

Samenvatting

De afwikkeling van zorgplichtclaims

Een onderzoek naar het adequater oplossen van affaires rondom retail producten en dienstverlening op de financiële markten

Mr. dr. B. van Hattum

Introductie

Dreigende of reeds bestaande zorgplichtclaims vormen het object van mijn onderzoek. Onder zorgplichtclaims versta ik in dit boek claims die kunnen voortvloeien uit gelijksoortige gebrekkige financiële producten die in groten getale aan retail-klanten (consumenten en klein-zakelijke partijen zoals zzp'ers en mkb'ers) van een bank of verzekeraar zijn aangeboden en/of geadviseerd. Ze vormen de motor achter verschillende affaires op de financiële markten. Te noemen zijn in dit kader de Aandelenlease-affaire, de Woekerpolis-affaire, de DSB-affaire, de Rentederivaten-affaire en meer recent nog de Boeterente-affaire. In mijn onderzoek beperk ik mij tot zorgplichtclaims waarbij de financiële onderneming een bank of verzekeraar is. De affaires dragen bij aan (aanhoudend) wantrouwen ten aanzien van het functioneren van de betreffende financiële ondernemingen en leiden zelfs tot instabiliteitsrisico's op de financiële markten – met als *worst case scenario* het tegelijk of kort na elkaar ten onder gaan van meerdere financiële ondernemingen. Daarom is het in ieders belang om snel oplossingen te vinden voor de betreffende problematiek. Zorgplichtclaims met bijbehorende risico's (hierna: claimrisico's) zullen nimmer tot het verleden behoren ondanks steeds meer en/of beter toezicht. Dit komt omdat het risico op het ontstaan van zorgplichtclaims op de financiële markten naar zijn aard niet volledig kan worden uitgebannen. Het risico op het ontstaan van zorgplichtclaims is namelijk wezenlijk verbonden met de ontwikkeling en vernieuwing van financiële producten en dienstverlening. De markt voor financiële producten en dienstverlening zou stil komen te staan wanneer het juridische kader voor handhaving waterdicht zou zijn. Verder dragen ook de verschillen in normatieve opvattingen tussen de bestaande actoren in het speelveld van de afwikkeling van zorgplichtclaims bij aan het ontstaan ervan. Gegeven de blijvende aard van risico's en de verschillen in normatieve opvattingen over de wenselijke verdeling van verantwoordelijkheden in de omgang daarmee onder alle actoren in het speelveld, dringt zich de vraag op hoe praktische oplossingen en concrete maatregelen kunnen worden geformuleerd voor het afwikkelen van bestaande zorgplichtclaims, en het voorkomen van nieuwe. Op die vraag, die ik als volgt heb geformuleerd, richt ik mij in dit boek:

Hoe kunnen (dreigende of reeds bestaande) zorgplichtclaims van consumenten en klein-zakelijke partijen worden beslecht op een wijze die aansluit bij de handelingstheorieën van uiteenlopende betrokkenen in het speelveld, en die de kans op claimrisico's grotendeels wegneemt?

Per hoofdstuk heb ik, aan de hand van de hieronder aangegeven vijf deelvragen, verschillende stappen gezet om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden. In een laatste hoofdstuk zet ik de bevindingen hieruit bij elkaar en geef ik aldus antwoord op deze vraag.

1. *Welke (voor het recht relevante) culturen bestaan er ten aanzien van het denken over schade en schande in de Nederlandse samenleving tussen 1838 tot en met heden?*
2. *Hoe wordt de afwikkeling van zorgplichtclaims in Nederland vormgegeven?*
3. *Welke problemen doen zich volgens de betrokken actorgroepen voor bij de afwikkeling van zorgplichtclaims in Nederland?*
4. *Hoe kunnen de bestaande problemen bij de afwikkeling van zorgplichtclaims volgens de betrokken actorgroepen vanuit een praktisch en vanuit een beleidsperspectief worden gereduceerd?*
5. *Vanuit welke normatieve overwegingen kijken de betrokken actorgroepen bij de afwikkeling van zorgplichtclaims naar de mogelijk aanwezige problemen en oplossingen daarvoor?*

In deze samenvatting geef ik verkort antwoord op de betreffende deelvragen, waarna ik ook de daaruit volgende beantwoording van de centrale onderzoeksvraag samenvat onder het kopje 'conclusies'. Voor de aanbevelingen die ik heb opgesteld op basis van de getrokken conclusies, verwijs ik graag naar paragraaf 8.7 van dit boek.

Doelstelling en methode

De doelstelling van mijn onderzoek is om via de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag een bijdrage te leveren aan zowel de wetenschap als de praktijk van de afwikkeling van zorgplichtclaims. De bijdrage aan de praktijk bestaat grotendeels uit het formuleren van in het actorenveld gemeenschappelijk gedragen oplossingsrichtingen voor de door de actoren gedeelde problematiek van zorgplichtclaims. Ik hoop daarmee tevens een bijdrage te leveren aan tal van juridische, praktische en maatschappelijke discussies die over zorgplichtclaims worden gevoerd door alle actoren in het speelveld. Te denken valt hierbij aan discussies over juridisering van de samenleving, de totstandkoming van een claimcultuur en de inmenging van de overheid in van oorsprong private conflicten zoals zorgplichtclaims. Maar ook kan men denken aan discussies over de rol van een toezichthouder bij het ontstaan en afwickelen van zorgplichtclaims. Of discussies over de inzet van experts bij de afwikkeling en het voorkomen van zorgplichtclaims en de daarbij behorende organisatiestructuur en toe te passen strategie. Verder valt ook te denken aan discussies over de vermenging van het privaats- en het publiekrecht en het daarbij behorende samenspel tussen het aansprakelijkheidsrecht en het toezicht bij het bereiken van de gewenste gedragsverandering onder veroorzakers van zorgplichtclaims. De bijdrage aan de wetenschap hoop ik vorm te geven via het bieden van innovatieve mogelijkheden om de juridische wetenschap te verrijken met sociaal-empirische onderzoeksmethoden. Ook hoop ik andere disciplines dan het recht juist weer te verrijken met inzichten vanuit de rechtswetenschap. Daarbij behoren ook de inzichten die ik bij het toepassen van mijn promotieonderzoek heb opgedaan. Ik hoop

tevens een bijdrage te leveren aan debatten over het nut van interdisciplinair onderzoek bij het analyseren van complexe maatschappelijke problemen met een (sterke) juridische component.

Na aanvankelijk geprobeerd te hebben de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden op basis van klassiek-juridisch onderzoek (bestaande uit een literatuur- en jurisprudentiestudie), ben ik tot de conclusie gekomen dat dergelijk onderzoek onvoldoende zicht biedt op oplossingen voor de problematiek van zorgplichtclaims. De reden is dat in het afwikkelingssysteem een probleemeigenaar ontbreekt die beschikt over voldoende doorzettingsmacht om eigenmachtig oplossingen door te voeren. Welke oplossingen ook denkbaar zijn, duidelijk werd dat deze gerealiseerd zullen moeten worden in onderlinge afstemming tussen een groot aantal actoren. Daarvoor is inzicht nodig in de overwegingen over de problematiek en de oordelen over oplossingsrichtingen van de diverse actoren. Om dat inzicht te verkrijgen, als basis voor het formuleren van door het actorenveld gedragen oplossingsrichtingen, heb ik naast klassiek-juridisch onderzoek een responsieve evaluatie uitgevoerd volgens de methode van de zogenaamde vierde generatie-evaluatie. Kenmerkend voor deze methode, die ik verder in het onderzoek aanduid als 'de responsieve evaluatie', is dat de gezichtspunten van diverse betrokkenen bij een problematiek het uitgangspunt vormen voor het organiseren van het kennisproductieproces, waarbij de onderzoeker een analyserende en tegelijkertijd mediërende rol vervult. Om deze, door Guba en Lincoln (1989) voor onderwijs-evaluatie ontwikkelde methode geschikt te maken voor onderzoek naar mogelijkheden voor het afwikkelen en voorkomen van zorgplichtclaims, heb ik gebruikgemaakt van de bewerking van de methode door Grin, Van de Graaf en Hoppe (1997). Onderdeel hiervan is het in kaart brengen van de handelingstheorieën van de actoren. De handelingstheorie van een actor is het geheel van normatieve uitgangspunten, theoretische inzichten en praktische overwegingen op basis waarvan een actor, gegeven de omstandigheden, kiest voor een bepaalde gedragslijn. Door de handelingstheorie te expliciteren krijgt de onderzoeker zicht op de probleemdefinities die door een actorgroep (bijvoorbeeld van verzekeraars, van toezichthouders, of van claimantiteiten) worden gehanteerd inzake een bepaalde kwestie en op de manier waarop die groep oordeelt over specifieke oplossingen. Daarnaast biedt het expliciteren van de handelingstheorieën zicht op de waarden, normen en meer generieke veronderstellingen op grond waarvan een actorgroep keuzes maakt ten aanzien van de wenselijkheid en aanvaardbaarheid van specifieke probleem-oplossingscombinaties. In navolging van deze methodische uitwerking heb ik in mijn onderzoek zeven verschillende actorgroepen onderscheiden. Deze actorgroepen heb ik vervolgens opgesplitst in verschillende deelactorgroepen. De actorgroepen betreffen: (i) financiële ondernemingen (opgesplitst in banken en verzekeraars), (ii) claimorganisaties (opgesplitst in collectieve belangenbehartigers zoals de Vereniging van Effectenbezitters en de Consumentbond, en claimantiteiten (stichtingen, verenigingen en overige rechtsvormen die de belangen van grote groepen gedupeerde klanten behartigen)), (iii) bracheorganisaties (Nederlandse Vereniging van Banken en het Verbond van Verzekeraars), (iv) adviseurs (opgesplitst in curatoren, accountants en advocaten), (v) geschilbeslechtters (opgesplitst in het Klachteninstituut financiële dienstverlening en het Gerechtshof Amsterdam), (vi) toezichthouders (opgesplitst in de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank) en (vii) de wetgever (opgesplitst in het ministerie van Financiën en het ministerie van Veiligheid en Justitie). Maar vanwege de voor het kunnen uitvoeren van het onderzoek noodzakelijk toegezegde privacy

heb ik de meeste verwijzingen naar de deelactorgroepen in het onderzoek weggelaten en mij geconcentreerd op de actorgroepen. Van de meeste door mij onderscheiden actorgroepen heb ik gesprekspartners geselecteerd en geïnterviewd. De uiteindelijk verkregen data vormden de basis voor mijn inhoudelijke analyse en voor het reconstrueren van de handelingstheorieën per actorgroep. Vervolgens heb ik de verkregen bevindingen over probleempercepties en mogelijke oplossingen voor reflectie en aanvulling voorgelegd aan betrokkenen, door een workshop te organiseren waaraan leden van de verschillende actorgroepen deelnamen.

Door op deze manier te werk te gaan heb ik zicht weten te krijgen op de probleemdefinities van de actorgroepen die relevant zijn voor het formuleren en realiseren van oplossingen voor claimrisico's en op hun oordelen over specifieke oplossingen. Daarbij heb ik de normatieve overwegingen per onderscheiden actorgroep in kaart gebracht. Deze heb ik gekoppeld aan een uit de literatuur over risicopercepties afkomstige analyse van de ontwikkelingen in het denken in Nederland over 'schade en schande' (zie onder meer Schwitters 1991 (1); Schwitters 1991 (2); Mertens e.a. 2003; Boutellier 2005; Pieterman 2008; Kortleven 2013). Door een verband te leggen tussen de antwoorden van respondenten met betrekking tot hun normatieve voorkeuren en de brede categorisering van 'risicoculturen' uit de literatuur, worden de beweegredenen en daarmee keuzes over oplossingen van de zorgplichtclaimproblematiek beter inzichtelijk. Daarmee worden ze ook praktisch bruikbaar bij het concreet uitwerken van (toekomstige) oplossingen. Concreet kunnen op basis van een analyse van de via interviews verkregen gegevens drie globale oplossingsrichtingen worden geformuleerd voor het afwikkelen en voorkomen van zorgplichtclaims. Door deze drie oplossingsrichtingen te combineren met de resultaten van het klassiek-juridische onderzoek, zijn deze uit te werken in specifieke handelingsopties. De aldus uitgewerkte analyse leidt tot inzichten in de wijze waarop (dreigende of reeds bestaande) zorgplichtclaims van consumenten en klein-zakelijke partijen volgens de betrokken actoren kunnen worden beslecht middels praktische en beleidsmatige aanpassingen in het afwikkelingssysteem. Door deze aanpassingen in het afwikkelingssysteem kan de kans op claimrisico's grotendeels worden weggenomen.

Drie manieren van denken over schade en schande

Het wettelijk kader voor de afwikkeling van zorgplichtclaims heeft vorm gekregen in een context waarin, met het verstrijken van de tijd, verschillend werd gedacht over de basale uitgangspunten die aan geïnstitutionaliseerde zorg voor de omgang met schade en schande ten grondslag liggen. Vanaf 1838, het jaar waarop het eerste in de Nederlandse taal gestelde en voor het gehele land geldende Burgerlijk Wetboek (BW) werd ingevoerd, heeft het Nederlandse denken en doen ten aanzien van de thematiek van schade, onveiligheid en risico twee keer een wezenlijke transformatie doorgemaakt. Er is sprake van een overgang van een vroegmoderne schuldcultuur naar een moderne risicocultuur, en vervolgens naar de postmoderne voorzorgcultuur.

Het verbintenissenrecht, en het daar deel van uitmakende aansprakelijkheidsrecht, is aan het einde van de negentiende eeuw vormgegeven in de tijd waarin de vroegmoderne schuldcultuur heersend was. In deze cultuur staat de eigen verantwoordelijkheid van een gedupeerde klant centraal en wordt de gedupeerde klant in eerste instantie zelf verantwoordelijk gehouden voor het ontstaan van schade door de aanschaf van een gebrekkig product. De schuldcultuur kan worden gekenmerkt door het adagium 'Ieder draagt zijn eigen

schade'. Een gedupeerde klant kan schade slechts verhalen op de veroorzaker wanneer er in juridische zin sprake is van een onrechtmatige daad of van wanprestatie. Later is onder invloed van de opmars van het socialisme de risicocultuur opgekomen. Deze cultuur wordt veeleer gekenmerkt door het adagium 'Pech moet weg'. In deze cultuur staan niet het individu en zijn eigen verantwoordelijkheid bij het ontstaan van schade centraal, maar betreft dit het vergoeden van schade. Dit is een collectieve verantwoordelijkheid geworden. Het vergoeden van de 'pech' wordt voor het eerst op collectief niveau via het publiekrecht tot stand gebracht, zoals via de invoering van de Ongevallenwet uit 1901. Op deze wijze kunnen namelijk politiek gevoelige aansprakelijkheidskwesties niet publiekelijk worden bediscussieerd en kan schade toch worden vergoed. De primaire verantwoordelijkheid voor het voorkomen van schade blijft bij de aanbieder van de producten en/of verschaffer van dienstverlening liggen. Ook is in de risicocultuur collectieve afwikkeling van schade mogelijk gemaakt via de invoering van de privaatrechtelijke collectieve actieprocedure en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Keuzes met betrekking tot compensatie worden in de risicocultuur gebaseerd op (wetenschappelijk) goed gefundeerde analyses. Ten slotte heeft zich vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw een nieuwe cultuur ontwikkeld: de voorzorgcultuur. In deze laatste cultuur verwijst men voor de oorzaak van het ontstaan van schade niet naar een gedupeerde klant of ziet men de schade als pech die moet worden verzacht of weggenomen door collectieve vormen van compensatie. In plaats daarvan wordt in de voorzorgcultuur een systeembeheerder zoals de Staat of een toezichthouder verantwoordelijk gehouden voor het ontstaan en soms ook het oplossen van de problematiek van schade, aangezien deze systeembeheerder het ontstaan van de schade niet voorkómen heeft. Keuzes voor afwikkeling van zorgplichtclaims worden in de voorzorgcultuur niet in alle gevallen gebaseerd op (wetenschappelijk) goed gefundeerde analyses vanwege de afkeer met betrekking tot de invloed van experts. In de huidige maatschappij zijn elementen van alle drie de culturen terug te vinden, en bij actoren en actorgroepen is soms de ene, soms de andere cultuur een dominante factor bij het innemen van standpunten over het ontstaan en de afwikkeling van zorgplichtclaims. Een concrete uitwerking van deze culturen is bij de onderhavige problematiek te zien in de mate waarin een retail-klant van een financiële onderneming verantwoordelijk wordt geacht voor gelede schade. Geredeneerd vanuit schuldcultuur wordt deze zelf verantwoordelijk gehouden voor het ontstaan van schade en dient deze nooit het gehele bedrag van de opgelopen schade vergoed te krijgen. De gedachte dat schade een niet te voorkomen effect van het functioneren van financiële markten is en te allen tijde dient te worden vergoed liefst in collectief verband, is gebaseerd op een redenering behorend bij de als tweede genoemde risicocultuur. Het idee dat van een systeembeheerder (een toezichthouder of de Staat) kan worden verlangd om zorgplichtclaims (mee te helpen) op te lossen, omdat hij verantwoordelijk wordt geacht voor het voorkomen van de betreffende schade, stoelt op overwegingen behorend bij de als derde genoemde voorzorgcultuur.

De afwikkeling van zorgplichtclaims in Nederland

De afwikkeling van massaclaims, waaronder ook zorgplichtclaims vallen, wordt in Nederland cross-sectoraal vormgegeven. Dit betekent dat alle soorten massaclaims, veroorzaakt door uiteenlopende zaken als natuurrampen, vliegtuigcrashes, mededingingsrechtelijke schendingen, gebreken in 'normale' en financiële producten en dienstverlening, enzovoort, via vrijwel hetzelfde wettelijk kader dienen te worden afgewikkeld.

In ieder geval geldt voor alle vormen van massaschade de collectieve actiewetgeving ex artikel 3:305a-c BW en de mogelijkheid tot algemeenverbindendverklaring van een schikking ex artikel 7:907-7:910 BW inclusief artikel 1013-1018 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Zorgplichtclaims kennen buiten dit algemene afwikkelingskader nog enkele specifieke afwikkelingsmogelijkheden. Het gaat bij zorgplichtclaims om claims die kunnen voortvloeien uit gelijksoortige gebrekkige financiële producten die in groten getale aan klanten (consumenten en klein-zakelijke partijen) van een bank of verzekeraar zijn aangeboden en/of geadviseerd. Het begrip gelijksoortig is hier te begrijpen in de context van gebreken in productvormgeving, informatieverstrekking en/of brochuremateriaal die vaak op eenzelfde wijze tot stand zijn gekomen (malvorming). De gelijksoortige aard van de gebreken maakt dat deze vatbaar zijn voor het ontstaan van een massaclaim als gevolg van de precedentwerking van een juridische uitspraak. Hierdoor kunnen ofwel meerdere individuele rechtszaken worden aangespannen al dan niet gefaciliteerd door een claimorganisatie ofwel kunnen schikkingsonderhandelingen worden aangegaan door een claimorganisatie met een potentiële schadeveroorzaker. Dit samengevat kan een afwikkeling van zorgplichtclaims via een individuele en via een collectieve route plaatsvinden.

Individuele afwikkeling van een zorgplichtclaim vindt plaats in een aantal gevallen: (i) via een individuele zaak die een grote kans op precedentwerking in zich draagt (proefproces), (ii) via een op individuele afwikkelingsbasis opererende claimorganisatie of (iii) via een speciaal ingericht loket bij een geschilbeslechtsinstantie zoals het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) of een speciale kamer van een rechtbank. Een loket of kamer bij een geschilbeslechtsinstantie, zoals het Kifid of de rechtbank, kan dan op individuele basis een groot aantal zaken met generieke of gelijksoortige elementen beslechten. De precedentwerking van een uitspraak in een individuele procedure kan maar hoeft niet door partijen en door de rechter te zijn beoogd in de desbetreffende individuele procedure. De individuele route kan verlopen in twee fases: (1) de interne klachtenprocedure-fase bij een financiële onderneming ('IKP-fase') en (2) de individuele geschilbeslechtsfase. Voor het bewandelen van fase 2 kan een klager kiezen uit het aanhangig maken van een procedure bij de burgerlijk rechter of bij het Kifid.

De *collectieve* afwikkeling bestaat ook weer uit twee mogelijke procedures: (1) de collectieve-actievordering en (2) de WCAM. De collectieve-actievordering betreft een procedure die door een claimorganisatie aanhangig kan worden gemaakt via artikel 3:305a-c BW. Naar geldend recht kan in een dergelijke procedure alleen een verklaring voor recht worden gevorderd dat de financiële onderneming tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis of onrechtmatig heeft gehandeld, en dat deze tekortkoming toerekenbaar is. Na aanvaarding en invoering van het thans aanhangige wetsvoorstel dat uitvoering geeft aan de motie-Dijksma zal ook een collectieve schadevergoedingsvordering mogelijk zijn. In theorie is het ook mogelijk om de betreffende overeenkomst te vernietigen wegens een wilsgebrek of een oneerlijke handelspraktijk en betaalde bedragen terug te vorderen uit onverschuldigde betaling, of om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden wegens een tekortkoming en de (te veel) betaalde bedragen terug te vorderen op grond van artikel 6:271 BW. Artikel 3:305a lid 3 BW sluit immers alleen de schadevergoedingsactie uit. De WCAM-route kan worden bewandeld via een verzoekschriftprocedure ex artikel 7:907-7:910 BW inclusief artikel 1013-1018 Rv. Het betreft een route die in geval van

overeenstemming tussen een of meerdere potentiële schadeverorzakers met een of meer claimorganisaties kan worden bewandeld. Het doel van de WCAM-route is het finaal (in de zin van definitief afronden) kunnen beslechten van een zorgplichtclaimgeskil via algemeenverbindendverklaring van een overeengekomen vaststellingsovereenkomst.

Naast individuele afwikkeling en de twee verschillende collectieve afwikkelingsroutes kan een zorgplichtclaim ook onderhands worden beslecht. In dit geval sluiten een claimorganisatie en een potentiële veroorzaker van de schade een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:907-7:910 BW inclusief artikel 1013-1018 Rv die bindend is voor alle bij de desbetreffende claimorganisatie aangesloten slachtoffers van het gebrekkige financiële product of de niet-passende dienstverlening ('*opt-in* model'). In een vaststellingsovereenkomst – zowel bij de onderhandse variant als in het kader van de WCAM – kunnen naast compensatie voor geleden schade ook productaanpassingen worden overeengekomen. Beide typen afspraken kunnen bijdragen aan het herstel van de financiële positie van een gedupeerde klant. Bij een gerechtelijke procedure kunnen, zoals hierboven aangegeven, eventueel wel schadevergoeding, maar geen productaanpassingen worden afgedwongen.

De afwikkeling van massaclaims in Nederland is voornamelijk privaatrechtelijk vormgegeven. Privaatrechtelijke regels bepalen dan ook in overwegende mate de afwikkeling van zorgplichtclaims. Maar publiekrechtelijk worden er soms extra eisen gesteld aan financiële ondernemingen ten aanzien van de afwikkeling van dergelijke claims. Tot dergelijke eisen behoren in de eerste plaats een verplichte aansluiting bij een door de overheid erkend klachtenafwikkelingsinstituut ex artikel 4:17 lid 1 sub b Wet op het financieel toezicht (Wft) en het hebben van een adequate klachtenafwikkelingsprocedure ex artikel 4:17 lid 1 sub a Wft. In geval van instabiliteit en/of de aanwezigheid van gebrekkige producten en niet-passende dienstverlening kunnen DNB en/of de AFM nadere regels stellen aan de te bewandelen afwikkelingsmethode met bijbehorende afwikkelingsopties. Verder kan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) optreden als claimorganisatie via artikel 3:305b BW en artikel 2.6 Wet handhaving consumentenrecht (Whc) – een bevoegdheid waarvan de ACM tot op heden overigens nooit gebruik heeft gemaakt. Artikel 3.2 en 8.3 Whc geven verder de AFM mogelijkheden om oneerlijke handelspraktijken aan te pakken. Europese regelgeving bepaalt in steeds grotere mate dat een toezichthouder zich met een klachtenafwikkelingsproces van een onder toezicht staande instelling moet bemoeien. Te denken valt hierbij aan het doorgeven van informatie aan een toezichthouder met betrekking tot klachten (product, dienst, aantal en fase van afwikkeling). Ten slotte kunnen ook toezichtsactiviteiten op het gebied van de afwikkeling van banken en verzekeraars in nood een rol spelen bij de afwikkeling van zorgplichtclaims en bepalen zij mogelijk mede het resultaat ervan. De afwikkeling van zorgplichtclaims is ten slotte gebaseerd op het beginsel van contractsvrijheid en daarmee ook van partijautonomie. Efficiëntie en effectiviteit zijn de belangrijkste drijfveren van de wetgever waarop aanpassingen in het bijbehorende wettelijk kader zijn doorgevoerd.

De probleemanalyse volgens betrokken actoren

Ondanks het optuigen en steeds verbeteren van een wettelijk kader voor de afwikkeling van massaclaims en zorgplichtclaims in het bijzonder, hebben de deelnemers aan mijn onderzoek een aantal belangrijke problemen gesignaleerd. Een algemene, door hen gedeelde analyse bestaat eruit dat het huidige

afwikkelingssysteem voor zorgplichtclaims onvoldoende mogelijkheden voor actoren biedt om claimrisico's te reduceren. Het systeem kent te weinig waarborgen om een snelle, gecontroleerde en met een duurzaam resultaat vormgegeven oplossing te bereiken voor een zorgplichtclaim. Zo'n resultaat is juist van belang om de betreffende claimrisico's zoveel mogelijk te beperken en vastgelopen zorgplichtclaims alsnog te kunnen beslechten. De deelnemers aan mijn onderzoek hebben aangegeven dat er procesvertragende elementen in het wettelijk kader zitten voor de afwikkeling van zorgplichtclaims. Ook staat het kader volgens hen haaks op het belang van de gedupeerde klant om op een zo kort mogelijke termijn compensatie te verkrijgen voor geleden schade en duidelijkheid over zijn financiële toekomst. Verder kunnen financiële ondernemingen als banken en verzekeraars mogelijk misbruik maken van het feit dat het huidige juridische afwikkelingskader van zorgplichtclaims lang duurt door klagers financieel en psychisch als het ware 'uit te roken'. Duidelijke oorzaken buiten de mogelijk door gedaagde partijen bewust toegepaste verdragstechnieken worden aangegeven in de literatuur. Zo zijn ze volgens Brenninkmeijer en anderen (2015) te vinden in het financieringsmodel van advocaten en rechters met betrekking tot hun rol in de geschilbeslechting. Ook bestaat er in meer of mindere mate een hoge drempel voor de toegang tot het recht. Verder missen de deelnemers bij verschillende actorgroepen, zoals banken, verzekeraars, geschilbeslechte en toezichthouders, de benodigde expertise voor het behalen van het gewenste resultaat in de afwikkeling. De gemiste noodzakelijke expertise wordt door de deelnemers uitgedrukt in met name het gemis aan kennis en ervaring op het gebied van de wisselwerking tussen het privaatrecht en het publiekrecht met betrekking tot het voorkomen en afwickelen van zorgplichtclaims. Maar ook in het gemis van de werking en vormgeving van de betreffende producten en dienstverlening door toezichthouders en geschilbeslechte. Daarnaast wordt het gemis aan expertise door de deelnemers gekoppeld aan de resultaten bij de (totstandkoming van) besluitvorming en de organisatiestructuur inclusief gehanteerde strategie (bijvoorbeeld die van handhaving en beïnvloeding) van de betreffende (deel)actorgroepen met betrekking tot het voorkomen van en de omgang met zorgplichtclaims. Zo zouden er volgens de deelnemers betere resultaten kunnen worden behaald wanneer experts op een andere manier bij de (totstandkoming van) besluitvorming, risicoanalyses en te hanteren toezichtstrategieën worden betrokken. Deze andere wijze van betrokkenheid van experts bij besluitvorming is concreet uitgewerkt door onder meer Frie en Richardson (2015, p. 14-16). Zij geven aan dat het raadzaam is om experts mee te nemen in het gehele proces van de totstandkoming van besluiten. Zo kan het bijvoorbeeld van belang zijn om bij onderhandelingen over de invulling van zorgplichtnormen en/of een te sluiten vaststellingsovereenkomst een of meer experts op deze materie mee te nemen als bestuurder of manager van een organisatie. Op deze wijze kan de bodem op basis waarop kan worden onderhandeld goed in de gaten worden gehouden en op een gelijke (kennis)basis met andere stakeholders in het betreffende veld worden onderhandeld. Voor de noodzakelijk geachte controle over het afwikkelingsproces hebben de deelnemers laten weten de groep 'opt-outers' bij een collectieve schikking te willen beperken omdat de onzekerheid over de grootte van deze groep bijdraagt aan risico's die niet goed te kwantificeren zijn. Ook vragen de deelnemers iets te doen aan het soms onprofessionele gedrag van claimorganisaties, als gevolg van welk gedrag banken en verzekeraars onnodig hoge transactiekosten betalen voor bijvoorbeeld onderhandelingen ten aanzien van ondeugdelijke claims. Ook wordt opgemerkt dat het gedrag van

claimorganisaties niet altijd in het belang is van de door hen vertegenwoordigde gedupeerde klant, waardoor deze nogmaals schade kan oplopen. Daarnaast gaven deelnemers aan dat het bereiken van een finaal resultaat wordt belemmerd door angst voor imagoschade en aansprakelijkheden bij directe beleidsbepalers. Ook spelen concurrentieoverwegingen tussen verzekeraars of banken onderling een rol om niet tot elkaar te komen en een schikking te treffen. Verder is het maken van fouten bij de afwikkeling gevaarlijk omdat een kleine fout al snel grote (prudentiële) effecten kan hebben op de organisatie met uitstraling naar andere ondernemingen en sectoren. Ten slotte gaven deelnemers aan de waarborg van het maatschappelijk belang bij de afwikkeling van zorgplichtclaims te missen. Een zorgplichtclaim gaat niet alleen over de belangen van direct betrokken (proces)partijen, maar heeft al snel ook gevolgen voor de (financiële) positie van een ‘gezonde klant’ van een financiële onderneming, voor die van investeerders zoals pensioenfondsen, en in sommige gevallen zelfs voor de belastingbetaler. Het huidig wettelijk kader is onvoldoende ingericht om dit maatschappelijke belang in een afwikkelingsresultaat te verdisconteren.

De oplossingen volgens de betrokken actoren

De deelnemers aan mijn onderzoek hebben tijdens de door mij afgenomen interviews en de door mij georganiseerde workshop in november 2013 vele, uiteenlopende, oplossingen aangegeven voor de drie gedeelde globale probleempunten, zoals aangegeven in de vorige paragraaf. Hieruit heb ik drie algemeen gedeelde oplossingsrichtingen kunnen destilleren. Het is op grond van mijn analyse te verwachten dat deze oplossingsrichtingen kunnen rekenen op brede steun binnen alle actorgroepen. Ze bestaan uit:

1. het geven van meer armslag aan claimorganisaties, door aan hen de mogelijkheid toe te kennen om een collectieve schadevorderingsprocedure te voeren, met als voorwaarde dat deze organisaties nader worden gereguleerd;
2. het bevorderen van een progressief optredende en creatief opererende toezichthouder op het gebied van zorgplichtclaims;
3. het waarborgen van expertise binnen alle actorgroepen in het speelveld van de afwikkeling van zorgplichtclaims.

Voor een aantal opties bestaat geen breed gedeelde steun: (i) het beperken van de rechten van *opt-outers*, (ii) het toepassen van de interventiewet, (iii) het toepassen van herstel- en afwikkelingsacties via een toezichthouder, en (iv) het toepassen van *ringfencing*. Hetzelfde geldt voor overige maatregelen die te veel inperkingen op het recht van eigendom met zich meebrengen, inclusief aansprakelijkheidsbeperkingen en compensatiematigingsmogelijkheden door een rechter voor zorgplichtclaimeigenaren.

Deelnemers hebben aangegeven meer slagkracht toe te willen kennen aan claimorganisaties bij de afwikkeling van zorgplichtclaims. Dit achten zij noodzakelijk voor het behalen van een duurzaam eindresultaat van een zorgplichtclaimgeschied. Er bestaat consensus over de wenselijkheid van het toekennen van een schadevorderingsmogelijkheid in een collectieve actieprocedure aan een claimorganisatie. Maar ook zien de deelnemers graag dat er betere financieringsmogelijkheden worden mogelijk gemaakt voor claimorganisaties, zoals het toestaan van *no-cure-no-pay* of het betrekken van rechtsbijstandsverzekeraars in

plaats van alleen advocaten bij de afwikkeling. In ruil voor het bieden van ruimere financieringsmogelijkheden en het toekennen van een collectieve schadevordering willen deelnemers wel meer regulering voor deze organisaties. Die regulering dient te worden vormgegeven via het verscherpen en uiteindelijk wettelijk verankeren van de Claimcode. Over vragen als wanneer er door wie toezicht moet worden uitgeoefend, zijn de actoren het niet eens. Een door enkele deelnemers geopperd *lead-plaintiff* of Exclusieve Belangenbehartiger-achtig stelsel waarbij de rechter uiteindelijk slechts één claimorganisatie aanwijst die namens een bepaalde groep gedupeerde klanten een collectieve actieprocedure mag starten, kende volgens andere deelnemers weer nadelen, waardoor dit niet als een door alle actorgroepen gedragen oplossing kan worden beschouwd. Een volgens critici van een dergelijk stelsel met een Exclusieve Belangenbehartiger belangrijk nadeel is het gemis van de zuiverende werking van concurrentie waardoor vernieuwing en kostenvermindering voor het beslechten van zorgplichtclaims lastig zullen kunnen plaatsvinden. Ook dient volgens sommigen juist vanaf het begin van de markttoegang toezicht plaats te vinden dat zowel vooraf als doorlopend moet worden toegepast.

Verder gaf het merendeel van de respondenten – uit diverse actorgroepen – aan een rol aan de overheid, en dan met name aan een of beide financiële toezichthouders, te willen toekennen voor het kunnen afwickelen van zorgplichtclaims met claimrisico's. In deze rol moet de overheid een cruciale bijdrage leveren aan zowel de versnelling van, controle op als het bereiken van het gewenste definitieve eindresultaat van een zorgplichtclaim. Aangegeven werd in eerste instantie te denken aan een toezichthouder die op basis van zijn huidige wettelijk verankerde bevoegdheden opereert. Beschikbare middelen om die rol invulling te geven zijn het publiceren van feitenrapporten, het toetsen van productherstelacties, het opstellen van een door iedere betrokken actor te hanteren afwikkelingsnorm, het waarborgen van een adequaat klachtenafwikkelingsproces bij financiële ondernemingen en het dwingen van onder toezicht staande instellingen om zorgplichtclaims op een bepaalde wijze te beslechten via toezicht op de integere en beheerste bedrijfsvoering. Deze rol voor een toezichthouder in het afwikkelingsspel van zorgplichtclaims werd bovendien gekoppeld aan een initiërende en meer mediërende of procesbegeleidende rol bij het afwickelen van zorgplichtclaims.

Op de huidige werkwijze van de toezichthouder(s) met betrekking tot zorgplichtclaims werd door de actoren in het veld veel kritiek geuit. Gegeven die heftige kritiek is het te verwachten dat een toezichthouder niet vanzelfsprekend een rol op het gebied van zorgplichtclaims (de afwikkeling maar ook het voorkomen ervan) kan uitoefenen. Deze moet hij 'verdienen' op basis van het tonen van volgens betrokkenen 'juiste' gedragingen richting de buitenwereld. Deze gewenste houding wordt door de actoren in het veld omschreven als 'moderner', 'steviger', 'geloofwaardiger', 'minder angstig' en 'actiever en creatiever'. Een dergelijke opstelling dient volgens de deelnemende banken te worden vertaald in de interne organisatiestructuur en de cultuur van de toezichthouder. De banken worden bij het uiten van deze zienswijzen gesteund door wetenschappers en experts op het gebied van risicomanagement, organisatie-aansturing en verandermanagement, (toezicht)strategieën en procesmanagement (zie hiervoor met name Power 2004 en 2007; Mertens 2014). Dan laat ik hierbij nog buiten beschouwing de literatuur die recent is verschenen op het gebied van *conduct risk management*. Een belangrijk concreet punt van de gewenste interne organisatieverandering bij de toezichthouder dat door de actoren werd genoemd, betreft het waarborgen van

expertise binnen de organisatie op het gebied van zorgplichtclaims. Daarbij dient niet alleen te worden gekeken naar specialistische kennis en ervaring met de afwikkeling van zorgplichtclaims, maar ook naar dat op aanpalende kennisgebieden zoals risicomanagement, data-analyse, productontwikkeling, de werking en nadere invulling van zorgplichten, het vennootschapsrecht, het faillissementsrecht en de hierbij overkoepelende wisselwerking tussen het publiek- en het privaatrecht. Deze expertisewaarborging geldt volgens de actoren overigens niet alleen voor de toezichthouder, maar voor alle betrokken actorgroepen binnen het afwikkelingssysteem van zorgplichtclaims. Zonder de verankering van de nodige expertise blijven claimrisico's onnodig aanwezig op de financiële markten. Om in de huidige tijd van veelvuldige media-aandacht, complexiteit van zaken en de vraag om transparantie te kunnen blijven groeien als bedrijf en zonder al te veel kleerscheuren te kunnen blijven opereren als toezichthouder, is het volgens de actoren die zich bewegen binnen de actorgroepen, noodzakelijk om anders aan te kijken tegen experts: deze zouden effectiever en efficiënter moeten worden betrokken bij de besluitvorming. De actoren worden ook in dit specifieke oordeel gesteund door diverse organisatie- en risicomanagementspecialisten (zie Power 2004 en 2007, Frie & Richardson 2015; Weggeman 2007 en 2015). Deze specialisten reiken oplossingen aan voor organisaties om in de huidige snel veranderende en complexe samenleving effectief te blijven functioneren. Daarbij leggen ze de nadruk op de verankering van expertise en de omgang met professionals door het management. Professionals zouden in hun ogen vrijer moeten kunnen functioneren om de in hun aanwezige en voor de organisatie noodzakelijke creativiteit en bijzondere kennis en ervaring zo optimaal mogelijk te kunnen gebruiken. Aansturing is voor 80 procent van de experts slechts zeer matig nodig: bottom-up en output gedreven. Deze andere manier van aansturing zal een grote omslag betekenen voor alle grote financiële ondernemingen en de toezichthouders, maar het lijkt onvermijdbaar om deze wijziging door te voeren in grote onderdelen van de organisatie vanwege onder andere de opkomst van data-specialisten, transparantiemogelijkheden (social media) en innovatieve technieken die de huidige verdienmodellen, productontwikkelingen en dienstverlening op de financiële markten snel zullen doen veranderen. De experts die zich met de hiervoor genoemde materie bezighouden, zullen noodzakelijk zijn om voldoende gebruik te kunnen maken van de nieuwe diensten, transparantiemogelijkheden en technieken. Hierdoor kan men de innovaties bereiken die nodig zijn om te kunnen blijven groeien en/of voldoende te blijven functioneren.

Volgens actoren is het noodzakelijk dat ook rechters expertise op het gebied van zorgplichtclaims beter borgen. Hierbij werd aangegeven dat samenwerking tussen rechters gewenst is om versnippering van uitspraken te voorkomen, bijvoorbeeld via het opstellen van leidraden voor de afwikkeling zoals in het verleden in het kader van alimentatie en recentelijk ten aanzien van de aandelenleasezaken.

Sommige actoren gaven aan de huidige bevoegdheden van een financiële toezichthouder onvoldoende te achten voor het behalen van de gewenste doelstellingen op het gebied van zorgplichtclaims. Zij betwijfelen of een toezichthouder voldoende doorzettingsmacht heeft op basis van de toepassing van informele beïnvloedingsstrategieën of op basis van het huidig wettelijk kader om zorgplichtclaims uiteindelijk finaal te kunnen beslechten. Zij wijzen er in dit kader op dat de Woekerpolis-affaire nog altijd onder het aardoppervlak broeit. Het wachten op het 'verdiene' van voldoende autoriteit en daarmee op informele wijze tonen van doorzettingsmacht kan volgens hen (te) lang duren of zal nooit het beoogde effect teweegbrengen. Het

beoogde effect bestaat uit het tot elkaar komen van met elkaar twistende partijen om een schikking te treffen met betrekking tot het toekennen van compensatie aan gedupeerde klanten.

De enige andere actor in het afwikkelingssysteem van zorgplichtclaims die de door actoren gewenste doorzettingsmacht kan verkrijgen, is de rechter of geschilbeslechter zoals een Ombudsman (hierna verder aangeduid als rechter). Een schikkingsdwangbevoegdheid voor een rechter is echter zowel door deelnemers aan mijn onderzoek als de Raad voor de rechtspraak bekritiseerd. De gedeelde kritiek bestaat onder andere uit het feit dat een rechter zich dient te baseren op datgene wat de procespartijen aandragen. De hieruit voortvloeiende lijdelijkheid van de rechter is echter de oorzaak dat het algemeen belang bij de afwikkeling van zorgplichtclaims onvoldoende aan de orde komt, hetgeen als een gemis wordt ervaren. Ook zijn zorgplichtclaims weerbarstig en complex van aard, wat leidt tot hoge kosten voor de afwikkeling ervan. Ten slotte zou de rechter de nodige expertise en vaardigheden voor een adequate uitoefening van de beoogde bevoegdheid missen en bestaan er rechtsstatelijke bezwaren tegen het oppakken van een rol met doorzettingsmacht door een rechter wanneer deze ook de gewenste ‘gesloten-deurenstrategie’ hanteert. Aangezien er onvoldoende draagvlak bestaat voor het laten uitoefenen van de door actoren gewenste doorzettingsmacht van de rechter, ligt deze rol noodgedwongen op het bord van de toezichthouder. Een meerderheid van degenen die voorstander zijn van het opstellen van een wettelijk verankerde norm voor een toezichthouder op het gebied van zorgplichtclaims, geeft hierbij de voorkeur aan een publiekrechtelijk vormgegeven compensatiebevoegdheid in de Wft. Een toezichthouder is dan grotendeels vrijgepleit van eventuele aansprakelijkheden die zich met betrekking tot de afwikkeling van zorgplichtclaims kunnen voordoen. De beperkte aansprakelijkheid van de toezichthouder is van belang, omdat hiermee wordt voorkomen dat een toezichthouder al te eenvoudig wordt blootgesteld aan aansprakelijkheden op een zo complex en politiek gevoelig onderwerp als zorgplichtclaims, welke blootstelling de toezichthouder immers zou kunnen verlammen in zijn opereren waar handelen juist gewenst is. Een te groot risico van aansprakelijkheid van de toezichthouder zou dan ook vertraging bij de oplossing van de zorgplichtclaims tot gevolg kunnen hebben. Een publiekrechtelijke vormgeving van de compensatiebevoegdheid van de toezichthouder kan bovendien voorkomen dat in de afwikkelingsfase verdere vertraging ontstaat doordat consumenten en andere klein-zakelijke partijen nieuwe claims indienen. De compensatiebevoegdheid wordt door de deelnemers ieder op eigen wijze ingevuld. Zij komt er echter steeds globaal op neer dat de toezichthouder een onder toezicht staande instelling via een aanwijzing kan dwingen om binnen een bepaalde termijn over te gaan tot het compenseren van klanten met schade die (met een hoge mate van waarschijnlijkheid) is opgelopen door de aanschaf of het afnemen van gebrekkige producten en/of dienstverlening. Inspiratie voor een concrete vormgeving van een compensatiebevoegdheid werd door de deelnemers geput uit de bevoegdheden van de *Securities and Exchange Commission* (SEC) uit de Verenigde Staten, de *Central Bank of Ireland* (CBI) en de bevoegdheden van de *Financial Conduct Authority* (FCA) uit Engeland en Wales. Ook is door de deelnemers gewezen op het adapteren van de mogelijkheid die in de Verenigde Staten bestaat met betrekking tot het creëren van een *limited fund* via het volgen van een *Mandatory class action van Rule 23(b)(1)(B)*.

Normatieve overwegingen van betrokken actoren

Ik heb, zoals eerder toegelicht, de inzichten uit de interviews (via het expliciteren van de handelingstheorieën) met betrekking tot de normatieve overwegingen van actorgroepen gekoppeld aan inzichten uit een analyse van literatuur over denkbeelden van Nederlanders met betrekking tot de omgang met schade en schande vanaf 1838 tot en met heden. Deze denkbeelden komen kort neer op het bestaan van drie verschillende culturen (schuld-, risico- en voorzorgcultuur) onder de actoren die zich bezighouden met het voorkomen en afwikkelen van zorgplichtclaims. Het expliciteren van handelingstheorieën is nuttig bij een responsieve evaluatie omdat het helpt bij het uitwerken van een ‘agenda voor onderhandeling’ van de bevindingen uit een eerste ronde van interviews. Inzicht in de diverse handelingstheorieën van de geïdentificeerde actorgroepen biedt zicht op de ruimte die er is bij de diverse betrokkenen om draagvlak te ontwikkelen voor een bepaalde probleemdefinitie en/of oplossingsrichting. De gedachte hierbij is dat partijen het nimmer in alle opzichten met elkaar eens zullen worden. Maar het idee is dat dit ook niet nodig is; een zekere mate van ‘congruentie’ tussen de opvattingen van de verschillende betrokkenen over wat concreet wenselijk is om te doen, is een afdoende basis voor het praktisch oplossen van problemen in een complex actorveld waarin actoren in hoge mate onderling afhankelijk zijn voor het welslagen van hun plannen.

Uit de gereconstrueerde handelingstheorieën van de actorgroepen heb ik tien veel genoemde, en tijdens de interviews en georganiseerde workshop soms fel bediscussieerde, normatieve overwegingen afgeleid. Deze hebben betrekking op: (i) de juridisering van de samenleving, (ii) een zich al dan niet ontwikkelende claimcultuur, (iii) het al dan niet aanpakken van de pech-moet-weg-gedachte, (iv) de eigen verantwoordelijkheid van de consument, (v) verbreding van de toegang tot het recht, (vi) het al dan niet bestaan van een noodzaak van maatwerk op micro- of macroniveau, (vii) de autonomie van procespartijen, (viii) bemoeienis van de overheid bij het afwikkelen van zorgplichtclaims, (ix) vermenging van privaats- en publiekrecht en (x) het mogelijk preventief effect van zorgplichtclaims op het gedrag van financiële ondernemingen. Geplaatst in het licht van de drie geïdentificeerde culturen constateer ik dat de kernbeginselen van het Nederlandse verbintenissenrecht die vanuit de schuldcultuur zijn vormgegeven, zoals de eigen verantwoordelijkheid van een gedupeerde klant en het slechts op individuele basis willen beslechten van conflicten, onderwerp zijn van discussie. De meer op de risicocultuur georiënteerde beginselen, zoals het denken vanuit het algemeen belang en de focus op het (zoveel mogelijk) reduceren van ‘pech’ of schade, worden tegenwoordig in meer of mindere mate welwillend benadrukt. In deze termen is ook het wettelijk kader dat in de jaren tachtig en negentig is opgesteld voor het zich laten ontwikkelen van een praktijk voor een collectieve in plaats van alleen een individuele afwikkeling van zorgplichtclaims te begrijpen. Ook zijn in dezelfde termen de in de ogen van aan mijn onderzoek deelnemende banken en verzekeraars inclusief een bepaalde toezichthouder, steeds verder gaande beschermende houding van geschilbeslechtsers en beleidsbepalers richting de consument, beter te begrijpen. De beschermende houding bestaat volgens de betreffende deelnemers aan mijn onderzoek uit de verhoging en/of de hoeveelheid van de toegekende schadevergoedingen. Ook constateer ik dat het idee van ‘eigen verantwoordelijkheid’ als basisprincipe in het huidige wettelijk kader vanuit een andere dan een juridische hoek bekritiseerd wordt. Deelnemers aan mijn onderzoek delen de betreffende kritische inzichten ten opzichte van het idee van de ‘eigen

verantwoordelijkheid' onder andere op basis van gedragseconomische inzichten. Hieruit zou blijken dat de mens geen *homo economicus* is die op rationele wijze keuzes maakt. Een mens maakt juist vaak keuzes op basis van irrationele elementen (principes, gevoelens, basisbehoeften etc.) (Thaler & Sunstein 2008). Mocht het zo zijn dat een mens op irrationele wijze keuzes maakt, dan kan een consument niet in alle gevallen worden aangesproken op zijn eigen verantwoordelijkheid bij het ontstaan van schade, zo werd geredeneerd. Dit zou consequenties kunnen hebben voor het ontwerpen van beleid (wet- en regelgeving) en de uitoefening van de praktijk gericht op massaclaimafwikkeling zoals geschilbeslechting en de categorisering van gedupeerde klanten voor de toekenning van compensaties (Broekhuizen 2016).

Conclusies

Na beantwoording van alle deelvragen kan ik concluderen dat het wettelijk kader en de daarbinnen opererende praktijk met betrekking tot de afwikkeling van zorgplichtclaims te weinig waarborgen kennen om een snelle, gecontroleerde en met een duurzaam resultaat vormgegeven oplossing te bereiken (finale sluiting) voor een (dreigende of reeds bestaande) zorgplichtclaim. Hierdoor is de afwikkeling van zorgplichtclaims niet adequaat te noemen. Een adequatere afwikkeling is een door de deelnemers aan mijn onderzoek gemeenschappelijk gedragen wens die zij tijdens mijn onderzoek hebben aangegeven. Deze gedeelde wens is van belang om de in het speelveld aanwezige claimrisico's zoveel mogelijk te beperken. Om zorgplichtclaims adequater af te kunnen wikkelen zijn door de deelnemers drie globale oplossingsrichtingen aangegeven:

1. het vergroten van de macht van claimorganisaties (te lezen als het geven van meer armslag) door het aan hen toekennen van de mogelijkheid om een collectieve schadevorderingsprocedure te voeren in ruil voor het reguleren van deze organisaties;
2. het bevorderen van een progressief optredende en creatief opererende toezichthouder op het gebied van zorgplichtclaims;
3. het waarborgen van expertise op het gebied van zorgplichtclaims en daaraan gelieerde kennisgebieden binnen alle actorgroepen in het speelveld van de afwikkeling van zorgplichtclaims.

Actoren hebben deze drie gedeelde oplossingsrichtingen soms nader ingevuld door oplossingsopties aan te dragen. Maar over de invulling van de opties verschilden ze veelal van mening. Soms werd er ook geen concrete invulling voor een oplossingsrichting aangedragen.

Ondanks dat actoren in het speelveld van zorgplichtclaims de door hen aangedragen en gedeelde oplossingsrichtingen grotendeels niet verder hebben ingevuld, is het toch mogelijk om op basis van de opgedane inzichten concretere oplossingen te formuleren voor de zorgplichtclaimproblematiek. Dit is mogelijk door de inzichten in 'de drie schade- en schandeculturen' te koppelen aan de resultaten van de responsieve evaluatie naar de werking van het afwikkelingssysteem van zorgplichtclaims. Door op deze

manier te werk te gaan werd het mogelijk om conclusies te trekken over het geheel, waar de individuele betrokkenen niet toe in staat zijn.

Een eerste conclusie die volgt op de verschillende stappen in de analyse, ter beantwoording van de hoofdvraag, is het feit dat de actoren in het speelveld primair het voorkómen van zorgplichtclaims wensen vorm te geven op basis van het huidig wettelijk kader. Voor het voorkómen van zorgplichtclaims is het noodzaak meer transparantie toe te passen met betrekking tot klachten en daaraan gekoppelde mogelijk uitgekeerde schadevergoedingen, compensaties en coulancevergoedingen ('klachten'). Alleen wanneer deze transparantie wordt toegepast door diverse actorgroepen in het afwikkelingssysteem, kan namelijk het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking laten zien. Deze preventieve werking bestaat uit positieve gedragsverandering onder (potentiële) schadeveroorzakers in de zin van het voorkómen van het ontwikkelen, aanbieden en/of adviseren van gebrekkige producten en dienstverlening op de financiële markten. Hierdoor wordt de totstandkoming van zorgplichtclaims in de kiem gesmoord. Het creëren van meer transparantie met betrekking tot claims kan binnen het actorenveld rekenen op draagvlak. Dit gezien het feit dat transparantie aansluit bij door vele actoren gemeenschappelijk gedragen normatieve overwegingen. Deze normatieve overwegingen bestaan ten eerste uit de wens van voornamelijk financiële ondernemingen en geschilbeslechtters om verdere juridisering van de samenleving te voorkomen. Ten tweede past het versterken van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht via het toepassen van meer transparantie met betrekking tot klachten bij de wens van diverse actoren om autonoom te kunnen blijven opereren. Ten slotte past het toepassen van meer transparantie bij de door diverse actoren gedeelde normatieve overweging om het privaatrechtelijk kader grotendeels gescheiden te houden van het publiekrechtelijk kader waarbinnen actoren in het veld opereren. Het publiekrechtelijk kader is, volgens diverse deelnemers aan het onderzoek ondersteund door literatuur (zoals Busch 2017), grotendeels bedoeld om toezicht mee uit te oefenen en daarmee om onder andere zorgplichtclaims te voorkomen. Een toezichthouder kan binnen zijn toezichtstaak de afwikkeling van zorgplichtclaims ondersteunen of bevorderen door informatie over klachten helpen te verspreiden. Een voorbeeld van informatie die over klachten kan worden verspreid, betreft de inhoud van het feitenrapport van de Spaanse toezichthouder CNMV. De AFM kan in Nederland ook jaarlijks een dergelijk feitenrapport opstellen, al dan niet in samenwerking met onder toezicht staande instellingen en het Kifid. Maar ook kunnen financiële ondernemingen en het Kifid zelf de betreffende informatie op een website publiceren, al dan niet voor en/of achteraf gecontroleerd door de AFM. Gedacht kan worden aan informatie over:

- a) het aantal ontvangen klachten in een bepaald jaar;
- b) het aantal opgeloste, niet opgeloste maar wel in afwikkeling zijnde en afgewezen klachten in een bepaald jaar;
- c) de snelheid van de afwikkeling per soort klacht;
- d) de stand van zaken van het proces (waar bevindt een klacht zich op een bepaald moment in het afwikkelingsproces);
- e) de oorzaak van een klacht (grondslag, gebrek in product of dienstverlening);
- f) ontwikkelingen van bovenstaande punten door de jaren heen.

Met deze gegevens kunnen gedupeerden en hun vertegenwoordigers (claimorganisaties) de kansen op een succesvolle juridische strijd berekenen en wel of niet hun rechten geldend gaan maken. Ook kan de angst voor precedentwerking van een uitspraak of aanzuigende werking van claims zorgen voor de nodige gedragsverandering onder financiële ondernemingen. Na invoering van transparantie met betrekking tot klachten kan het privaatrecht naast het toezicht een effectieve bijdrage leveren aan het reduceren van zorgplichtclaims. Maar ook de invoering van meer transparantievereisten zal, net als het ontwikkelen van meer toezichtsmogelijkheden en de uitvoering ervan, nooit volledig voorkómen dat gebrekkige producten en dienstverlening op de financiële markten vóórkomen, zodat de kans op het ontstaan van zorgplichtclaims blijft bestaan. Deelnemers aan mijn onderzoek beamen de effectieve werking van het aansprakelijkheidsrecht en dat hierdoor het ontstaan van zorgplichtclaims mogelijk wordt gereduceerd. Zij geven aan dat ondernemingen die in aanraking zijn gekomen met zorgplichtclaims, vanwege claimrisico's en reputatieschade, kritischer naar hun producten en dienstverlening zijn gaan kijken.

De reconstructie van de handelingstheorieën van de actorgroepen laat ten tweede zien dat een adequate afwikkeling van zorgplichtclaims, zoals de actorgroepen dat allen wensen in de zin van sneller, meer gecontroleerd en met de waarborg van een finaal resultaat, neerkomt op een mix van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke afwikkelingsmethoden. De drie door alle actorgroepen gedeelde globale oplossingsrichtingen zijn namelijk slechts mogelijk te maken op basis van deze mix. Hierbij is het creëren van een publiekrechtelijke bevoegdheid voor een toezichthouder onvermijdelijk. Dit omdat het bereiken van een onder alle betrokken actoren gedragen resultaat op basis van een uitsluitend *privaatrechtelijke* afwikkeling een utopie lijkt, gezien de te veel uit elkaar lopende normatieve overwegingen onder actoren buiten maar ook zelfs binnen een zelfde actorgroep. Voor een effectieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is namelijk, zoals hierboven betoogd, transparantie over schadevergoedingen noodzakelijk. Ook is een gelijk speelveld tussen een (potentiële) schadeveroorzaker en een gedupeerde klant noodzakelijk om zijn recht te kunnen behalen. Terwijl vooral claimorganisaties belang hechten aan transparantie vanwege de mogelijkheden die transparantie hun biedt om een passend strategisch en financieel plan op te kunnen stellen, hechten veel andere actorgroepen juist veel waarde aan geheimhouding van aspecten die met de schadevergoeding te maken hebben. Het hechten aan geheimhouding door andere actorgroepen, zoals met name de financiële ondernemingen en toezichthouder(s), komt voort uit angst voor het oplopen van imagooverlies, aansprakelijkheden, instabiliteit van de onderneming en/of ongewenste concurrentie. Breder nog is de angst voor het ontstaan van een zogenaamde claimcultuur zoals deze zich in Amerika zou hebben ontwikkeld via het toepassen van steeds verdergaande transparantie over de inhoud en het proces van de ont- en afwikkeling van zorgplichtclaims. Met betrekking tot de verbreding van de toegang tot het recht zijn actoren het eens over vergroting van de macht van of het geven van meer armslag aan claimorganisaties, maar geloven sommigen van deze actoren weer niet in de noodzaak om de toegang tot het recht te vergroten. Deze actoren werken het beginsel van de toegang tot het recht juist tegen door (te) vergaande regulerings-eisen voor markttoegang te stellen en door te pleiten voor de invoering van een

Exclusieve Belangenbehartiger. Hoe een effectieve mix van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke afwikkelingsmogelijkheden eruit moet komen te zien, licht ik hieronder verder nader toe.

Een derde conclusie, voortvloeiende uit de vorige conclusie waarin ik heb aangegeven dat een mix van privaat- en publiekrechtelijke afwikkelingsmethoden nodig is om zorgplichtclaims in de toekomst adequater te kunnen beslechten, is dat het zinvol is om een claimorganisatie meer macht toe te kennen, en daarmee meer armslag te geven. Op deze wijze kan een (potentiële) veroorzaker van schade tot schikken worden bewogen. Hierdoor kan het door de deelnemers aan het onderzoek gewenste proces van afwikkeling worden versneld. Voor het bieden van meer armslag is het nodig de mogelijkheid van een collectieve schadevordering te openen, inclusief de mogelijkheid tot het uitbreiden van de financieringsmogelijkheden voor een claimorganisatie. Deze twee mogelijkheden voor het bieden van meer armslag voor claimorganisaties worden door veel deelnemers aan mijn onderzoek ondersteund. De invulling van het bieden van meer armslag betekent volgens aan mijn onderzoek deelnemende claimentiteiten dat *no cure no pay* mogelijk moet worden gemaakt voor advocaten. Ook betekent het bieden van meer armslag in de ogen van claimentiteiten de inzet van rechtsbijstandsverzekeraars bij de afwikkeling van zorgplichtclaims. Anderzijds dienen volgens de claimentiteiten ook claimorganisaties te waarborgen dat het klantbelang centraal wordt gesteld. Zowel uit mijn onderzoek als uit dat van een onderzoekscommissie in Engeland en Wales komt naar voren dat hiervoor het beste een onafhankelijke toezichthouder kan worden opgetuigd die (grotendeels) wordt gefinancierd door de onder toezicht staande instellingen zelf. Om de onafhankelijkheid maar ook de effectiviteit van de toezichthouder zo goed mogelijk te waarborgen is het raadzaam deze niet onder de paraplu van een bestaande toezichthouder of ministerie te plaatsen. Een specifiek zich op claimorganisaties richtende toezichthouder dient voor het waarborgen van effectiviteit sector-overstijgend te kunnen opereren in tegenstelling tot de in Nederland opererende toezichthouders zoals de AFM, DNB, NZa (de Nederlandse Zorgautoriteit) en de ACM. Het onderbrengen van deze toezichthouder bij een specifiek binnen een bepaalde sector opererende toezichthouder is daarom organisatorisch en financieel complex te noemen. Het onder de vlag van een bepaald ministerie laten opereren van een claimtoezichthouder, zoals in Engeland en Wales de praktijk is, blijkt volgens onderzoek daar ook niet ideaal. Het onafhankelijk zijn van de Staat is van belang om optimaal te kunnen functioneren als toezichthouder of in het algemeen als zelfstandig bestuursorgaan. De financiering van de toezichthouder kan worden vormgegeven op basis van de situatie zoals deze ook bestaat in Wales en Engeland en bij de AFM. Opereren op basis van al bestaande en werkende organisatiestructuren biedt voordelen, met name op het gebied van ontwikkelingskosten. Een onafhankelijk vormgegeven en opererende toezichthouder betekent dat financiering plaatsvindt door de *claimorganisaties* zelf (de onder toezicht staande instellingen). Ook is het van belang om de inmenging van de Staat bij de uitvoering van het beleid, ook wanneer dit op informele wijze plaatsvindt, te weerstaan.

De opgerichte claimtoezichthouder moet in zijn dagelijkse toezichtspraktijk vervolgens toetsen aan vereisten voor de markttoegang en doorlopend toezicht uitoefenen. Uiteindelijk dient er een goede balans te worden gevonden tussen regulering en mogelijkheden om de markt te kunnen betreden door deze organisaties, zodat zij in voldoende mate kunnen bijdragen aan de verbreding van de toegang tot het recht. Dit betekent dat er goed moet worden gekeken naar de mogelijkheden om ook nieuwe claimorganisaties een

kans te geven de markt te kunnen betreden, waardoor de gezonde werking van concurrentie kan plaatsvinden. In dit kader moet er ook kritisch worden gekeken naar de in het wetsvoorstel dat uitvoering geeft aan de motie-Dijksma voorgestelde invoering van een soort *lead plaintiff*-achtig stelsel (de Exclusieve Belangenbehartiger) in Nederland. Wanneer een claimtoezichthouder wordt opgetuigd die zowel toetst voorafgaande aan als tijdens de markttoegang, kan deze ervoor zorg dragen dat schadelijk gedrag wordt geweerd al tijdens of zelfs voorafgaande aan onderhandelingen met een potentiële schadeveroorzakende partij. Hierdoor kunnen mogelijk minder claimorganisaties onnodige transactiekosten veroorzaken dan in het geval van de implementatie van een soort *lead plaintiff*-achtig stelsel. Onnodige en/of te hoge transactiekosten kunnen worden veroorzaakt door bijvoorbeeld gedwongen acties door financiële ondernemingen op het gebied van ondeugdelijke claims of oneerlijke handelspraktijken. Overigens kunnen deze laatste nu ook al worden ondervangen via de toepassing van de Wet oneerlijke handelspraktijken (Woh) door de ACM op het gebied van dienstverlening door claimorganisaties met betrekking tot zorgplichtclaims.

Ook is de bepaling van een Exclusieve Belangenbehartiger mogelijk lastig vanwege het feit dat de afbakening van de reikwijdte van een zorgplichtclaim moeilijk is te bepalen. Hoe namelijk een scheiding aan te brengen bij een keuze voor een bepaald gebrek van een product en een passende juridische grondslag wanneer er meerdere gebreken zijn en deze grotendeels met elkaar samenhangen? Ook moet een claimorganisatie een zo groot mogelijke achterban weten te verzamelen om te kunnen voldoen aan het begrip 'representativiteit' ex artikel 3:305a lid 2 BW om zo in aanmerking te komen voor het zijn van een Exclusieve Belangenbehartiger conform de door de wetgever voorgestelde nieuwe collectieve actieprocedure. Het vergaren van een zo groot mogelijke achterban botst met een vereiste van de collectieve actieprocedure om een voldoende bepaalde omschrijving van de achterban te geven. Die omschrijving is namelijk gekoppeld aan de probleemomschrijving en is complex van aard.

De invoering van een collectieve schadevorderingsactie kent als primaire doelstelling om potentiële veroorzakers van schade te dwingen om een schikkingsovereenkomst met (vertegenwoordigers van) gedupeerde klanten aan te gaan. Eén van de obstakels die bestaan bij de potentiële veroorzakers van schade, betreft het feit dat er in Nederland geen mogelijkheid bestaat om met een collectieve schikking een zorgplichtclaim finaal te beslechten. Met het finaal beslechten wordt bedoeld het zich laten committeren van alle gedupeerde klanten met betrekking tot een betreffende zorgplichtclaim aan een collectieve schikkingsovereenkomst, zodat zich daarna geen nieuwe schadevorderingen over dezelfde zorgplichtclaims meer kunnen voordoen. Tussen de actoren bestaat overeenstemming over de wenselijkheid dat zo min mogelijk *opt-outers* moeten overblijven na een door procespartijen (in het algemeen claimorganisatie(s) versus potentiële schadeveroorzaker(s)) getroffen schikking. Er bestaat echter onenigheid over de vraag hoe dit resultaat kan worden bereikt. Ongeveer evenveel deelnemers geven aan voorstander te zijn van het beperken van de *opt-out*-mogelijkheden met betrekking tot een schikking als tegenstander. De tegenstanders hameren op het behoud van de rechten van *opt-outers* en koppelen deze aan de waarborgen voor de toegang tot het recht. De tegenstanders hameren juist op het waarborgen van het maatschappelijk belang dat volgens hen alleen kan worden gewaarborgd wanneer de rechten van *opt-outers* drastisch worden beperkt. Er lijkt sprake van een impasse onder de deelnemers aan mijn onderzoek over het beperken van de rechten van *opt-*

outers. Op basis van inzichten die ik heb opgedaan uit een reconstructie van de handelingstheorieën van actoren in het speelveld van de afwikkeling van zorgplichtclaims, kan een vierde conclusie worden geven namelijk: Om de impasse tussen de in het speelveld opererende actoren met betrekking tot het opstellen van gedeelde oplossingen voor de *opt-out*-problematiek te doorbreken, verdient het om voorkeur te geven aan het verstrekken van passende informatie en/of het benaderen van gedupeerde klanten voor deelname aan een schikking via op gedragseconomische inzichten vormgegeven activeringsprogramma's. Alleen hierdoor kan een door iedere actor gedragen compromis worden bereikt voor het behalen van een finaal resultaat voor zorgplichtclaims. Deze oplossingsoptie past namelijk in enkele belangrijke en grotendeels gedeelde normatieve overwegingen van de betrokken actoren in deze kwestie, die ten grondslag liggen aan de vormgeving van hun gewenste en gedeelde oplossingsrichtingen. Zo blijft in geval van de toepassing van deze oplossingsoptie voor de beperking van de groep *opt-outers* de toegang tot het recht gewaarborgd, wordt verdere juridisering tegengegaan en blijft de autonomie van de procespartijen in stand.

Bij het toepassen van de gedragseconomische inzichten en de uitvoering van activeringsprogramma's voor de benadering van gedupeerde klanten kan worden gedacht aan het opstellen en toepassen van een communicatie- of benaderingsplan van klanten met een (potentiële) zorgplichtclaim. Bij de DSB-afwikkeling hebben de betrokken partijen hier goede ervaring mee opgedaan, met een goed resultaat.

Op basis van de reconstructie van de handelingstheorieën van de deelnemers aan mijn onderzoek kan ik verder een vijfde conclusie trekken: de deelnemers zouden het eens kunnen worden over de introductie van de toezichthouder in het afwikkelingssysteem. Redenen hiervoor zijn kort samengevat: (i) het raakvlak met de missie en doelstelling van toezichthouders, (ii) de reducering van transactiekosten (met name advocaatkosten), (iii) de versnelling van het proces, (iv) het kunnen uitoefenen van enige controle op de afwikkeling, (v) de verankering van het maatschappelijk belang, en (vi) het indien nodig kunnen beslechten van zorgplichtclaims achter gesloten deuren in verband met aanwezige koersgevoelige informatie.

Maar bij de uitvoering van zijn rol op het gebied van zorgplichtclaims is het volgens de deelnemers aan mijn onderzoek ten eerste noodzakelijk dat een toezichthouder zich anders gaat gedragen dan hij voorheen (lees: de periode met betrekking tot de uitvoering van het onderzoek – begin 2012 tot eind 2015) heeft gedaan. Of een toezichthouder tegenwoordig nog altijd hetzelfde of vergelijkbaar gedrag vertoont als tijdens de uitvoering van mijn onderzoek, sluit ik niet uit, gezien onder andere nieuwsberichten van Piersma en Couwenbergh (2017) en Keuning (2017), inclusief onderzoek door de journalisten Logger en Weijnen (2016). Daarbij moet ook nog worden meegenomen dat cultuurverandering bij politiek bestuurlijke organisaties erg moeilijk is (aldus Straathof 2009). Veel andere wetenschappers twifelen zelfs aan de veranderbaarheid van organisatieculturen (Straathof 2009). Een toezichthouder dient verder tezamen met de organisatiecultuur zijn organisatiestructuur anders te gaan inrichten. Alleen op deze wijze kan hij de benodigde autoriteit verkrijgen om het door de actoren in het speelveld gewenste eindresultaat voor een zorgplichtclaim te bereiken. De door deelnemers gewenste gedragsverandering komt neer op het tonen van creativiteit en progressiviteit bij de uitoefening van handhavings- en beïnvloedingsstrategieën. Hierbij moet een toezichthouder ten eerste 'openlijk' accepteren dat zowel het voorkómen als het afwikkelen van zorgplichtclaims tot de missie en kerntaken van het toezicht behoort. Met 'openlijk' doel ik op transparantie

(via jaarverslagen, persberichten etc.) over door een toezichthouder gewenste en uitgevoerde acties op het gebied van zorgplichtclaims en het raakvlak met zijn missie en kerntaken. Zorgplichtclaims komen voort uit gebrekkige financiële producten en dienstverlening en hebben direct en indirect effect op het functioneren van financiële ondernemingen. Die effecten zijn niet beperkt tot de direct betrokken partijen, maar raken ook andere ondernemingen binnen de financiële markten in verband met precedentwerking en verwevenheid van de ondernemingen in de financiële sector. Effecten als aanhoudend wantrouwen en zelfs instabiliteit met als *worst case scenario* een faillissement van een of meerdere financiële ondernemingen komen voor. Het is dan ook evident dat zowel AFM als DNB de bij het afwikkelen van zorgplichtclaims betrokken partijen de rug niet kan toekeren. Dat geldt temeer nu de huidige samenleving (vanwege de aanwezige voorzorgcultuur) juist kijkt naar en actie verlangt van een toezichthouder om zorgplichtclaims te voorkomen en om, indien deze toch zijn ontstaan, deze ook te helpen oplossen. Dat helpen kan op basis van de huidige bevoegdheden. Zo kan een toezichthouder feitenrapporten op een strategisch moment tijdens de of vooruitlopende op een private afwikkeling van een zorgplichtclaim publiceren. Verder kan een toezichthouder productherstelacties afdwingen, controleren en/of zo mogelijk bijsturen. Ook kan een toezichthouder een IKP (intern klachtenafwikkelingsproces) toetsen op procesmatige gronden. Ten slotte kan een toezichthouder ook daadwerkelijk al dan niet op formele gronden een zorgplichtclaim finaal proberen te beslechten. DNB heeft hiervoor een zeer globale wettelijke grondslag ex artikel 3:17 Wft met betrekking tot een verwijzing naar integere en beheerste bedrijfsvoering. Het globale karakter van artikel 3:17 Wft brengt echter mee dat de kans dat zorgplichtclaims op basis van dit artikel succesvol kunnen worden afgewikkeld, als marginaal moet worden ingeschat. De inzet van dit artikel door de toezichthouder botst al snel met het rechtszekerheidsbeginsel. Ook dragen de in Nederland aanwezige normatieve overwegingen onder actoren in het speelveld van de afwikkeling van zorgplichtclaims en afspraken op het gebied van de scheiding van publiek- en privaatrecht bij aan de marginale kans om op basis van de genoemde publiekrechtelijke normen zorgplichtclaims adequaat te beslechten, al is succes niet bij voorbaat uitgesloten. Een toezichthouder, zoals de AFM, kan op basis van zijn huidige handhavingsinstrumentarium al proberen om een zorgplichtclaim te beslechten. De uitkomst van deze te nemen stap kan in positieve zin meer duidelijkheid verschaffen over de reikwijdte van de toepassing van de te handhaven normen. Hierdoor is de invoering van nieuwe bevoegdheden in het kader van zorgplichtclaims mogelijk niet nodig. Wanneer de inzet van de betreffende norm niet het gewenste positieve effectief laat zien, kan worden overwogen om wel een nieuwe wettelijk verankerde bevoegdheid op het gebied van claims te vragen aan de wetgever.

Een overgrote meerderheid van de actoren die voorstander is van een rol voor een toezichthouder in het afwikkelingspel van zorgplichtclaims, is uiteindelijk voorstander van een op informele basis vormgegeven initiërende en meer mediërende of procesbegeleidende rol voor een toezichthouder bij het afwikkelen van zorgplichtclaims, zeker wanneer er meerdere potentiële schadeveroorzakers in het spel zijn. Bij al deze te nemen acties kan een toezichthouder ook een Commissie van Wijzen en/of de minister proberen in te schakelen. Op informele basis kan een toezichthouder op deze wijze actoren tot een schikking bewegen die op formele basis via toepassing van het handhavingsinstrumentarium niet te bereiken is.

Maar de waarborg van het bereiken van een finaal resultaat kan hiermee nooit worden bereikt. Het blijft in dit geval voor onder toezicht staande instellingen een vrije keuze om al dan niet een schikking aan te gaan met bijbehorende compensatie voor gedupeerde klanten. Om deze reden is het raadzaam te overwegen een nieuwe bevoegdheid in te voeren voor een toezichthouder op het gebied van de afwikkeling van zorgplichtclaims. Dit geldt temeer wanneer de actoren niet inzetten op het hanteren van meer transparantie over klachten, maar ook wanneer er geen collectieve actieordering wordt ingevoerd in de wet, plus wanneer financieringsmogelijkheden voor claimorganisaties niet worden uitgebreid. Dit geldt ook wanneer de invoering van een Exclusieve Belangenbehartiger niet wordt heroverwogen en wanneer de rechten van *opt-outers* te veel worden beperkt. De kans dat al de hiervoor genoemde aanpassingssuggesties voor het afwikkelingssysteem van zorgplichtclaims niet worden overgenomen door de wetgever, acht ik groot. Redenen hiervoor zijn voornamelijk geënt op de onvermijdelijkheid van een publiekrechtelijke bevoegdheid voor een toezichthouder, vanwege de te ver uit elkaar liggende normatieve overwegingen van de betrokken actorgroepen met betrekking tot het overnemen van veel van deze aanpassingssuggesties. In geval van het niet overnemen van deze, uit de reconstructie van de handelingstheorieën af te leiden, oplossingen voor de problematiek van zorgplichtclaims, is de invoering van een formele rol voor een toezichthouder in het afwikkelingssysteem van zorgplichtclaims een volgens de actoren logisch te noemen en te accepteren stap. Deze zesde conclusie is gebaseerd op de door actoren in het speelveld gewenste finaliteit en het daarin verdisconteerde algemene belang (eerlijke verdeling van gelden) dat op een andere manier niet kan worden bereikt. De actoren worden met betrekking tot hun constatering van het gemis van het algemeen belang in het afwikkelingssysteem van massaclaims gesteund door de wetenschap (waaronder Murray 2017). Hierdoor is de kans op het ontstaan van claimrisico's evident te noemen. Deze conclusie is mede gebaseerd op de kritiek die door zowel deelnemers aan mijn onderzoek, Murray (2017) alsook de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) is geuit op het toekennen van een vergelijkbare bevoegdheid aan een rechter. De gedeelde kritiek bestond onder meer uit het feit dat een rechter zich dient te baseren op datgene wat de procespartijen aandragen. Daarin wordt vaak het algemeen belang dat juist speelt bij de afwikkeling van zorgplichtclaims gemist. Ook zijn zorgplichtclaims weerbarstig en complex van aard met als gevolg hoge kosten voor het beslechten ervan voor de financier van de rechterlijke organisatie: de Nederlandse Staat. Ten slotte mist de rechter voor een adequate uitoefening van de beoogde bevoegdheid de nodige expertise en vaardigheden en bestaan er rechtsstatelijke bezwaren tegen het oppakken van een rol met doorzettingmacht door een rechter wanneer deze net als een toezichthouder de gewenste 'gesloten-deurenstrategie' hanteert. Kortom: omdat een rechter de door actoren gewenste doorzettingmacht met betrekking tot het finaal dwingen zorgplichtclaims te beslechten niet op zich kan nemen, ligt deze rol op het bord van de toezichthouder. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat in het licht van het denken in schade- en schandeculturen de samenleving van een toezichthouder steeds meer actie op het gebied van zowel het voorkomen als het (mee helpen) beslechten van zorgplichtclaims verlangt. Actoren in het speelveld hebben hiermee te 'dealen' en/of kunnen hier ook dankbaar 'gebruik' van maken. Gebruik kunnen zij bijvoorbeeld van het handelen van een toezichthouder maken via de kennis die deze heeft van de vormgeving en werking van financiële producten en dienstverlening met bijbehorende zorgplichten. Maar ook past het toekennen van een publiekrechtelijke

bevoegdheid aan een toezichthouder bij de door iedere actor gedeelde normatieve overweging dat de beslechting van een zorgplichtclaim een maatschappelijk vraagstuk betreft over een eerlijke verdeling van gelden onder grote groepen mensen in de samenleving. Een dergelijk vraagstuk kan niet gemakkelijk via een privaatrechtelijke weg worden afgewikkeld. Zo'n weg kan namelijk niet zowel de door actoren gewenste en voor de nodige stabiliteit noodzakelijke 'gesloten-deurenstrategie' waarborgen, als een eerlijke verdeling bewerkstelligen voor iedere betrokken groep uit de samenleving. Een toezichthouder kan deze twee vereisten daarentegen wel in de totstandkoming van een overeenkomst voor beslechting van een zorgplichtclaim meenemen. Ook kan een toezichthouder het door veel actoren gewenste maatwerk op macroniveau of categorisering van zorgplichtclaims (laten) toepassen. Dit kan hij doen via het geven van een aanwijzing aan de betreffende onder toezicht staande instellingen en/of via het (laten) inhuren van externe experts op dit gebied. Ook kan een toezichthouder mogelijk eigen expertise op dit gebied inbrengen in het eindresultaat. Verder kan nog worden genoemd dat een publiekrechtelijke bevoegdheid voor een toezichthouder de angst voor een verdere ontwikkeling van een zogenaamde claimcultuur in Nederland onder met name financiële ondernemingen kan helpen wegnemen. Het wegnemen van de angst voor het zich verder uitkristalliseren van een met Amerika vergelijkbare claimcultuur kan een toezichthouder bewerkstelligen via het voeren van onderhandelingen met claimorganisaties en het bevorderen van een snelle schikking waarin iedereen zich kan vinden. Dit proces kan sneller en met minder kosten gepaard gaan dan de weg van beslechting van zorgplichtclaims via de rechterlijke organisatie of het Kifid.

Over een nadere invulling van een formele bevoegdheid voor een toezichthouder op het gebied van zorgplichtclaims zijn de deelnemers aan het onderzoek het niet eens geworden. Wel is een grote groep die voorstander is van de toekenning van een specifiek op zorgplichtclaims gebaseerde bevoegdheid aan een toezichthouder, ook voorstander van de invoering van een soort compensatiebevoegdheid. Deze bevoegdheid komt globaal neer op het via een aanwijzing kunnen dwingen van een onder toezicht staande instelling om binnen een bepaalde termijn over te gaan tot het compenseren van klanten met schade die is opgelopen door de aanschaf of het afnemen van gebrekkige producten en/of dienstverlening. Inspiratie voor een concrete vormgeving van een compensatiebevoegdheid werd door de deelnemers geput uit de bevoegdheden van de *Securities and Exchange Commission* (SEC) uit de Verenigde Staten, de *Central Bank of Ireland* (CBI) en de bevoegdheden van de *Financial Conduct Authority* (FCA) uit Engeland en Wales. Ook is door de deelnemers gewezen op het mogelijk adapteren van de mogelijkheid die in de Verenigde Staten bestaat met betrekking tot het creëren van een *limited fund* via het volgen van een *Mandatory class action van Rule 23(b)(1)(B)*-procedure.

Gezien de door de actoren gewenste snelheid, controle en finale sluiting van een zorgplichtclaim in combinatie met de uit een reconstructie van de handelingstheorieën van deelnemers aan het onderzoek gedestilleerde normatieve overwegingen, is het noodzakelijk om een strikte reikwijdteafbakening voor een compensatiebevoegdheid te creëren. Een voorbeeld van zo'n strikte reikwijdteafbakening is lid 3 van artikel 4:24a Wft. De AFM kan de algemene zorgplicht slechts effectief toepassen via het geven van een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft in geval van evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden. Alleen door middel van het invoeren van een strikte

reikwijdteafbakening van een eventuele compensatiebevoegdheid kan veelal tegemoet worden gekomen aan de door actoren genoemde normatieve elementen die acceptatie voor de totstandkoming van een compensatiebevoegdheid belemmeren maar ook wenselijk maken. Aanhangers van normatieve overwegingen, zoals het behoud van partijautonomie, kunnen de bevoegdheid accepteren omdat aan hen overwegend de vrijheid blijft gegund om op basis van onderlinge overeenstemming en/of door middel van het voeren van een collectieve-actieprocedure tot compensatie voor gedupeerde klanten over te gaan. Deze aanhangers wensen ook in geval van de aanwezigheid van claimrisico's een meer op basis van het algemeen belang en achter gesloten deuren vormgegeven afwikkelingsresultaat. Dit resultaat kan, zoals eerder aangegeven, alleen worden bereikt via een publiekrechtelijk vormgegeven compensatiebevoegdheid voor een toezichthouder. Een resultaat waarin het maatschappelijk belang is verankerd, bestaat uiteindelijk uit een voor iedere actor (direct en indirect betrokken bij de afwikkeling van zorgplichtclaims) zo optimaal mogelijk en eerlijk vormgegeven resultaat dat in balans is met de belangen van de andere stakeholders. Op deze wijze kan worden voorkomen dat een bepaalde actorgroep via een 'te grote greep uit de kas' de belangen van de andere actorgroepen te veel beschadigt. Voor vergelijkbare discussies verwijs ik graag naar de discussies over de pensioenen en de belangen van verschillende generaties bij een verdeling van de 'pensioenpot'.

Voor alle gevallen die buiten de reikwijdte van de betreffende bevoegdheid zullen vallen, is het raadzaam dat de toezichthouder de gewenste progressiviteit en creativiteit toont bij het hanteren van het huidige handhavings- en beïnvloedingsinstrumentarium. Hierbij dient een toezichthouder de nodige lef te tonen en zich expertise eigen te maken om een zorgplichtclaim op basis van zijn huidige bevoegdheden af te wikkelen. Voor een passende uitleg van het begrip 'lef' verwijs ik graag naar Kant in zijn geschriften over de Verlichting in combinatie met de al veel oudere uitleg van het begrip 'lef' uit de Bijbel. Het begrip 'lef' bezien vanuit de tijd van de Verlichting wordt uitgelegd als: '[h]et afleggen van de mens van zijn, aan zichzelf te wijten, onmondigheid. Onmondigheid is het onvermogen, zonder leiding van anderen, van het eigen verstand gebruik te maken. Die onmondigheid van de mens is aan zichzelf te wijten, wanneer de oorzaak ervan niet aan een gebrek van het verstand, maar aan besluiteloosheid en gebrek aan moed ligt, om zonder leiding van anderen van het verstand gebruik te maken. Sapere aude! (durf te weten!) Heb zelf het lef van je eigen verstand gebruik te maken! is dus het motto van de verlichting', aldus Kant (1784, p. 481-494). Het begrip 'lef' komt oorspronkelijk uit het Hebreeuws ('lev') en wordt in de Bijbel vertaald als het tonen van moed en durf via de inzet van je hele persoonlijkheid, alles wat je bent. Een combinatie van de uitleg van het begrip 'lef' vanuit de Verlichting en de Bijbel omschrijf ik als volgt: het vanuit een inherente *drive* opereren en daarbij het accepteren van de kans om gezichtsverlies te lijden, het ondernemen van actie ondanks dat er mogelijke risico's aan vastzitten, en het durven boekstaven van inzichten en deze te combineren tot nieuwe inzichten die afwijken van (en zelfs ingaan tegen) de gevestigde orde (zie Van Hattum & Loeber 2015).

Een toezichthouder dient in geval van optreden buiten de reikwijdte van een mogelijke compensatiebevoegdheid via de inzet van zijn huidige handhavingsinstrumentarium en beïnvloedingsstrategieën, al dan niet door middel van het bewandelen van een gerechtelijke procedure, de exacte reikwijdte en toepassing ervan vast te stellen. Op basis van een mogelijke evaluatie van de compensatiebevoegdheid kan de hierin opgenomen reikwijdtebepaling weer worden aangepast aan de

wensen en behoeften vanuit de praktijk die zijn gevormd op basis van zowel de toepassing van de in het bestuursrecht verankerde compensatiebevoegdheid als de toepassing van het huidige handhavings- en beïnvloedingsinstrumentarium van een toezichthouder.

Om aan de in hierboven omschreven aanpassingen in het systeem te kunnen voldoen, dienen volgens de deelnemers aan mijn onderzoek verder alle actorgroepen voldoende kennis en ervaring ('expertise') op het gebied van het afwikkelen van zorgplichtclaims te verankeren in hun organisatie. Tevens moet daarbij worden gedacht aan het verankeren van expertise op het gebied van het kunnen ontdekken en analyseren van claimrisico's. Onder deze expertise vallen kennisgebieden zoals risicomanagement, productontwikkeling, data-analyse, gedragseconomie en bijvoorbeeld het faillissementsrecht. Wanneer het verankeren van de benodigde expertise niet gebeurt, worden suboptimale resultaten bereikt bij de afwikkeling van zorgplichtclaims. In de huidige praktijk ebt volgens de deelnemers aan mijn onderzoek expertise op het gebied van de afwikkeling van zorgplichtclaims te snel weg of wordt zij ondergewaardeerd of niet goed genoeg in een organisatiestructuur verankerd, zodat deze niet adequaat genoeg kan bijdragen aan een optimaal te behalen resultaat. Deelnemers aan mijn onderzoek hebben hierop aangegeven aanpassingen te willen zien in ten eerste de organisatiestructuren en processen van de actoren in het afwikkelingssysteem, ten tweede aan de daaraan gelieerde groeimogelijkheden binnen die organisaties voor experts op het gebied van zorgplichtclaims en ten derde de daaraan gekoppelde voor het signaleren en kunnen beoordelen van claimrisico's noodzakelijke expertisegebieden. De groeimogelijkheden dienen zowel in functie (inzetbaarheid en zichtbaarheid bij besluitvorming) als salaris te worden vormgegeven.

Op basis van de noodzaak die de deelnemers aan mijn onderzoek hebben aangegeven om expertise beter te waarborgen bij de afwikkeling en het voorkomen van zorgplichtclaims, kom ik op een daaraan gekoppeld onderwerp: dat van een te hanteren toezichtstrategie. Voor het adequater kunnen benutten van de mogelijkheden die experts bieden met betrekking tot het signaleren, analyseren en de omgang met claimrisico's en zorgplichtclaims, is het in geval van een toezichthouder (in casu specifiek de AFM), noodzakelijk om kritisch daarnaar te gaan kijken. Deze conclusie baseer ik op een koppeling van inzichten die ik heb opgedaan uit de lezing van wetenschappelijke literatuur over toezichtstrategieën, risicomanagement en de omgang met professionals op de werkvloer met inzichten op basis van de reconstructie van handelingstheorieën van deelnemers aan mijn onderzoek. De AFM hanteert de Sparrow-methode bij de keuze hoe en wanneer te opereren. Volgens deze methode moet het toezicht analytisch en conceptueel aangepakt worden: eerst moet een analyse worden gemaakt van wat er in een sector (een toezichtsdomein) aan de hand is, daarbinnen worden risicoanalyses gemaakt waarmee prioriteiten gedefinieerd en gekozen worden, waarna de organisatie daarnaar kan worden ingericht. Sparrow geeft daar de volgende benamingen aan: (*Scanning, Analysis, Response, Assessment*), (zie Sparrow 2000). De risicoanalyses behoren onderdeel te zijn van de communicatie met de sector en het streven naar een gedeelde duiding van de risico's behoort aan concrete, uitvoerende activiteiten vooraf te gaan (*'Make Problem solving an operational method for the working on the world, not a managerial method for working on the organization'* (aldus Sparrow 2000)). Bij de probleemgerichte benadering hoort nauwkeurige aandacht voor criteria waarmee resultaten beoordeeld kunnen worden. Deze via kwantitatieve methoden en op het proces

gebaseerde uit te voeren toezichtsmethodiek is tien jaar lang in Nederland omarmd. Dit onder andere omdat Sparrow heeft aangetoond dat tussen de omvang en intensiteit van handhaving en de ontwikkeling van de te handhaven problemen een zwakke relatie bestond. Handhaving is duur en dus werden andere en effectievere methoden om onder toezicht staande instellingen te bewegen zich conform de wet te gedragen omarmd. Maar het risicogestuurde toezicht van Sparrow kent veel nadelen, zoals het doodslaan van de waarde van een noodzakelijke expert zoals door Power in 2004 en 2007 nader is toegelicht. Doordat de kennis en ervaring van een expert onvoldoende wordt meegenomen in het risicogestuurde toezicht (er wordt te weinig of ineffectief naar experts geluisterd), kunnen belangrijke risico's worden gemist zoals de Rentederivaten-affaire heeft aangetoond.

Om voor het bereiken van een goed resultaat het daarvoor noodzakelijke kritische en creatieve denken van experts niet te veel te beknootten dient deze wijze van denken beter te worden ingepast in de door de AFM gehanteerde processen voor de totstandkoming van resultaten. Ook dient de input van experts niet te worden beknot omdat hun output meetbaar moet zijn of moet passen in kwantitatieve onderzoeksmodellen. Het is anders namelijk te gemakkelijk voor een toezichthouder, en met name het daarbinnen opererende management, om de resultaten van deze modellen naar de hand te zetten. Power geeft daarom aan dat bedrijven en overheden, waartoe een toezichthouder ook behoort, zich meer moeten opstellen als laboratoria in plaats van als verzekeringsmaatschappijen. Op deze wijze kan een organisatie in geval van een affaire adequater rekenschap geven en verantwoording afleggen van haar eventuele betrokkenheid bij het ontstaan ervan. Dit vanwege de behoefte hieraan vanuit de samenleving. Juridisch gezien is zij dan vervolgens gevrijwaard van eventuele aansprakelijkheden. Begrip voor eventueel falen van de toezichthouder zal op deze wijze eerder worden verkregen dan via het ontkennen van falen of het summier erkennen ervan zonder aanpassingen van de organisatiestructuur te openbaren en het versneld doorvoeren van oplossingen voor de ontstane problematiek. De kans op imagooverlies kan via openheid of het toepassen van transparantie en een duidelijke en goed gefundeerde argumentatie van gemaakte keuzes ook verminderen, omdat deze transparantie als een grote gedeelde waarde in de samenleving kan worden beschouwd.

Naast een toezichthouder, bank en verzekeraar moeten volgens de actoren in het afwikkelingsstelsel van zorgplichtclaims ook de rechterlijke organisatie en de Orde van Advocaten een bijdrage leveren aan het verbeteren van de afwikkeling van deze claims. Zij dienen meer specialistische kennis onder rechters en advocaten op het gebied van de werking van financiële markten in het algemeen, en van zorgplichtclaims in het bijzonder te waarborgen. Dat het waarborgen van expertise op het terrein van de rechter en de advocaat een bijdrage levert aan verbetering van de kwaliteit en efficiëntie van de rechtsgang, is aangetoond door Van Velthoven (2005). Uit zijn bevindingen blijkt dat er een aantoonbaar verband bestaat tussen een hoogwaardige juridische infrastructuur en economische groei. In een land waar eigendomsrechten goed worden beschermd en contracten worden nageleefd, wordt meer geïnvesteerd. Een goede rechtspraak (en daarmee ook het waarborgen van expertise op het gebied van zorgplichtclaims binnen de rechtspraak) – hetgeen een wisselwerking tussen een geschilbeslechter en een advocaat vereist – draagt bij aan een goed vestigingsklimaat.

De volgende opties zijn door deelnemers in mijn onderzoek genoemd om de benodigde specialistische kennis en ervaring op het gebied van zorgplichtclaims te verdisconteren in een oordeel van een rechter en in de strategie inclusief de processtukken van advocaten:

- (i) samenwerking tussen rechters onderling;
- (ii) het accepteren van meer onderlinge hiërarchie;
- (iii) het oprichten van een speciale kamer voor de afwikkeling van privaatrechtelijke financiële geschillen;
- (iv) het beter en meer inwinnen van de benodigde expertise.

De door actoren gewenste aanscherping van de samenwerking tussen rechters met betrekking tot zorgplichtclaims betekent dat een rechter in eerste aanleg zich zoveel mogelijk moet committeren aan een uitspraak met betrekking tot zijn zaak door een uitspraak van het gerechtshof binnen een vergelijkbare casus. Verder is door de actoren de optie aangedragen met betrekking tot het concreet verankeren van expertise in een uitspraak van specifiek rechters. Een rechter dient zich in de ogen van actoren in het afwikkelingssysteem voorafgaande aan een procedure of doorlopend te laten inlichten door experts. Dat kan bijvoorbeeld wanneer een toezichthouder tijdens het verloop van een zorgplichtclaimprocedure een feitenrapport publiceert. Of wanneer één of beide toezichthouders als deskundigen worden opgeroepen. Een andere optie ter versterking van de expertise van geschilbeslechtsers en advocaten is het verlenen van een *amicus curiae*-bevoegdheid aan één of beide toezichthouders – welke rol thans al bestaat voor de ACM wanneer naar haar inzicht het (materiële) mededingingsrecht onjuist wordt uitgelegd en/of wordt toegepast. Deze bevoegdheid van de ACM kent haar grondslag in artikel 15 lid 3 van de Verordening (EG) nr. 1/2003 en is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd via artikel 8:45a Algemene wet bestuursrecht (Awb). Naast de ACM kent ook de Europese Commissie een vergelijkbare bevoegdheid. De opmerkingen van de ACM en/of de Europese Commissie zijn adviserend voor de rechter en niet bindend. In het geval van zorgplichtclaims lijkt het gezien de omschrijving van de wettelijke taak van de AFM logisch om een dergelijke (maar niet geheel vergelijkbare) bevoegdheid in eerste instantie aan de AFM toe te kennen. Omdat de bevoegdheid in het geval van zorgplichtclaims niet vanuit het Europese recht in de Nederlandse wet- en regelgeving behoeft te worden geïmplementeerd, kan de inmengingsoptie voor de Europese Commissie er mogelijk buiten gehouden worden. Dit kan om politieke redenen wenselijk worden geacht. De AFM kan via een *amicus curiae*-bevoegdheid, wanneer zij de tijd daarvoor rijp acht, haar zienswijze over een bepaalde inhoudelijke kwestie behorende bij een zorgplichtclaim geven aan een geschilbeslechter en de betrokken procespartijen. De zienswijze kan betrekking hebben op de productvormgeving of dienstverlening en de daarbij behorende zorgplichtinvulling. De zienswijze kan echter ook bestaan uit de resultaten van een onderzoek naar de verwevenheid van een procespartij met andere financiële ondernemingen en naar een causaal verband tussen het toekennen van een bepaalde compensatienorm en instabiliteit binnen de financiële sector als geheel.

De discussie over een verbetering van de samenwerking tussen rechters heeft tot op heden geresulteerd in het voorstel om, zoals ook door deelnemers aan mijn onderzoek is aangedragen, een speciale kamer in Amsterdam voor de afwikkeling van privaatrechtelijke financiële geschillen op te richten. Het voorstel

concentreert civiele geschillen over het verlenen van een beleggingsdienst, het verrichten van een beleggingsactiviteit of het aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van artikel 5:1 Wft bij de rechtbank Amsterdam. De totstandkoming van deze speciale kamer was in eerste instantie beoogd op 1 juli 2018. Op basis van een verlaat extra advies van de Raad voor de rechtspraak is de inwerkingtreding van artikel 1:23a Wft echter voor onbepaalde termijn uitgesteld.

De oprichting van een speciale kamer voor de afwikkeling van privaatrechtelijke financiële geschillen is volgens de deelnemers aan mijn onderzoek essentieel. Voor een goede afwikkeling van zorgplichtclaims achten zij het echter ook nodig dat advocaten zich beter specialiseren, medewerkers van hun cliënten passende kennis meenemen naar een zitting en niet op elke processlak zout leggen zodat een proces ook zijn voortgang behoudt.

De reconstructie van de handelingstheorieën van de actorgroepen laat ten slotte zien dat een adequate afwikkeling van zorgplichtclaims, zoals de actorgroepen dat allen wensen in de zin van sneller, meer gecontroleerd en met de waarborg van een finaal resultaat, neerkomt op een mix van privaot- en publiekrechtelijke afwikkelingsmethoden. De drie door alle actorgroepen gedeelde globale oplossingsrichtingen zijn namelijk slechts mogelijk te maken op basis van deze mix. Hierbij is het creëren van een publiekrechtelijke bevoegdheid voor een toezichthouder waarschijnlijk onvermijdelijk. Dit omdat het bereiken van een onder alle betrokken actoren gedragen resultaat op basis van een uitsluitend *privaatrechtelijke* afwikkeling een utopie lijkt, gezien de te veel uit elkaar lopende normatieve overwegingen onder actoren buiten maar ook zelfs binnen een zelfde actorgroep. Het is niet waarschijnlijk te achten dat actoren een voor het creëren van een goed werkende privaatrechtelijke afwikkeling (met daarbij een volledige preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht) gedragen resultaat zullen bereiken. Wel is het mogelijk om een goed werkend afwikkelingssysteem voor zorgplichtclaims te bereiken via een mix van privaot- en publiekrechtelijke afwikkelingsmethoden.

Reflectie en discussie

De assumptie onder bovenstaande analyse is dat de getrokken conclusies kunnen worden vertaald in maatregelen die kunnen bogen op draagvlak, hoewel niet *alle* actoren binnen *alle* actorgroepen het met *alle* oplossingen eens zullen zijn. Daar zijn immers de normatieve overwegingen *binnen* de actorgroepen te verschillend voor gebleken. De geconstateerde ‘congruentie’ tussen de opvattingen van de verschillende betrokkenen over wat concreet wenselijk is om te doen doet vermoeden dat er voldoende basis is voor het praktisch uitwerken van de geformuleerde mogelijkheden. Of dat inderdaad het geval zal zijn, zal in de praktijk moeten blijken. De *proof of the pudding* is natuurlijk *in the eating*. Naar de mate waarin het beter blijkt te kloppen, is tentatief nóg een conclusie te trekken, namelijk ten aanzien van de totstandkoming van wet- en regelgeving en ten aanzien van evaluaties van al ingevoerd beleid ter verbetering ervan en/of om het effect ervan te meten op basis waarvan het beleid kan worden aangepast. Deze conclusie betreft het verschil tussen de uitkomst van mijn onderzoek en dat van de minister van Veiligheid en Justitie met betrekking tot de vormgeving van beleid voor de afwikkeling van massaclaims, waaronder ook zorgplichtclaims vallen (wetsvoorstel naar aanleiding van de motie-Dijkma).

Dat er verschillen tussen de in dit onderzoek aan het licht gekomen globale oplossingsrichtingen en het door de minister van Veiligheid en Justitie ingediende wetsvoorstel bestaan, wordt mogelijk veroorzaakt door de selectie van de deelnemers die hun wensen voor aanpassingen van het huidige wettelijk kader mochten doorgeven. Ik heb mijn selectieproces gebaseerd op een responsieve evaluatie. Deze methode kent als doel het verkrijgen van een zo breed mogelijk draagvlak voor oplossingen van een probleem binnen een specifiek actorenveld. Op deze manier heb ik geprobeerd te voorkomen dat bij bepaalde actoren in het speelveld het gevoel van buitensluiting zou ontstaan ten aanzien van de totstandbrenging van aanpassingen in de afwikkeling van zorgplichtclaims (praktijk en wettelijk kader). Een gevoel van buitensluiting onder bepaalde actoren in het speelveld kan in latere instantie leiden tot verzet tegen de door de wetgever voorgestelde aanpassingen. Het lijkt erop dat het ministerie van Veiligheid en Justitie niet een dergelijke methode met bijbehorende selectiecriteria heeft toegepast bij zowel de opstelling van het conceptvoorstel van wet, als bij de totstandkoming van het daadwerkelijke wetsvoorstel op basis van openbaar gemaakte adviezen van een expertgroep. Onder bepaalde belangrijke actoren in het speelveld is namelijk zowel grote weerstand ontstaan tijdens de consultatiefase als na publicatie van het wetsvoorstel. Deze weerstand bestond onder andere bij de geschilbeslechtters en claimorganisaties. Voor het bereiken van een breed draagvlak onder alle actoren in het speelveld, met betrekking tot aanpassingen in de praktijk en het wettelijk kader van zorgplichtclaims, heb ik enkele belangrijke criteria toegepast. Deze criteria zijn met name het spreken van een van tevoren zorgvuldig geselecteerde groep adviseurs van beleidsbepalers binnen een representatief aantal organisaties uit het veld naast vertegenwoordigers van brancheorganisaties en de beleidsbepalers van een financiële onderneming (zoals de CEO's). Brancheorganisaties dragen vaak het belang uit van het meest conservatieve lid van die organisaties, en beleidsbepalers van een financiële onderneming hebben vaak naast het bedrijfsbelang óók een eigen belang dat een rol speelt bij hun zienswijze op verandering van beleid, zoals gezichtsverlies of het risico van persoonlijke (bestuurders)aansprakelijkheid. Dat ligt juridisch, maar ook vanuit een communicatieperspectief gezien anders bij de direct daaronder werkende adviseurs. Eigenbelang in de zin van imagooverlies of aansprakelijkheden zijn hier daarom mogelijk minder aanwezig, waardoor het bedrijfsbelang bij hen op een zuiverder wijze naar voren komt dan bij een directe beleidsbepaler het geval is. Verder moet voor het bereiken van voldoende draagvlak met betrekking tot het resultaat van een evaluatie zoveel mogelijk transparantie worden toegepast. Onder het begrip 'evaluatie' begrijp ik zowel het evalueren van bestaand beleid als het opstellen van nieuw beleid in de zin van het ontwikkelen van nieuwe wet- en regelgeving. Transparantie dient te zien op de aard van de deelnemers, de keuzes met betrekking tot de gekozen reikwijdte bij de selectie van de deelnemers en het evaluatieproces zelf. Hierbij dient zoveel mogelijk openbare verantwoording te worden afgelegd over wie, hoe en wanneer is gevraagd met betrekking tot zijn of haar zienswijze over de betreffende materie.