

18. Zie nader over de vereenzelviging in onderhavig geval J.H. Lemstra, De claimstichting, in: G. van Solinge e.a., Relativering van rechtspersoonlijkheid (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 114), Deventer: Kluwer 2012, p. 114. Ook het bepaalde in art. 2:301 lid 1 onder a BW lijkt voor een dergelijke 'lege stichting' niet problematisch.

19. De voornaamste doelstelling van de Vennootschap is ingevolge art. 2 onder a van haar statuten het verlenen van juridische bijstand aan gedupeerden van kansspelen. Er wordt daar niet verwezen naar de Stichting.

20. R.o. 5.5.

21. Voor een ander recent geval van handelen in strijd met de statuten in combinatie met financieel wanbeheer, zie Rb. Rotterdam 11 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2004.

22. Ook zou kunnen worden gedacht aan het leerstuk van doeloverschrijding (art. 2:7 BW). Een eventuele opvolgend bestuurder zou kunnen proberen de door de stichting verrichte rechtshandelingen op die grond te vernietigen.

23. Zie ook art. 2:302 BW.

24. Vgl. ook art. 2:299 BW en Rb. Almelo (vzr.) 20 juli 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BC6853.

komen voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden toe die de wet en de statuten aan de bestuurder van een stichting toekennen. Wel geeft de rechtbank mee dat hij hiervan een terughoudend gebruik dient te maken, in die zin dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijk bestuurder opgedragen taak.²⁵

De beschikking wordt door de rechtbank uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Dit is mogelijk omdat het volgens de Hoge Raad niet noodzakelijk is dat de uitvoerbaarheid bij voorraad uitdrukkelijk in de wet is voorzien. Ook de aard van een beschikking op grond van artikel 2:298 BW verzet zich volgens de Hoge Raad niet hiertegen.²⁶

4.2 Bestuursverbod van artikel 2:298 BW

Mocht Breton uiteindelijk worden ontslagen als bestuurder van de Stichting, dan geldt ingevolge artikel 2:298 lid 3 BW dat hij gedurende vijf jaar na zijn ontslag geen bestuurder mag worden van een stichting. Wordt Breton toch tot bestuurder bij een stichting benoemd, dan is deze benoeming in strijd met de wet en dus nietig.²⁷ Deze sanctie is overigens een andere dan het civielrechtelijk bestuursverbod van artikel 106a van de Faillissementswet, dat op 1 juli 2016 van kracht is geworden. Dat verbod ziet in het bijzonder op faillissementssituaties. Anders dan bij het civielrechtelijk bestuursverbod geldt artikel 2:298 lid 3 BW van rechtswege bij ontslag van een bestuurder. Artikel 2:298 lid 3 BW ziet echter niet – zoals bij het civielrechtelijk bestuursverbod wel het geval is – op andere bestuursfuncties die ten tijde van het rechterlijke ontslag worden uitgeoefend.²⁸

Onderhavige uitspraak kan niet los worden gezien van de bredere discussie die thans gaande is over de *governance* van zogenaamde claimstichtingen. In paragraaf 5 zal om die reden, na een korte algemene beschrijving van claimstichtingen,²⁹ worden ingegaan op de Claimcode en de recente ontwikkelingen op dit punt.

5 Claimstichtingen

5.1 Algemeen

De laatste jaren zijn er vele claimorganisaties in Nederland actief (gewees). Sommigen spreken wel van een wildgroei van

claimorganisaties.³⁰ Binnen de claimorganisaties wordt meestal een onderscheid gemaakt tussen de reguliere belangenbehartigers, zoals de Consumentenbond en de Vereniging van Effectenbezitters, en de voor specifieke gevallen opgerichte belangenorganisaties. Deze laatste belangenorganisaties hebben meestal de rechtsvorm van een stichting. Het gebruik van de stichting als rechtsvorm heeft verschillende voordelen. Omdat de stichting ingevolge de wet geen leden mag hebben, kan de besluitvorming binnen de stichting slagvaardig plaatsvinden. Daarnaast kan zij snel en zonder al te veel kosten worden opgericht.³¹ Ook de reguliere belangenbehartigers kiezen er veelal voor om ten behoeve van een specifieke collectieve actie een aparte claimstichting op te richten.³² De term claimstichting is overigens geen vaststaand juridisch begrip. In de literatuur is de claimstichting gedefinieerd als de stichting die zich krachtens statutaire doelstelling, maar ook feitelijk, in en buiten rechte inzet voor de gelijksoortige belangen van een groep benadeelden. De claimstichting treedt daarbij in eigen naam op.³³

Het belang van de claimstichting is na de invoering in 1994 van de wettelijke collectieve actie van artikel 3:305a BW genomen. Deze bepaling maakt het volgens het eerste lid mogelijk dat een stichting (maar ook een vereniging) die collectieve belangenbehartiging tot statutair doel heeft rechtsvorderingen kan instellen die strekken tot de bescherming van gelijksoortige belangen van anderen. Het is hierbij niet noodzakelijk dat de stichting zelf enig belang heeft bij het gevorderde. Artikel 3:305a lid 2 BW stelt een vereiste aan (de vorderingen van) claimstichtingen. Om in een juridische procedure ontvankelijk te zijn moeten met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld voldoende gewaarborgd zijn. Momenteel is het ex artikel 3:305a lid 3 BW niet mogelijk om een vordering tot het voldoen van schadevergoeding in geld in te stellen. Mede daarom is de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) tot stand gekomen,³⁴ die op 27 juli 2005 in werking is getreden.³⁵ Deze wet biedt belangenorganisaties de mogelijkheid een collectieve schadevergoedingsovereenkomst voor de vergoeding van massaschade te sluiten met de aansprakelijke partij(en), welke overeenkomst vervolgens door de rechter verbindend kan worden verklaard voor de gehele groep van gedupeerden. Gedupeerden kunnen op deze manier eenvoudiger en tegen lagere kosten vergoeding van (een gedeelte van) de geleden schade verkrijgen. Voor de schadeveroorzakende partij geldt dat – indien de overeenkomst breed wordt

25. R.o. 5.7. Zie ook HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat het feit dat een bestuurder slechts tijdelijk is benoemd er niet aan in de weg staat dat deze besluiten neemt met definitieve of onomkeerbare gevolgen, behalve voor zover zijn bevoegdheid in dit opzicht door de rechter is beperkt of nader is afgebakend.

26. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290.

27. Art. 2:14 BW.

28. Voor een nadere bespreking van het civielrechtelijk bestuursverbod, zie W. Bosse, Civielrechtelijk bestuursverbod nader beschouwd, JBN 2016/40, afl. 9, p. 9-15.

29. In MvO 2016, afl. 3 & 4 is uitgebreider ingegaan op (onder meer) de claimstichting en enkele aanverwante onderwerpen.

30. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 5. Concrete cijfers over (de ontwikkeling van) het aantal claimstichtingen ontbreken echter.

31. 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. 40.

32. Denk bijv. aan de Stichting Verliespolis, een initiatief van de Vereniging van Effectenbezitters en de Vereniging Eigen Huis.

33. Lemstra 2012, p. 109.

34. Kamerstukken I 2012/13, 33126, C, p. 2.

35. Stb. 2013, 255.

gedragen – de reputatieschade en de juridische kosten relatief beperkt kunnen blijven. De voordelen zijn dus evident.

Er is echter ook een keerzijde. In bepaalde gevallen kan worden getwijfeld aan de zuiverheid van de motieven van (de oprichters van) deze stichtingen, die vaak een eigen commercieel belang hebben.³⁶ De onderhavige uitspraak past in de lijn van recente berichten in de media dat nog steeds veel claimorganisaties onvoldoende maatregelen hebben genomen om misbruik van gelden en belangenverstrengeling te voorkomen.³⁷ Mede naar aanleiding van de ophef die is ontstaan rond Stichting Loterijverlies.nl zijn er Kamervragen gesteld. Daarbij werd onder meer gevraagd naar het toezicht dat wordt gehouden op zogenoemde claimstichtingen. In reactie op deze Kamervragen heeft de minister van Veiligheid en Justitie aangegeven dat de rechter allereerst op grond van artikel 3:305a lid 2 BW toetst of de stichting krachtens haar statuten daadwerkelijk opkomt voor de belangen van de gedupeerden waarvoor zij zegt op te komen en of deze belangen met de collectieve vordering voldoende zijn gewaarborgd.³⁸ Deze toets is per 1 juli 2013 aan lid 2 toegevoegd om te voorkomen dat claimstichtingen het collectief actierecht zouden gebruiken voor eigen commerciële doelstellingen.³⁹ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat twee vragen centraal staan bij de beoordeling of aan dit waarborgvereiste is voldaan. Ten eerste de vraag in hoeverre de betrokkenen uiteindelijk baat hebben bij de collectieve actie indien het gevorderde wordt toegewezen. Ten tweede de vraag in hoeverre erop mag worden vertrouwd dat de eisende organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren. Bij de beantwoording van de vraag of de belangen van de betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd, kan volgens de wetgever tevens worden gekeken naar de vraag of de organisatie voldoet aan de principes uit de hierna in paragraaf 5.2 te bespreken Claimcode.⁴⁰

De toetsing aan artikel 3:305a lid 2 BW blijkt volgens de minister tot op heden beperkt. Gedupeerden hebben daarnaast volgens de minister niet steeds voldoende zicht op de werkwijze van de organisatie waarbij zij zich aansluiten.⁴¹ Om die reden is momenteel een wetsvoorstel in voorbereiding waarin onder meer de eisen voor collectieve belangenbehartigers worden aangescherpt, om zo de belangen van gedupeerden beter te beschermen. De consultatieversie is in juli 2014 openbaar gemaakt.⁴² Een groep praktijkjuristen heeft naar

aanleiding van het voorontwerp meegedacht over een aantal specifieke onderwerpen, waaronder de ontvankelijkheid van representatieve belangenorganisaties. De groep heeft het resultaat van zijn werkzaamheden neergelegd in een aantal aanbevelingen aan de wetgever.⁴³ Een van deze aanbevelingen is om duidelijkere eisen te stellen aan de kwaliteit en ontvankelijkheid van representatieve belangenorganisaties, waarbij aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de hierna te bespreken Claimcode. Het wetsvoorstel zal naar verwachting van de minister eind 2016 aan de Tweede Kamer worden gestuurd.

5.2 Claimcode

De problemen die spelen bij de hierboven genoemde belangenorganisaties en de huidige (naar de mening van sommigen te beperkte) regeling van Boek 2 BW ten aanzien van de stichting hebben ertoe geleid dat vanuit betrokkenen uit het veld een zogenaamde Claimcode is opgesteld.⁴⁴ De Claimcode is op 1 juli 2011 in werking getreden en vanaf 1 januari 2012 ook van toepassing op (grotere) claimstichtingen en -verenigingen die op 1 juli 2011 reeds bestonden. De Claimcode stelt onder meer eisen aan de *governance*-structuur, taak en werkwijze van het bestuur van de claimorganisatie en eist de instelling van een (onafhankelijke) raad van toezicht. Ook schrijft de Code voor dat belangenverstrengeling moet worden vermeden en geeft deze regels over de beloning van bestuurders. Als de Claimcode wordt toegepast op de huidige statuten en werkwijze van Stichting Loterijverlies.nl, dan valt op dat de Stichting slechts één bestuurder heeft, die zelfstandig bevoegd is om de Stichting te vertegenwoordigen. Dit is in strijd met Principe III onder 1 en 4 van de Claimcode. Daarnaast bieden de statuten geen grondslag voor het instellen van een raad van toezicht. Op grond van Principe VI onder 1 van de Claimcode zijn echter ten minste drie leden verplicht gesteld. De vraag kan rijzen welke consequenties hieraan kunnen worden verbonden.

De Claimcode heeft (thans) formeel geen juridische status. Uit een onderzoek dat in 2012 werd verricht in opdracht van de door de Commissie Claimcode ingestelde monitoringscommissie bleek dat de Claimcode nauwelijks gevolg had gekregen en dat de toekomstperspectieven evenmin gunstig waren.⁴⁵ Claimstichtingen waren niet op de hoogte van de Claimcode of gaven aan dat de Claimcode te zware eisen stelt aan bestuur en toezicht. De verplichting om ten minste drie bestuurders en commissarissen aan te stellen zou de werkzaamheden onnodig kostbaar maken. Sindsdien is er het nodige veranderd. Zo is bij de herziening van de WCAM in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat het al dan niet voldoen aan principes uit de Claimcode een factor kan gaan vormen bij de beantwoording van de vraag of met een collectieve actie de

36. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 5.

37. Zie bijv. <http://economie.eenvandaag.nl/tv-items/67687/veel_claimclubs_bestuurlijk_niet_op_orde> van 17 juni 2016.

38. Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 30 juni 2016, met kenmerk 751275. Een dergelijke eis wordt ook in de WCAM-procedure gesteld in art. 7:907 lid 3 onder e BW.

39. Kamerstukken I 2012/13, 33126, C, p. 2.

40. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 13.

41. Zie noot 38.

42. De consultatieversie is te vinden via: <www.internetconsultatie.nl/motiedijksma>. Hierin worden onder meer zwaardere ontvankelijkheidsvereisten (ten aanzien van de deskundigheid) voorgesteld voor belangenorganisaties die een collectieve schadevergoedingsactie willen instellen.

43. Zie hierover O. Haazen, F. Hendriks, N. Lemmers, J. Lemstra, D. Lunsingh Scheurleer & B. van der Velden, Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijksma, MvO 2016, afl. 3 & 4, p. 74-80.

44. De Claimcode is te vinden op: <www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/pdf-algemeen-2011/compljuncclaimcodecomm2011.pdf>.

45. E. Bauw & T. Bruinen, Slow start of veeg teken?, NJB 2013/140, afl. 3, p. 164-168.

belangen van de betrokken personen al dan niet voldoende zijn gewaarborgd.⁴⁶

Hoewel de rechtbanken aanvankelijk terughoudend zijn geweest om de kwaliteit van claimstichtingen te toetsen aan de Claimcode, lijkt hierin thans ook een kentering te komen. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gewezen op de recente niet-ontvankelijkverklaring van de claim van Stichting Renteswapschadeclaim tegen de Rabobank op grond van het eerdergenoemde artikel 3:305a BW.⁴⁷ De rechtbank overweegt in deze zaak:

‘Het ontvankelijkheidscriterium waaraan ingevolge artikel 3:305a lid 2, laatste volzin BW moet zijn voldaan luidt “of de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld voldoende zijn gewaarborgd”. De wetgever heeft bij invoering van dit criterium aangegeven dat de rechter bij de toetsing of de belangen van de benadeelden voldoende zijn gewaarborgd betekenis kan toekennen aan de vraag of de eisende organisatie aan de principes uit de Claimcode voldoet, en dat de Claimcode daarmee een indirecte wettelijke verankering heeft.”⁴⁸

Volgens de rechter voldoet Stichting Renteswapschadeclaim (onder meer) niet aan de eisen die worden gesteld in de Claimcode omdat er te veel macht bij één bestuurder is geconcentreerd. De stichting heeft weliswaar een extra bestuurslid aangekregen en een raad van toezicht met twee leden ingesteld, maar dit wordt niet voldoende geacht, nu er geen drie, maar slechts twee bestuurders zijn. Daarbij komt dat de voorzitter van het bestuur zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is en de andere bestuurder slechts gezamenlijk met de voorzitter. Ten aanzien van de leden van de raad van toezicht geldt dat één lid de Nederlandse taal niet machtig is. Daardoor ontbreken waarborgen om te voorkomen dat het persoonlijk belang van de bestuurder van Stichting Renteswapschadeclaim op enig moment zal prevaleren boven dat van de betrokken gedupeerden en mede daarom wordt niet voldaan aan het ontvankelijkheidscriterium van artikel 3:305a lid 2 BW.⁴⁹

Als gezegd heeft Stichting Loterijverlies.nl slechts één bestuurder en in het geheel geen raad van toezicht. Het is dus zeker

niet uitgesloten dat zij in een eerstvolgende procedure door de rechtbank niet-ontvankelijk zal worden verklaard.⁵⁰

De huidige beperkte regelgeving voor stichtingen heeft ook nog een ander gevolg gehad, namelijk dat voor een aantal semi-publieke sectoren (bijvoorbeeld voor woningcorporaties en voor zorg- en onderwijsinstellingen) aanvullende regelgeving is opgesteld. Met deze regelgeving werd beoogd om misstanden in deze sectoren beter te kunnen aanpakken. Daardoor is de regelgeving voor stichtingen steeds sterker versplinterd en is het soms lastig om na te gaan welke regelgeving op een bepaalde stichting van toepassing is. Teneinde verdere versplintering te voorkomen en de wetgeving voor stichtingen ook overigens te verbeteren, heeft de minister medio juni 2016 het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen bij de Tweede Kamer ingediend. In het navolgende zullen wij nader ingaan op dit wetsvoorstel, waarbij wij ons zullen beperken tot de nieuwe regels die relevant zijn voor onderhavige casus.

6 Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een aansprakelijkheidsregeling voor alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.⁵¹ Met name bij stichtingen – en dan in het bijzonder bij stichtingen waar collegiaal toezicht ontbreekt – bestaat het gevaar dat de stichtingsbestuurder zijn eigen belangen laat prevaleren boven die van de stichting.⁵² Het wetsvoorstel voorziet onder andere in een tegenstrijdig-belangregeling voor stichtingen.⁵³ Bovendien wordt een algemene regeling⁵⁴ voorgesteld voor de taakomschrijving van bestuurders en toezichthouders van stichtingen.

Voor de onderhavige casus is de voorgestelde tegenstrijdig-belangregeling slechts in beperkte mate interessant. Bestuurders van een stichting moeten zich indien zij een tegenstrijdig belang hebben, onthouden van deelname aan de desbetreffende beraadslaging en besluitvorming (art. 2:9 en 2:9a lid 3 BW). Is besluitvorming door het bestaan van tegenstrijdige belangen binnen het bestuur aldus niet mogelijk, dan kan het

46. Kamerstukken II 2011/12, 33126, 3, p. 13. Hiervoor werd al opgemerkt dat ten aanzien van het nog dit jaar te verschijnen wetsvoorstel tot uitvoering van de motie Dijkema een aanbeveling is gedaan om nader aansluiting te zoeken bij de Claimcode.

47. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383.

48. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, r.o. 5.19.

49. Een tweede grond voor niet-ontvankelijkheid van de Stichting Renteswapschadeclaim is dat de ingestelde vorderingen niet strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen zoals vereist in art. 3:305a lid 1 BW. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, r.o. 5.28-5.30.

50. Een soortgelijke zaak deed zich voor in Rb. Oost-Brabant 20 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3892. Het ging hier om een zogenaamde ‘kleine’ claimstichting, die één bestuurder en geen raad van toezicht had. Ook hier oordeelde de rechtbank dat de stichting niet-ontvankelijk was. Anders: Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185, waarin de rechtbank oordeelde dat de Claimcode geen wettelijke voorwaarde is om ontvankelijk te kunnen worden verklaard en (slechts) een gezichtspunt om te beoordelen of de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende behartigd worden. In Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1690 werd ten slotte geoordeeld dat genoegzaam was gebleken dat de belangenorganisaties zich conformeerden aan de Claimcode.

51. Zie nader over het voorstel het themanummer ‘Bestuur en toezicht rechtspersonen’, TvOB 2016, afl. 1.

52. Zie C.H.C. Overes, Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!, Ondernemingsrecht 2015/103, p. 3.

53. Een dergelijke regeling ontbreekt momenteel en de tegenstrijdig-belangregeling zoals deze geldt voor andere rechtspersonen, zoals de NV, wordt niet bij analogie aangenomen. Zie Hof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0762 (Stichting Schaaipstijl c.s./Blonk).

54. In de literatuur wordt het bestaan van een dergelijke regeling reeds aangenomen, zie Overes 2015 en de aldaar genoemde auteurs.

besluit worden genomen door het toezichthoudend orgaan. Voor het geval een dergelijk toezichthoudend orgaan (in strijd met de Claimcode) ontbreekt, dient het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vast te leggen.⁵⁵ In casu had een tegenstrijdig-belangsituatie kunnen bestaan bij de verkoop van de vorderingen door (onder meer) de Stichting aan EEL. Bij de beantwoording van de vraag of inderdaad sprake was van een tegenstrijdig belang is onder meer relevant welke invloed Morand had binnen EEL. Dit valt niet met zekerheid vast te stellen. Het valt overigens te betwijfelen of toepassing van de voorgestelde regeling de problemen binnen deze stichting had kunnen voorkomen. Door het ontbreken van een toezichthoudend orgaan had bij de Stichting kunnen worden volstaan met de schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan dit besluit ten grondslag liggen. Heeft geen schriftelijke vastlegging plaatsgevonden, dan is de Stichting toch rechtsgeldig vertegenwoordigd. Wel zou (het ontbreken van) een schriftelijke onderbouwing aanleiding kunnen geven tot een eventuele aansprakelijkstelling van Breton voor wanbeheer.

Ook ten aanzien van de gronden waarop bestuurders van stichtingen kunnen worden ontslagen, wordt met het wetsvoorstel een wijziging voorgesteld. Op grond van het huidige artikel 2:298 BW hebben belanghebbenden zoals besproken slechts de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een bestuurder van een stichting te ontslaan, indien de bestuurder 'iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer'.⁵⁶ In de praktijk kan dit leiden tot de onwenselijke situatie dat deze ontslaggronden niet toereikend zijn om een niet-functionerende stichtingsbestuurder te ontslaan, waardoor de continuïteit van de desbetreffende stichting in gevaar komt.⁵⁷ Op grond van het voorstel kan de rechtbank een bestuurder ontslaan 'wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet geduld kan worden, en wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een bevel van de voorzieningenrechter (artikel 2:298 lid 1)'. Aldus wordt aangesloten bij de criteria voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer⁵⁸ en

wordt recht gedaan aan de functie die stichtingen in het maatschappelijke en economische verkeer vervullen.⁵⁹

Hoewel er nog discussie bestaat in de literatuur en rechters vooralsnog niet lijken te willen anticiperen op de te verruimen ontslaggronden, heeft de rechter het in de onderhavige procedure niet onredelijk geacht om de bestuurder te schorsen als tijdelijke voorziening.⁶⁰

7 Aandachtspunten voor de praktijk

Wij merken ten behoeve van de praktijk een tweetal zaken op.

Allereerst lijkt ook in onderhavige uitspraak een ruime(re) toepassing te worden gegeven aan het bepaalde in artikel 2:298 BW. Dit geldt zowel ten aanzien van het begrip belanghebbende als ten aanzien van de vraag of aan de voorwaarden voor schorsing en/of ontslag van een stichtingsbestuurder is voldaan. Bestuurders van (claim)stichtingen dienen zich er derhalve terdege van bewust te zijn dat zij op verzoek van belanghebbenden kunnen worden geschorst en ontslagen door de rechtbank. Gezien het regelmatige gebruik van de BV als financier van de stichting, lijkt overigens al sprake te zijn van enig bewustzijn op dit vlak.

Daarnaast is er een ontwikkeling gaande waarin de *governance* van claimstichtingen kritischer door de rechter wordt bezien. Bij het opstellen van de statuten van de stichting en de feitelijke uitwerking hiervan zal hieraan de nodige aandacht moeten worden besteed. Wordt de *governance* van de stichting onvoldoende geacht, dan bestaat het risico dat zij in rechte niet-ontvankelijk wordt verklaard. Ook wordt een dergelijke stichting voor de schadeveroorzaker een minder aantrekkelijke partij om een vaststellingsovereenkomst mee te sluiten.

8 Afsluiting

De besproken zaak is recent weer in het nieuws gekomen doordat – ondanks een geheimhoudingsbeding – bekend werd dat de Staatsloterij een schikkingsovereenkomst heeft gesloten met een van haar misleide deelnemers.⁶¹ Dit heeft Loterijverlies.nl B.V. doen besluiten om een nieuwe claim tegen de Staatsloterij in te dienen.⁶² Voor wat betreft de Staatsloterij geldt dat zij de onderhandelingen met Loterijverlies.nl B.V. inmiddels heeft afgebroken. Op dit moment is de Staatsloterij naar verluidt in gesprek met Stichting Staatsloterijsschadeclaim. Deze stichting heeft aangegeven zich wel aan de Claimcode te zullen houden. In de media heeft de Staatsloterij aan-

55. Zie M.J. Uchelen-Schipper, Bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen; anticiperen op nieuwe tegenstrijdig belangregels?, JBN 2015/30, afl. 6, p. 12-14.

56. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7, onder verwijzing naar HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123, NJ 1975/222.

57. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 8. De angst bestaat dat hierdoor, in geval van stichtingen die actief zijn in semipublieke sectoren, mogelijk de uitvoering van diensten of taken van publiek belang in het gedrang komt.

58. Zie art. 2:161 lid 2 en 2:271 lid 2 BW. Voor vergelijkbare formuleringen zie tevens bijv. de wettelijke geschillenregeling tussen aandeelhouders van art. 2:336 BW en de ontzetting van een lid bij verenigingen van art. 2:35 BW.

59. Met het voorstel wordt tevens voorzien in een (thans ontbrekende) wetelijke regeling voor ontslag van een commissaris bij een stichting. De regeling van ontslag van een stichtingsbestuurder wordt op grond van art. 2:298 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op de commissaris van een stichting.

60. S. Renssen, Het toekomstige aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen en verenigingen ingevolge de wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, JBN 2015/29, afl. 6, p. 8-11.

61. Zie Staatsloterij schikt met misleide deelnemer, NRC 22 augustus 2016, <www.nrc.nl/nieuws/2016/08/22/staatsloterij-schikt-met-misleide-deelnemer-3939376-a1517428>.

62. Zie <www.loterijverlies.nl/staatsloterij-gedagvaard-door-194000-deelnemers-Loterijverlies-vanwege-bedrog>.

gegeven dat zij met deze stichting verwacht tot een akkoord te zullen komen.⁶³ Daarnaast zal de rechtbank binnenkort op basis van de uitkomsten van het onderzoek van de (tijdelijk) bestuurder uitspraak doen op het ontslagverzoek. Kortom, deze zaak krijgt zeker nog een vervolg.

63. Zie Rechter grijpt in bij belangenclub die Staatsloterij op knieën kreeg, NRC 1 juli 2016, <www.nrc.nl/nieuws/2016/07/01/rechter-grijpt-in-bij-belangenclub-die-staatsloter-3006136-a1504045>.