MEMO

aan	: [redacted], *HLT-Samen*
van	: Wim van Meegdenburg en Fabio Canovai, *La Gro Geelkerken Advocaten*
datum:	: 15 september 2020
ons dossier:	: 18120618, HLT-samen/advies 305a stichting
inzake:	: Advisering inzake de oprichting van een 305a stichting bij de afwikkeling van de kwestie Ondernemersfonds Teylingen

---

A. INLEIDING

1. Naar aanleiding van ons telefoongesprek hebben we de door u toegestuurde notitie bestudeerd die door de advocaat van het Ondernemersfonds Teylingen (mr. Joustra van Steenbergen Advocaten) is opgesteld. De notitie gaat vrij uitvoerig in op de artikel 7:907 BW procedure, ook wel de WAMCA procedure genoemde.

2. Op grond van de WAMCA procedure kan een belangenorganisatie worden opgericht (de nader op te richten 305a stichting) die vervolgens een schikking treft met een partij (in dit geval de gemeente) die zich committeert tot vergoeding van de geleden schade. Deze schikking kan nadien algemeen verbindend worden verklaard. Dat wil zeggen dat de schikking in beginsel van toepassing wordt verklaard op alle benadeelden, dus ook de benadeelden die zich niet hebben gewend tot de vertegenwoordiger (en die misschien helemaal niet zitten te wachten op een collectieve schikking). Het voordeel van deze regeling is dat in relatief korte tijd een redelijke oplossing kan worden bereikt voor een grote groep benadeelden.

3. Personen die niet gebonden willen worden door de schikking dienen dit – met inachtneming van een aantal formaliteiten – binnen een bepaalde termijn expliciet te kennen te geven. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'opt-outmogelijkheid'.

4. In dit memo zullen we nader ingaan op de mogelijkheden om een dergelijke 305a stichting op te richten, alsmede de wettelijke vereisten waaraan voldaan moet zijn, ter afwikkeling van de kwestie inzake het Ondernemersfonds. Ook zullen de (juridische) risico's voor HLT en mogelijke alternatieven worden besproken.

B. EISEN 305a STICHTING

5. Strikt juridisch genomen is het voor partijen mogelijk om een dergelijke 305a stichting op te richten die de belangen van de gedupeerde ondernemers kan behartigen. Een dergelijke 305a stichting moet aan verschillende eisen voldoen die in artikel 3:305a BW zijn uitgewerkt. Deze vereisten zijn reeds door mr. Joustra uitvoerig uitgewerkt, maar samengevat en volledigheidshalve zijn de voorwaarden dat:

a) de stichting volledige rechtsbevoegdheid heeft (dus via een notariële akte moet zijn opgericht);
b) een toereikende statutaire doelomschrijving heeft en daar naar handelt;
c) de belangen waarvoor de stichting opkomt, moeten gelijksoortig zijn en zich zodoende voor bundeling lenen, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden wordt bevorderd;
d) de stichting moet in de gegeven omstandigheden voldoende getracht hebben het gevorderde door het voeren van overleg met de andere partij te bereiken;
e) de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, moet voldoende gewaarborgd zijn.

6. Tevens vloeit uit het vereiste van artikel 3:305a lid 2 BW (onderdeel e) voort dat in beginsel sprake moet zijn van:

a) een orgaan dat toezicht houdt op het bestuur of een bestuur dat bestaat uit directieleden en toezichthouders;
b) een passend en doeltreffend mechanisme voor deelname van de aangesloten gedupeerden bij besluitvorming van de belangenorganisatie;
c) voldoende financiële middelen om de kosten van het instellen van de collectieve vordering te dragen;
d) een algemeen toegankelijk internetpagina waarop diverse informatie voor de aangeslotenen beschikbaar is, zoals de doelstellingen en werkwijzen van de stichting, financiële gegevens, de wijze waarop benadeelden zich aan kunnen sluiten en de eventuele financiële bijdrage van de benadeelde;
e) voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het voeren van collectieve vorderingen.

7. Daarnaast gelden als ontvankelijkheidsvereisten dat:

a) de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd;

b) de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft;
c) voldoende is getracht om door middel van overleg tot een vergelijk te komen;
d) een bestuursverslag en jaarrekening zijn opgemaakt en op de website zijn gepubliceerd.

8. Voldoet de stichting of vereniging niet aan deze eisen, dan zal het verzoek tot het algemeen verbindend verklaren van de schikking niet-ontvankelijk worden verklaard.

9. Het 'lichtere' regime – dat wil zeggen dat de o.a. in paragraaf 6 genoemde vereisten niet van toepassing zijn – is te vinden in art. 3:305a lid 6 BW. Dat kan alleen worden ingeroepen als de stichting zich inzet voor een ideëel doel en sprake is van een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon daartoe aanleiding geeft. Ook moet de rechtsvordering zich strekken tot iets anders dan een schadevergoeding in geld. Denk aan een verklaring voor recht, een gebod of verbod. Dat lijkt hier dus geen optie te zijn. Het Ondernemersfonds wil namelijk schadevergoeding in geld verkrijgen.

C. VASTSTELLINGSOVEREENKOMST EN ALGEMEEN VERBINDEND VERKLARING

10. Nadat de stichting is opgericht kan deze vervolgens in onderhandeling treden met de gemeente en een vaststellingsovereenkomst (VSO) sluiten. Middels een gezamenlijk verzoek van partijen kan deze schikking door het gerechtshof Amsterdam algemeen verbindend worden verklaard. Dat houdt in dat naast de contractspartijen (de gemeente en de op te richten stichting) ook derden rechten kunnen ontlenen en gebruik kunnen maken van de in de overeenkomst ten behoeve van hen gemaakte afspraken. Op het moment dat zij dat doen binden zij zich aan de overeenkomst.

11. De individuele benadeelden zijn daartoe echter niet gehouden. Indien zij niet genoegen wensen te nemen met het schadebedrag dat is overeengekomen, kunnen zij er evenzeer voor kiezen om gebruik te maken van de opt-outmogelijkheid. In dat geval geldt de algemeen verbindend verklaarde vaststellingsovereenkomst niet voor hem of haar. Die individuele benadeelde is dan vrij zelf onderhandelingen te voeren met de gemeente, en eventueel alsnog een individuele procedure te starten. Dit volgt uit de memorie van toelichting.[1]

---

[1] *29 414, Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade).*

12. De schikking moet verder voldoen aan een aantal voorwaarden die in artikel 7:907 lid 2 en lid 3 BW zijn uitgewerkt. De noodzakelijke gegevens en voorwaarden zijn reeds uitvoerig besproken door mr. Joustra[2], maar de belangrijkste elementen zijn dat:

    - de vergoeding 'redelijk' is (7:907 lid 3 onder b BW);
    - de belangen van de benadeelden voldoende gewaarborgd zijn (7:907 lid 3 onder d BW) en
    - de groep van benadeelden van voldoende omvang is om een verbindendverklaring te rechtvaardigen (7:907 lid 3 onder f BW).

D. CONCLUSIE

13. Het oprichten van een 305a stichting lijkt met inachtneming van het voorgaande op het eerste oog enigszins omslachtig te zijn gelet op de uitvoerige eisen waaraan voldaan moet zijn en de kosten die daarmee gepaard gaan in verhouding tot het (financiële) belang van de zaak. Een mogelijk alternatief is het bundelen van vorderingen op grond van een volmacht of cessie aan een belangenorganisatie.[3] In dat geval hoeft er niet te worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 3:305a BW. Partijen zullen dan wel moeten nagaan of het verkrijgen van toestemming van de gelaedeerden door middel van een volmacht of cessie praktisch rond te krijgen is. In het geval dat de groep klein is en de identiteit van de gelaedeerden niet al te moeilijk te achterhalen is, kan de constructie met lastgeving en/of volmacht mogelijk uitkomst bieden. Het verdient aanbeveling om deze mogelijkheid met het Ondernemersfonds nader te verkennen en te bespreken.

14. Voorts behoort – indien dat procesmatig mogelijk is – de mogelijkheid van verrekening tot de mogelijkheden om de getroffen ondernemers te compenseren. Er vindt dan verrekening plaats met de eerstvolgende belastingaanslag(en). Daarmee worden alle ondernemers vrijwel gelijktijdig gecompenseerd en bestaat er voor de individuele ondernemers geen grond meer om de gemeente in rechte te betrekken, hetgeen daarom ook het risico van het maken van eventuele (extra) kosten beperkt. Dit valt en staat vanzelfsprekend met de vraag of de wijze van compensatie administratief mogelijk is, rekening houdend met de capaciteit binnen de gemeente.

---

[2] Notitie Steenbergen Advocaten, pagina 4 en 5.
[3] C.J.J.M. Stolker, T&C BW, commentaar op art. 3:305a BW, onder d 'Overige mogelijkheden schadevergoeding te vorderen'.

15. Een ander knelpunt betreft het ontbreken van finaliteit na het verbindend laten verklaren van de schikking. Derden kunnen namelijk via de hiervoor beschreven opt-outmogelijkheid bij de WAMCA procedure ervoor zorgen dat er een versnippering van procedures kan ontstaan. Allerlei individuele benadeelden kunnen een procedure entameren, waardoor er bij verschillende gerechten verschillende procedures lopen over (nagenoeg) dezelfde schade. Dit lijkt ons onwenselijk voor de gemeente. In dat kader is het van belang dat de gemeente de verschillende ondernemers/gedupeerden goed in kaart heeft gebracht en dat zij ook in zullen stemmen met de regeling. Dit is een aandachtspunt voor de gemeente.

16. Een ander aandachtspunt is de financiering van deze procedure. De vraag is welke partij – de gemeente of het fonds/ondernemers – de kosten van de oprichting van de stichting en de proceskosten zal dragen. Hetzelfde geldt voor wat betreft de eventuele (on)kosten voor het bestuur (en beheer van de gelden van) de eventueel op te richten stichting. Onze advies is om in dat geval duidelijke (financiële) afspraken te maken met betrekking tot opkomende kosten. Partijen dienen daarover in overleg te treden en daar nadere afspraken over te maken.