

Strooischade

Prof. mr. W.H. van Boom (EUR)
mr. B.J. Drijber (Pels Rijcken)
mr. J.H. Lemstra (Pels Rijcken)
mr. V.C.A. Lindijer (Pels Rijcken)
mr. T. Novakovski (Pels Rijcken)

31 juli 2009

Inhoud

1	Inleiding	7
1.1	<i>Strooischade</i>	7
1.2	<i>Onderzoeksopdracht</i>	7
1.3	<i>Opzet onderzoek</i>	7
1.4	<i>Leeswijzer</i>	8
2	Managementsamenvatting	10
2.1	<i>Inleiding</i>	10
2.2	<i>Strooischade als maatschappelijk probleem</i>	10
2.3	<i>Belangrijkste knelpunten bij de aanpak van strooischade met bestaande instrumenten</i>	11
2.4	<i>Doelen aanpak strooischade</i>	13
2.5	<i>Mogelijke oplossingsrichtingen</i>	13
3	Executive summary	17
3.1	<i>Introduction</i>	17
3.2	<i>Small and scattered damage as a societal problem</i>	17
3.3	<i>Most important bottlenecks in dealing with small and scattered damage using existing instruments</i>	18
3.4	<i>Objectives of tackling small and scattered damage</i>	20
3.5	<i>Possible avenues for solution</i>	20
	Deel A: Theoretische verkenning	24
4	Strooischade: een bijzondere vorm van massaschade	25
4.1	<i>Inleiding</i>	25
4.2	<i>Het begrip massaschade</i>	25
4.3	<i>Strooischade</i>	26
4.4	<i>De kostenproblematiek bij strooischade</i>	27
4.4.1	<i>Probleem: kosten om te claimen</i>	27
4.4.2	<i>Gevolg: rationele apathie en free riding</i>	28
4.5	<i>Factoren die van belang zijn bij optreden tegen strooischade</i>	30
4.6	<i>Ter afsluiting: een werkdefinitie van strooischade</i>	31
5	Optreden tegen strooischade: huidige mogelijkheden	32
5.1	<i>Inleiding</i>	32
5.2	<i>Consolidatie van claims (algemeen)</i>	33
5.2.1	<i>Class action: gebundelde actie of groepsactie</i>	33
5.2.2	<i>Representative action: collectieve actie</i>	34
5.2.3	<i>Representative action: algemeen-belangactie</i>	34
5.3	<i>Buitengerechtelijke mogelijkheden om tegen strooischade op te treden</i>	34
5.3.1	<i>Schikking</i>	34
5.3.2	<i>Mediation, arbitrage en bindend advies</i>	35

5.3.3	Geschillencommissies	36
5.4	<i>Privaatrechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade door middel van vorderingen in rechte</i>	39
5.4.1	Procederen via volmacht of lastgeving	40
5.4.2	Collectief actierecht van artikel 3:305a BW	41
5.4.3	Collectieve actie op grond van artikel 3:305b BW	47
5.4.4	Algemeen-belangactie ex artikel 3:305d BW	48
5.4.5	Verbindendverklaring van vaststellingsovereenkomsten op grond van de Wcam	49
5.4.6	Het proefproces	56
5.5	<i>Publiekrechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade in Nederland</i>	57
5.5.1	Inleiding	57
5.5.2	Toezichthoudende autoriteiten	58
5.5.3	Publiekrechtelijke bevoegdheden	59
5.6	<i>In de literatuur genoemde oplossingen voor de problematiek bij het optreden tegen strooischade</i>	68
6	Strooischade in Europees perspectief	70
6.1	<i>Inleiding</i>	70
6.2	<i>Het Witboek schadevergoedingsacties mededingingsregels</i>	70
6.2.1	Leidende beginselen	71
6.2.2	Collectieve schadevergoedingsacties volgens het Witboek	71
6.2.3	Definiëring en vertegenwoordiging van de groep benadeelden	72
6.2.4	Financiering en kosten van collectieve schadevergoedingsacties	72
6.2.5	Raming en verdeling van schadevergoeding	74
6.2.6	Overige aandachtspunten bij verhaal van schade door schending van mededingingsrecht	75
6.2.7	Enkele conclusies met betrekking tot strooischade	76
6.3	<i>Het Groenboek collectief verhaal consumenten</i>	77
6.3.1	Optie 1: Geen actie van de EG	78
6.3.2	Optie 2: Samenwerking tussen de lidstaten	78
6.3.3	Optie 3: Mix van beleidsinstrumenten	79
6.3.4	Optie 4: Gerechtelijke procedure voor collectief verhaal	80
6.3.5	Enkele conclusies met betrekking tot strooischade	81
7	Rechtsvergelijkende observaties	82
7.1	<i>Inleiding</i>	82
7.2	<i>Duitsland</i>	82
7.2.1	Cessie van individuele aanspraken	82
7.2.2	Verbods- en gebodsactie	83
7.2.3	§ 33 en 34a GWB	83
7.2.4	Winstafdracht op grond van § 10 UWG	85
7.2.5	Kapitalanleger-MusterVerfahrensgesetz 2005	88
7.3	<i>Engeland en Wales</i>	90

7.3.1	Algemeen	90
7.3.2	Handhaving van mededingingsrecht	93
7.3.3	Handhaving van consumentenrecht	95
7.3.4	De super-complaint	96
7.4	<i>Bijzondere financiering: Oostenrijk</i>	97
7.5	<i>Opt-outvergoedingssysteem voor strooischade: Portugal en Denemarken</i>	98
7.6	<i>Collectieve ADR: Zweden</i>	101

Deel B: Veldonderzoek naar strooischade **102**

8	Veldonderzoek	103
8.1	<i>Inleiding</i>	103
8.2	<i>Opzet veldonderzoek</i>	103
8.3	<i>Bevindingen</i>	105
8.3.1	Afbakening van het begrip strooischade	106
8.3.2	Voorbeelden strooischade	108
8.3.3	Omvang strooischade	112
8.3.4	Is het bestaan van strooischade een maatschappelijk probleem?	113
8.3.5	Wijze van afwikkeling strooischade in de praktijk	114
8.3.6	Rol toezichthouders	118
8.3.7	Voorstellen tot verbetering van de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden	121
8.4	<i>Vier praktijkvoorbeelden nader beschouwd</i>	125
8.4.1	Ongevraagde SMS-diensten	125
8.4.2	Een gebrekkig Internet & Telefonie-product	129
8.4.3	Het bierbrouwerskartel	131
8.4.4	De zaak Interpay	133
8.5	<i>Samenvatting bevindingen veldonderzoek</i>	136
8.5.1	Strooischade als maatschappelijk probleem?	136
8.5.2	Compensatie anders dan door schadevergoeding in geld	136
8.5.3	Knelpunten bij het verhaal van strooischade	137
8.5.4	Rol toezichthouders	139

Deel C Analyse **140**

9	Analyse van de belangrijkste knelpunten bij de aanpak van strooischade	141
9.1	<i>Inleiding</i>	141
9.2	<i>Algemeen</i>	141
9.3	<i>Buitengerechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade en hun beperkingen</i>	142
9.3.1	(Collectieve) schikking	142
9.3.2	Arbitrage	143
9.3.3	Bindend advies en geschillencommissies	144

9.4	<i>Privaatrechtelijke mogelijkheden van optreden in rechte tegen strooischade en hun beperkingen</i>	146
9.4.1	Groepsactie via volmacht of lastgeving	146
9.4.3	Collectieve actie op grond van artikel 3:305b BW	148
9.4.4	Algemeen-belangactie ex artikel 3:305d BW	148
9.4.5	Verbindendverklaring van vaststellingsovereenkomsten op grond van de Wcam	149
9.4.6	Proefproces	149
9.4.7	Tussenconclusie: de problemen van de huidige privaatrechtelijke aanpak van strooischade	150
9.5	<i>Publiekrechtelijke (on)mogelijkheden van optreden tegen strooischade</i>	151
9.5.1	Onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden	151
9.5.2	Bestuurlijke boete, last onder dwangsom, bindende aanwijzing en toezegging	152
9.5.3	Publiekrechtelijke bevoegdheden met privaatrechtelijke effecten	154
9.5.4	De rol van toezichthouders bij schikkingsonderhandelingen	154
9.5.5	Informeel handhaving en 'naming and shaming'	155
9.5.6	Tussenconclusie: de beperkingen van de inzet van publiekrechtelijke instrumenten	155
10	Oplossingsrichtingen	158
10.1	<i>Inleiding</i>	158
10.2	<i>Algemene opmerkingen</i>	159
10.3	<i>Oplossingsrichtingen voor problemen bij de buitengerechtelijke aanpak van strooischade</i>	160
10.3.1	Creëren van incentives tot onderhandelings- en schikkingsbereidheid	160
10.3.2	Aanpassing mogelijkheden bij geschillencommissies	161
10.4	<i>Oplossingsrichtingen voor problemen bij privaatrechtelijk optreden in rechte tegen strooischade</i>	163
10.4.1	Collectieve actie tot schadevergoeding in geld (schrappen uitsluiting artikel 3:305a lid 3 BW)	163
10.4.2	Het verlagen van kosten van acties in rechte	164
10.4.3	Maatregelen ter financiering van privaatrechtelijk optreden tegen strooischade	168
10.4.4	Beperking van complexiteit en duur van procedures	174
10.4.5	Maatregelen met betrekking tot de stelplicht en de bewijslast	176
10.4.6	Alternatieven voor de raming en het bewijs van de (omvang van de) schade	180
10.4.7	Instrumenten met betrekking tot de bereikbaarheid van benadeelden	182
10.5	<i>Publiekrechtelijke mogelijkheden</i>	184
10.5.1	Wettelijke, publiekrechtelijk handhaafbare verplichtingen tot schadevergoeding	185
10.5.2	Wettelijke, publiekrechtelijke bevoegdheid van toezichthouders om schadevergoeding af te dwingen	187
10.5.3	Een expliciete bevoegdheid voor toezichthouders om bij de vaststelling van de hoogte van een boete rekening te houden met de schadeafwikkeling	190
10.5.4	Bevoegdheid van toezichthouder om namens gedupeerden een vergoeding van strooischade te vorderen	191
10.5.5	Maatregelen in het kader van gereguleerde markttoegang	194

10.5.6	Publiekrechtelijke voordeelsontneming	195
11	Matrices en beoordelingskader	197
11.1	<i>Inleiding</i>	197
11.2	<i>Kantttekeningen bij de matrices</i>	197
11.3	<i>Toelichting op de matrices</i>	199
11.4	<i>Matrix 1</i>	203
11.5	<i>Matrix 2</i>	204
11.6	<i>Beoordelingsmodel Hodges</i>	205
	Bijlage 1 Gespreksverslagen	210
	Bijlage 2 Literatuurlijst	280
	Bijlage 3 Geraadpleegde bronnen	294
	Bijlage 4 Leden begeleidingscommissie	300

1 Inleiding

1.1 Strooischade

Het onderwerp 'massaschade' mag zich de laatste jaren verheugen in toenemende belangstelling, zowel in Nederland als in het buitenland. Zo krijgt het onderwerp massaschade veel aandacht van de Europese Commissie, in het bijzonder in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van mededingingsrechtelijke regels (april 2008) en het Groenboek betreffende collectief consumentenverhaal (november 2008). Een bijzondere vorm van massaschade is strooischade. Het gaat dan om schades die voor elk van de benadeelden zo gering zijn, dat een individuele actie met het oog op de kosten daarvan niet loont. Te denken valt aan bijvoorbeeld schade als gevolg van foutieve kostenberekeningen door internet-, telefonie- en energiebedrijven of schade als gevolg van prijsopdrijvende, ongeoorloofde mededingingsbeperkende maatregelen. Het onderwerp 'strooischade' is een tot op heden tamelijk onontgonnen terrein: het onderzoek naar massa- en strooischade in Nederland verkeert nog in een beginstadium en de rechtspraak geeft slechts een beperkt aantal voorbeelden van afwikkelingen van massaschade.

1.2 Onderzoeksopdracht

In deze rapportage doen wij verslag van de bevindingen van het onderzoek dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken is uitgevoerd naar de mogelijkheden om op te treden tegen strooischade. De centrale onderzoeksvragen die het Ministerie beantwoord wenst te zien, zijn de volgende:

1. Wat is de omvang van strooischade op dit moment, welke voorbeelden zijn er in de praktijk en of en zo ja hoe is geprobeerd deze schade te verhalen?
2. Op welke wijze kunnen afnemers op een effectieve en efficiënte manier hun recht doen gelden?

1.3 Opzet onderzoek

Het onderzoek is in de eerste plaats erop gericht zicht te krijgen op het probleem van het bestaan van strooischade. Gelet op de geringe omvang van de schade voor een individuele gedupeerde wordt strooischade in de praktijk niet of nauwelijks verhaald. Dit kan leiden tot een onrechtmatig verkregen voordeel voor de veroorzaker. Vraag is echter of dit als een maatschappelijk probleem wordt ervaren dat aanpak verdient, bijvoorbeeld door betere mogelijkheden te creëren om strooischades effectief en efficiënt te verhalen.

Ter beantwoording van deze vraag beoogt dit onderzoek informatie te verschaffen over de omvang van het probleem en hoe dit door wetenschappers, belangenorganisaties, rechtsbijstandverleners en toezichthouders wordt ervaren. Ter beperking van de omvang van het onderzoek is de blik daarbij hoofdzakelijk gericht op strooischades die worden veroorzaakt door de overtreding van consumentenrechtelijke¹ of mededingingsrechtelijke regels.²

Daarnaast is – voor het geval de vraag bevestigend beantwoord zou worden – verkend op welke wijze effectiever tegen strooischade kan worden opgetreden. Daartoe hebben wij de bestaande civielrechtelijke mogelijkheden van individuele benadeelden en collectiviteiten van benadeelden in kaart gebracht en de eventuele knelpunten bij die mogelijkheden. Tevens is de blik gericht op de rol die publieke toezichthouders thans kunnen spelen en de rol die zij, al dan niet na toekenning van aanvullende bevoegdheden, zouden kunnen spelen.

Omdat een toetsing van de effectiviteit van de geïnventariseerde mogelijkheden om beter tegen strooischade op te kunnen treden het bestek van het onderzoek te buiten gaat, doen wij geen aanbevelingen voor concrete maatregelen. Dit onderzoek dient in plaats daarvan als vertrekpunt voor een verdere verkenning van de voor- en nadelen van (combinaties van) de genoemde mogelijkheden, in het geval het wenselijk wordt geacht om strooischade effectiever aan te kunnen pakken, dan nu mogelijk.

1.4 Leeswijzer

De indeling van dit rapport volgt de driedeling van de opzet van het onderzoek, te weten een theoretische verkenning van de strooischadeproblematiek (deel A), een veldonderzoek (deel B) en een analyse van de problematiek (deel C). Daarbij is deel C (hoofdstukken 9, 10 en 11) zo opgezet, dat het zelfstandig leesbaar is. Delen A en B van het rapport (hoofdstukken 4 tot en met 8) laten zich beschouwen als de basis waarop de analyse berust. Het onderzoek wordt voorafgegaan door een managementsamenvatting (hoofdstukken 2 en (engelse versie) 3) waarin de belangrijkste onderdelen van de analyse zijn samengevat.

¹ Op basis van de veronderstelling dat schades als gevolg van de overtreding van consumentenrechten beschermende voorschriften op het gebied van financiële dienstverlening veelal tot schades met een substantiële omvang leiden en daarbij dus minder snel sprake zal zijn van strooischades, is daaraan geen specifieke aandacht geschonken.

² Hierbij benadrukken wij dat strooischades zich ook op tal van andere rechtsterreinen voor kunnen doen en dat het kabinet blijkens de kabinetsreacties op het Groenboek collectief verhaal voor consumenten en het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels van de Europese Commissie één aanpak voor massaschade en/of strooischade op alle gebieden nastreeft.

In deel A doen wij verslag van de verkenning van de wetgeving, rechtsliteratuur, parlementaire stukken en beleidsnotities die betrekking hebben op strooischade (*hoofdstukken 4 en 5*), het Europese perspectief (*hoofdstuk 6*) en de verrichte rechtsvergelijking (*hoofdstuk 7*). Om zicht te krijgen op de omvang van het probleem hebben wij vervolgens veldonderzoek verricht (*deel B*). Daarbij is gesproken met organisaties en instanties die met (de gevolgen van) strooischade te maken hebben (*hoofdstuk 8*). Hen is gevraagd naar voorbeelden van strooischade, de wijze waarop deze schades zijn afgewikkeld of welke pogingen daartoe zijn ondernomen en de knelpunten die daarbij worden ervaren. Zakelijke weergaves van de gevoerde gesprekken zijn als bijlagen bij dit rapport gevoegd (*bijlage 1*). Ter illustratie zijn in hoofdstuk 8 vier voorbeelden van strooischade nader uitgelicht. Ten slotte hebben wij in de analyse (*deel C*) op basis van de theoretische verkenning en het veldonderzoek de problemen bij de aanpak van strooischade benoemd (*hoofdstuk 9*) en de mogelijkheden geïnventariseerd die naar verwachting kunnen bijdragen aan een oplossing of vermindering van die problemen (*hoofdstuk 10*). Het rapport besluit met een tweetal matrices waarin de veronderstelde effecten van de geïnventariseerde oplossingsrichtingen zijn weergegeven (*hoofdstuk 11*).

2 Managementsamenvatting

2.1 Inleiding

Strooischade is een vorm van massaschade waarbij de individuele schade zo gering is, dat het op grond van een kosten-batenanalyse niet loont die schade individueel te verhalen, maar waarbij de collectieve schade gecumuleerd wel een aanzienlijk belang vertegenwoordigt. In de praktijk wordt strooischade niet of nauwelijks door gedupeerden verhaald. Dit kan leiden tot een onrechtmatig vermogensvoordeel voor de schadeveroorzaker.

In de discussie die op nationaal en Europees niveau wordt gevoerd over de mogelijkheden om massaschade collectief af te wikkelen, komen ook de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden aan de orde. Daarin heeft het Ministerie van Economische Zaken aanleiding gevonden om opdracht te geven voor een onderzoek naar de volgende vragen:

Centrale onderzoeksvragen

1. Wat is de omvang van strooischade op dit moment, welke voorbeelden zijn er in de praktijk en of en zo ja hoe is geprobeerd deze schade te verhalen?
2. Op welke wijze kunnen afnemers op een effectieve en efficiënte manier hun recht doen gelden?

In deze rapportage doen wij verslag van het onderzoek naar deze vragen. Om de omvang van het onderzoek enigszins af te bakenen, is dit beperkt tot strooischade die het gevolg is van overtredingen van consumenten- of mededingingsrechtelijke regels. Ter beantwoording van de eerste vraag beoogt deze rapportage aan de hand van kwalitatieve informatie inzicht te geven in de omvang van het probleem en meer in het bijzonder in de vraag of het bestaan van strooischade door betrokken organisaties, autoriteiten en personen als een probleem wordt ervaren. Ter beantwoording van de tweede vraag zijn mogelijkheden geïnventariseerd om effectiever tegen strooischade op te kunnen treden.

2.2 Strooischade als maatschappelijk probleem

De hoeveelheid voorbeelden van strooischade die tijdens het veldonderzoek door geïnterviewden zijn genoemd, doen vermoeden dat het aantal gevallen van strooischade talrijk is en de totale omvang ervan aanzienlijk.

Consumentenorganisaties waarmee in het kader van het veldonderzoek is gesproken stellen dat het benadeelden thans ontbreekt aan effectieve mogelijkheden om tegen strooischade op te treden. Ook toezichthouders die belast zijn met de handhaving van

voorschriften die bij overtreding strooischade kunnen veroorzaken, signaleren dat die voorschriften zelden privaatrechtelijk worden gehandhaafd.

De gesproken consumentenorganisaties ervaren het gebrek aan effectieve mogelijkheden om tegen strooischade op te treden als een maatschappelijk probleem, waarvoor een oplossing moet worden gezocht. Zij wijzen er in dat verband op dat het bestaan van effectieve mogelijkheden om tegen strooischade op te treden ook van belang is voor het vertrouwen van consumenten in het handelsverkeer en het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Dit sluit aan bij opvattingen in de literatuur en het standpunt van de Europese Commissie dat het onwenselijk is dat normschending voor een overtreder loont, omdat niet tegen strooischade wordt opgetreden.

VNO-NCW en MKB Nederland zijn van mening dat de bestaande mogelijkheden om tegen strooischade op te treden in beginsel toereikend zijn, als benadeelden het maar belangrijk genoeg vinden om voor hun schade verhaal te zoeken.

2.3 *Belangrijkste knelpunten bij de aanpak van strooischade met bestaande instrumenten*

Uit het veldonderzoek en de geraadpleegde literatuur komt naar voren dat de belangrijkste knelpunten bij de aanpak van strooischade zijn gelegen in de kosten en de financiering van (individuele of collectieve) verhaalsacties en het veelal ontbreken van prikkels voor strooischadeveroorzakers om met gedupeerden tot een schadeafwikkeling in der minne te komen. Daarnaast lijken de organisatie (en administratie) van een collectieve actie, de duur van een procedure in rechte, het bewijs van de onrechtmatige gedraging, de omvang van de schade en het causaal verband met de ongeoorloofde gedraging en de vaststelling van de identiteit van benadeelden veelal een drempel.

Geïdentificeerde knelpunten bij de aanpak van strooischade

1. Kosten en financiering van (individuele of collectieve) verhaalsacties
2. Ontbreken prikkel schadeveroorzaker om te schikken (onvoldoende onderhandelingsmacht benadeelden / collectieve belangenbehartiger)
3. (Lange) duur van een (gerechtelijke) procedure tot verhaal van strooischade
4. Bewijs van onrechtmatige gedraging, omvang van de schade (per individuele gedupeerde) en het causaal verband
5. Identiteit benadeelden is niet altijd vast te stellen / benadeelden zijn niet bereikbaar

In de onderstaande tabel geven wij bij de huidige mogelijkheden om schade te verhalen aan wat de voornaamste beperkingen lijken te zijn indien toegepast bij strooischade.

Buitengerechtelijke mogelijkheden	Knelpunten bij aanpak strooischade
<i>(Collectieve) schikking Arbitrage Bindend advies, anders dan</i>	▪ Medewerking schadeveroorzaker is vereist ▪ Omdat optreden tegen strooischade in rechte voor gedupeerden veelal problematisch is, zijn er voor een

<i>van een geschillencommissie voor consumentenzaken</i>	schadeveroorzaker die ongevoelig is voor negatieve publiciteit of maatschappelijke druk veelal onvoldoende prikkels om die medewerking te verlenen ▪ Hoewel in potentie goedkoper dan een gerechtelijke procedure, zullen gedupeerden ook ten behoeve van een schikking of een arbitrage kosten moeten maken die, afgezet tegen de mogelijke (voor elke individuele gedupeerde geringe) baten, het ondernemen van dergelijke acties al snel onaantrekkelijk maken; het gaat dan om informatiekosten, organisatie- en administratiekosten, onderhandelingskosten en, bij arbitrage, de kosten van de arbiters
<i>Geschillencommissie voor consumentenzaken</i>	▪ Onvolledige dekking: enkel voor consumentenzaken, niet in alle branches en in branches waar een geschillencommissie bestaat zijn niet altijd alle bedrijven die in die branche actief zijn ook bij de geschillencommissie aangesloten ▪ Hoewel de gehanteerde klachtengelden relatief laag zijn, zijn zij voor een individu afgezet tegen de omvang van zijn strooischade veelal nog te hoog om een strooischade aan de commissie voor te leggen; datzelfde geldt voor de overige kosten, tijd en moeite die een consument aan de behandeling van zijn klacht zal moeten besteden ▪ Consolidatie van claims is bij de geschillencommissies niet mogelijk ▪ Er bestaat geen mogelijkheid voor een belangenbehartiger om een geschil aan de geschillencommissies voor te leggen; een uitspraak van een geschillencommissie kan dan ook niet op grond van de Wcam verbindend worden verklaard ▪ Geschillencommissies zijn doorgaans niet de geëigende instanties om te oordelen over strooischades veroorzaakt door onredelijke algemene voorwaarden, nu zij in het algemeen uitgaan van de geldigheid van die voorwaarden

Privaatrechtelijke acties in rechte	Knelpunten bij aanpak strooischade
<i>Individuele vordering</i>	▪ Kosten wegen niet op tegen de verwachte baten
<i>Groepsactie door volmacht of lastgeving</i>	▪ Gedupeerden moeten zich uitdrukkelijk bij de actie aansluiten ▪ Dat brengt organisatorische problemen en kosten mee, die een dergelijke actie in het licht van de te verwachten baten al snel onaantrekkelijk maken ▪ De actie moet worden 'getrokken' door een initiator die bereid is daartoe de nodige investeringen te plegen
<i>Collectieve actie ex artikel 3:305a BW</i>	▪ Ook de kosten van een collectieve actie wegen al snel niet op tegen het daarmee mogelijk te bereiken resultaat; een andere besteding van de beperkte middelen waarover collectieve belangenbehartigers beschikken, levert voor de door hen behartigde belangen of vertegenwoordigde leden al snel meer 'waarde' op ▪ Een vordering tot betaling van schadevergoeding in geld is uitgesloten
<i>Collectieve actie ex artikel 3:305b BW door publiekrechtelijke rechtspersoon</i>	▪ Een vordering tot betaling van schadevergoeding in geld is uitgesloten ▪ Afgaande op het zeldzame gebruik dat van deze mogelijkheid wordt gemaakt, is er voor publiekrechtelijke rechtspersonen kennelijk onvoldoende aanleiding om een collectieve actie in te stellen
<i>Algemeen belang actie ex artikel 3:305d BW</i>	▪ Beperkt tot het staken van een inbreuk op rechtsregels neergelegd in de Wet handhaving consumentenbescherming
<i>Verbindendverklaring op grond van de Wcam</i>	▪ Vereist het bestaan van een vaststellingsovereenkomst tot afwikkeling van de schade ▪ Omdat juist bij strooischade een individuele actie in rechte niet loont en een collectieve vordering tot vergoeding van schade in geld is uitgesloten, ontbreekt veelal een prikkel voor de schadeveroorzaker om aan een dergelijke overeenkomst mee te werken
<i>Proefproces</i>	▪ Er is een initiator nodig die bereid is de – afgezet tegen de

	individueel te verwachten baten – hoge kosten van de procedure voor zijn rekening te nemen ▪ De uitspraak is enkel voor partijen verbindend, al kan van de uitspraak wel precedentwerking uitgaan
--	--

Publiekrechtelijke mogelijkheden	Knelpunten bij aanpak strooischade
<i>Handhaving door toezichthouder</i>	▪ In het algemeen gericht op het staken van de overtreding ▪ In het algemeen ontbreekt een bevoegdheid om vergoeding van de daardoor veroorzaakte (strooi)schade af te dwingen of het daardoor genoten onrechtmatig voordeel te ontnemen ▪ Benadeelde consumenten worden niet altijd als belanghebbende bij een handavingsverzoek aangemerkt

2.4 Doelen aanpak strooischade

Aan de vraag of het optreden tegen strooischade moet worden vergemakkelijkt, gaat de vraag vooraf welk doel men met het optreden tegen strooischade wenst te bereiken. Hieronder is weergegeven welke doelen bij een aanpak van strooischade kunnen worden onderscheiden en welke kanttekeningen daarbij geplaatst kunnen worden.

Doelstelling aanpak strooischade	Kanttekeningen
<i>(Volledige) compensatie gedupeerden</i>	▪ Hoogte kosten van de compensatie stijgt mogelijk (ver) uit boven de omvang van de schade, bijvoorbeeld door hoge kosten van het bewijs van de (individuele) schade en de kosten van de verdeling van een vergoeding over gedupeerden ▪ Individuele compensatie van gedupeerden is soms onmogelijk omdat de groep gedupeerden onbekend of onbereikbaar is ▪ Individuele compensatie is soms problematisch omdat de (omvang van de) individueel geleden schade niet (meer) vast te stellen is
<i>Ontnemen voordeel schadeveroorzaker</i>	▪ Vaststelling van het onrechtmatig genoten voordeel kan problematisch zijn ▪ Samenloop met private verhaalsactie(s) kan problematisch zijn ▪ Vraag is aan wie de bevoegdheid toekomt om het voordeel aan de schadeveroorzaker te ontnemen ▪ Vraag is aan wie het ontnomen voordeel toekomt
<i>Generale preventie</i>	▪ Van de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden moet een dermate afschrikwekkende werking uitgaan, dat dit potentiële strooischadeveroorzakers weerhoudt van strooischadeveroorzakende gedragingen

2.5 Mogelijke oplossingsrichtingen

In hoofdstuk 10 van deze rapportage zijn – ter beantwoording van de tweede onderzoeksvraag – zoveel mogelijk potentiële en, naar onze inschatting reële, mogelijkheden geïnventariseerd om de gesignaleerde problemen en beperkingen bij de aanpak van strooischade weg te nemen of in ieder geval te verkleinen. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de aanpak van strooischade veroorzaakt door de overtreding van consumentenrechtelijke regels of de aanpak van strooischade veroorzaakt door de overtreding van mededingingsrechtelijke regels; op basis van de

theoretische verkenning en het veldonderzoek bestaat voor een dergelijke differentiatie geen aanleiding.

Aan een gerechtelijke procedure tot verhaal van strooischade gaan in de regel pogingen vooraf om met de schadeveroorzaker tot een minnelijke regeling te komen. Daarom zijn bij de inventarisatie van oplossingsrichtingen eerst de buitengerechtelijke mogelijkheden verkend. Ook aanpassingen in de mogelijkheden om in rechte tegen strooischade op te treden, kunnen echter doorwerken in de kans van slagen van pogingen om een strooischade buiten rechte aan te pakken. Een kansrijke procedure in rechte kan immers door benadeelden als 'stok achter de deur' worden ingezet in een onderhandelingsproces dat is gericht op een regeling buiten rechte. Ten slotte is aandacht gegeven aan de mogelijkheden om strooischade langs publiekrechtelijke weg aan te pakken. Zou strooischade niet door betrokken partijen zelf – langs privaatrechtelijke weg – effectief kunnen worden geredresseerd, dan zou de inzet van publiekrechtelijke instrumenten verkend kunnen worden.

Omdat een toets van de effectiviteit van oplossingsrichtingen het bestek van dit onderzoek te buiten gaat, is de inventarisatie gebaseerd op veronderstelde gunstige effecten van de geschetste mogelijkheden. Hieronder is weergegeven welke oplossingsrichtingen zijn geïnventariseerd en welke gunstige effecten zij mogelijk hebben op de aanpak van strooischade. Een meer gespecificeerde en genuanceerde weergave daarvan is in hoofdstuk 11 is opgenomen.

Oplossingsrichtingen i.v.m. privaatrechtelijke acties buiten rechte	Knelpunten waarop de oplossingsrichting gunstig effect zou kunnen hebben
<i>Verlaging kosten voor benadeelde van behandeling klacht bij geschillencommissie</i>	▪ Kosten individueel optreden
<i>Uitbreiding aantal geschillencommissies</i>	▪ Kosten individueel optreden ▪ Duur procedure bij individueel optreden
<i>Collectieve actie bij geschillencommissies</i>	▪ Ontbreken prikkel tot schikken bij schadeveroorzaker

Oplossingsrichtingen i.v.m. privaatrechtelijke acties in rechte	Knelpunten waarop de oplossingsrichting gunstig effect zou kunnen hebben
<i>Schrappen uitsluiting artikel 3:305a lid 3 BW</i>	▪ Ontbreken prikkel tot schikken bij schadeveroorzaker ▪ Duur en kosten procedure bij collectieve actie
<i>Verlaging gerechtskosten</i>	▪ Kosten procedure voor benadeelden
<i>Aanpassing proceskostenveroordeling</i>	▪ Kosten procedure voor benadeelden
<i>Afwijzing kansloze vorderingen in vroegtijdig stadium</i>	▪ Kosten en duur procedure
<i>Geen verplichte procesvertegenwoordiging</i>	▪ Kosten procedure
<i>Ruime toekenning schadevaststellingskosten</i>	▪ Kosten/financiering procedure
<i>Administratie collectieve actie / groepsactie bij gerecht</i>	▪ Kosten procedure voor benadeelden

<i>Opheffing verbod van no cure no pay / quota pars litis</i>	▪ Kosten/financiering procedure voor benadeelden
<i>Subsidiering door overheid / toevoeging in strooischade-zaken / financiering uit boete</i>	▪ Financiering procedure
<i>Financiering collectieve actie door verzekeraar</i>	▪ Financiering procedure
<i>Financiering collectieve actie uit opbrengsten</i>	▪ Financiering procedure
<i>Preprocessuele comparitie</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten en duur procedure
<i>Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten en duur procedure
<i>Dwingende bewijskracht sanctiebesluiten</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten en duur procedure
<i>Versoepeling bewijsrecht</i>	▪ Bewijsproblemen van benadeelden
<i>Verbetering toegang tot bewijs voor benadeelden</i>	▪ Bewijsproblemen van benadeelden
<i>Mogelijkheid van abstracte schadeberekening</i>	▪ Bewijsproblemen van benadeelden
<i>Alternatieve schadeberekening</i>	▪ Bewijsproblemen van benadeelden
<i>Alternatieve distributie schadevergoeding: cy pres distribution</i>	▪ Identiteit benadeelden onbekend
<i>Alternatieve distributie schadevergoeding: afdracht aan staatskas</i>	▪ Identiteit benadeelden onbekend
<i>Opt-out acties</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten procedure voor benadeelden

Oplossingsrichtingen i.v.m. publiekrechtelijke acties (toezichthouders)	Knelpunten waarop de oplossingsrichting gunstig effect zou kunnen hebben
<i>Publiekrechtelijk handhaafbare verplichtingen tot schadevergoeding</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten procedure voor benadeelden ▪ Bewijsproblemen benadeelden ▪ Onbekendheid identiteit benadeelden
<i>Bevoegdheid toezichthouder om bij boetetoemeting rekening te houden met de schadeafwikkeling</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten procedure voor benadeelden
<i>Bevoegdheid toezichthouder om namens gedupeerden schadevergoeding te eisen</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten procedure voor benadeelden ▪ Bewijsproblemen benadeelden
<i>Stimulus gebruik artikel 3:305b BW en verruiming toepassingsbereik 3:305d BW</i>	▪ Ontbreken prikkel schadeveroorzaker tot schikken ▪ Kosten procedure voor benadeelden ▪ Bewijsproblemen benadeelden
<i>Bbevoegdheid toezichthouder om winstafdracht te vorderen</i>	▪ Bewijsproblemen benadeelden

In hoofdstuk 11 geven wij voorts een voorzet voor een beoordelingskader aan de hand waarvan (een mix van) diverse bestaande en denkbare mogelijkheden (beleidsalternatieven) voor de aanpak van strooischade op voor- en nadelen kunnen worden getoetst en onderling vergeleken. Op basis van die toetsing zou kunnen worden beoordeeld welke oplossingsrichtingen het meest kansrijk zijn om te bewerkstelligen dat op een effectieve en efficiënte wijze (door gedupeerden of door toezichthouders) tegen strooischade kan worden opgetreden. Daartoe kunnen de volgende beoordelingsmaatstaven worden gehanteerd.

Beoordelingsmaatstaven oplossingsrichtingen (beleidsalternatieven)

1. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van generieke en specifieke preventie?
2. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van volledige compensatie?
3. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van maatschappelijke genoegdoening?
4. Stimuleert het beleidsalternatief gezonde economische ontwikkeling?
5. Leidt het beleidsalternatief tot afdracht van onrechtmatig verkregen winsten?
6. Is het beleidsalternatief toegankelijk en simpel om te bedienen?
7. Werkt het beleidsalternatief met aanvaardbare snelheid?
8. Zijn de kosten van het gebruik van het beleidsalternatief laag en proportioneel in verhouding tot de bedragen die inzet van het proces vormen?
9. Roept het beleidsalternatief het risico van misbruik in het leven?

3 Executive summary

3.1 Introduction

Small and scattered damage is a form of large-scale damage in which the individual damage is so minor that a cost-benefit analysis shows that it is not worth redressing this damage individually, but where the cumulative collective damage nonetheless represents a considerable interest. In practice, aggrieved parties generally do not (or barely) seek redress for small and scattered damage and this can lead to a wrongful advantage for the party causing the damage.

The current debate at a Dutch and European level on the possibilities for redressing large-scale damage collectively also touches upon the possibilities to act against small and scattered damage. This has given the Ministry of Economic Affairs cause to commission a study into the following questions:

Central research questions

1. What is the current volume of small and scattered damage, what examples exist in practice and whether, and if yes, how, has it been attempted to redress this damage?
2. In what manner can buyers effectively and efficiently enforce their rights?

In this report we present our investigation into these questions. In order to somewhat delineate the scope of the study we have limited our topic to small and scattered damage resulting from violations of consumer or competition rules. To answer the first question this report uses qualitative information in an attempt to provide insight into the extent of the problem and more in particular into the question whether the existence of small and scattered damage is experienced as a problem by the organisations, authorities and persons involved. To answer the second question we have taken stock of the possibilities for acting more effectively against small and scattered damage.

3.2 *Small and scattered damage as a societal problem*

The number of examples of small and scattered damage mentioned by interviewees during the fieldwork gives rise to the suspicion that the number of cases of small and scattered damage is high and that the total extent is considerable.

The consumer organisations approached in our fieldwork assert that aggrieved parties currently lack effective possibilities for acting against small and scattered damage. Regulators charged with enforcing the rules, which when breached can result in small and scattered damage, note that said rules are rarely enforced under private law.

The consumer organisations we spoke to experience the absence of effective possibilities for acting against small and scattered damage as a societal problem that demands a solution. In this context they point out that the existence of effective remedies against small and scattered damage is also important for consumers' confidence in overall commerce and for preventing unfair competition. This is in line with the views propagated in the literature and the position of the European Commission that it is not desirable for it to be profitable to violate standards in the absence of action taken against small and scattered damage.

The Confederation of Netherlands Industry and Employers, VNO-NCW, and MKB Nederland, the Dutch SME Association, are of the opinion that the existing possibilities for acting against small and scattered damage are in principle sufficient, as long as aggrieved parties find it important enough to seek to redress for their damage.

3.3 *Most important bottlenecks in dealing with small and scattered damage using existing instruments*

The fieldwork and literature studied show that the most important bottlenecks in dealing with small and scattered damage are to be found in the costs and financing of actions for redress (either individually or collectively) and the general absence of incentives for parties causing scattered damage to come to an amicable settlement with the aggrieved parties. In addition, the organisation (and administration) of a class action, the time required for litigation, proof of the wrongful conduct and the extent of the damage and the cause-and-effect link with the unpermitted conduct and determining the identity of aggrieved parties are generally obstacles that need to be overcome.

Identified bottlenecks in the approach to small and scattered damage

1. Costs and financing of actions for redress (either individually or collectively)
2. Lack of an incentive for the party causing damage to settle (insufficient bargaining power of aggrieved parties / representative of their collective interest)
3. Duration (long) of court proceedings for redressing small and scattered damage
4. Proof of wrongful conduct, extent of the damage (per individual aggrieved party) and the cause-and-effect relationship
5. Not always possible to determine identity of aggrieved parties / aggrieved parties cannot always be contacted

Below we list the current possibilities for recovering damage and indicate what appear to be the main limitations when these are applied to small and scattered damage.

Out-of-court options	Bottlenecks in dealing with small and scattered damage
<i>Settlement (collective or individual)</i> <i>Arbitration</i> <i>Binding advice, unless issued by a disputes committee for consumer affairs</i>	- Cooperation of party causing damage is required - Because taking court action against small and scattered is generally problematic for aggrieved parties, there generally exist insufficient incentives to get a party causing damage to cooperate unless it is sensitive to negative publicity or social pressure. - Although potentially less expensive than litigation, aggrieved parties will also have to incur costs for a settlement or arbitration, which, when set off against the possible benefits (which are minor for each individual aggrieved party) soon make such actions unattractive; the costs concerned include costs for information, organisation and administration costs, negotiation costs, and, for arbitration, the costs of the arbitrators
<i>Disputes committee for consumer affairs</i>	- Insufficient coverage: only for consumer affairs; disputes committees do not exist in every industry and not all companies are affiliated in those industries that do have a disputes committee - All though the fees for handling a complaint a relatively low, for an individual, set off against the extent of his small and scattered damage, these are often still too high to put an instance of small and scattered damage to the committee; the same applies to the other costs, time and effort that a consumer will have to invest in the treatment of his complaint - It is not possible to consolidate claims before disputes committees - It is not possible to have a representative present a dispute to the disputes committees; accordingly, a decision by a disputes committee cannot be declared binding under the Dutch Class Action (Financial Settlements) Act [<i>Wet Collectieve Afhandeling Massaschade</i>] - Disputes committees are generally not the most appropriate instances to decide on small and scattered damage caused by unreasonable general terms and conditions, as they in general assume the validity of said terms and conditions

Private law litigation	Bottlenecks in dealing with small and scattered damage
<i>Individual claims</i>	Costs do not outweigh the expected benefits
<i>Group actions by power of attorney or mandate</i>	- Aggrieved parties need to explicitly join the action - This entails organisational problems and costs, which in light of the expected benefits soon make such an action unattractive - The action needs to be 'driven' by an initiator who is prepared to make the necessary investments for this
<i>Class action under Section 3:305a of the Dutch Civil Code</i>	- The costs of a class action also soon fail to be outweighed by the possible result to be achieved; a different deployment of the limited resources at the disposal of collective representatives soon generates more 'value' for the interests they represent - Claims for payment of monetary damages are excluded
<i>Class action under Section 3:305b of the Dutch Civil Code by a legal entity under public law</i>	- Claims for payment of monetary damages are excluded - Based on the rare use that is made of this possibility, public law legal entities apparently see insufficient cause to bring class actions
<i>General relevance of actions under Section 3:305d of the Dutch Civil Code</i>	Limited to halting an infringement of legal rules laid down in the Dutch Consumer Protection (Enforcement) Act [<i>Wet handhaving consumentenbescherming</i>]
<i>Binding declaration under the Class Action (Financial Settlement) Act</i>	- Requires the existence of a settlement agreement to settle the damage - Precisely because individual litigation is not worthwhile in the event of small and scattered damage and a collective monetary damages are excluded, there is generally no incentive for the party causing the damage to cooperate in such an agreement

<i>Test case</i>	▪ An initiator is needed who is prepared to account for the high - when offset against the individually expected benefits - costs of litigation ▪ The judgment is solely binding upon parties, although the judgment may come to constitute a precedent
------------------	--

Options under public law	Bottlenecks in dealing with small and scattered damage
<i>Enforcement by the regulator</i>	▪ Generally aimed at discontinuing the violation ▪ In general the authority is lacking to enforce compensation of the damage (scattered or otherwise) caused by this or for confiscating the wrongful advantage enjoyed as a result ▪ Aggrieved consumers are not always considered to be interested parties in a request for enforcement

3.4 Objectives of tackling small and scattered damage

The question whether acting against small and scattered damage must be made easier is preceded by the question as to the objective one wants to achieve by acting against small and scattered damage. Below we list the various objectives that may be distinguished when tackling small and scattered damage and the associated issues that may arise.

Objective of pursuing small and scattered damage	Issues
<i>Compensation (full or otherwise) of aggrieved parties</i>	▪ The costs of the compensation may (greatly) exceed the extent of the damage, for instance because of high costs for proving the (individual) damage and the costs of distributing relief among aggrieved parties ▪ Individual compensation of aggrieved parties is sometimes impossible because the group of aggrieved parties is unknown or cannot be contacted ▪ Individual compensation is sometimes problematic because the individually suffered damage (or the extent thereof) cannot (or can no longer) be determined
<i>Confiscating the benefit to the party causing the damage</i>	▪ Determining the wrongfully enjoyed benefit may be problematic ▪ Coincidence with private action(s) for redress may be problematic ▪ It remains the question as to who is authorised to confiscate the benefit from the party causing the damage ▪ It remains the question as to whom the confiscated benefit is due
<i>General prevention</i>	▪ The possibilities to act against small and scattered damage must act as a deterrent to such an extent that it causes potential causers of scattered damage to refrain from conduct causing scattered damage

3.5 Possible avenues for solution

In chapter 10 of this report – to answer the second question under investigation – we list many possible, and in our view realistic, options for taking away the identified problems and restrictions for tackling small and scattered damage, or at any rate to reduce such problems. In this, no distinction is made between the approach to small and scattered damage caused by violations of consumer law rules and the approach to

small and scattered damage caused by violations of competition law rules. There is no reason for such a distinction on the basis of the theoretical survey and the fieldwork.

Litigation for the redress of small and scattered damage is generally preceded by attempts to arrive at a settlement with the party causing the damage. For this reason our overview of possible solutions first explores the out-of-court options. However, changes in the possibilities to take court action against small and scattered damage may also affect the likelihood of successful attempts to settle small and scattered damage out of court. After all, litigation with a high chance of success can be deployed by aggrieved parties as a 'last resort' in negotiations aimed at an out-of-court settlement. Lastly, we pay attention to the possibilities for tackling small and scattered damage via the public law route. If the parties involved are unable to effectively redress small and scattered damage themselves under private law, the deployment of public law instruments might be explored.

Because a test of the effectiveness of the proposed solutions falls outside of the scope of this study, this list is based on the assumed beneficial effects of the outlined option. Below we present the avenues for solution that we have listed and the beneficial effects they may have on dealing with small and scattered damage. A more specified and detailed presentation can be found in chapter 11.

Avenues for solution in connection with out-of-court private law action	Bottlenecks that may be beneficially effected by the solution
<i>Reduction of costs for aggrieved parties for the treatment of complaints by disputes committees</i>	Costs of acting individually
<i>Expansion of number of disputes committees</i>	- Costs of acting individually - Duration of procedure in the event of individual action
<i>Class actions before disputes committees</i>	Lack of incentive to settle for party causing damage

Avenues for solution in connection with court action under private law	Bottlenecks that may be beneficially effected by the solution
<i>Scrap exclusion of Section 3:305a(3) Dutch Civil Code</i>	- Lack of incentive to settle for party causing damage - Duration and costs of proceedings in class action
<i>Lowering of court costs</i>	Costs of proceedings for aggrieved parties
<i>Amendment of order to pay costs of proceedings</i>	Costs of proceedings for aggrieved parties
<i>Rejection of futile claims in an early stage</i>	Costs and duration of proceedings
<i>No mandatory representation by counsel in court</i>	Costs of proceedings
<i>Generous award of costs for determining the damage</i>	Costs/financing of proceedings
<i>Administration of class action / group litigation</i>	Costs of proceedings for aggrieved parties
<i>Lifting the ban on no cure no pay / quota pars litis</i>	Costs/financing of proceedings for aggrieved parties
<i>Subsidy by government /</i>	Financing of proceedings

<i>legal aid for small and scattered damage cases / financing from penalties</i>	
<i>Financing of class action by insurer</i>	▪ Financing of proceedings
<i>Financing of class action from proceeds</i>	▪ Financing of proceedings
<i>Appearance of parties in advance of proceedings</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs and duration of proceedings
<i>Preliminary questions to the Netherlands Supreme Court</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs and duration of proceedings
<i>Conclusive evidential value of sanction orders</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs and duration of proceedings
<i>Loosening up the law on evidence</i>	▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Improving access to evidence for aggrieved parties</i>	▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Possibility of abstractly calculating the damage</i>	▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Alternative calculation of damage</i>	▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Alternative distribution of compensation: cy pres distribution</i>	▪ Identity of aggrieved parties unknown
<i>Alternative distribution of compensation: pay to state treasury</i>	▪ Identity of aggrieved parties unknown
<i>Opt-out actions</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs of proceedings for aggrieved parties

Avenues for solutions in connection with actions under public law (regulators)	Bottlenecks that may be beneficially affected by the solution
<i>Duties to compensate damage enforceable under public law</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs of proceedings for aggrieved parties ▪ Problems of evidence for aggrieved parties ▪ Identity of aggrieved parties unknown
<i>Authority of regulator to when imposing the fine take account of the settlement of the damage</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs of proceedings for aggrieved parties
<i>Authority of regulator to claim damages on behalf of aggrieved parties</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs of proceedings for aggrieved parties ▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Stimulating the use of Section 3:305b of the Dutch Civil Code and widening the scope of application of 3:305d of the Dutch Civil Code</i>	▪ Lack of an incentive to settle for party causing damage ▪ Costs of proceedings for aggrieved parties ▪ Problems of evidence for aggrieved parties
<i>Authority of the regulator to demand transfer of profits</i>	▪ Problems of evidence for aggrieved parties

In chapter 11 we additionally suggest a framework of assessment which can be used to compare and test the pros and cons of a mix of various existing and conceivable possibilities (policy alternatives) for dealing with small and scattered damage. Based on such a test it should be possible to assess which solutions are most likely to be successful at enabling effective and efficient action (by aggrieved parties or by

regulators) against small and scattered damage. The following assessment criteria can be applied for this.

Assessment criteria for proposed avenues for solution (policy alternatives)	
1.	To what extent does the policy alternative achieve the objective of generic and specific prevention?
2.	To what extent does the policy alternative achieve the objective of full compensation?
3.	To what extent does the policy alternative achieve the objective of societal satisfaction?
4.	Does the policy alternative stimulate healthy economic development?
5.	Does the policy alternative lead to the transfer of wrongly acquired profits?
6.	Is the policy alternative accessible and simple to operate?
7.	Does the policy alternative work at an acceptable speed?
8.	Are the costs of using the policy alternative low and in proportion to the amounts at stake in the process?
9.	Does the policy alternative create risks of abuse?

Deel A: Theoretische verkenning

4 Strooischade: een bijzondere vorm van massaschade

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk biedt een eerste verkenning van het probleemgebied 'strooischade'. Daarbij beschrijven wij wat onder strooischade wordt verstaan, hoe deze vorm van schade zich verhoudt tot andere soorten schade en welke specifieke problematiek zich bij het verhaal van strooischade voordoet. Achtereenvolgens komt het volgende aan de orde:

- Strooischade als species van massaschade (par. 4.2 en 4.3)
- De specifieke (kosten)problematiek bij het verhaal van strooischade (par. 4.4)
- Factoren die van belang zijn voor het antwoord op de vraag op welke wijze tegen strooischade kan worden opgetreden (par. 4.5)
- De werkdefinitie van strooischade die wij ten behoeve van dit onderzoek hanteren (par. 4.6)

4.2 Het begrip massaschade

Massaschade is een onderwerp dat zowel in Nederland als in het buitenland de laatste jaren volop in de belangstelling staat. Onder massaschade wordt verstaan schade waarbij grote aantallen schadelijders betrokken zijn bij de afwikkeling van een geschil met één of een beperkte groep schadeveroorzaker(s), waaraan dezelfde of soortgelijke feitelijke en juridische (aansprakelijkheids)vragen ten grondslag liggen.³ Het kenmerkende van massaschade is derhalve de aanwezigheid van een grote groep schadelijders als gevolg van één of meer dezelfde of vergelijkbare gebeurtenissen of gedragingen. Hoeveel schadelijders er moeten zijn om van massaschade te kunnen spreken, valt evenwel niet exact aan te geven. Dit kan van land tot land en per rechtsgebied verschillen.⁴

In de literatuur wordt massaschade onderverdeeld in twee hoofdcategorieën: substantiële schade en strooischade. Zoals de benamingen van deze hoofdcategorieën al doen vermoeden, hangt deze indeling samen met de omvang van de individuele claims. Daaraan gerelateerd is de mate waarin het instellen van een individuele actie per schadelijder bij de rechter al dan niet opportuun is, gelet op de uitkomst van een individuele kosten-batenanalyse vanuit de optiek van de schadelijder.⁵ Bij substantiële schade is een individuele gang naar de rechter gelet op de omvang van de individuele

³ Tzankova 2005, p. 15.

⁴ Tzankova 2005, p. 15.

⁵ Tzankova 2005, p. 16.

schade afgezet tegen de kosten zinvol. Bij strooischade is de individuele schade evenwel zodanig klein dat een individuele actie met het oog op de kosten niet in de rede ligt.

4.3 *Strooischade*

Een bijzondere vorm van massaschade, die het onderwerp vormt van het onderhavige onderzoek, is de zogenoemde strooischade. Daarbij is sprake van schade veroorzaakt door één of een beperkt aantal veroorzaker(s) bij een groot aantal schadelijders, wier individuele schade zo gering is dat het op grond van een kosten-batenanalyse niet loont die individueel te verhalen, maar wier collectieve schade gecumuleerd wel een aanzienlijk belang vertegenwoordigt.⁶ Het aanzienlijke groepsnadeel van de gezamenlijk schadelijders dat bij strooischade optreedt, zal in het algemeen gepaard gaan met een aanzienlijk voordeel voor de schadeveroorzaker(s). In de literatuur wordt op het belang van het optreden tegen strooischade gewezen.⁷ Als tegen strooischade niet wordt opgetreden, zou dit meebrengen dat normschending loont.

Strooischade kan zich op veel manieren manifesteren en kan vele verschillende oorzaken hebben. Te denken valt aan schade door te hoge prijzen ontstaan door kartelafspraken, schade door afronding van (benzine)prijzen, schade door misleidende reclame, schade door vertragingen en dergelijke.⁸ Ook kleine 'immateriële schades', zoals ergernis of irritatie door spam of andere agressieve verkoopmethoden en/of ongeoorloofde handelspraktijken, worden wel als strooischade bestempeld.⁹ Schade door ergernis komt op grond van het Nederlandse schadevergoedingsrecht als neergelegd in afdeling 6.1.10 BW echter niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁰

In dit onderzoek staat strooischade ontstaan door schending van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels centraal. Uitgangspunt is het schadebegrip zoals gehanteerd in en begrensd door afdeling 6.1.10 BW, maar waar nodig komen de knelpunten die een dergelijke beperking met zich mee kan brengen aan de orde.

⁶ Vergelijk Tzankova 2005, p. 18.

⁷ Tzankova 2005, par. 3.2 e.v.

⁸ Zie voor concrete voorbeelden hoofdstukken 7 en 8.

⁹ Tzankova 2005, p. 21.

¹⁰ Op grond van artikel 6:95 BW bestaat recht op schadevergoeding in geval van vermogensschade en ander nadeel. Bij ander nadeel dient er sprake te zijn van een van de omstandigheden als gelimiteerd omschreven in artikel 6:106 lid 1 BW: (a) opzet om ideële schade toe te brengen, (b) aantasting in de persoon van de benadeelde of (c) bepaalde gevallen van aantasting van de nagedachtenis van een overledene.

4.4 *De kostenproblematiek bij strooischade*

4.4.1 Probleem: kosten om te claimen

Grootste probleem bij het verhaal van strooischade zijn de hoge kosten van claims afgezet tegen de lage baten.

In de eerste plaats valt te denken aan informatiekosten die vaak al moeten worden gemaakt voordat een claim wordt ingediend. Deze 'kosten van ontdekking' betreffen de tijd en moeite die een individu investeert om een rechtsinbreuk te ontdekken. Als het bijvoorbeeld gaat om horizontale mededingingsbeperking door marktverdelingsafspraken, hebben individuele consumenten weinig mogelijkheden om deze verboden afspraken te ontdekken. Daarom zal het verhaal van strooischade als gevolg van een mededingingsinbreuk in de praktijk alleen aan de orde komen als een mededingingsautoriteit een dergelijke inbreuk heeft vastgesteld. Als het gaat om schadelijke producten die door verschillende producenten op de markt zijn gebracht, is bijvoorbeeld soms het zoeken naar de identiteit van de dader kostbaar. Dergelijke 'kosten' kunnen in de weg staan aan individuele handhaving. Soms komt het recht het individu tegemoet, bijvoorbeeld door het identiteitsprobleem met artikel 6:99 BW op het bord van de aangesproken bedrijven te leggen. Vaak echter blijven de kosten van ontdekking te groot voor individuen.¹¹ Dat zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als een product een zogenaamde geloofsgoed is waarvan de kwaliteit niet of nauwelijks te meten is of als een product een ervaringsgoed is dat consumenten één keer in hun leven kopen.

Naast deze veelal vooraf te maken informatiekosten brengt het procederen zelf vanzelfsprekend ook kosten met zich. Deze kosten omvatten niet alleen advocaat- en gerechtskosten, maar ook een investering van tijd, moeite en psychische belasting.¹²

De baten van procederen zullen vooral gelegen zijn in de te verwachten financiële opbrengst bij een positieve uitkomst van de procedure. Dat zal veelal schadevergoeding ex afdeling 6.1.10 BW zijn of restitutie conform artikel 6:203 BW e.v. Bij de baten van procederen zal nog aftrek moeten plaatsvinden voor het incassorisico, als de aansprakelijke niet goed voor zijn geld blijkt te zijn.¹³

¹¹ Vgl. Bergh 2007, p. 180 e.v., m.n. p. 201.

¹² Zo is bijvoorbeeld wel gesteld dat in Duitsland een bedrag van 3.000-5.000 DM gemoeid was per contractsclausule die men als oneerlijk beding wilde laten toetsen. Verwijzingen bij Kocher 2007, p. 384 nt. 475.

¹³ In de literatuur noemt men dit wel het judgment proof-probleem; vgl. Shavell 1985, p. 1231 e.v.

4.4.2 Gevolg: rationele apathie en free riding

Rationele apathie

Als de kosten van het individuele claimen naar verwachting hoger uitpakken dan de te verwachten baten (maal de kans van slagen), dan is het rationeel om geen actie te ondernemen. Rationele apathie is het verschijnsel dat individuen op grond van een kosten-baten analyse de rationele keuze maken om niet op te treden tegen de veroorzaker van een rechtsinbreuk, terwijl het uit een oogpunt van bestrijden van maatschappelijke kosten juist wél goed zou zijn als individuen optraden.¹⁴

Hoewel in theorie het probleem identiek is in alle rechtsstelsels die uitgaan van individuele belangen als basis voor het verwezenlijken van privaatrechtelijke rechten, zal de uitwerking van land tot land kunnen verschillen. Zo zullen bijvoorbeeld de kosten van civiele procedures kunnen verschillen en daarmee de drempels om individuele rechten te realiseren dus ook.¹⁵ Onderzoek laat bijvoorbeeld zien dat slechts 29% van individuele consumenten in Europa bereid is om te procederen over een claim kleiner dan € 500.¹⁶ Voor landen als Duitsland, Oostenrijk en Nederland wordt bovendien wel gesteld dat een consument er onverstandig aan doet om voor een civiele rechter te procederen over ingewikkelde zaken zoals een misleidende prospectus als het financieel belang kleiner is dan € 10.000 – 17.000.¹⁷ De Scandinavische landen, Nederland en het Verenigd Koninkrijk kennen een lange traditie van alternatieve geschillenbeslechting – variërend van ombudsman tot geschillencommissies – en die alternatieve routes verlagen uiteraard sterk de drempel voor bepaalde geschillen. Ook in die landen blijven er echter drempels bestaan (denk aan het klachtengeld, zo'n € 50 tot € 100).¹⁸

Welke motieven spelen bij individuen een rol als zij de kosten en baten van eventueel optreden afwegen? Logischerwijs concentreert de rechtseconomische literatuur sterk op financiële kosten en baten, maar zij beperkt zich niet daartoe. Tijd en moeite zijn ook kosten, en bij de baten kunnen ook gevoelens als *genoegdoening* een rol spelen.

¹⁴ Hierover bijv. Landes en Posner 1975, p. 1 e.v. (m.n. p. 33); Schäfer 2000, p. p. 195; Howells en Weatherill 2005, p. 604; Garoupa 2001, p. 231 e.v.; Bergh 2007, p. 184. Vgl. Meller-Hannich 2008, p. 14.

¹⁵ Boom 2006, p. 23.

¹⁶ Stuyck e.a. 2007, p. 204.

¹⁷ Consulting en Economics 2008, p. 91.

¹⁸ Vgl. Consulting en Economics 2008, p. 96. In sommige gevallen kiest men bij alternatieve geschilbeslechting er juist voor om daar drempelbedragen in te bouwen zodat 'de minimis non praetor curat' blijft gelden. Zie bijvoorbeeld voor Denemarken Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 23-24.

Ook kunnen zekere altruïstische motieven meespelen. Denkbaar is namelijk dat individuen hopen dat als zij actie ondernemen, de veroorzaker zijn gedrag aanpast en anderen daarbij gebaat zullen zijn.¹⁹

Het fenomeen rationele apathie focust dus sterk op de kosten en baten voor benadeelde individuen om al dan niet individuele actie te ondernemen. Daarnaast zijn er *maatschappelijke* kosten en baten: de veroorzaker spaart uiteraard kosten van verdediging uit als er geen actie ondernomen wordt, de overheid spaart kosten uit aan rechtsbedeling. Voor de beleidsrelevante vraag of rationele apathie aangepakt moet worden, zijn uiteraard die maatschappelijke kosten en baten evenzeer relevant.²⁰ Rationele apathie als zodanig wordt doorgaans niet gezien als voldoende grond voor wetgevend ingrijpen.

Rationele desinteresse leidt er volgens de literatuur toe dat veroorzakers van strooischade niet door het recht worden geprikkeld om schade te vergoeden en daarmee niet worden geprikkeld om hun gedrag aan te passen. In werkelijkheid zien we dat dit niet altijd waar hoeft te zijn. De Nederlandse Spoorwegen bijvoorbeeld is wettelijk gezien niet aansprakelijk voor vertragingsschade (art. 8:108 BW), maar heeft onder grote maatschappelijke en politieke druk toch een vergoedingssysteem ontwikkeld.²¹ Dat systeem is in feite een vorm van gestandaardiseerde vergoeding voor strooischade. Er zijn dus in bepaalde gevallen meer wegen naar vergoeding van strooischade dan alleen de zuiver procedurele weg.

Opmerking verdient ten slotte nog dat rationele apathie ook 'gebruikt' wordt in bepaalde rechtsstelsels, zoals het Amerikaanse, waar de benadeelden na 'certification' van een class action automatisch in een regeling terecht komen waar zij in de praktijk zelden uitstappen omdat de kosten daarvan niet opwegen tegen de baten.²²

Free riding

Naast rationele apathie wordt in de literatuur ook aandacht gevraagd voor het fenomeen van 'free riding'.²³ Als vele individuen benadeeld worden door een

¹⁹ Zie hierover bijv. Shavell 1985, p. 1231 e.v.; Shavell 1993, p. 255 e.v.

²⁰ Vgl. Shavell 1982, p. 333 e.v.

²¹ Dat overigens na inwerkingtreding van de Wet personenvervoer 2000 en het daarmee geïntroduceerde concessiestelsel onderdeel is geworden van de concessievoorschriften.

²² Class action is algemeen geregeld in Rule 23 van de Federal Rules on Civil Procedure. Empirisch bewijs over uitstapgedrag bij class actions is te vinden bij Eisenberg en Miller 2004, p. 1529 e.v.; Gilles en Friedman 2006, p. 133 e.v.

²³ Bijv. Landes en Posner 1975, p. 29; Bergh en Visscher 2008, p. 5 e.v.

veroorzaker, terwijl de baten van het juridisch 'aanpakken' van die veroorzaker door één van die individuen toevloeien aan alle benadeelden, dan is het rationeel om af te wachten totdat iemand anders de hete kolen uit het vuur haalt. De baten van de uitkomst van een individuele procedure vloeien vaak niet alleen aan de procederende benadeelde toe, maar ook aan andere benadeelden die niet de kosten van de procedure dragen. Afwachten totdat iemand anders gaat procederen, kan leiden tot minder dan een optimaal aantal claims (en in theorie kan het zelfs tot afwezigheid van handhaving leiden). Hoe kleiner het aantal individuen dat het opbrengt om hun rechten te doen gelden, des te groter wordt de last van free riding voor de maatschappij en voor individuen die uiteindelijk wél besluiten te claimen.²⁴

4.5 *Factoren die van belang zijn bij optreden tegen strooischade*

Uit het vorenstaande volgt dat bij het zoeken naar manieren om tegen strooischade op te treden het drukken van de claimkosten en daarmee samenhangend het verminderen of omzeilen van het probleem van rationele desinteresse en free riding centraal zouden moeten staan.

Tzankova lijkt hierbij de omvang van de individuele schade als doorslaggevend te beschouwen. Volgens Tzankova kan strooischade worden onderscheiden in twee subtypes. Het eerste subtype betreft strooischade waarbij de grootte van de individuele claims opweegt tegen de kosten en de moeite die voor de individuele schadelijders aan een collectieve actie gericht op het verkrijgen van individuele schadevergoeding verbonden zijn.²⁵ Bij het tweede subtype strooischade gaat het in de definitie van Tzankova om gevallen waarbij de individueel geleden schade zo gering is, dat een collectieve actie gericht op het verkrijgen van individuele compensatie geen positief saldo van de kosten-batenanalyse oplevert.²⁶ De schade is vanuit de optiek van de individuele schadelijder niet voelbaar of relevant genoeg, zodat er geen prikkel bestaat om een collectieve, laat staan individuele actie gericht op het verkrijgen van schadevergoeding te ondernemen. Bij zulke geringe individuele schades zou volgens Tzankova niet de individuele compensatie van de schadelijders, maar de ongedaanmaking van de positieve gevolgen voor de schadeveroorzaker uitgangspunt moeten zijn. Deze ongedaanmaking kan naar de mening van Tzankova zowel zien op

²⁴ In lijn met deze theorie lijken empirische bevindingen van de Eurobarometer 2006 te zijn, die aangeeft dat 67% van de ondervraagde consumenten eerder geneigd zouden zijn een claim in te dienen tegen een veroorzaker van schade als zij dat gezamenlijk met andere consumenten zouden kunnen doen. Zie Stuyck e.a. 2007, p. 263.

²⁵ Tzankova 2005, p. 18 en 19.

²⁶ Tzankova 2005, p. 20 en 21.

het groepsnadeel van de schadelijders als op het door de schadeveroorzaker genoten welvaartsvoordeel of winst.²⁷

Naar onze mening zijn er naast de omvang van de individuele schade evenwel ook andere factoren die van invloed kunnen zijn op het antwoord op de vraag op welke wijze(n) tegen strooischade kan worden opgetreden. Zo kan worden onderscheiden in gevallen waarin strooischade zich eenvoudig laat berekenen binnen de grenzen van afdeling 6.1.10 BW dan wel op grond van restitutie als bedoeld in artikel 6:203 BW en gevallen waarin dit lastiger zal zijn. Daarbij speelt tevens de bewijslastverdeling en de vraag in hoeverre de strooischade kan worden bewezen een belangrijke rol. Of de identiteit van de benadeelden eenvoudig kan worden vastgesteld, is een andere factor die voor de aanpak van de strooischade medebepalend kan zijn. Ten slotte zou bij de keuze hoe tegen strooischade op te treden onderscheid gemaakt kunnen worden in strooischade die zich voordoet op een terrein waarop een toezichthouder bevoegd is enerzijds en in strooischade die optreedt op een terrein waarop geen toezichthouder actief is anderzijds.

4.6 *Ter afsluiting: een werkdefinitie van strooischade*

Na deze eerste verkenning van het probleemgebied van strooischade, kunnen wij ten behoeve van het onderhavige onderzoek de volgende (werk)definitie van strooischade formuleren:

Schade ontstaan door schending van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels veroorzaakt door één of een beperkte groep schadeveroorzaker(s) bij een groot aantal schadelijders, wier individuele schade zo gering is dat het op grond van een kosten-batenafweging (maatschappelijk gezien) niet loont om die individueel te verhalen, maar wier collectieve schade gecumuleerd een aanzienlijk belang in de vorm van groepsnadeel voor de schadelijders en/of welvaartsvoordeel voor de schadeveroorzaker(s) vertegenwoordigt.

²⁷ Tzankova 2005, p. 22.

5 Optreden tegen strooischade: huidige mogelijkheden

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk inventariseert welke privaatrechtelijke en publiekrechtelijke mogelijkheden op dit moment in Nederland bestaan om tegen strooischade op te treden. Aangezien strooischade een vorm van massaschade is, zal daartoe eerst worden gezien welke instrumenten tegen massaschade in het algemeen kunnen worden ingezet. Vervolgens wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre deze instrumenten geschikt zijn om (effectief en efficiënt) tegen strooischade op te treden. Achtereenvolgens komen de volgende mogelijkheden aan bod:

- Consolidatie van claims, algemeen (par. 5.2)
 - De class action (gebundelde actie, groepsactie, par. 5.2.1)
 - De representative action (par. 5.2.2)
- Buitengerechtelijke mogelijkheden (par. 5.3)
 - Schikken (par. 5.3.1)
 - Mediation, arbitrage en bindend advies (par. 5.3.2)
 - Geschillencommissies (par. 5.3.3)
- Vorderingen in rechte (par. 5.4)
 - Procederen via volmacht of lastgeving (par. 5.4.1)
 - Collectieve actie ex artikel 3:305a BW (par. 5.4.2)
 - Collectieve actie ex artikel 3:305b BW (par. 5.4.3)
 - Algemeen-belangactie ex artikel 3:305d BW (par. 5.4.4)
 - Verbindendverklaring vaststellingsovereenkomst op grond van de Wcam (par. 5.4.5)
 - Het proefproces (par. 5.4.6)
- Publiekrechtelijke mogelijkheden (par. 5.5)

De volgorde van de behandeling van de bestaande mogelijkheden om tegen strooischade op te treden is ingegeven door de gedachte dat aan acties in rechte in de regel pogingen tot een regeling in der minne buiten rechte voorafgaan, en de gedachte dat de inzet van het publiekrechtelijke instrumentarium het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten kan aanvullen of ondersteunen.²⁸

²⁸ Zie in dit verband ook TK 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 38/39, waar is opgemerkt dat de Consumentenautoriteit terughoudendheid zou moeten betrachten bij de uitoefening van haar bevoegdheid ex artikel 2.6 Whc om een vaststellingsovereenkomst die tussen haar en een schadeveroorzaker is gesloten met

5.2 *Consolidatie van claims (algemeen)*

Bij massaschade is sprake van een groot aantal claims met een (soort)gelijke feitelijke en juridische grondslag, gericht tegen een of een beperkte groep schadeveroorzakers. Consolidatie van claims in één (gerechtelijke) actie ligt dan voor de hand. Bij strooischade is dit feitelijk gezien zelfs een noodzakelijke voorwaarde. Er zijn verschillende mogelijkheden tot het consolideren van claims, afhankelijk van de vraag door of namens wie de geconsolideerde actie wordt ingesteld en welke belangen in de geconsolideerde actie worden behartigd.

Grofweg kunnen geconsolideerde acties worden onderverdeeld in *class actions* enerzijds en *representative actions* anderzijds. In het eerste geval organiseren de benadeelden zichzelf, in het tweede geval komt een belangenorganisatie op voor de belangen van benadeelden. De situatie waarin een publieke toezichthouder zich de belangen van benadeelden aantrekt, wordt in de literatuur als een derde categorie aangemerkt.²⁹ Zowel *class actions* als *representative actions* kennen op hun beurt vele varianten, waarbij het niet altijd even eenvoudig is het onderscheid ertussen te maken. Hieronder worden de drie ook in Nederland voorkomende typen kort besproken.

5.2.1 *Class action: gebundelde actie of groepsactie*³⁰

In geval van een gebundelde actie of groepsactie organiseren de benadeelden zichzelf. Dit kan op verschillende manieren gebeuren. Zo is denkbaar dat zij een rechtspersoon zoals een stichting oprichten die de individuele, gelijksoortige belangen van de aangesloten benadeelden behartigt. Een andere mogelijkheid is dat de benadeelden aan een belangenbehartiger – dit kan een (groep) benadeelde(n) zijn of hun gezamenlijke advocaat, maar bijvoorbeeld ook een consumentenorganisatie – een volmacht verlenen om namens hen een actie te starten. De individuele claims van de benadeelden worden dan als het ware in één procedure gebundeld. Op die manier kunnen de kosten door de benadeelden – veelal naar rato van het aandeel in de schade – worden gedeeld.

gebruikmaking van de Wcam verbindend te laten verklaren, nu het voortouw aan marktpartijen moet worden gelaten.

²⁹ Howells en Weatherill 2005, p. 639-640.

³⁰ Zie onder meer Frenk 2003, p. 6/7, Houthoff Buruma 2005, hfst. 6, Consumentenklachten, hfst. 2, Civic Consultants, hfst. 3.

5.2.2 *Representative action*: collectieve actie³¹

In een collectieve actie behartigt een belangenbehartiger zoals een consumentenorganisatie de individuele, gelijksoortige belangen van benadeelden. Anders dan in een groepsactie, doet de belangenbehartiger dit op eigen naam en uitdrukkelijk niet namens de groep benadeelden.

5.2.3 *Representative action*: algemeen-belangactie³²

Ook in een algemeen-belangactie voert een belangenbehartiger actie op eigen naam, ditmaal evenwel ter behartiging van een algemeen belang. Te denken valt bijvoorbeeld aan een milieubelang.³³ Niet de individuele schade van de benadeelden staat centraal, maar hun collectieve belangen.

5.3 *Buitengerechtelijke mogelijkheden om tegen strooischade op te treden*³⁴

5.3.1 Schikking

In het algemeen, maar zeker in gevallen waarin sprake is van een geringe individuele schade, zal een gedupeerde trachten zijn 'schade' te verkrijgen door hier 'in der minne' met de veroorzaker afspraken over te maken, alvorens een gerechtelijke procedure te beginnen. Indien een representatieve organisatie als bedoeld in artikel 3:305a BW een collectieve actie in rechte wenst te starten (waarover hierna, paragraaf 5.4.2), is die organisatie op grond van artikel 3:305a lid 2 BW zelfs verplicht om zich eerst in te spannen het door haar gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de gedaagde. Laat zij dit na, dan leidt dat tot niet-ontvankelijkheid. Komen partijen tot een minnelijke regeling, dan kunnen zij deze opnemen in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW. Daaraan zal, gelet op de geringe omvang van de individueel geleden strooischade, niet snel behoefte bestaan als de regeling tot stand komt tussen de veroorzaker en één individuele gedupeerde.

³¹ Zie onder meer Frenk 2003, p. 7 e.v., Houthoff Buruma 2005, hfst. 6, Consumentenklachten, hfst. 2, Civic Consultants, hfst. 3.

³² Zie onder meer Frenk 2003, p. 7 e.v., Houthoff Buruma 2005, hfst. 6, Consumentenklachten, hfst. 2, Civic Consultants, hfst. 3.

³³ Een voorbeeld van een algemeen-belangactie is het Nieuwe Meer arrest van HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743. Drie milieuverenigingen hadden een procedure tegen de gemeente Amsterdam aangespannen om het storten van verontreinigde bagger in de polder de Nieuwe Meer te laten staken.

³⁴ Zie voor een omvangrijke rechtsvergelijkende studie over de mogelijkheden van alternatieve geschilbeslechting in consumentenzaken het in opdracht van de Europese Commissie opgestelde rapport van J. Stuyck e.a., *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Leuven 2007.

Dat kan anders zijn als wordt beoogd meerdere gedupeerden aan de regeling te binden óf de regeling tot stand is gekomen met een representatieve organisatie. In dat laatste geval kan de regeling op grond van artikel 7:907 BW op gezamenlijk verzoek van partijen bovendien door de rechter verbindend worden verklaard voor andere gedupeerden (zie hierna paragraaf 5.4.5).

De bereidheid voor de schadeveroorzaker om een regeling te treffen, zal in het algemeen eerder aanwezig zijn als dat ook voor hem duidelijke voordelen heeft. Te denken valt dan aan het voorkomen van reputatieschade, het behoud van een goede relatie met de gedupeerde en het uitsparen van de kosten van een procedure die voor hem ongunstig kan aflopen. Ontbreken dergelijke *incentives*, dan hangt de bereidheid om strooischade op basis van een minnelijke regeling te vergoeden vooral af van de moraliteit van de veroorzaker. Opereert de schadeveroorzaker bijvoorbeeld anoniem in het handelsverkeer, dan heeft hij voor reputatieschade niet of minder te vrezen. Onderhoudt hij evenmin een duurzame relatie met de gedupeerde en weet hij dat de kans klein is dat de gedupeerde (met succes) in rechte vergoeding van de schade zal vorderen, dan zal hij ook daarin geen aanleiding vinden om een minnelijke regeling te treffen.³⁵

De start van een gerechtelijke procedure laat onverlet de mogelijkheid om een geschil over de vergoeding van strooischade te schikken. In het algemeen blijken in zaken ook gedurende de loop van een gerechtelijke procedure regelmatig, al dan niet mede onder invloed van rechterlijke aanwijzingen, schikkingen tot stand te komen die tot beëindiging van de procedure leiden.³⁶

5.3.2 Mediation, arbitrage en bindend advies

Alternatieve geschilbeslechting laat zich grosso modo onderverdelen in drie vormen: mediation, arbitrage en bindend advies.³⁷ Omdat de vergoeding die de arbiter, de mediator of de bindend adviseur voor zijn werkzaamheden ontvangt, in de regel door partijen zelf moet worden betaald, leveren deze vormen van geschilbeslechting vanuit kosten oogpunt voor partijen doorgaans geen voordeel op. Zonder bijzondere

³⁵ Zie bijvoorbeeld: J. van Erp, Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen, in: W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), *Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, 2008, hoofdstuk 7, p. 153-180 en de aldaar genoemde literatuur.

³⁶ Zie bijvoorbeeld: J. van der Linden, Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord, onderzoek in opdracht van de Raad voor de rechtspraak, Den Haag, 2008.

³⁷ Zie over arbitrage en bindend advies o.m. A. Brenninkmeijer, M. van Ewijk en C. van der Werf, *Aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden 2002. Zie ook Beleidsbrief ADR 2000-2002, Meer wegen naar het recht, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 352, nr. 19.

financieringsarrangementen (bijvoorbeeld subsidiëring door de overheid) lijken deze vormen van alternatieve geschilbeslechting dan ook niet in het bijzonder aangewezen voor de afwikkeling van geschillen over strooischade. Daar komt bij dat voor alternatieve geschilbeslechting de medewerking van de schadeveroorzaker nodig is. Is de schadeveroorzaker bereid mee te werken, dan kan een buitengerechtelijke geschilbeslechting voordelen hebben boven overheidsrechtspraak. Zo zijn de arbiter, de mediator en de bindend adviseur niet noodzakelijkerwijs gebonden aan het wettelijk bewijs- en schadevergoedingsrecht. Partijen kunnen bij arbitrage bijvoorbeeld overeenkomen dat de arbiters zullen beslissen als 'goede mannen naar billijkheid'.³⁸ Een ander voordeel is dat partijen specifiek deskundige personen als arbiters, mediator of bindend adviseur kunnen aanwijzen.

Ten opzichte van arbitrage heeft de figuur van bindend advies, waarbij partijen zich verbinden aan een vaststellingsovereenkomst die tot stand komt krachtens een aan een derde opgedragen beslissing, het voordeel dat die overeenkomst op grond van de Wcam algemeen verbindend kan worden verklaard, indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan (zie daarover hierna, paragraaf 5.4.5).³⁹

5.3.3 Geschillencommissies

In de praktijk blijkt de mogelijkheid van een bindend advies een belangrijke rol te spelen bij de afwikkeling van geringe schades van consumenten, nu de geschilbeslechting door middel van de geschillencommissies die de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (hierna: SGC) in stand houdt op deze rechtsfiguur is geënt.⁴⁰ De uitspraak van een geschillencommissie geldt als een bindend advies voor partijen. Leden van brancheorganisaties verplichten zich tot nakoming van de uitspraken van de geschillencommissie. Niet-nakoming kan leiden tot uitsluiting van de onderneming van de brancheorganisatie.⁴¹ Voor de consument heeft

³⁸ Artikel 1054 Rv.

³⁹ Zie art. 7:907 lid 1 BW.

⁴⁰ Naast de geschillencommissies die onder de SGC ressorteren zij ook gewezen op het door brancheorganisaties en de Consumentenbond opgerichte Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD). Sinds 1 januari 2007 is elke bank, verzekeraar, intermediair of andere financiële dienstverlener verplicht zich aan te sluiten bij KiFiD. KiFiD neemt klachten en geschillen van consumenten in behandeling over financiële producten die in de Wet financieel toezicht met name zijn benoemd. KiFiD neemt geen collectieve klachten in behandeling. Omdat strooischades op het gebied van de financiële dienstverlening buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen, zal hier niet nader op de werkwijze van het KiFiD worden ingegaan.

⁴¹ Zie over deze geschillencommissies o.m. A.N.A.G. de Boer, *Beslechting van consumentengeschillen naar Nederlands recht*, Kluwer, Deventer 1990; H.H. de Vries e.a., *Het maatschappelijk belang van geschillencommissies (Samenvatting rapport)*, TvC 1995, p. 299-300; W.A. Jacobs, *Alternatieve geschillenbeslechting van consumentenklaarten*, diss. Utrecht, Deventer, 1998; E. Bauw & R.C. Hartendorp, *Kantonrechter of Geschillencommissie in consumentenzaken*, NJB 2005, p. 2306; A.R. Lodder, *De toekomst van geschillenoplossing*, NJB 2004, p. 834.

een niet-nakoming overigens geen nadelige gevolgen, omdat de brancheorganisaties die aan de geschillencommissies deelnemen een nakomingsgarantie bieden. Die garantie houdt in dat in het geval de betrokken ondernemer de uitspraak niet nakomt, de brancheorganisatie ervoor zorgt dat de consument krijgt waar de uitspraak hem aanspraak op geeft.

De SGC, opgericht in 1970, is een samenwerkingsverband van de Consumentenbond, de ANWB en een groot aantal brancheorganisaties van ondernemers. De SGC stelt zich ten doel geschillen tussen consumenten en ondernemers over geleverde goederen of diensten te beslechten. Dit doel tracht zij te verwezenlijken door het oprichten en in stand houden van geschillencommissies. Een van de voorwaarden voor de oprichting van een geschillencommissie onder de vlag van de SGC is dat de leden van de brancheorganisatie in overeenkomsten met consumenten evenwichtige leveringsvoorwaarden hanteren. In de praktijk betekent dit dat over de inhoud van die voorwaarden overeenstemming met de Consumentenbond of de ANWB moet worden bereikt. In deze algemene voorwaarden wordt de consument de mogelijkheid geboden om een geschil aan de geschillencommissie voor te leggen.⁴² Een andere voorwaarde is dat de op te richten geschillencommissie voldoet aan de eisen die worden gesteld in de 'Erkenningsregeling Geschillencommissies consumentenklachten' van de minister van Justitie.⁴³ Deze regeling beoogt onder meer een goede rechtsgang en onpartijdige uitspraken te waarborgen bij de behandeling van de geschillen door geschillencommissies.⁴⁴ In gevallen waarin een wettelijke aansluitplicht bij een geschillencommissie bestaat, dient de geschillencommissie waarbij de ondernemer zich aansluit een wettelijk erkende geschillencommissie te zijn.

De geschillencommissies worden, op voorwaarde van erkenning, door de Minister van Justitie gesubsidieerd. Voor het overige worden de geschillencommissies gefinancierd uit de bijdragen van de Consumentenbond, de ANWB, de brancheorganisaties en de klachtgelden.

Een geschillencommissie bestaat uit drie leden:⁴⁵ een door de SGC aangezochte voorzitter die ervaring heeft met rechtspreken, een lid voorgedragen door de

⁴² Art. 6:236 sub n BW sluit overigens uit dat een onderneming een consument op grond van de algemene voorwaarden die zij jegens consumenten hanteert kan verplichten een geschil aan de geschillencommissie, in plaats van aan de rechter voor te leggen. Een daarop gericht beding wordt immers in beginsel als onredelijk bezwarend aangemerkt.

⁴³ Stcrt. 1996, nr. 248, p. 8.

⁴⁴ De regeling sluit daarbij aan bij Recommendation 98/257 van de Europese Commissie betreffende de principes die van toepassing zijn op instanties voor de buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen.

⁴⁵ M.u.v. de Geschillencommissie Ziekenhuizen, die uit vijf leden bestaat.

brancheorganisatie en een lid voorgedragen door de Consumentenbond of de ANWB. Elke geschillencommissie heeft een eigen reglement voor de behandeling van geschillen. De meeste geschillencommissies hanteren de regel dat de consument een klacht eerst bij de ondernemer zelf moet hebben gemeld en dat, indien dat niet tot een oplossing heeft geleid, de klacht binnen een bepaalde termijn aan de commissie moet zijn voorgelegd. In de regel kan een geschillencommissie iedere beslissing nemen die zij redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil.

In enkele gevallen is ook de oprichting van een geschillencommissie geïnitieerd door een wettelijke verplichting voor bedrijven die op een (gereguleerde) markt actief willen zijn om zich bij een geschillencommissie aan te sluiten of wordt de aansluiting van bedrijven bij een reeds opgerichte geschillencommissie gevoerd door een bij of krachtens de wet geldende verplichting daartoe. Zo wordt de wettelijke eis dat de energieleverancier die aan kleinverbruikers levert redelijke voorwaarden hanteert, via nadere invulling in artikel 3 van het Besluit vergunningen levering elektriciteit/gas kleinverbruikers in de vereiste vergunningen geconcretiseerd tot het voorschrift dat de energieleverancier zich aansluit bij de geschillencommissie Energie en Water.⁴⁶ Voorts kan worden gewezen op artikel 12.1 Telecommunicatiewet, dat aanbieders van een openbare telefoondienst verplicht zich aan te sluiten bij een van overheidswege erkende geschillencommissie en de Wet financieel toezicht, die voor financiële dienstverleners eenzelfde verplichting inhoudt.

Eind 2008 telde de SGC 42 geschillencommissies. Bij deze geschillencommissie waren circa 50 branche- en/of beroepsorganisaties betrokken. In 2008 werden 11.064 geschillen aan de geschillencommissies voorgelegd en deden de commissies 3.417 uitspraken. In 2.741 geschillen kwamen de consument en de ondernemer gedurende de geschilfase alsnog tot een oplossing. In 368 gevallen werd het geschil door tussenkomst van een bemiddelingsdeskundige geschikt.⁴⁷

Als voordelen van de behandeling van geschillen door de geschillencommissies van de SGC worden in de literatuur genoemd de grote technische deskundigheid van de commissie, gewaarborgd door de samenstelling van de commissie, de lage kosten, de snelle behandeling, de laagdrempeligheid en weinig formele procedure en de mogelijkheid om een geschil naar redelijkheid en billijkheid op te lossen.⁴⁸

In vergelijking met gerechtelijke procedures en arbitrages is de behandeling van een

⁴⁶ De vergunningen zijn te raadplegen op www.energiekamer.nl.

⁴⁷ Jaarverslag SGC 2008, p. 6/7 en 19-21.

⁴⁸ Zie A.N.A.G. de Boer, a.w. 1990, p. 23 e.v.

geschil door een geschillencommissie voor een consument inderdaad goedkoop en snel. Het klachtengeld dat de consument voor de behandeling van een klacht moet betalen loopt uiteen van € 25,-- tot € 125,--, waarbij vaak de hoogte van het klachtgeld afhankelijk is gesteld van het financieel belang van de klacht.⁴⁹ Daarnaast betaalt ook de ondernemer op wie de klacht betrekking heeft of de branchevereniging van die ondernemer een bedrag voor de behandeling van de klacht. Wordt de klacht van de consument gegrond bevonden, dan draagt de geschillencommissie de ondernemer op dit klachtgeld aan de consument te vergoeden. De gemiddelde behandelingsduur van een klacht ligt rond de 5 maanden.⁵⁰ Dit brengt mee dat het bij een kosten/baten-afweging voor de consument aantrekkelijk kan zijn om een strooischade die het bedrag van het klachtengeld te boven gaat, de zaak aan de geschillencommissie voor te leggen. Uit het jaarverslag van de SGC over 2008 blijkt dat het financieel belang bij de klachten per geschillencommissie sterk uiteen kan lopen, van bijvoorbeeld gemiddeld € 123,-- bij de geschillencommissie Afbouw tot € 5.436,-- bij de geschillencommissie Voertuigen. De bedragen van toegekende vergoedingen lopen blijkens het jaarverslag uiteen van € 5,-- tot € 14.000,--.

Een belangrijke beperking van de behandeling van geschillen door de geschillencommissies is gelegen in de omstandigheid dat de reglementen van de geschillencommissies niet voorzien in de mogelijkheid om een collectieve klacht of gebundelde klachten aan de commissie voor te leggen.⁵¹ Zonder medewerking van de ondernemer is het dan ook niet mogelijk te bewerkstelligen dat de uitspraak van de geschillencommissie ook effect heeft voor andere consumenten dan de consument die het geschil aan de commissie voorlegde. Nu het voorts niet mogelijk is voor een representatieve organisatie om een geschil aan te brengen, zal de behandeling van een geschil door een geschillencommissie evenmin tot een uitspraak (vaststellingsovereenkomst) kunnen leiden die op grond van artikel 7:907 BW juncto artikel 1013 Rv verbindend kan worden verklaard voor alle gedupeerde consumenten.

5.4 *Privaatrechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade door middel van vorderingen in rechte*

In beginsel zijn in Nederland alle hierboven omschreven vormen van consolidatie van claims in één of meer varianten mogelijk. Hieronder komen de instrumenten die de

⁴⁹ Jaarverslag SGC 2008, p. 24/25.

⁵⁰ Jaarverslag SGC 2008, p. 7.

⁵¹ Zie hierover ook reeds A.G.A.N. de Boer, a.w. 1990, p. 33 en mr. R. Overeem, Advocaat en bindend adviseur in zaken voor geschillencommissies. Een bespiegeling, in: De rechter aan de kant, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, p. 48.

wet of de rechtspraktijk hiervoor aanreiken – met ieder hun eigenaardigheden en beperkingen – aan bod.

5.4.1 Procederen via volmacht of lastgeving

Individuele claims kunnen in een groepsactie worden gebundeld als de individuele benadeelden aan een belangenbehartiger een volmacht of lastgeving verlenen om namens hen een actie te starten. In beide gevallen wordt een rechtshandeling voor rekening van een ander verricht. Bij een volmacht geeft de volmachtgever aan de gevolmachtigde de *bevoegdheid* om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (vergelijk artikel 3:60 BW). In geval van een lastgeving – een species van de overeenkomst van opdracht – is de lasthebber *verplicht* voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten (zie artikel 7:414 BW). Dit kan – afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst – zowel in eigen naam als in naam van de lastgever geschieden.

In een gebundelde actie ligt het meest voor de hand om een volmacht te verlenen dan wel een overeenkomst van lastgeving te sluiten waarbij in naam van de lastgever wordt opgetreden. Aangezien de gevolmachtigde c.q. lasthebber de gedupeerden dan vertegenwoordigt en in hun naam optreedt, worden de gedupeerden aangemerkt als partij in de zin van artikel 236 Rv en zijn zij rechtstreeks aan een uitspraak gebonden.⁵²

Overigens behoeft de volmacht of de lastgeving niet alleen te zien op het voeren van een gerechtelijke procedure, maar kan deze ook een eventuele buitengerechtelijke afwikkeling omvatten. Een voordeel van een dergelijke verderstrekkende volmacht c.q. lastgeving is dat het de gevolmachtigde c.q. lasthebber meer mogelijkheden biedt om de zaak – al dan niet in der minne – tot een goed einde te brengen.⁵³

Verhaal van strooischade door middel van procederen via volmacht of lastgeving?

Een gebundelde actie waarbij met volmachten wordt gewerkt, behelst in feite een opt-insysteem. Benadeelden moeten zich immers uitdrukkelijk bij de actie aansluiten door het verlenen van een volmacht of lastgeving. Bij een omvangrijke groep benadeelden kan het verkrijgen van volmachten tot logistieke problemen leiden. Gelet op de problematiek van de rationele desinteresse⁵⁴ en free riding is het bij strooischade

⁵² Zie ook Frenk 2003, p. 10 en 11.

⁵³ Zie ook Frenk 2003, p. 50.

⁵⁴ Zie paragraaf 4.4.2.

echter überhaupt de vraag of er voldoende benadeelden bereid kunnen worden gevonden zich bij de actie aan te sluiten. Daarbij speelt ook een rol dat bij massaschade, en zeker bij strooischade, de groep gedupeerden soms ondefinieerbaar is.⁵⁵ Hoe bereik je deze groep benadeelden waarvan de identiteit op voorhand niet vast te stellen is? Verder moet worden bedacht dat voor een gebundelde actie een initiator nodig is om de actie in gang te zetten. Ook die zal vanwege de rationale desinteresse bij strooischade niet gemakkelijk te vinden zijn.⁵⁶ Om de actie op touw te zetten, moet men zich al in het voortraject de nodige tijd, geld en moeite getroosten. Zo zullen er administratieve en publiciteitskosten moeten worden gemaakt om de benadeelden te bereiken en te organiseren. Vervolgens moeten de kosten van de gerechtelijke actie zelf – waaronder de gerechts-, advocaat- en eventuele deskundigenkosten – worden gefinancierd. Zelfs bij een gunstige uitspraak komt het merendeel van deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking.⁵⁷ In het algemeen zal de financiering aldus een groot struikelblok voor het initiëren van een groepsactie zijn.

5.4.2 Collectief actierecht van artikel 3:305a BW

In artikel 3:305a BW is het Nederlandse collectieve actierecht geregeld: een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.⁵⁸ Dezelfde mogelijkheid is in artikel 3:305b BW in het leven geroepen voor overheidslichamen en andere publiekrechtelijke rechtspersonen, voorzover de behartiging van de belangen in kwestie aan hen is toevertrouwd.

Te behartigen belangen

Hierbij doet het niet terzake op welk terrein de belangenbehartiging zich afspeelt. Het moet gaan om belangen waarin een aantal (rechts)personen bescherming behoeft. Het is niet per se noodzakelijk dat al deze personen ook zelf een rechtsvordering toekomt

⁵⁵ Volgens Frenk is in geval van mass disaster accidents doorgaans gemakkelijker vast te stellen wie tot de groep van benadeelden behoren dan in geval van mass exposure accidents. Zie Frenk 2003, p. 51.

⁵⁶ Vergelijk ook Houthoff Buruma, p. 92 en 93, alsmede Frenk 2003, p. 50-52.

⁵⁷ In beginsel wordt de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. Als partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, mogen de kosten geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd (zie artikel 237 Rv). Hoewel de wet de rechter mogelijkheden biedt om een groter bedrag terzake toe te wijzen, wordt doorgaans een forfaitair bedrag aan proceskosten toegewezen, dat vaak veel lager is dan de daadwerkelijk gemaakte kosten. Verder komen op grond van artikel 6:96 sub b BW ook de schadevaststellingskosten voor vergoeding in aanmerking, voorzover zij in redelijkheid zijn gemaakt en ook hun hoogte redelijk is (de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets). In de praktijk komt het vaak voor dat minder dan de daadwerkelijk gemaakte schadevaststellingskosten worden toegewezen.

⁵⁸ Artikel 3:305a lid 1 BW.

en de collectieve vordering deze potentiële vorderingen bundelt. Ook in geval van diffuse belangen van vele burgers, dat wil zeggen belangen waarvan niet op voorhand duidelijk is wie bij aantasting daarvan schade ondervindt (te denken valt aan bijvoorbeeld milieuschade), is een collectieve actie ex artikel 3:305a BW mogelijk.⁵⁹

Met andere woorden, een actie op grond van artikel 3:305a BW kan zowel een collectieve actie ter bescherming van gelijksoortige belangen van gedupeerden als omschreven in paragraaf 5.2.2 als een algemeen-belangactie ter behartiging van een algemeen belang als omschreven in paragraaf 5.2.3 behelzen. Ook is de situatie denkbaar dat een groep benadeelden ter behartiging van hun individuele, gelijksoortige belangen ad hoc een stichting opricht om een collectieve actie ex artikel 3:305a BW in te kunnen stellen. Deze vorm van collectieve actie heeft vanzelfsprekend grote raakvlakken met de in paragraaf 5.2.1 genoemde groepsactie. Opmerking verdient daarbij dat in de parlementaire geschiedenis hieromtrent is opgemerkt dat de regeling niet bedoeld is voor zuiver individuele belangenbehartiging. Biedt een collectieve actie in een concrete situatie geen enkel voordeel boven het procederen op naam van belanghebbenden zelf – zoals via een procesvolmacht – dan dient volgens de wetgever de voorkeur te worden gegeven aan het laatste. De bevoegdheid van een organisatie die ad hoc – naar aanleiding van een concrete gebeurtenis – is opgericht, wordt echter uitdrukkelijk niet uitgesloten.⁶⁰ In de praktijk blijkt ruimschoots gebruik te worden gemaakt van deze mogelijkheid om ad hoc organisaties op te richten teneinde de collectieve belangen van een groep te vertegenwoordigen.

De voordelen van het toekennen van bijzondere civielrechtelijke procesbevoegdheden aan private belangenorganisaties zijn evident. Rationele apathie wordt weggenomen en door consolidatie wordt kostenbesparing bewerkstelligd. In de literatuur wordt echter ook gewezen op de potentiële nadelen, die kunnen ontstaan als de werkwijze onvoldoende transparant is en niet duidelijk is aan wie en op welke wijze de belangenorganisatie verantwoording moet afleggen (accountability en transparency). Hoe groot dit nadeel in werkelijkheid is hangt af van het gekozen systeem (een open systeem als in Nederland of een gesloten systeem, waarbij de belangenbehartiger van overheidswege erkend moet zijn). Ook zullen de risico's afhangen van de manier waarop de kwaliteit van het werk dat deze organisaties afleveren wordt getoetst (agency problem⁶¹). In het algemeen wordt aangenomen dat hoe meer mensen zichzelf

⁵⁹ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 21-22.

⁶⁰ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 22-23.

⁶¹ De agent (belangenorganisatie) kan het beste beoordelen of het werk dat hij verricht kwalitatief goed genoeg is; de principal (consumenten) kan dat veel minder goed (minder informatie, minder georganiseerd, minder kennis). Dit probleem speelt bij allerlei relaties, waaronder tussen cliënt en advocaat, tussen class en leading counsel etc.

organiseren en dus hoe kleiner de afstand is tussen de belangenbehartiger en de benadeelden, des te kleiner het gevaar zal zijn dat eigen belangen van de organisatie de vertegenwoordigde belangen zullen overschaduwen.⁶²

Gezag van gewijsde en derdenwerking

De met de collectieve actie van artikel 3:305a BW gecreëerde bevoegdheid voor belangenorganisaties om voor anderen in rechte op te treden en vorderingen in te stellen beoogt de rechtsbescherming te verbeteren in gevallen waarin individuen daartoe niet zelf bereid of in staat zijn. Artikel 3:305a BW sluit echter de mogelijkheid voor individuen om zelf een (vergelijkbare) procedure te entameren niet uit. Het vult de individuele bevoegdheid om te procederen aan, maar treedt niet in haar plaats.⁶³ Ook kunnen verschillende rechtspersonen meerdere groepsacties instellen terzake van eenzelfde schadeveroorzakende handeling. Aan de in artikel 236 Rv vervatte algemene regel dat het gezag van gewijsde van een vonnis beperkt is tot zaken tussen dezelfde procespartijen, heeft de wetgever niet willen tornen. Een op grond van artikel 3:305a BW gewezen uitspraak heeft met andere woorden slechts bindende kracht tussen de belangenorganisatie en de gedaagde(n).⁶⁴

Dit neemt evenwel niet weg dat een beslissing ex artikel 3:305a BW een bredere werking – ook wel derdenwerking of reflexwerking genoemd – kan en in het algemeen ook zal hebben. Een belangenorganisatie vraagt immers doorgaans om een verklaring van recht of een algemeen werkend gebod of verbod ten gunste van derden voor wier belangen zij opkomt. Indien een dergelijke vordering wordt toegewezen, zullen het juist deze derden zijn die daarvan kunnen profiteren. Deze derdenwerking is volgens de wetgever in zekere zin ook het beoogde effect van een door een belangenorganisatie verkregen uitspraak.⁶⁵

Gelet op het feit dat een ex artikel 3:305a BW verkregen uitspraak ook voor derden neveneffecten kan hebben, heeft de wetgever enkele waarborgen ingebouwd om ongewenste gevolgen van deze derdenwerking te voorkomen. Zo is het voor een belangenorganisatie ingevolge lid 4 van genoemd artikel niet mogelijk aan de rechter een gedraging ter beoordeling voor te leggen, voorzover degene die daardoor wordt getroffen daar bezwaar tegen maakt. Een collectieve actie kan een individu daarmee overigens niet geheel voorkomen. Zolang er andere gevallen overblijven waarin van

⁶² Over deze vragen bijv. Edwards 2006, p. 20 e.v.

⁶³ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 26.

⁶⁴ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 26.

⁶⁵ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 27.

dezelfde gedraging sprake is, kunnen deze de grondslag voor een collectieve actie blijven vormen.⁶⁶

Aansluitend op het vorenstaande is in lid 5 van artikel 3:305a BW geregeld dat een gerechtelijke uitspraak geen gevolg heeft ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich tegen de werking van de uitspraak ten opzichte van hem verzet. Een belanghebbende kan zich op deze wijze aldus aan de derdenwerking van een rechterlijke uitspraak onttrekken. Dit is alleen dan niet mogelijk als de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten. Dit is bijvoorbeeld aan de orde in het geval van een zuiver declaratoire uitspraak, die geen veroordeling of wijziging van een rechtsverhouding inhoudt. Voorts valt in dit verband te denken aan een rechterlijk bevel of verbod dat beoogt een toekomstige onrechtmatige gedraging te voorkomen.⁶⁷

"Bundelbaarheid" van vorderingen

Op grond van artikel 3:305a BW kan een belangenorganisatie in beginsel elke rechtsvordering instellen, behoudens een vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld. Het enige voorbehoud dat overigens wordt gemaakt is dat het moet gaan om een vordering die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen, dat wil zeggen dat de bij de vordering betrokken belangen zich voor bundeling moeten lenen.⁶⁸ Zolang aan dit vereiste van "bundelbaarheid" is voldaan, zijn de opties legio: vorderingen tot verklaring voor recht, tot rechterlijke bevelen en verboden, tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomst, tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten (indien nakoming blijvend onmogelijk is), tot restitutie wegens onverschuldigde betaling, tot vernietiging van rechtshandelingen en onredelijk bezwarende bedingen.⁶⁹

Uit het Vie d'Or-arrest van de Hoge Raad volgt echter dat de hoger genoemde beperkingen meebrengen dat een rechtsvordering die er in wezen toe strekt de omvang van een schadevergoedingsverplichting jegens individuele gedupeerden vast te stellen, niet op grond van artikel 3:305a BW kan worden ingesteld, indien die vaststelling niet kan geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate het

⁶⁶ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 31.

⁶⁷ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 32.

⁶⁸ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 24. Zie ook Frenk 2003, p. 37.

⁶⁹ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 24-26. Zie ook Frenk 2003, p. 37-49. Overigens betwijfelen wij of de rechter zo ver zal willen gaan om in een collectieve actie de ontbinding van wederkerige overeenkomsten of vernietiging van rechtshandelingen wegens bijvoorbeeld dwaling uit te spreken, nu de feiten die dat rechtvaardigen in de regel sterk individueel bepaald zullen zijn.

ontstaan van de individuele schade in het licht van de omstandigheden van het geval aan het handelen van de aangesproken partij kunnen worden toegerekend en in welke mate de omstandigheden die aan de gedupeerden of de aangesproken partij worden toegerekend, hebben bijgedragen tot de schade. De belangen die een dergelijke rechtsvordering beoogt te dienen, laten zich dan naar het oordeel van de Hoge Raad in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de 'gelijksoortige belangen' waarvoor artikel 3:305a BW bedoeld is.⁷⁰

Geen vordering tot schadevergoeding in geld

In lid 3 van artikel 3:305a BW is de mogelijkheid van het instellen van een vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld uitdrukkelijk uitgesloten. Volgens de parlementaire geschiedenis staat het uitgangspunt dat schadevergoeding dient te worden uitgekeerd aan personen die deze schade hebben geleden, aan een vordering tot schadevergoeding van een belangenorganisatie ten behoeve van andere personen in de weg. Bovendien zou een dergelijke vordering de nodige juridisch-technische complicaties in het leven roepen, die vergaande nadere procedurele voorzieningen zouden vergen. Dit is naar de mening van de wetgever niet wenselijk. De schade zal per individu moeten worden vastgesteld en daarbij kunnen individuele omstandigheden – zoals causaal verband, bewijs en eigen schuld – van een zodanige invloed zijn dat zij zich tegen bundeling van schadevergoedingsvorderingen verzetten. Bovendien vergt de verdeling van de schadevergoeding aan de benadeelden een individuele aanpak die strijdig is met het wezen van het collectief actierecht.⁷¹

In de parlementaire geschiedenis wordt wel gewezen op de alternatieven voor een vordering tot schadevergoeding in geld. In de eerste plaats kan een belangenbehartiger een schadevergoeding in natura vorderen. In de tweede plaats is er de mogelijkheid om een verklaring voor recht te vragen dat een gedraging onrechtmatig is of een schuldenaar in zijn verplichting tekortschiet. Volgens de wetgever staat de schadeplichtigheid met een dergelijk declaratoir vonnis vast.⁷² In literatuur en jurisprudentie wordt echter verschillend geoordeeld over de vraag of met de vaststelling van de onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging ook de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker is gegeven.⁷³

⁷⁰ HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 (Vie d'Or), m.nt. Van Dam.

⁷¹ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 29-30.

⁷² TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 30.

⁷³ Zie in dit verband ook HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 (Vie d'Or), m.nt. Van Dam.

Van belang is voorts dat vorderingen tot voldoening in geld anders dan bij uit hoofde van een schadevergoeding niet zijn uitgesloten van een collectieve actie. Te denken valt dan aan vorderingen uit hoofde van onverschuldigde betaling⁷⁴ of vorderingen wegens een verplichting tot ongedaanmaking na ontbinding ex artikel 6:271 BW. De reden om deze vorderingen niet van een collectieve actie uit te sluiten, zou erin zijn gelegen dat deze vorderingen in het algemeen in de contractuele sfeer ontstaan, zodat de vaststelling van de schade in de regel eenvoudiger is.⁷⁵ Naar het zich laat aanzien worden strooischades niet zelden veroorzaakt in de contractuele sfeer. De uitsluiting van artikel 3:305a lid 3 BW hoeft dan geen obstakel te zijn voor het verkrijgen van een vergoeding in geld. Dit is enkel het geval als de vordering tot compensatie van een strooischade niet anders vormgegeven kan worden dan als een vordering tot betaling in geld bij wijze van schadevergoeding. Overigens kunnen individuele omstandigheden, zoals de omvang van de individuele schade, het causaal verband en de mate van eigen schuld, ook andere collectieve vorderingen dan tot schadevergoeding te betalen in geld complicaties veroorzaken.

Collectieve actie bij strooischade?

Is de regeling van artikel 3:305a BW een geschikt instrument om tegen strooischade op te treden? In de literatuur worden enkele kanttekeningen bij de collectieve actie geplaatst, die relevant zijn voor alle vormen van massaschade, maar voor strooischade in het bijzonder.

In de eerste plaats wordt het ontbreken van de mogelijkheid om schadevergoeding in geld te vorderen door een aantal schrijvers als een minpunt ervaren.⁷⁶ Zo wordt in het Interimrapport Fundamentele herbezinning opgemerkt dat de regeling hierdoor onvoldoende oog heeft voor de rationele desinteresse aan de zijde van de gedupeerden in geval van strooischade.⁷⁷ Tegengeluiden zijn er echter ook.⁷⁸ Frenk bijvoorbeeld merkt op dat in veel gevallen van strooischade een vordering uit onverschuldigde betaling tot de mogelijkheden zal behoren.⁷⁹ Hij voorziet dan wel praktische problemen indien de individuele gedupeerden onbekend zijn. Een oplossing is volgens hem om in dat geval een schadevergoeding in natura te vorderen. Een dergelijke schadevergoeding in natura laat zich voor veel vormen van (strooi)schade

⁷⁴ Zie voor een illustratie hiervan HR 2 september 1994, NJ 1995, 369 (Consumentenbond/Nuts), m. nt. HJS.

⁷⁵ TK 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 24-26. Zie ook Frenk 2005, p. 46-49.

⁷⁶ Interimrapport, p. 180.

⁷⁷ Interimrapport, p. 180.

⁷⁸ Zie onder meer Frenk 2003, p. 48-49 en Leijten 2005, p. 500.

⁷⁹ Frenk 2003, p. 48-49. Ook de wetgever heeft hierop bij de voorbereiding op de Wcam gewezen. Zie TK 2003-2004, 29 414, nr. 7, p. 5.

verzinnen. Indien de schade bijvoorbeeld is ontstaan omdat pomphouders benzineprijzen foutief naar boven hebben afgerond, zou kunnen worden gevorderd dat zij de prijzen gedurende een bepaalde tijd naar beneden afronden.⁸⁰

Een ander probleem is de financiering van een collectieve actie.⁸¹ Evenals bij de in paragraaf 5.4.1 besproken mogelijkheid om door volmachten of lastgevingen vorderingen te bundelen, geldt ook hierbij dat het merendeel van de kosten van de gerechtelijke actie zelf, waaronder de gerechtskosten, advocaatkosten en eventuele deskundigenkosten, ook bij winst van de procedure niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁸² Veelal zijn de financiële middelen van een belangenbehartiger beperkt. De belangenbehartiger zal dan een afweging moeten maken welke zaken zich het beste voor een collectieve actie lenen. In het algemeen zal dan de voorkeur worden gegeven aan zaken met goede proceskansen en grote belangen. Zaken waarbij strooischade optreedt, zullen in een dergelijke kosten-batenanalyse snel het onderspit delven. Daarbij moet tevens bedacht worden dat het voor de belangenbehartiger in veel gevallen weinig zin zal hebben om ter dekking van (een deel van) de kosten een individuele bijdrage te vragen aan de gedupeerden voor wier belangen men optreedt. Zeker bij strooischade zullen de gedupeerden daartoe niet snel bereid zijn.

5.4.3 Collectieve actie op grond van artikel 3:305b BW

Op grond van artikel 3:305b BW kunnen publiekrechtelijke rechtspersonen een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover de behartiging van die belangen aan hen is toevertrouwd. Ook aan collectieve acties ingesteld door een publiekrechtelijke rechtspersoon is evenwel de beperking gesteld dat niet een schadevergoeding in geld kan worden gevorderd. Toezichthouders (althans de rechtspersoon waartoe zij behoren) die belast zijn met handhaving van regels waarvan de overtreding strooischade kan veroorzaken,

⁸⁰ Waarbij dan overigens de kans groot is dat enerzijds niet alle gedupeerden worden gecompenseerd en anderzijds ook personen die niet gedupeerd waren, van de maatregel profiteren.

⁸¹ Zie onder meer Frenk 2003, p. 49, Houthoff Buruma, p. 94-96 en Interimrapport, p. 179-180.

⁸² Zie hiervoor. Zie voor de vergoeding van de buitengerechtelijke kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid bij dit soort acties ook HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529 (Vie d'Or), m. nt. van Dam, waarin de Hoge Raad kort gezegd oordeelde dat een belangenorganisatie de door haar gemaakte buitengerechtelijke kosten als eigen schadepost kan claimen bij de aangesproken persoon, en dat daaraan niet afdoet dat de belangenorganisatie deze kosten zelf heeft gemaakt en dat de aangesprokene voor de schade jegens de belangenorganisatie zelf niet aansprakelijk is. In de woekerpolisonderhandelingen is mede op basis van dit arrest door één van de belangenorganisatie bedongen dat de juridische kosten verbonden aan de onderhandelingen als buitengerechtelijke kosten "upfront" door de verzekeraars worden gegarandeerd, zonder voorwaarde dat de onderhandelingen daadwerkelijk in een schikking resulteren. Deze innovatieve oplossing is uit nood geboren en zal slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden toegepast.

zouden op basis van deze bepaling bijvoorbeeld het staken van een strooischadeveroorzakende handeling kunnen vorderen, een verklaring voor recht kunnen vorderen dat onrechtmatig is gehandeld jegens personen met gelijksoortige belangen als die waarvan de bescherming aan hem is toevertrouwd of zelfs een schadevergoeding in natura kunnen eisen. Overigens geldt ook voor dit type vorderingen dat een rechterlijke uitspraak geen gevolg heeft voor een benadeelde die zich tegen de werking van de uitspraak ten opzichte van hem verzet, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat dat niet mogelijk is.⁸³ Als hiervoor opgemerkt, is dat bijvoorbeeld aan de orde bij een zuiver declaratoire uitspraak, die geen veroordeling of wijziging van een rechtsverhouding inhoudt of bij een rechterlijk bevel of verbod dat beoogt een toekomstige onrechtmatige gedraging te voorkomen.

5.4.4 Algemeen-belangactie ex artikel 3:305d BW

Met de invoering van de Wet handhaving consumentenbescherming⁸⁴ (WHc) in 2006, waarbij onder meer de Consumentenautoriteit is ingesteld⁸⁵, is in artikel 3:305d BW tevens een nieuwe mogelijkheid tot het voeren van een algemeen-belangactie geïntroduceerd. Ingevolge lid 1 van dit artikel kan de Consumentenautoriteit, de Stichting Autoriteit Financiële Markten of een collectieve belangenbehartiger⁸⁶ het gerechtshof Den Haag verzoeken om degene die een (intracommunautaire) inbreuk maakt op rechtsregels zoals neergelegd in de Wet handhaving consumentenbescherming te bevelen die inbreuk te staken. Deze bijzondere verzoekschriftprocedure is gecreëerd om een inbreuk snel en effectief te kunnen beëindigen.⁸⁷

Artikel 3:305d lid 2 BW biedt deze organisaties voorts de mogelijkheid een verzoekschriftprocedure te starten tegen de houder van een gedragscode die het

⁸³ Artikel 3:305b lid 2 BW verklaart immers de leden 2 tot en met 5 van artikel 3:305a BW van overeenkomstige toepassing.

⁸⁴ Wet van 29 december 2006, Stb. 2006, 591, gewijzigd bij wet van 15 oktober 2008, Stb. 2008, 397. Eerstgenoemde wet beoogde een toezichthouder op delen van het consumentenrecht op te richten en tevens invulling te geven aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Verordening van 27 oktober 2004 inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming (Verordening 2006/2004). Bij laatstgenoemde wet is de Richtlijn van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt geïmplementeerd.

⁸⁵ Zie over de taken en bevoegdheid van de Consumentenautoriteit paragraaf 5.5.2.

⁸⁶ Ingevolge artikel 3:305d lid 1 sub c BW moet het gaan om een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens haar statuten tot taak heeft de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Binnenlandse consumentenorganisaties zoals de Consumentenbond voldoen volgens de wetgever in ieder geval aan deze omschrijving. In geval van een andere collectieve belangenbehartiger, dienen de te behartigen belangen wel aan te sluiten bij het doel en de strekking van de Wet handhaving consumentenbescherming. Zie TK 2006-2007, 30 928, nr. 3, p. 12.

⁸⁷ TK 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 33.

handelen in strijd met het verbod op oneerlijke handelspraktijken bevordert. Dit wordt een effectief middel tegen een eventuele verstoring van de markt geacht, aangezien hiermee wordt voorkomen dat iedere individuele handelaar die bij de gedragscode is aangesloten, individueel moet worden aangesproken.⁸⁸

Tot slot maakt artikel 3:305d lid 3 BW het mogelijk om te verzoeken tot openbaarmaking van de door het gerechtshof afgegeven beschikking. In aanvulling hierop kan in geval van misleidende handelspraktijken bovendien om rectificatie van informatie worden verzocht.

Geen vergoeding van strooischade

In het geval de rechter een bevel ex artikel 3:305 leden 1, 2 en/of 3 BW afgeeft, kan hij de inbreukmaker op grond van lid 5 van dit artikel tevens veroordelen tot betaling van een dwangsom. Zoals ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt, is het primaire doel van een dergelijk bevel inbreuken op rechtsregels inzake consumentenbescherming en oneerlijke handelspraktijken zo snel en effectief mogelijk te doen beëindigen.⁸⁹ Ook de eventuele veroordeling tot betaling van een dwangsom dient dit doel. De bepaling voorziet niet in een regeling tot schadevergoeding aan gedupeerde consumenten.

Indirect kan artikel 3:305d BW niettemin relevant zijn voor het voorkomen of vergoeden van strooischade. In de eerste plaats zal van een bevel om een inbreuk te staken enige preventieve werking uitgaan, zodat mogelijk strooischade in de toekomst wordt voorkomen. In de tweede plaats is denkbaar dat de vaststelling van een inbreuk die aan een dergelijk bevel ten grondslag ligt, de basis vormt voor een gerechtelijke of buitengerechtelijke actie tegen de schadeveroorzaker ter verkrijging van schadevergoeding.

5.4.5 Verbindendverklaring van vaststellingsovereenkomsten op grond van de Wcam

Op 27 juli 2005 is de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) – opgenomen in artikelen 7:907-910 BW – in werking getreden.⁹⁰ Deze wet voorziet in de mogelijkheid om een overeenkomst over de afwikkeling van massaschade die is gesloten tussen een belangenbehartiger en de schadeveroorzaker(s), door het

⁸⁸ TK 2006-2007, 30 928, nr. 3, p. 12.

⁸⁹ TK 2005-2006, 30 411, nr. 3., p. 33

⁹⁰ Wet van 23 juni 2005, Stb. 2005, 340.

gerechtshof Amsterdam verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van gedupeerden.

Achtergrond

De directe aanleiding voor de Wcam was de Des-zaak. Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat producenten van het Des-hormoon aansprakelijk zijn voor de schade die de dochters van moeders die dit hormoon hebben gebruikt, hebben geleden.⁹¹ Naar aanleiding hiervan is een organisatie die de belangen van de Des-dochters behartigt met de betreffende producenten overeengekomen dat een Des-schadefonds wordt opgericht. Dat schadefonds heeft de wetgever vervolgens verzocht de mogelijkheden te bezien om een overeenkomst over de afwikkeling van schade algemeen verbindend te verklaren. De wetgever heeft toen toegezegd een wettelijke regeling terzake te zullen ontwerpen. Er is echter niet gekozen voor een specifieke regeling die alleen op de Des-zaak ziet, maar voor een algemeen wettelijk kader waarbinnen ook andere overeenkomsten die aan de daarvoor gestelde voorwaarden voldoen verbindend kunnen worden verklaard. Deze keuze is ingegeven door de verwachting dat een algemene regeling zou voorzien in de maatschappelijke behoefte om massaschades op een efficiëntere wijze af te kunnen wikkelen.⁹²

Een aanvulling op het collectief actierecht naar Amerikaans voorbeeld

De Wcam kan worden gezien als een *aanvulling* op het hiervoor in paragraaf 5.4.2 omschreven collectief actierecht van artikel 3:305a BW. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is het op grond van dit artikel niet mogelijk om in een collectieve actie een schadevergoeding in geld te vorderen. Bij de voorbereiding van de Wcam heeft de wetgever zich de vraag gesteld of deze beperking heroverweging verdient. In dit verband is gekeken naar het Amerikaanse voorbeeld, dat wel de mogelijkheid kent tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding in geld door middel van een *damages class action*. Daarbij is gebleken dat verreweg de meeste *mass tort class actions* niet in een einduitspraak van de rechter, maar in een schikking resulteren. Volgens de wetgever ligt de reden hiervoor besloten in het feit dat het uitprocederen van *mass tort class actions* weinig aantrekkelijk is, omdat er niet alleen gemeenschappelijke (rechts)vragen spelen, maar ook vele alleen individueel te beantwoorden vragen, zoals vragen naar causaliteit, eigen schuld en de omvang van

⁹¹ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

⁹² TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 1.

de schade. Dit herbergt het gevaar in zich dat een procedure onhanteerbaar wordt.⁹³ De noodzaak tot het beantwoorden van deze individuele vragen wordt in de Amerikaanse rechtspraak vaak voorkomen door een schikking te treffen waarbij de schade door middel van *damage scheduling* wordt afgewikkeld. Dit houdt in dat aan de hand van een aantal factoren schadecategorieën met een daarbij behorende schadevergoeding worden opgesteld. De gedupeerde heeft dan slechts aan te tonen welke factoren op hem van toepassing zijn om in een schadecategorie te worden ingedeeld en de daarmee corresponderende schadevergoeding te ontvangen. Individuele rechtsvragen kunnen dan buiten beschouwing blijven. De bereikte schikking kan overigens in een *damages class action* ter goedkeuring aan de rechter⁹⁴ worden voorgelegd. Met de goedkeuring van de rechter wordt de schikking voor alle leden van de *class action* bindend, tenzij zij zich hebben uitgesloten (opt-out).⁹⁵

In het licht van deze ervaringen uit de Amerikaanse rechtspraak achtte de wetgever het niet opportuun om schadevergoeding in geld in een collectieve actie mogelijk te maken. In plaats van de beperking van artikel 3:305a lid 3 BW te schrappen heeft de wetgever er voor gekozen met de Wcam te voorzien in de mogelijkheid tot verbindendverklaring van vaststellingsovereenkomsten, waarbij de afwikkeling van de schade aan de hand van indeling in schadegroepen plaatsvindt.⁹⁶

Een collectieve afwikkeling conform de Wcam heeft volgens de wetgever voor alle bij een geval van massaschade betrokken partijen belangrijke schaalvoordelen. De schadeveroorzakers en hun verzekeraars enerzijds biedt zij het voordeel dat zij niet worden betrokken in een veelheid van procedures met de daarbij behorende kosten. Ook verschaft zij aan hen in belangrijke mate zekerheid over de financiële consequenties van de schadeafwikkeling. De benadeelden anderzijds behoeven zich geen jarenlange juridische procedure – die niet alleen kosten, maar ook vaak emotionele belasting met zich brengt – te getroosten, maar kunnen binnen een redelijk tijdsbestek rekenen op een reëel schadebedrag. Niet onbelangrijk ten slotte is het volgens de wetgever te winnen maatschappelijk voordeel dat een groot aantal rechtszaken wordt voorkomen en daarmee de rechterlijke macht wordt ontlast.⁹⁷

⁹³ In aanvulling daarop kan worden gewezen op de uitvoerige en kostbare discovery-procedure en de kans op veroordeling tot zeer hoge vergoedingen als gevolg van de mogelijkheid om punitive damages toe te wijzen. Ook van deze omstandigheden zal vermoedelijk een prikkel tot schikken uitgaan.

⁹⁴ Aldus wordt ook voorkomen dat een jury zich over de zaak buigt, zoals in het geval een mass tort class action wordt uitgeprocedeerd.

⁹⁵ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 4-5. Zie ook TK 2008-2009, 31 762, nr. 1, p. 2-3.

⁹⁶ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 4-6. Zie ook TK 2008-2009, 31 762, nr. 1, p. 2-3.

⁹⁷ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 1. Zie ook Frenk 2007, p. 215.

De overeenkomst

Ingevolge artikel 7:907 lid 1 BW is het uitgangspunt van de Wcam het bestaan van een overeenkomst strekkende tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen. Met betrekking tot de partijen bij die overeenkomst die gezamenlijk een verzoek tot verbindendverklaring kunnen indienen spreekt artikel 7:907 lid 1 BW aan de kant van de schadeveroorzakers van “één of meer andere partijen die zich bij de overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van deze schade”. Met deze neutrale formulering heeft de wetgever bewust in het midden willen laten of die partijen aansprakelijk zijn.⁹⁸ Aan de zijde van de gedupeerden dient ex artikel 7:907 lid 1 BW sprake te zijn van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge haar statuten de belangen van de gedupeerden vertegenwoordigt. Deze vereisten zijn ontleend aan artikel 3:305a BW. Blijkens artikel 7:907 lid 3 sub f BW is daar nog een extra eis aan toegevoegd: de rechter kan het verzoek tot verbindendverklaring afwijzen indien de belangenbehartiger niet representatief is terzake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten. Dit representativiteitsvereiste acht de wetgever op zijn plaats, omdat het gaat om voor benadeelden vergaande rechtsgevolgen.⁹⁹

De leden 2 en 3 van artikel 7:907 BW bevatten de diverse vereisten waaraan de vaststellingsovereenkomst dient te voldoen teneinde verbindend te kunnen worden verklaard. Een aantal van deze vereisten spreekt voor zich, zoals de eis dat de overeenkomst een omschrijving dient te bevatten van de groep(en) van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten (lid 2 sub a) alsmede een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal tot die groep(en) behorende personen (lid 2 sub b).

Een deel van de vereisten houdt verband met *damage scheduling*. Zo dient de overeenkomst de vergoeding te vermelden die aan de benadeelden wordt toegekend (lid 2 sub c), de voorwaarden waaraan de benadeelden moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen (lid 2 sub d) en de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen (lid 2 sub e). Van belang hierbij is dat de

⁹⁸ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 10. Hierna wordt steeds gesproken over 'schadeveroorzaker(s)'.

⁹⁹ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 15. De representativiteit van een belangenorganisatie kan volgens de wetgever uit verschillende gegevens worden afgeleid, zoals uit de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft om zich voor de belangen van de benadeelden in te zetten, uit het aantal benadeelden dat zich bij de organisatie heeft aangesloten, uit de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden, uit het fungeren van de organisatie als spreekbuis in de media en elders.

rechter het verzoek tot verbindendverklaring onder meer kan afwijzen indien de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade (lid 3 sub b). Ook dient hij te bezien of voldoende zekerheid is gesteld voor de voldoening van de vorderingen van de benadeelden (lid 3 sub c), alsmede of de overeenkomst voorziet in een onafhankelijke vaststelling van de vergoedingen (lid 3 sub d).

Onder meer de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft erop gewezen dat met de rechterlijke toets naar de redelijkheid van de vergoeding een zware taak op de schouders van de rechter wordt gelegd.¹⁰⁰ De rechter dient voorspellingen te doen over het aantal (onbekende of toekomstige) benadeelden, de aard van de aandoeningen en de omvang van de schade. Ook dient hij inzicht te krijgen in de betalingscapaciteit van de schadeveroorzaker(s) om zich een oordeel over de redelijkheid van de vergoeding te kunnen vormen. Dat lijkt geen eenvoudige opgave. De wetgever evenwel – verwijzend naar de Amerikaanse ervaringen – verwachtte weinig problemen op dit vlak. Ook wees hij er onder meer op dat de rechter zich door deskundigen terzake kan laten voorlichten (artikel 1016 lid 1 Rv).¹⁰¹

Een bijzondere bevoegdheid van de Consumentenautoriteit

Artikel 2.6 van de Wet handhaving consumentenbescherming kent aan de Consumentenautoriteit de bevoegdheid toe om met een overtreder een overeenkomst te sluiten tot vergoeding van schade die het gevolg is van een overtreding van door de Consumentenautoriteit gehandhaafde wettelijke bepalingen en de rechter te verzoeken deze overeenkomst met gebruikmaking van de Wcam verbindend te verklaren voor personen aan wie de schade is veroorzaakt. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 2.6 Whc is opgemerkt dat de Consumentenautoriteit terughoudend met deze bevoegdheid moet omgaan, nu het voortouw daarbij aan marktpartijen moet worden gelaten.¹⁰² Tot op heden heeft de Consumentenautoriteit van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt.

¹⁰⁰ Advies NVvR van december 2002, p. 2-4. Zie ook onder meer Krans 2005, p. 6-7.

¹⁰¹ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 9.

¹⁰² TK 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 38/39.

De verbindendverklaring

Op gezamenlijk verzoek van partijen kan de rechter de schikkingsovereenkomst verbindend verklaren "voor personen aan wie de schade is veroorzaakt" (artikel 7:907 lid 1 BW). Zodra het verzoek tot verbindendverklaring onherroepelijk is toegewezen, heeft de overeenkomst tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding ingevolge artikel 7:908 lid 1 BW de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij ieder der gerechtigden als partij geldt. Dit betekent dat alle gedupeerden – behoudens die gedupeerden die gebruik maken van de hierna te bespreken *opt-out* mogelijkheid – dan aan de in de overeenkomst vastgelegde afspraken gebonden zijn. Daarmee wordt de benadeelden die niet 'uitgestapt' zijn, de mogelijkheid ontnomen om buiten de overeenkomst naar de rechter te stappen. Elke verdere discussie over (mogelijke) aanspraken op schadevergoeding wordt met de verbindendverklaring aldus uitgesloten.^{103 104}

Rechtsbescherming: de opt-outmogelijkheid en meer

Gelet op de verstrekende gevolgen van de verbindendverklaring, zijn in de Wcam de nodige bepalingen opgenomen die de rechtsbescherming van gedupeerden moeten waarborgen. Daaronder zijn begrepen de – deels hierboven besproken – in artikel 7:907 lid 3 vermelde afwijzingsgronden voor het verzoek tot verbindendverklaring.

De belangrijkste maatregel tot rechtsbescherming – die mede met het oog op het in artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot de rechter noodzakelijk werd geacht – vormt de in artikel 7:908 lid 2 BW vastgelegde 'uitstapmogelijkheid'.¹⁰⁵ Deze houdt in dat de verbindendverklaring geen gevolg heeft ten aanzien van een gerechtigde tot een vergoeding die binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na de beschikking tot verbindendverklaring schriftelijk heeft laten weten niet gebonden te willen zijn.¹⁰⁶ De

¹⁰³ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 4 en 18.

¹⁰⁴ De benadeelden die een vergoeding op grond van de overeenkomst hebben ontvangen, kunnen op grond van artikel 7:910 lid 1 BW overigens wel de schadeveroorzakers aanspreken die niet meedoen aan de overeenkomst, maar slechts voor dat gedeelte dat hen daadwerkelijk aangaat.

Benadeelden die nog geen vergoeding hebben ontvangen, kunnen van een niet-gebonden schuldenaar schadevergoeding vorderen voor het bedrag van hun volledige schade, verminderd met het bedrag dat alsdan de bijdrageplicht van de wel-gebonden schuldenaren zou belopen. Zie ook TK 2003-2004, 29 414, nr. 7, p. 26.

¹⁰⁵ Zie onder meer TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 4 en 18.

¹⁰⁶ In artikel 7:908 lid 3 BW is de uitstapmogelijkheid voor toekomstige benadeelden geregeld. Voor een gerechtigde tot een vergoeding die op het moment van de verstrekking van de beschikking tot verbindendverklaring niet bekend kon zijn met zijn schade, heeft een verbindendverklaring geen gevolg indien

keuze voor *opt-out* boven *opt-in* is waarschijnlijk ingegeven door de verwachting dat op deze wijze een grotere groep benadeelden partij wordt bij de overeenkomst en deze aldus meer effect sorteert.¹⁰⁷ Anders dan gedupeerden die aan de overeenkomst zijn gebonden, behoudt de gedupeerde die is 'uitgestapt' de vrijheid om de rechter te adiëren en afzonderlijk schadevergoeding te vorderen.

In het kader van de rechtsbescherming heeft de wetgever het van belang geacht dat de benadeelden zoveel als mogelijk in de gelegenheid worden gesteld om hun stem te laten horen in de verzoekschriftprocedure tot verbindendverklaring van de overeenkomst.¹⁰⁸ In artikel 1013 lid 5 Rv is daarom bepaald dat de aan verzoekers bekende benadeelden dienen te worden opgeroepen voor de behandeling van het verzoek. Ook dient dit in landelijke nieuwsbladen te worden aangekondigd. De gedupeerden kunnen bovendien een verweerschrift indienen.¹⁰⁹ Ook de uiteindelijke beschikking dient ingevolge artikel 1017 lid 3 Rv aan de bekende benadeelden te worden toegestuurd en in de landelijke nieuwsbladen te worden aangekondigd. Deze maatregelen moeten mede voorkomen dat de *opt-out* mogelijkheid betekenisloos zou worden.

De preprocesuele fase

De Wcam kan pas een rol gaan spelen als een overeenkomst tussen de belangenbehartiger en de schadeveroorzaker(s) is gesloten. In de literatuur is er op gewezen dat veel problemen zich juist in de aanloop naar de overeenkomst tijdens de onderhandelingen zullen voordoen. De suggestie is dan ook diverse malen gedaan – onder meer in het Interim- en het Eindrapport Fundamentele herbezinning – dat de Wcam zou moeten voorzien in een prominentere rol voor de rechter in de preprocesuele fase.¹¹⁰

De wetgever is bij de voorbereiding van de Wcam hier niet in meegegaan, erop wijzend dat partijen voldoende in staat zijn om de nodige deskundigheid te organiseren bij de voorbereiding van de overeenkomst.¹¹¹ Inmiddels is bij de recente evaluatie van de Wcam gebleken dat de Wcam in het algemeen voorziet in de behoefte aan een efficiënte en effectieve methode om massaschade collectief af te wikkelen. Als

hij na het bekend worden met zijn schade schriftelijk te kennen heeft gegeven daaraan niet gebonden te willen zijn. Een partij die zich tot uitkering van de schadevergoeding heeft verbonden kan aan de toekomstig benadeelde een termijn van minimaal zes maanden stellen waarbinnen hij moet laten weten niet gebonden te willen zijn.

¹⁰⁷ Zie onder meer Krans 2005, p. 9-10 en Leijten 2005, p. 500-501.

¹⁰⁸ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 4.

¹⁰⁹ Vgl. artikel 1013 lid 5 Rv.

¹¹⁰ Zie onder meer Interimrapport, p. 181-182, Eindrapport 2006, p. 121-122, Van Wassenae 2004, p. 165-166, Krans 2005, p. 8-9.

¹¹¹ TK 2003-2004, 29 414, nr. 3, p. 22.

de onderhandelingsbereidheid ontbreekt, biedt de Wcam geen oplossing. Zo kan het bereiken van overeenstemming lastig zijn als de aangesproken partij aansprakelijkheid ontkent of partijen van mening verschillen over essentiële feitelijke of rechtsvragen.¹¹² Om partijen hierbij in de voorfase te assisteren, heeft de minister gemeld de invoering van een preprocesuele comparitie en het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te overwegen.¹¹³ Inmiddels is daaraan gevolg gegeven met een voortontwerp van een wetsvoorstel dat voorziet in de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.¹¹⁴

De Wcam en strooischade

Is de Wcam ook toepasselijk bij strooischade? Volgens de wetgever staat er op zichzelf niets aan in de weg dat ook strooischade langs deze weg wordt afgewikkeld. De wetgever onderkent echter dat er twee feitelijke belemmeringen bestaan. Ten eerste is het goed denkbaar dat bij strooischade de totale schade mogelijk niet de kosten en de moeite lonen van een collectieve afwikkeling volgens de Wcam. Het tweede probleem in dit verband is dat bij strooischade de schadeveroorzaker(s) niet bevreesd hoeven te zijn voor individuele claims. Daarmee valt voor de schadeveroorzaker(s) een belangrijke incentive weg om aan een schikking en de daaropvolgende verbindendverklaring mee te werken.¹¹⁵ Het is evenwel juist deze onderhandelingsbereidheid – zoals ook uit de recentelijke evaluatie van de Wcam is gebleken – die een randvoorwaarde vormt voor een succesvolle toepassing van de Wcam.¹¹⁶

5.4.6 Het proefproces

Ook het proefproces heeft zich in de rechtspraktijk ontwikkeld als een instrument voor de aanpak van massaschade. Onder een proefproces wordt verstaan een proces dat primair gevoerd wordt om voor een grote groep gevallen enige duidelijkheid over de inhoud van het (civiele) recht te verkrijgen.¹¹⁷

Hoewel het proefproces in de praktijk een vaak gebruikte methode blijkt te zijn, geniet het in de literatuur weinig belangstelling. De schrijvers van het Interimrapport

¹¹² TK 2008-2009, 31 762, nr. 1, p. 4.

¹¹³ TK 2008-2009, 31 762, nr. 1, p. 5-6.

¹¹⁴ Het voorontwerp is te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/prejudicieel-vragen-aan-de-hoge-raad/>.

¹¹⁵ TK 2003-2004, 29 414, nr. 7, p. 4-5 en TK 2004-2005, 29 414, C, p. 3-4.

¹¹⁶ TK 2008-2009, 31 762, nr. 1, p. 4-5.

¹¹⁷ Interimrapport, p. 178.

Fundamentele herbezinning besteden enige aandacht aan dit onderwerp. Volgens hen kan onderscheid worden gemaakt tussen twee manieren waarop het proefproces wordt gebruikt. In het eerste geval ligt de nadruk op het beantwoorden van rechtsvragen en staat het feitencomplex niet ter discussie, dit is althans ondergeschikt aan de beantwoording van de voorliggende rechtsvragen. In het tweede geval, dat volgens de schrijvers in het algemeen wordt gebruikt bij de benadering van massaschade, speelt het feitelijke complex in het kader van geschilbeslechting juist wel een centrale rol. Een gevolg hiervan is onder meer dat een andere invulling aan het (zaak)selectieproces moet worden gegeven.¹¹⁸

Het onderscheid lijkt bij de afhandeling van massaschade en daarmee ook strooischade van weinig betekenis te zijn. Een proefproces kan bij massa- en strooischade inderdaad worden ingezet om het feitencomplex in kaart te brengen en daaromtrent duidelijkheid te verkrijgen. Het is echter ook goed mogelijk in geval van massa- en strooischade bij wijze van proef één of enkele procedures te starten teneinde te bezien hoe de rechter een rechtsvraag – bijvoorbeeld de vraag of sprake is van een onrechtmatige gedraging voor de gevolgen waarvan de schadeveroorzaker aansprakelijk is – zal beantwoorden. Afhankelijk van de uitkomst van die proefprocessen kan vervolgens een afweging worden gemaakt of het de moeite loont de zaak verder aan te pakken. Een toewijzend vonnis zou bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt bij schikkingsonderhandelingen dan wel aanleiding kunnen zijn om een collectieve actie te starten.

Gelet op de kostenproblematiek en de daarmee samenhangende rationele desinteresse, valt echter te betwijfelen of het entameren van een proefproces bij strooischade een reële optie is.¹¹⁹

5.5 *Publiekrechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade in Nederland*

5.5.1 Inleiding

Hiervoor is beschreven welke mogelijkheden er zijn om langs privaatrechtelijke weg op te treden tegen strooischade. Daarnaast bestaan mogelijkheden om door gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden tegen strooischade op te treden. Deze bevoegdheden kunnen gericht zijn op het beëindigen van een strooischade

¹¹⁸ Interimrapport, p. 178-179.

¹¹⁹ Vgl. Tzankova 2005, p. 31.

veroorzakende overtreding, het bestraffen van een dergelijke overtreding, het vergoeden van strooischade aan gedupeerden of een combinatie daarvan.

5.5.2 Toezichthoudende autoriteiten

Nederland kent een aantal autoriteiten die bij wet zijn belast met het toezicht op bepaalde markten en aan wie in het kader daarvan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend om op te treden tegen overtredingen van wet- en regelgeving. Indien deze overtredingen strooischade tot gevolg (kunnen) hebben, kan de uitoefening van deze bevoegdheden worden aangemerkt als een optreden tegen strooischade.

Toegesplitst op overtredingen op het terrein van het consumentenrecht en mededingingsrecht kan in dit verband worden gewezen op de Consumentenautoriteit, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), het College van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA).¹²⁰

De Consumentenautoriteit heeft op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) de bevoegdheid om op te treden tegen overtredingen van consumentenregels uit het Burgerlijk Wetboek, de Prijzenwet en de Colportagewet. In het bijzonder kan de Consumentenautoriteit optreden tegen onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden, misleidende reclame, gebrekkige informatievoorziening bij koop op afstand of agressieve verkoopmethoden. Voorwaarde voor de bevoegdheid om op te treden is dat collectieve belangen van consumenten in het geding zijn. Daarvan is sprake als de belangen van een aantal consumenten door een inbreuk zijn of kunnen worden geschaad. De Consumentenautoriteit is niet bevoegd op te treden in geschillen tussen een individuele consument en een aanbieder.

De NMa houdt toezicht op de naleving van de mededingings-, energie- en vervoerswetten. Op grond van de Mededingingswet kan de NMa optreden tegen kartels, zoals prijsafspraken tussen ondernemingen, en misbruik van economische machtsposities. In het kader van het aan haar opgedragen toezicht op de naleving van energiewetten ziet de NMa er onder meer op toe dat de toegang tot de elektriciteits- en gasnetten wordt gewaarborgd, dat de energiemarkten voldoende transparant zijn doordat essentiële informatie voor alle betrokkenen beschikbaar is en dat de consument wordt beschermd tegen mogelijk misbruik van de (inherente)

¹²⁰ Omdat strooischades op het gebied van financiële dienstverlening buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen, is de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) niet in dit onderzoek betrokken.

machtspositie van aanbieders. In het kader van het aan haar opgedragen toezicht op de spoorsector, de luchthaven Schiphol, het overig openbaar vervoer en het Loodswezen, ziet de NMa toe op de naleving van wettelijke normen en verplichtingen met betrekking tot de dienstverlening in de vervoersector.

OPTA houdt als toezichthouder op de post- en telecommunicatiemarkt onder andere toezicht op de volgende, in de Telecommunicatiewet genoemde, gebieden: internetveiligheid (verbod op spam en spyware); telemarketing; nummerportabiliteit (behoud nummer bij switch aanbieder of abonnement); transparantie van tariefinformatie; verplichtingen telecomaanhouders bij wijziging contractvoorwaarden in nadeel klant; aansluitplicht telecomaanhouders bij een Geschillencommissie; betaalde informatienummers (voorkomen misbruik en misleidende informatie). Daarnaast is OPTA belast met de regulering van de communicatiemarkten, die tot doel heeft dat concurrerende markten ontstaan. In dat verband is OPTA bevoegd om aan aanbieders die naar haar oordeel aanmerkelijke macht op een bepaalde communicatiemarkt hebben verplichtingen op te leggen.

De NZa is op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) belast met onder meer het vaststellen van condities voor marktwerking in de gezondheidszorg en de handhaving daarvan. De NZa ziet daarbij toe op de transparantie van de zorgmarkt, de keuzevrijheid, toegang tot zorg en de kwaliteit daarvan. Komt op een bepaalde deelmarkt als gevolg van aanmerkelijke marktmacht van één of enkele partijen geen daadwerkelijke concurrentie tot stand, dan is de NZa bevoegd daartegen op te treden. Voorts stelt de NZa voor een deel van de gezondheidszorg tarieven of prestatiebeschrijvingen vast en houdt zij toezicht op de zorgverzekeraars en de zorgkantoren.

5.5.3 Publiekrechtelijke bevoegdheden

Onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden

Voor de opsporing van en het onderzoek naar (strooischade veroorzakende) overtredingen kunnen de toezichthouders gebruik maken van wettelijke onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden. Deze zijn neergelegd in de artikelen 5:15 tot en met 5:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op grond van artikel 5:20 Awb is een ieder in beginsel verplicht om aan de uitoefening van die bevoegdheden zijn medewerking te verlenen. In de regel kan deze medewerking door middel van een last onder

dwangsom worden afgedwongen en is niet-medewerking beboetbaar.¹²¹ Autoriteiten kunnen zowel eigener beweging een onderzoek naar mogelijke overtredingen initiëren als naar aanleiding van meldingen van overtredingen of formele 'handhavingsverzoeken'. In veel gevallen maakt de autoriteit gebruik van een meldpunt waar eenieder melding kan maken van mogelijke overtredingen.¹²²

Gelet op de doorgaans beperkte middelen van een autoriteit, is een zekere prioritering van aandachtsgebieden bij het toezicht onvermijdelijk. In de jurisprudentie wordt een dergelijke prioritering ook aanvaard.¹²³ Deze discretionaire vrijheid laat aan de autoriteit ruimte om de omvang en/of aard van de schade die met een overtreding is gemoeid, (mede)bepalend te laten zijn voor de inzet van haar toezichts- en onderzoeksbevoegdheden. Een autoriteit zou met andere woorden ervoor kunnen kiezen die inzet mede te laten bepalen door de vraag of de overtreding strooischade veroorzaakt, in welk geval het immers niet waarschijnlijk is dat gedupeerden (met succes) de veroorzaker zullen aanspreken voor de veroorzaakte schade.

Last onder dwangsom, bestuurlijke boete en bindende aanwijzing

Constaateert een autoriteit een (strooischade veroorzakende) overtreding, dan is zij doorgaans bevoegd de overtreder hiervoor een bestuurlijke boete op te leggen en de overtreder een last onder dwangsom op te leggen die erop is gericht de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen.¹²⁴ Onder omstandigheden bestaat ook een bevoegdheid om een preventieve last op te leggen wanneer een overtreding dreigt plaats te vinden.¹²⁵ In enkele wetten, zoals de Telecommunicatiewet, de Elektriciteitswet 1998 en de Wet marktordening gezondheidszorg is daarnaast de bevoegdheid opgenomen om een bindende aanwijzing op te leggen.¹²⁶ In een bindende aanwijzing kunnen gedragsvoorschriften worden gegeven. Niet naleving van de bindende aanwijzing levert veelal een beboetbare overtreding op.¹²⁷ In de praktijk wordt de bindende

¹²¹ Zie bijvoorbeeld artikel 69 Mw en artikel 2.10 Whc.

¹²² Artikel 74 Wmg verplicht de NZa zelfs om een dergelijk meldpunt te hebben. Zie voorts de website www.consuwijzer.nl, een gezamenlijk initiatief van de NMa, Opta en de Consumentenautoriteit.

¹²³ Zie, op het terrein van het economisch bestuursrecht, bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 15 juli 2002, JB 2002, 289; Rechtbank Rotterdam 22 januari 2009, AWB 08/1018 TELEC; Rechtbank Rotterdam 3 oktober 2003, Telecommunicatie 2004, 196, Rechtbank Rotterdam 2 september 2005, LJN AU9056, Rechtbank Rotterdam 3 december 2004, LJN AS3852 en Voorzieningenrechter CBb 27 april 2005, LJN AT6100.

¹²⁴ Zie artikel 5:2 lid 1 onder b juncto artikel 5:31d Awb.

¹²⁵ Zie artikel 5:7 Awb, waarin wordt bepaald dat een bestuursorgaan ook herstelsantie (zoals een last onder dwangsom) kan opleggen als het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk dreigt.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld artikelen 7.3a en 7.3b Telecommunicatiewet, artikel 5 lid 6 van de Elektriciteitswet 1998, artikel 56 lid 1 onder c Mw en artikel 76 e.v. Wmg.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 77i van de Elektriciteitswet 1998.

aanwijzing vooral gebruikt voor gevallen waarin de autoriteit meent dat er sprake is van een norm die nader geconcretiseerd moet worden, voordat zij daarop kan handhaven door middel van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

Bij de beslissing om na constatering van een overtreding al dan niet handhavend op te treden en bij de keuze van het meest geschikte handhavingsinstrument, kan betekenis toekomen aan de aard en omvang van de door de overtreding veroorzaakte schade en de vraag of de overtreder deze schade na beëindiging van de overtreding heeft gecompenseerd. Zo noemt de NMa in haar handhavingsbeleid de omstandigheid dat een overtreder uit eigen beweging benadeelden heeft gecompenseerd een relevante omstandigheid bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument in een concrete zaak.¹²⁸ Omdat ook de aard en de omvang van de veroorzaakte schade een rol kunnen spelen bij de keuze om al dan niet een bepaald handhavingsinstrument in te zetten, kan daarbij ook betekenis toekomen aan de vraag of er sprake is van strooischade, waartegen individuele gedupeerden in de regel zelf niet snel privaatrechtelijke actie ondernemen.

Door een bindende aanwijzing of een last onder dwangsom op te leggen, kan een autoriteit bereiken dat de omvang van de strooischade die het gevolg is van een voortdurende overtreding wordt beperkt, doordat de overtreding zelf wordt gestaakt. Wordt een preventieve last onder dwangsom opgelegd, dan kan het ontstaan van strooischade zelfs geheel voorkomen worden.

De bestuurlijke boete onderscheidt zich van de bindende aanwijzing en de last onder dwangsom, doordat de boete niet strekt tot herstel van de overtreding, maar tot bestraffing van de overtreder. Door de preventieve werking die van een boete uitgaat, draagt echter ook de mogelijkheid om bestuurlijke boete op te leggen bij aan het voorkomen van strooischade door overtreding van wet- en regelgeving.

De bestuurlijke boete, de last onder dwangsom en de bindende aanwijzing staan in beginsel geheel los van een eventuele compensatie van de schade die door de overtreding is of wordt veroorzaakt. Zo zal de autoriteit de overtreder niet op straffe van een dwangsom kunnen gelasten om de schade die hij heeft veroorzaakt, te vergoeden, nu de last onder dwangsom enkel kan strekken tot beëindiging van de overtreding.¹²⁹ Ten aanzien van een bindende aanwijzing geldt dat de

¹²⁸ Stcrt. 2009, nr. 63.

¹²⁹ In dit verband zij opgemerkt dat een herstelsanctie blijkens artikel 5:2 lid 1 onder b Awb ook kan strekken tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Uit de parlementaire geschiedenis (TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 101) lijkt te moeten worden opgemaakt dat de wetgever daarmee het oog heeft

gedragvoorschriften die de autoriteit daarmee geeft, een basis moeten vinden in de wettelijke voorschriften op de naleving waarvan zij toezicht houdt. Is daaronder geen voorschrift om schade die is veroorzaakt door een overtreding te vergoeden, dan zal met de bindende aanwijzing ook geen verplichting tot het aanbieden van schadevergoeding opgelegd kunnen worden. Bestaat de overtreding echter juist in het niet vergoeden van schade terwijl daartoe een wettelijke verplichting bestaat, dan kan de last of bindende aanwijzing vanzelfsprekend wel op het vergoeden van de schade zijn gericht.¹³⁰

Hoewel een direct verband tussen de hoogte van een boete en de veroorzaakte schade of het genoten voordeel ontbreekt, zal langs twee wegen de hoogte van de boete daardoor toch ten minste beïnvloed (kunnen) worden. Ten eerste wordt de wettelijke maximering van de boete doorgaans afgestemd op (i) de ernst van de overtreding – waarvoor de door de overtreding veroorzaakte schade een medebepalende factor zal zijn – en (ii) de 'bestraffende' en afschrikwekkende werking die van de boete moet uitgaan.¹³¹

Ten tweede kan de omvang van de schade en het door de overtreding genoten voordeel een rol spelen bij de concrete vaststelling van de hoogte van de boete die de autoriteit voor een bepaalde overtreding aan een bepaalde overtreder besluit op te leggen.¹³² De omvang van de veroorzaakte schade of het onrechtmatig genoten voordeel wordt doorgaans relevant geacht voor de 'ernst' van de overtreding en daarmee medebepalend voor de hoogte van de boete.

De beleidsvrijheid van de autoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete beneden het wettelijk plafond brengt voorts mee dat de autoriteit daarbij ook de afwikkeling van de schade die met de beboete overtreding is veroorzaakt, kan meewegen. Het staat een autoriteit bijvoorbeeld in beginsel vrij om de omstandigheid dat de overtreder alle gedupeerden schadeloos heeft gesteld als een boeteverlagende omstandigheid aan te merken. In de praktijk blijken autoriteiten dit ook te doen op

gehad op gevallen waarin de overtreding kan worden 'hersteld' door de gevolgen ervan ongedaan te maken. Te denken valt dan aan een herplantplicht indien in strijd met een kapverbod is gekapt of de last om een zonder vergunning opgetrokken vergunningplichting bouwwerk te slopen. Van een last tot vergoeding van strooischade aan de gedupeerden van een overtreding, lijkt echter in het algemeen niet gezegd te kunnen worden dat deze strekt tot een herstel van de overtreding.

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 15 oktober 2008, kenmerk 10268114/59 (te raadplegen via www.energiekamer.nl) tot het opleggen van een boete en een last onder dwangsom aan een netbeheerder, vanwege de overtreding van artikel 31 lid 1 onder f Elektriciteitswet 1998 juncto paragraaf 6.3 Netcode, waarin een verplichting is neergelegd om getroffen van een storing die meer dan 4 uur duurt een in de Netcode gefixeerde compensatievergoeding uit te keren. Zie ook de bevoegdheid van OPTA van artikel 7.3c Tw.

¹³¹ Zie hierover bijvoorbeeld de toelichting op de keuze om het boetemaximum in artikel 2.15 Whc te koppelen aan de hoogte van een geldboete van de vijfde categorie van artikel 23 van het Wetboek van strafrecht, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 36.

¹³² Zie bijvoorbeeld het besluit van de Consumentenautoriteit, 5 november 2007, CA/NB/35/76, randnr. 151 (te raadplegen via www.consumentenautoriteit.nl).

voorwaarde dat de overtreder uit eigen beweging benadeelden schadeloos heeft gesteld.¹³³

De geldsommen die nationale autoriteiten als de Consumentenautoriteit, de NMa, de NZa en OPTA ontvangen als gevolg van de door hen opgelegde boetes of ingevorderde dwangsommen komen op grond van de wet toe aan de schatkist van het Rijk.¹³⁴

Naming and shaming

Een niet onbelangrijke factor binnen het geheel aan publiekrechtelijke toezichts- en handhavingsmogelijkheden om tegen strooischade op te treden, lijkt de mogelijkheid van autoriteiten om publiciteit te geven aan onderzoeken die zij verrichten. Dit brengt mee dat reeds voorafgaand aan formele handhavingsbesluiten publiekelijk bekend wordt dat een onderneming mogelijk mededingingsrechtelijke of consumentenrechtelijke regels overtreedt. Het effect daarvan laat zich vergelijken met een 'waarschuwing' voor de mogelijk wederrechtelijke praktijken van die onderneming. Overigens dient de autoriteit wel de nodige zorgvuldigheid te betrachten indien zij, voorafgaand aan handhavingsbesluiten, mededelingen doet over lopende onderzoeken. In het bijzonder zal zij daarbij rekening moeten houden met de belangen van de onderneming waarop haar onderzoek is gericht en zal zij, zolang het onderzoek niet tot een handhavingsbesluit heeft geleid, niet vooruit mogen lopen op de conclusie dat sprake is van een overtreding.¹³⁵ Is een handhavingsbesluit genomen, dan zal de autoriteit in de regel bevoegd zijn dit besluit openbaar te maken. Sommige wetten, waaronder de Wet handhaving consumentenbescherming en de Wet marktordening gezondheidszorg,¹³⁶ voorzien in een uitdrukkelijke bevoegdheid of verplichten de autoriteit om van de besluiten mededeling te doen in de Staatscourant.¹³⁷

¹³³ Zie bijvoorbeeld Boetecode 2007 NMa, onderdeel 49 onder c. Zie voor een toepassing hiervan het besluit van de NMa van 14 januari 2003, kenmerk 2269/254 t/m 270, 2269/294 en 295, (te vinden via www.nmanet.nl), waarin de NMa in de omstandigheid dat kartellisten op veroordeling van de rechter aan een kartelslachtoffer schadevergoeding hebben uitgekeerd, geen aanleiding ziet tot matiging van de boete, nu het kartelslachtoffer hiervoor heeft moeten procederen. Zie ook het besluit Consumentenautoriteit van 5 november 2007, CA/NB/35/76, randnummers 160-163 (te raadplegen via www.consumentenautoriteit.nl).

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld artikelen 2.9 lid 2 Whc en 15.14 en 15.15 Tw. Voor de ingevorderde dwangsommen en boetes op grond van bepaalde overtredingen maakt artikel 104 Wmg hierop een uitzondering, door te bepalen dat die geldsommen door de NZa worden afgedragen aan het Zorgverzekeringsfonds of het Algemeen Fonds Bijzondere Ziektekosten.

¹³⁵ Rb. 's-Gravenhage 8 mei 2007, LJN BA4603 (Pretium/Consumentenautoriteit); Vgl. Hof 's-Gravenhage 24 februari 2005, LJN AS9694 (Accel/NMa)

¹³⁶ Zie artikel 2.23 Whc en, in het geval van overtredingen van een door de NZa gegeven bindende aanwijzing, artikelen 80 en 81 Wmg.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 77i Elektriciteitswet 1998.

Een bijzondere bevoegdheid van de Consumentenautoriteit en de NMa: de toezegging

De Consumentenautoriteit en de NMa beschikken bovendien over de wettelijke bevoegdheid om een overtreder aan de toezegging te houden dat de geconstateerde inbreuk wordt gestaakt.¹³⁸ De NMa kan daartoe een toezegging van een onderneming of ondernemersvereniging in een besluit bindend verklaren. De NMa is hiertoe bevoegd indien de onderneming of ondernemersvereniging als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met artikel 6 lid 1 (kartelverbod) of 24 lid 1 (verbod misbruik machtspositie) Mw de onderneming of de ondernemersvereniging aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven, en in een concreet geval het nemen van het besluit uit een oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Niet-naleving van de toezegging levert een beboetbare overtreding op.¹³⁹ Een belangrijk element van de toezegging is gelegen in de daaraan verbonden publiciteit. Zo verplicht de Mededingingswet de NMa om een besluit waarbij een toezegging bindend wordt verklaard ter inzage te leggen en van het besluit mededeling te doen in de Staatscourant.¹⁴⁰

De Wet handhaving consumentenbescherming verlangt niet dat een door de Consumentenautoriteit verkregen toezegging in een besluit wordt opgenomen, maar gaat meer impliciet van de bevoegdheid om een toezegging te verlangen uit, door in artikel 2.23 Whc te bepalen dat de Consumentenautoriteit een verkregen toezegging openbaar kan maken. Uit de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling blijkt dat de Consumentenautoriteit een overtreder kan aanbieden om een toezegging te doen in ruil voor het afzien van handhavingsmaatregelen, als dat meer in het belang van de consument is dan het opleggen van een last of boete.¹⁴¹

Een bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheid van OPTA

Sinds 1 juli 2008 beschikt OPTA naast de reguliere bevoegdheden om een boete of last onder dwangsom op te leggen over een bijzondere bevoegdheid om op te treden tegen (strooischade veroorzaakt door) misbruik van 0900- en 18xy-nummers. Van misbruik is bijvoorbeeld sprake als voorafgaand aan de oproep onjuiste informatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld over de totale kosten van de oproep of bellers aan de lijn

¹³⁸ Artikel 49a Mw.

¹³⁹ Zie artikel 76a Mw.

¹⁴⁰ Zie artikel 49d Mw.

¹⁴¹ Kamerstukken II, 2005-2006, 30411, nr. 3, p. 37. Er is geen sanctie gesteld in de Whc op niet-naleving van de toezegging.

worden gehouden, zonder dat zij uiteindelijk iemand te spreken krijgen of zonder dat er een dienst wordt geleverd.

Op grond van artikel 7.3c Tw is OPTA bevoegd om bij een dergelijk misbruik de betaling aan het nummer te laten opschorten, het nummer te laten afsluiten en de naam van de nummergebruiker te publiceren in de Staatscourant, waarmee alle aanbieders van elektronische communicatiediensten die kosten in rekening brengen voor het bellen naar dit nummer, verplicht worden de kosten voor bellen naar dit nummer niet meer in rekening te brengen en aan bellers terug te storten. Door deze bevoegdheid uit te oefenen kan OPTA een verplichting doen ontstaan om gedupeerden van nummERMISbruik schadeloos te stellen. Anders dan de hiervoor besproken mogelijkheden om een bindende aanwijzing, een bestuurlijke boete of last onder dwangsom op te leggen, is deze bevoegdheid derhalve wél direct gericht op compensatie van gedupeerden. Opmerkelijk hierbij is overigens dat de verplichting tot schadeloosstelling niet wordt opgelegd aan de overtreder (degene die misbruik van het nummer maakte), maar aan de telecomaانبieder die de kosten voor het gebruik van het nummer bij de consument heeft geïnd.¹⁴²

Informele handhaving

In de praktijk blijkt de bevoegdheid om handhavend op te treden door het opleggen van een boete of een last onder dwangsom haar schaduw vooruit te werpen, in die zin dat het veelal niet tot formele besluitvorming hoeft te komen om een voortdurende overtreding te beëindigen. Zo blijkt uit het jaarverslag van de Consumentenautoriteit over 2008 dat in dat jaar ten minste 166 onderzoeken zijn beëindigd in verband met een staking van de inbreuk na interventie door de Consumentenautoriteit, zonder dat het onderzoek tot een rapport van overtreding heeft geleid.¹⁴³ Uit het samenvattend rapport van de NZa over de uitvoering van de Zorgverzekeringswet in 2007 blijkt dat zij in 2006, 2007 en de eerste helft van 2008 naar aanleiding van signalen over overtredingen door zorgverzekeraars 79 keer heeft ingegrepen, maar tot op het moment van opmaken van het rapport 'slechts' in 14 van die gevallen tot formele handhaving door het geven van een aanwijzing is overgegaan.¹⁴⁴ Uit het rapport, alsook uit het Handhavingsplan van de NZa, blijkt dat in het geval de NZa een overtreding constateert, voorafgaand aan een besluit over de inzet van een formeel

¹⁴² Besluit OPTA 13 maart 2009, Stcrt. 30 maart 2009, nr. 61.

¹⁴³ Jaarverslag Consumentenautoriteit 2008, p. 12 en 26. Daaruit blijkt dat 76 onderzoeken werden beëindigd omdat de inbreuk werd beëindigd, en dat 90 onderzoeken binnen het aandachtsgebied 'reisgarantie' zijn gestaakt omdat de onderzochte reisorganisatoren lopende het onderzoek het SGR-lidmaatschap verkregen, waarna naar het oordeel van de Consumentenautoriteit onvoldoende aanleiding bestond tot handhaving.

¹⁴⁴ Samenvattend rapport Uitvoering Zorgverzekeringswet 2007, p. 8.

handhavingstraject, wordt gezien of normconformgedrag kan worden bereikt door een ('wenkbrauwen' of normoverdragend) gesprek of een brief.

Ook de NMa geeft in het door haar gepubliceerde handhavingsbeleid aan dat een waarschuwend gesprek, een waarschuwingsbrief, een informele zienswijze of het bevorderen van de opstelling en invoering van een complianceregelgeving een belangrijke rol kan spelen in de handhaving, in die zin dat indien een gesprek, brief of zienswijze reeds tot het gewenste effect leidt, namelijk normconform gedrag, de inzet van wettelijke handhavingsinstrumenten niet meer nodig is. Alternatieve of informele handhaving maakt het volgens de NMa mogelijk mededingingsrechtelijke bedenkingen weg te nemen, zonder dat een formeel oordeel wordt uitgesproken over strijd met de Mededingingswet.¹⁴⁵

Positie gedupeerden van strooischade

Een ieder kan bij de toezichthoudende autoriteiten klagen over of melding doen van (strooischade veroorzakende) overtredingen. Veelal nodigen de autoriteiten daartoe ook uitdrukkelijk uit, bijvoorbeeld door daarvoor een aparte website of telefoonlijn te openen.¹⁴⁶ Gelet op de hiervoor al genoemde, doorgaans bestaande noodzaak en de bevoegdheid van de autoriteit om een zekere prioritering aan te brengen in de overtredingen waartegen zij zal optreden, is met de klacht of melding niet verzekerd dat de autoriteit ook daadwerkelijk tegen de overtreding actie zal ondernemen.

Daarnaast kan de autoriteit uitdrukkelijk worden gevraagd om tegen een bepaalde overtreding op te treden. De NMa hanteert daarbij als uitgangspunt dat zij alleen gehouden is te beslissen op handhavingsverzoeken van een belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2 Awb, dat wil zeggen een aanvrager die een eigen, objectief bepaalbaar, actueel en rechtstreeks bij het besluit betrokken belang heeft, dat zich onderscheidt van het belang van een willekeurige ander. Concreet houdt dit in dat de NMa een consument in de regel niet aanmerkt als belanghebbende, indien deze zich in juridisch opzicht niet van andere consumenten onderscheidt. In de literatuur is gesuggereerd dat gedupeerde consumenten een ingang als 'belanghebbende' zouden kunnen creëren door een stichting of vereniging op te richten met een nauw omschreven statutaire doelstelling die gericht is op behartiging van het desbetreffende consumentenbelang.¹⁴⁷ Recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State roept de vraag op in hoeverre dit (nog) een reële mogelijkheid

¹⁴⁵ Staatscourant 2009, nr. 63.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld de website ConsuWijzer van NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit.

¹⁴⁷ Tzankova 2005, p. 39.

is.¹⁴⁸ Overigens is in de Wet handhaving consumentenbescherming bepaald dat consumentenorganisaties – waaronder wordt verstaan stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die de behartiging van consumentenbelangen tot doel hebben – worden aangemerkt als belanghebbenden bij besluiten van de Consumentenautoriteit. Daarmee is gewaarborgd dat de Consumentenautoriteit op verzoeken van consumentenorganisaties om handhaving een besluit moet nemen.¹⁴⁹

Ten slotte bestaat in sommige gevallen voor gedupeerden van strooischade de mogelijkheid om een autoriteit te verzoeken om – op grond van een aan die autoriteit opgedragen geschilbeslechtende taak – een geschil tussen hem en de schadeveroorzaker over de schadeveroorzakende gedraging te beslechten. De gedupeerde kan dan bijvoorbeeld de autoriteit verzoeken om vast te stellen dat er sprake is van een overtreding en een ander te gelasten een overtreding te staken.¹⁵⁰ In de behandeling van dergelijke verzoeken zal de autoriteit geen prioritering mogen aanbrengen. De beslissing van de autoriteit geldt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen voor belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

Gereguleerde markttoegang

In het geval de toegang tot een markt door de overheid wordt gereguleerd, bijvoorbeeld door middel van een vergunningensysteem, een concessieverlening of een verplichte registratie, biedt dat mogelijkheden om aan bedrijven die op de markt actief willen zijn voorwaarden voor toelating tot die markt te stellen die ertoe strekken strooischade veroorzakend handelen te voorkomen, het verhaal voor strooischade voor gedupeerden te vergemakkelijken of de bedrijven zelfs verplichten tot het uitkeren van vergoedingen wanneer zij (strooi)schade veroorzaken. Dat dit niet een louter theoretische mogelijkheid is, blijkt onder meer uit de volgende voorbeelden:

¹⁴⁸ Zie o.m. ABRvS 1 oktober 2008, nr. 200801150/1 en 22 oktober 2008, AB 2008, 350. Daaruit volgt dat naast de statutaire doelstelling moet worden aangetoond dat de desbetreffende stichting of vereniging feitelijke werkzaamheden verricht tot behartiging van het in de statutaire doelstelling omschreven consumentenbelang, anders dan enkel het indienen van handhavingsverzoeken en het voeren van procedures daarover.

¹⁴⁹ Zie artikel 7.2 juncto artikel 1.1 onder d Whc. Gelet op de toelaatbaarheid (en noodzaak) van prioritering in de zaken die de Consumentenautoriteit oppakt, brengt dit overigens waarschijnlijk niet mee dat de Consumentenautoriteit ook altijd een handhavingsverzoek van een consumentenorganisatie inhoudelijk in behandeling zal moeten nemen.

¹⁵⁰ Zie voor een voorbeeld van deze bevoegdheid artikel 12.9 Telecommunicatiewet. Zie over deze geschilbeslechtsbevoegdheid A. Danopoulos, *Geschilbeslechting door de OPTA: Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?*, diss. EUR, Nijmegen 2009.

- In de concessie die de Minister van Verkeer en Waterstaat op grond van de Wet personenvervoer 2000 aan de NS heeft verleend voor het vervoer van reizigers over de hoofdrailnet, is voor de NS de verplichting opgenomen om in de algemene voorwaarden die zij tegenover reizigers hanteert een redelijke compensatieregeling voor vertraging op te nemen. Tevens worden op grond van de concessie prestatie-eisen aan de NS gesteld die erop gericht zijn de strooischade voor reizigers als gevolg van vertragingen zoveel mogelijk te beperken. Zo verplicht de NS zich ieder jaar om een bepaald percentage van de treinen op tijd te laten rijden.¹⁵¹
- Bij de vergunningverlening aan energieleveranciers die elektriciteit of gas aan kleinverbruikers als bedoeld in de Elektriciteits- en Gaswet willen leveren, kan de Minister aan de vergunning voorschriften verbinden die de vergunninghouder verplichten om van telefonisch met kleinverbruikers afgesloten overeenkomsten een voicelog te maken, te bewaren en een schriftelijke bevestiging te sturen ten bewijze van de totstandkoming van de overeenkomst, of om door middel van colportage tot stand gekomen overeenkomsten binnen een bepaalde termijn schriftelijk te bevestigen. Deze voorschriften strekken ertoe 'ongewenste' switches, die potentieel strooischade veroorzaken, tegen te gaan. Voorts is aan de vergunningen het voorschrift verbonden dat de energieleverancier is aangesloten bij een geschillencommissie van de Stichting Geschillencommissies (waarover hiervoor, in paragraaf 5.3.3 meer).¹⁵²

In het geval een bedrijf de verplichtingen waarvan de naleving een voorwaarde is voor het recht om op een markt actief te zijn niet naleeft, kan het zijn vergunning of concessie verliezen.

5.6 *In de literatuur genoemde oplossingen voor de problematiek bij het optreden tegen strooischade*

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat diverse praktische en feitelijke belemmeringen in de weg (kunnen) staan aan een succesvolle toepassing van de bestaande privaatrechtelijke (buitengerechtelijke) instrumenten om tegen strooischade

¹⁵¹ Zie artikel 19 juncto 32 Wet personenvervoer 2000 en vervoerconcessie hoofdrailnet, artikelen 17 lid 2 en artikel 6 lid 1 onder e, te raadplegen via www.verkeerenwaterstaat.nl

¹⁵² Zie artikel 95a juncto 95d Elektriciteitswet 1998 juncto artikel 3 Besluit vergunning levering elektriciteit / gas kleinverbruikers en de vergunningen van Oxxio en de Nederlandse Energiemaatschappij, te raadplegen via www.energiekamer.nl.

op te treden en dat ook de publiekrechtelijke mogelijkheden daartoe, in elk geval voor zover het gaat om het compenseren van gedupeerden of het ontnemen van onrechtmatig genoten voordeel, beperkt zijn. Dit gegeven kan meebrengen dat voor de schadeveroorzaker(s) een prikkel ontbreekt om de strooischade door middel van een minnelijke regeling buitenrechtelijk af te wikkelen. Dat zal het geval kunnen zijn als de schadeveroorzaker ongevoelig is voor aantasting van zijn reputatie door bijvoorbeeld negatieve media-aandacht. In de rechtsliteratuur zijn verschillende mogelijkheden aangedragen om de gesignaleerde belemmeringen weg te nemen. Hierop zal bij de inventarisatie van mogelijke oplossingsrichtingen in hoofdstuk 10 nader worden ingegaan.

6 Strooischade in Europees perspectief

6.1 *Inleiding*

Dit onderzoek beperkt zich tot strooischade ontstaan door schending van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels. Op beide terreinen zijn op Europees niveau ontwikkelingen aan de gang. Op het gebied van het mededingingsrecht heeft de Europese Commissie in april 2008 het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels uitgebracht.¹⁵³ In november 2008 publiceerde de Commissie het Groenboek betreffende collectief consumentenverhaal.¹⁵⁴ Dit hoofdstuk analyseert de in beide beleidsdocumenten geformuleerde beleidsopvattingen inzake collectief verhaal.

6.2 *Het Witboek schadevergoedingsacties mededingingsregels*

Dit Witboek (hierna: het Witboek) heeft betrekking op schade wegens schending van de artikelen 81 (kartels) en 82 (misbruik machtspositie) van het EG-Verdrag. Het Witboek vormt een vervolg op het Groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels uit december 2005 (hierna: het Groenboek 2005). In dat Groenboek 2005 werd geconstateerd dat hoewel het Gemeenschapsrecht een doeltreffend systeem voor schadevorderingen wegens schending van antitrustregels vereist,¹⁵⁵ in de lidstaten het recht op dat gebied nog in zijn kinderschoenen staat. Het Groenboek 2005 inventariseerde de belangrijkste belemmeringen om schade te verhalen ontstaan door mededingingsinbreuken en formuleerde een heel aantal opties om daar verbetering in te brengen¹⁵⁶: toegang tot bewijsmateriaal, bewijs van schuld, definiëring en raming van schadevergoeding, passing-on defense, procesbevoegdheid van indirecte afnemers, bescherming van consumentenbelangen, proceskosten, coördinatie van openbare en private handhaving, rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht, aanwijzing deskundigen door rechters, verjaring en causaal verband.

¹⁵³ Inmiddels circuleert een eerste voorontwerp voor een harmonisatierichtlijn. Dit niet-officiële document valt buiten het bestek van dit rapport. Wij volstaan met de vermelding dat dit voorontwerp geen bepalingen bevat die specifiek betrekking hebben op het verhaal van strooischade als gevolg van een mededingingsinbreuk.

¹⁵⁴ Het Nederlandse kabinet heeft uitvoerig gereageerd op zowel het Witboek schadevergoedingsacties mededingingsregels als het Groenboek collectief verhaal consumenten, te vinden op de website van het Ministerie van Economische Zaken, www.ez.nl.

¹⁵⁵ Zie reeds HvJEG zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297.

¹⁵⁶ Groenboek 2005 NL, p. 4.

Alle lidstaten en belanghebbenden werden in de gelegenheid gesteld hun zienswijze over deze kwesties en opties kenbaar te maken. In veel opzichten waren de belanghebbenden het eens met de bevindingen uit het Groenboek. Naar aanleiding hiervan heeft het Europees Parlement de Commissie verzocht een Witboek op te stellen met gedetailleerde voorstellen om de obstakels voor doeltreffende schadevergoedingsacties wegens schending van mededingingsregels weg te nemen.¹⁵⁷

6.2.1 Leidende beginselen

De Commissie formuleert de hoofddoelstelling van het Witboek als volgt: het verbeteren van de juridische voorwaarden voor slachtoffers voor de uitoefening van het hun door het Verdrag verleende recht op herstel van alle schade die zij hebben geleden door een schending van communautaire mededingingsregels. Volledige compensatie is dus het eerste leidende beginsel. De kosten van inbreuken zouden dan worden gedragen door de inbreukmakers en niet door de benadeelden en door bedrijven die zich wel aan de regels houden.¹⁵⁸ Hoewel preventieve werking van deze maatregelen door de Commissie niet centraal wordt gesteld, kan een effectiever schadevergoedingsrecht tevens een afschrikkende werking ten aanzien van toekomstige inbreuken hebben en in die zin bijdragen aan een betere naleving van communautaire mededingingsregels. Tweede leidend beginsel is dat de beleidskeuzen worden geworteld in de Europese rechtscultuur en rechtstradities. Dit is vooral een politiek signaal richting de lidstaten: niet alleen "Amerikaanse toestanden" voorkomen, ook oog houden voor de privaatrechtelijke beginselen, zoals het uitgangspunt dat schadevergoeding een individueel geleden nadeel moet compenseren. Een derde leidend beginsel van het Witboek is het behoud van een daadkrachtige publieke handhaving. Een betere private handhaving is naar de mening van de Commissie geboden, maar dient uitdrukkelijk slechts ter aanvulling en niet ter vervanging van de publieke handhaving.¹⁵⁹

6.2.2 Collectieve schadevergoedingsacties volgens het Witboek

Volgens de Commissie zien met name slachtoffers van geringe schade – zoals consumenten en kleine ondernemers – vaak af van het instellen van een individuele

¹⁵⁷ Witboek NL, p. 3.

¹⁵⁸ In haar toespraak over „reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe” (Speech/07/128 Brussels, 8 maart 2007), zegt Eurocommissaris Kroes daar het volgende over: „ The law-breakers realm off the extra profits, and society and the economy is left to absorb the loss. This is clearly unjust and at odds with our shared objective of making the European economy more competitive.”

¹⁵⁹ Witboek NL, p. 3 en 4.

schadevergoedingsactie. Zij worden afgeschrikt door de daarmee gepaard gaande kosten, lange duur, onzekerheden en risico's afgezet tegen de omvang van hun individuele claim. Dit heeft tot gevolg dat deze benadeelden geen compensatie voor hun schade ontvangen en de schadeveroorzakers onrechtmatig voordeel genieten. Naar het oordeel van de Commissie bestaat behoefte aan mechanismen die het mogelijk maken dat individuele claims van slachtoffers van schendingen van mededingingsregels worden gebundeld, zodat de benadeelden de risico's en de kosten van een claim kunnen delen.¹⁶⁰

De Commissie merkt in dit kader op dat alternatieve geschillenbeslechting buiten de rechter om in veel gevallen te prefereren zal zijn boven een gang naar de rechter, maar dat dergelijke geschillenbeslechting slechts effectief en efficiënt kan zijn als er ook andere opties voor de benadeelden openstaan in het geval een schikking niet kan worden bereikt. Gerechtelijke collectieve verhaalsacties verzekeren volgens de Commissie niet alleen het recht van benadeelden op toegang tot de rechter, maar verminderen tevens de ongelijkheid tussen benadeelden en de schadeveroorzakers als de financieel sterkere partij in schikkingsonderhandelingen.¹⁶¹

6.2.3 Definiëring en vertegenwoordiging van de groep benadeelden

Bij het kiezen van een systeem van collectieve schadevergoedingsacties speelt volgens de Commissie de vraag op welke wijze de groep benadeelden die collectief optreedt, dient te worden gedefinieerd en vertegenwoordigd alsook welke controlemechanismen daarbij dienen te worden ingesteld.¹⁶² In dat verband stelt de Commissie twee complementaire mechanismen voor collectieve schadevergoedingsacties bij schending van het mededingingsrecht voor. Enerzijds denkt de Commissie aan schadevergoedingsacties door daartoe bevoegde belangenbehartigers (zoals consumentenorganisaties) en anderzijds aan zogenoemde opt-in groepsacties (group actions), waarbij slachtoffers uitdrukkelijk besluiten hun individuele claims in één actie te bundelen.¹⁶³

6.2.4 Financiering en kosten van collectieve schadevergoedingsacties

¹⁶⁰ Witboek NL, p. 4 en 5.

¹⁶¹ Commission Staff Working Paper accompanying the White Papers on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (COM(2008) 165 final; SEC (2008) 405; SEC (2008) 406) (hierna: werkdocument Witboek EN), p. 16.

¹⁶² Werkdocument Witboek EN, p. 17 en 18.

¹⁶³ Witboek NL, p. 4 en 5.

In het kader van het instellen van collectieve schadevergoedingsmechanismen dient volgens de Commissie tevens te worden stilgestaan bij de wijze van financiering van de collectieve actie. Gekozen zou kunnen worden voor een systeem waarbij de benadeelden of de belangenvertegenwoordiger zelf voor de financiering zorg draagt, maar ook andere vormen van financiering zijn denkbaar: gefinancierde rechtsbijstand, andere particuliere of publieke fondsen, verzekeraars of advocaten die op basis van contingency fees werken.¹⁶⁴

Het kostenaspect speelt volgens de Commissie in mededingingsrechtelijke zaken een rol van des te meer betekenis, omdat deze procedures veelal complex en langdurig zijn, waardoor zij nog naar verhouding nog meer kosten met zich brengen. Naar de mening van de Commissie zijn hieraan twee risico's verbonden. De verplichting om kosten zoals griffierechten en advocatenhonoraria van tevoren te betalen zou potentiële claimanten kunnen tegenhouden om een vordering in te stellen. Daarnaast werkt ook het in veel landen gehanteerde beginsel dat de verliezer de kosten betaalt ontmoedigend.¹⁶⁵

De Commissie doet in het Witboek een drietal suggesties om de kosten van schadevergoedingsacties voor de benadeelden (of de belangenbehartigers) zo laag mogelijk te houden. In de eerste plaats moedigt de Commissie de lidstaten aan procedureregels te ontwikkelen die schikkingen in de hand werken.¹⁶⁶ Dit zou niet alleen gerechtskosten, maar ook advocaat- en deskundigenkosten verminderen. De noodzaak te zorgen voor gerechtelijke procedures als stok achter de deur voor het geval schikkingsonderhandelingen niet tot het gewenste resultaat leiden, blijft onverminderd bestaan.¹⁶⁷ In de tweede plaats stelt de Commissie voor de hoogte van gerechtskosten op passende wijze vast te stellen, zodat deze geen onevenredige ontmoedigende werking hebben. In de derde plaats bepleit de Commissie dat de nationale rechter de mogelijkheid krijgt om – bij voorkeur vooraf – in bepaalde gerechtvaardigde gevallen een beschikking inzake de kosten te geven, waarbij de eiser de garantie wordt geboden dat hij bij verlies niet alle door de tegenpartij gemaakte kosten hoeft te dragen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Werkdocument Witboek EN, p. 17.

¹⁶⁵ Werkdocument Witboek EN, p. 74.

¹⁶⁶ Witboek NL, p. 10 en 11.

¹⁶⁷ Werkdocument Witboek EN, p. 75 en 76.

¹⁶⁸ Witboek NL, p. 10 en 11.

6.2.5 Raming en verdeling van schadevergoeding

Het Hof van Justitie van de EG heeft bepaald dat slachtoffers van schendingen van het Europese mededingingsrecht op grond van het Gemeenschapsrecht recht hebben op ten minste volledige compensatie voor de reële waarde van de geleden schade. Dit ziet niet alleen op reële schade van de mededingingsverstoring prijsverhoging, maar ook op gederfde winst en rente.^{169 170} Overigens laat deze jurisprudentie ruimte voor andere soorten schadevergoedingen, zoals punitieve schadevergoeding.¹⁷¹ In dat verband noemt de Commissie het introduceren van de mogelijkheid van het verkrijgen van schadevergoeding die hoger is dan de werkelijk geleden schade als een instrument om effectievere schadevergoedingsacties te bewerkstelligen.¹⁷²

In ieder geval brengt het uit genoemde jurisprudentie voortvloeiende beginsel van volledige compensatie volgens de Commissie mee dat de schadevergoeding niet mag worden gefixeerd op een van tevoren bepaald maximum.¹⁷³ Wel is de Commissie zich ervan bewust dat het begroten van de schade een zeer lastige exercitie kan zijn. Dit kan zelfs praktisch onmogelijk zijn indien strikt wordt vastgehouden aan het idee dat de hoogte van de schade steeds precies moet worden begroot. Bovendien is het mogelijk dat de kosten en moeite die gepaard gaan met een precieze begroting van de schade niet in verhouding staan tot de omvang van de geleden schade. Om het begroten van de schade te vergemakkelijken, pleit de Commissie ervoor dat de praktijk kan werken met benaderende berekeningsmethoden of vereenvoudigde regels voor het begroten van het verlies. De Commissie denkt erover om hiertoe een kader met pragmatische, niet-bindende aanwijzingen uit te werken.¹⁷⁴

Een centraal aandachtspunt in mededingingszaken is het zogenaamde passing-on-defence: de gedaagde stelt dat de eiser geen schade heeft geleden omdat hij het 'te veel' betaalde heeft kunnen doorberekenen aan zijn eigen afnemers. Enerzijds is de Commissie van mening dat schadeveroorzakers het recht zouden moeten krijgen zich te beroepen op dit verweer,¹⁷⁵ anderzijds vindt zij dat indirecte afnemers zich zouden moeten kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat een onrechtmatige prijsverhoging volledig aan hen is doorberekend.¹⁷⁶ Bij strooischade zal de discussie

¹⁶⁹ HvJEG gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, Manfredi e.a., Jur. 2006, p. I-6619.

¹⁷⁰ Witboek NL, p. 8.

¹⁷¹ Werkdocument Witboek EN, p. 57 en 58.

¹⁷² Werkdocument Witboek EN, p. 58 en 59.

¹⁷³ Werkdocument Witboek EN, p. 59 en 60.

¹⁷⁴ Witboek NL, p. 8.

¹⁷⁵ In het Groenboek 2005 stond de Commissie daar nog afwijzend tegenover.

¹⁷⁶ Witboek NL, p. 8 en 9.

over de passing-on defence geen rol spelen voor zover de benadeelden consumenten zijn. Zij hebben immers niemand op wie zij een betaalde prijsverhoging hebben kunnen afwentelen.

Ten aanzien van de vraag hoe de verkregen schadevergoeding moet worden verdeeld, merkt de Commissie op dat het in sommige gevallen moeilijk zal zijn de schade te kwantificeren en de schade over de slachtoffers te verdelen. Verdeling van schade zou naar de mening van de Commissie dan ook zowel direct als indirect plaats kunnen vinden. Rechtstreekse toekenning van schadevergoeding aan de slachtoffers is een goede mogelijkheid bij opt-inprocedures. Bij collectieve schadevergoedingsacties door belangenbehartigers kan in uitzonderingsgevallen evenwel ook gedacht worden aan verdeling aan een stichting met een algemeen belang of aan *cy pres distribution*.^{177 178}

6.2.6 Overige aandachtspunten bij verhaal van schade door schending van mededingingsrecht

Naast de hierboven beschreven kwesties, besteedt het Witboek aandacht aan andere onderwerpen die in het algemeen een rol spelen bij het verhaal van schade door schending van mededingingsrecht. Zo constateert de Commissie dat eisers vaak niet beschikken over cruciaal bewijsmateriaal dat in een mededingingszaak benodigd is, omdat dit wordt achtergehouden door de schadeveroorzakers of zich in handen van derden bevindt. De Commissie onderzoekt in het Witboek dan ook de mogelijkheden om de toegang tot bewijsmateriaal voor claimanten te vergemakkelijken. De nationale rechter zou in specifieke omstandigheden de bevoegdheid moeten krijgen om procespartijen of derden te bevelen onder strikte voorwaarden voldoende bepaald en relevant bewijsmateriaal openbaar te maken. Tevens zou de rechter volgens de Commissie de bevoegdheid moeten krijgen om sancties met afschrikkende werking op te leggen, teneinde te voorkomen dat relevant bewijsmateriaal wordt vernietigd of openbaarmaking daarvan wordt geweigerd.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Werkdocument Witboek EN, p. 18, 20 en 21.

¹⁷⁸ *Cy pres distribution* houdt in dat in gevallen waarin compensatie aan de benadeelden niet of nauwelijks mogelijk is – doordat het individuele schadebedrag te klein is of de benadeelden niet kunnen worden geïdentificeerd en bereikt – gekozen wordt voor een verdeling die daar het dichtst bij in de buurt komt (*cy pres* is afgeleid van het Franse '*si près*'). Een voorbeeld daarvan is het uitkeren van schadevergoeding aan een fonds voor (consumenten)belangenorganisaties. Volgens Tzankova wordt bij deze fondsverdelingsmethode de nadruk gelegd op de ongedaanmaking van het groepsnadeel of het door de schadeveroorzaker genoten voordeel en wordt minder relevant geacht wie de door de schadeveroorzaker te betalen vergoeding ontvangt. Zie Tzankova 2005, p. 79-80.

¹⁷⁹ Witboek NL, p. 5 en 6.

Een andere maatregel die de Commissie voorstelt ter verbetering van de procespositie van de claimant en ter vergroting van de rechtszekerheid, is dat een inbreukmakende activiteit als vaststaand wordt aangenomen, ingeval er een onherroepelijk besluit van nationale mededingingsautoriteiten of een onherroepelijke uitspraak van de rechter bestaat waarin een inbreuk op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag is vastgesteld.¹⁸⁰ In het verlengde hiervan doet de Commissie voor de lidstaten waarin voor vaststelling van de aansprakelijkheid een bewijs van schuld vereist is, de suggestie dat zodra een mededingingsrechtelijke inbreuk is bewezen, daarmee ook de aansprakelijkheid van de inbreukmaker vaststaat, tenzij hij kan aantonen dat de inbreuk het resultaat was van een verschoonbare dwaling.¹⁸¹

6.2.7 Enkele conclusies met betrekking tot strooischade

De Commissie ziet "private enforcement" primair als een instrument om de strikte naleving van het Europees mededingingsrecht af te dwingen, naast haar eigen bestuursrechtelijke handhavingspraktijk. Zij wenst in zoverre claims te bevorderen.¹⁸² De vergoeding van strooischade is daarbij in verhouding echter van ondergeschikte betekenis.

Een actie tot vergoeding van strooischade zal in de praktijk een follow-on actie zijn: een actie die volgt op de vaststelling van een mededingingsautoriteit dat een of meer partijen het mededingingsrecht hebben geschonden. Bewijsproblemen zullen zich daarom niet zo zeer voordoen ten aanzien van de vraag of onrechtmatig is gehandeld, als wel ten aanzien van de causaliteit en de omvang van de schade.

Centraal aandachtspunt zal de verdeling van de schade zijn over een (grote) groep benadeelden, zonder dat per afnemer de exacte geleden schade kan worden vastgesteld. Schadevergoeding is daarom alleen realiseerbaar als het principiële uitgangspunt dat slechts individuele compensatie voor vergoeding in aanmerking komt, al dan niet onder voorwaarden kan worden los gelaten. De Commissie lijkt dit laatste te erkennen. Juist de versnippering van de schade over een veelheid aan benadeelden is voor haar een reden om groepsacties en representatieve acties voor te stellen.¹⁸³ Beleidsmatige overweging daarbij is tevens de onwenselijkheid dat

¹⁸⁰ Witboek NL, p. 6 en 7.

¹⁸¹ Witboek NL, p. 7.

¹⁸² Zie ook de oratie van J. Kortmann, *The Tort Law Industry* (UvA), p. 13/14.

¹⁸³ Vgl. considerans punt 8 van het informele voorontwerp voor een richtlijn en al eerder de speech van Mededingingscommissaris Kroes gehouden te Straatsburg op 22 april 2008 (Speech/08/212): "Given the costs of bringing a damages action in the competition field and the uncertainty of the outcome, the balance of risk and reward is often unfavourable to consumers. This concerns victims whose damages is of low-value and

inbreukmakers een onrechtmatig behaald voordeel behouden. De kans is echter klein dat de Commissie specifieke regels zal voorstellen voor het verhaal van strooischade als gevolg van inbreuken op het Europees mededingingsrecht.

6.3 *Het Groenboek collectief verhaal consumenten*

De Commissie heeft een strategie voor het consumentenbeleid ontwikkeld, waarvan de hoofddoelstelling is het stimuleren van de interne detailhandelmarkt zodat consumenten en detailhandelaren tegen 2013 evenveel vertrouwen hebben in grensoverschrijdend winkelen als in winkelen in eigen land.¹⁸⁴ Een randvoorwaarde hiervoor is volgens de Commissie dat consumenten weten dat in geval er problemen optreden hun rechten kunnen worden afgedwongen en dat zij een passende schadeloosstelling zullen krijgen. De Commissie benadrukt in haar strategie dan ook het belang van doeltreffende verhaalsmechanismen voor consumenten. Het Groenboek richt zich op de afwikkeling van massavorderingen en heeft als doel burgers in de Europese Unie effectieve mogelijkheden tot collectief verhaal te verstrekken.¹⁸⁵

Het probleem dat in het Groenboek terzake wordt gesignaleerd is dat obstakels als hoge gerechtskosten en ingewikkelde en lange procedures verhinderen dat effectieve schadeloosstelling daadwerkelijk wordt verkregen. Daarnaast zijn consumenten volgens de Commissie onvoldoende bekend met de verschillende soorten verhaalsinstrumenten. Verder lijkt er bij consumenten een gebrek aan vertrouwen te zijn in de huidige systemen.¹⁸⁶

Elementen die volgens het onderzoek van de Commissie bijdragen aan de doeltreffendheid en efficiëntie van een collectief verhaalsmechanisme zijn onder meer: politieke en financiële steun van overheidsinstanties, hoge mate van media-aandacht, geen of lage gerechtskosten voor de consument of hun belangenbehartigers, flexibele oplossingen met betrekking tot advocatenhonoraria en het omzeilen van de formaliteiten van normale burgerlijke procedures.¹⁸⁷

Als elementen die juist de doeltreffendheid en efficiëntie van instrumenten tot collectief verhaal verminderen noemt de Commissie: onvoldoende middelen, gebrek

scattered among numerous individual consumers or small business.” In haar speech van 4 maart 2009 bevestigde Kroes dat de mogelijkheden voor collectieve acties die in het Witboek worden voorgesteld openstaan voor elke benadeelde, waaronder consumenten. Zie <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/88&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

¹⁸⁴ Volgens de Commissie lopen de belangen van de aanbieders en van consumenten parallel als twee zijden van een zelfde medaille: beide hebben baat bij randvoorwaarden die grensoverschrijdende transacties bevorderen, opdat beide optimaal kunnen profiteren van de Europese interne markt.

¹⁸⁵ Groenboek NL, p. 2-4.

¹⁸⁶ Groenboek NL, p. 4-5.

¹⁸⁷ Groenboek NL, p. 6.

aan expertise en middelen bij consumentenorganisaties, risico op hoge gerechtskosten, de ingewikkeldheid van de toepasselijke mechanismen, de strikte voorwaarden voor toelaatbaarheid en status, de duur van de gerechtelijke actie, een gebrek aan media-aandacht, het onvermogen om de opbrengst van de actie op een doelmatige manier te verdelen, het feit dat alternatieve-geschillenbeslechtsmechanismen afhankelijk zijn van de bereidheid van de handelaar om mee te werken en ten slotte het gebruik van een enkel collectief-verhaalsmechanisme voor alle vorderingen, zonder dat het mechanisme wordt afgestemd op de waarde, de noden en de bijzonderheden van elke afzonderlijke vordering.¹⁸⁸

In het Groenboek schetst de Commissie enkele opties om op Europees niveau de gesignaleerde deelproblemen om te gaan.

6.3.1 Optie 1: Geen actie van de EG

Geen actie van de EG impliceert dat er moet worden gewacht tot er meer informatie beschikbaar is over de impact van de ingevoerde of op handen zijnde nationale en EU-maatregelen.¹⁸⁹ Zo worden uitvoeringskosten voorkomen. Een belangrijk nadeel is evenwel dat de verhaalsmogelijkheden voor consumenten tussen lidstaten onderling blijven verschillen. Dit kan leiden tot verstoringen van concurrentie tussen alsmede tot een verschillend niveau van schadeloosstelling en consumentenbescherming per lidstaat.¹⁹⁰

6.3.2 Optie 2: Samenwerking tussen de lidstaten

Deze optie stelt een uitbreiding en stimulering van de samenwerking tussen de lidstaten op het terrein van collectief verhaal voor, zodat consumenten uit de Europese Unie alle mechanismen die terzake in de verschillende lidstaten bestaan kunnen gebruiken. Bijvoorbeeld zou de bevoegde instantie in de lidstaat van de handelaar een actie kunnen instellen namens de consumenten uit andere lidstaten op verzoek van haar nationale tegenhanger. Ook wordt in dit verband een netwerk voor samenwerking tussen de diverse instanties die bij collectief verhaal zijn betrokken, zoals overheidsorganen en consumentenorganisaties, gesuggereerd.¹⁹¹

¹⁸⁸ Groenboek NL, p. 6.

¹⁸⁹ De belangrijkste EU-maatregelen die in dit verband kunnen worden genoemd zijn de bemiddelingsrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG), de Europese procedure voor geringe vorderingen (Verordening nr. 861/2007; Small Claims Procedure). Zie Groenboek NL, p. 8.

¹⁹⁰ Zie Groenboek NL, p. 8-9.

¹⁹¹ Zie Groenboek NL, p. 9-10.

6.3.3 Optie 3: Mix van beleidsinstrumenten

Deze optie heeft als doel de voornaamste obstakels bij collectief verhaal aan te pakken door het instellen van een mix van bindende en niet-bindende beleidsinstrumenten.

Een belangrijke rol ziet de Commissie hier weggelegd voor de verbetering van alternatieve geschillenbeslechtsmechanismen. Deze zijn sneller, goedkoper en soepeler dan een gerechtelijke procedure en kunnen daarmee met name efficiënt zijn in geval van kleine of middelgrote vorderingen. Met betrekking tot vorderingen met een zeer lage waarde merkt de Commissie in het Groenboek op dat het onwaarschijnlijk is dat consumenten een schadeloosstelling bij een geschillencommissie zullen eisen.¹⁹²

Daarnaast acht de Commissie het van belang dat het toepassingsgebied van de Small Claims Procedures – die een vereenvoudigde gerechtelijke procedure met lage gerechtskosten en een relatief snelle afhandeling inhouden – wordt uitgebreid naar massavorderingen. De Commissie acht dergelijke procedures met name geschikt bij kleine of middelgrote vorderingen als partijen weigeren te onderhandelen.¹⁹³

Ook de Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming¹⁹⁴ zou naar de mening van de Commissie dienen te worden uitgebreid in die zin dat daarin wordt voorzien in de mogelijkheid dat een bevoegde instantie – na vaststelling van een intracommunautaire inbreuk – kan verlangen dat de inbreukmaker de schade die consumenten als gevolg van de inbreuk hebben geleden vergoedt. Interessant is dat de Commissie ten aanzien van zeer geringe vorderingen een winstafrachtmogelijkheid voorstelt, waarbij het afgeroomde bedrag naar de staatskas zou kunnen vloeien of voor consumentengerelateerde doeleinden zou kunnen worden gebruikt.¹⁹⁵

Ten slotte stelt de Commissie voor dat bedrijven worden gestimuleerd hun klachtenafhandelingssystemen te verbeteren en dat bewustmakingsmaatregelen worden genomen om de kennis van de consumenten inzake verhaalsmogelijkheden te vergroten.¹⁹⁶

¹⁹² Groenboek NL, p. 11.

¹⁹³ Groenboek NL, p. 11.

¹⁹⁴ Verordening (EG) nr. 2006/2004, *PbEU* L 364.

¹⁹⁵ Zie Groenboek NL, p. 13-14.

¹⁹⁶ Zie Groenboek NL, p. 14.

6.3.4 Optie 4: Gerechtelijke procedure voor collectief verhaal

De meest vergaande optie betreft het voorstel om in alle lidstaten een gerechtelijk collectief-verhaalsmechanisme in te voeren, dat een effectief en efficiënt instrument zou moeten vormen om consumenten schadeloosstelling te verlenen. Bij het ontwikkelen van dit mechanisme moet volgens de Commissie aan verschillende aspecten worden gedacht:

- Financiering
 - Kosten kunnen worden verminderd door geen gerechtskosten voor collectieve acties te berekenen of deze te beperken.
 - Met betrekking tot financiering van collectieve acties door belangenbehartigers, kan worden gedacht aan:
 - een deel van de vergoeding aan de belangenorganisatie toe te bedelen ter dekking van kosten;
 - het verstrekken van een lening door een overheidsorgaan of een derde om de prefinanciering van een actie te dekken;
 - financiering van een rechtszaak door derden (bijvoorbeeld verzekeraars) of een overheidsorgaan.¹⁹⁷
- Het voorkomen van kansloze vorderingen
 - Beslissing van de rechter terzake
 - Certificering van de belangenorganisatie
 - Het “verliezer betaalt”-beginsel
 - Financierende instantie als poortwachter¹⁹⁸
- Het instellen van een vordering
 - Gekwalificeerde organisaties als consumentenorganisaties en ombudsmannen het recht verlenen om een actie namens de belanghebbenden in te stellen.¹⁹⁹
- Opt-in- of opt-outprocedure?

Nadeel van opt-insystemen is dat ze arbeids- en kostenintensief kunnen zijn. Bovendien kunnen ze problemen opleveren als er onvoldoende consumenten

¹⁹⁷ Zie Groenboek NL, p. 14-15.

¹⁹⁸ Zie Groenboek NL, p. 15.

¹⁹⁹ Zie Groenboek NL, p. 15.

kunnen worden gevonden die mee willen doen, zoals bij vorderingen met een zeer klein belang het geval kan zijn.

Opt-outsysteem vangen deze moeilijkheden deels op, maar hebben het negatieve imago dat zij buitensporig procederen zouden aanmoedigen.

Bovendien kunnen consumenten dan ongewild aan uitspraken worden gebonden.

Volgens de Commissie kunnen deze problemen worden voorkomen door een opt-inprocedure waarbij de rechtbank de vergoeding verdeelt en consumenten wordt toegestaan zich bij een actie aan te sluiten nadat in een proefproces het vonnis is uitgesproken. Daarbij zou iedere consument een specifieke gerechtelijke procedure moeten volgen om uit het vonnis voordeel te halen.²⁰⁰

6.3.5 Enkele conclusies met betrekking tot strooischade

Dit Groenboek is specifiek beperkt tot schade van consumenten. Daarbij wordt strooischade niet als aparte categorie onderscheiden, de gesignaleerde problemen en voorstellen zijn echter voor een belangrijk deel van toepassing op wat in dit onderzoek als strooischade is gedefinieerd. Het betreft hier echter nog slechts een groenboek, waarin zoals gebruikelijk vragen worden voorgelegd aan de lidstaten en andere belanghebbende partijen.²⁰¹ Het is afwachten wat de Commissie daaraan als vervolg zal geven.

Zonder daarop te willen vooruitlopen is onze voorlopige verwachting dat het Groenboek er vooral toe zal leiden dat in EU-lidstaten waar tot nu toe geen collectieve actiemogelijkheid bestaat (thans ca. de helft van de 27 lidstaten) er een wordt ingevoerd, en voor het overige transnationale samenwerking tussen bevoegde instanties wordt bevorderd op basis van soft law. Naar het zich thans laat aanzien zal het Groenboek op korte termijn relatief weinig concrete Europese maatregelen opleveren die zullen bijdragen aan de mogelijkheden strooischade in de zuiver binnenlandse situatie te verhalen. Dat neemt niet weg dat dankzij het Groenboek het onderwerp strooischade hoger op de beleidsagenda is komen te staan.

²⁰⁰ Zie Groenboek NL, p. 15-16.

²⁰¹ Zie voor een overzicht van alle reactie op het Groenboek <http://ec.europa.eu/consumers/redresscons/responseGPcollectiveredressen.htm>.

7 Rechtsvergelijkende observaties

7.1 Inleiding

Een volledig rechtsvergelijkend onderzoek naar de wijze waarop in het buitenland met de strooischade problematiek wordt omgegaan, valt buiten het bestek van dit onderzoek. In plaats daarvan geeft dit hoofdstuk een beschrijving van enkele buitenlandse rechtsarrangementen die relevant kunnen zijn voor de aanpak van strooischade in Nederland. Achtereenvolgens komen rechtsarrangementen uit Duitsland (par. 7.2), Engeland en Wales (par. 7.3), Oostenrijk (par. 7.4), Portugal en Denemarken (par. 7.5) en Zweden (par. 7.6) aan bod.

7.2 Duitsland

7.2.1 Cessie van individuele aanspraken

In Duitsland geldt strengere regulering van rechtskundige bijstand dan in Nederland. Die regels hebben onder andere tot gevolg dat belangenorganisaties alleen binnen de grenzen van de wet juridisch advies mogen geven aan individuele benadeelden of als procesgevolmachtigde mogen optreden, en dat het consolideren van individuele claims door deze te cederen aan een belangenorganisatie slechts mogelijk is binnen de grenzen van de wet.²⁰² Onder de oude Rechtsberatungsgesetz gold bovendien dat overdracht ter massa-incasso van individuele vorderingen niet toegestaan was. In 2002 veranderde dat; toen werd aan erkende consumentenorganisaties de bevoegdheid gegeven om als cessionaris ter incasso "im Interesse des Verbraucherschutzes" (onder voorwaarden) in rechte op te treden.²⁰³ Deze mogelijkheid werd door consumentenorganisaties vervolgens gebruikt om zich tot het publiek te richten in specifieke strooischade gevallen en om het op te roepen om vorderingen ter fine van bundeling. In de literatuur is men niet onder de indruk van

²⁰² Zie § 7-8 Rechtsdienstleistungsgesetz 2008, resp. § 79 ZPO. Vgl. Meller-Hannich 2008, p. 14; Mickitz 2007, p. 13.

²⁰³ "Durch dieses Gesetz werden nicht berührt: (8) die außergerichtliche Besorgung von Rechtsangelegenheiten von Verbrauchern und, wenn dies im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist, die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbrauchern durch Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, im Rahmen ihres Aufgabenbereichs" (art. 1 § 3 (8) RBerG). Zie Mickitz en Stadler 2006, p. 1479; Stuyck e.a. 2007, p. 276-277; Kocher 2007, p. 397-398; Schilken 2008, p. 35 e.v.

deze wettelijke mogelijkheid omdat het de barrières bij strooischade als zodanig niet wegneemt.²⁰⁴

Overigens is zeer de vraag of de beperkingen aan cessie lang stand houden. Zo werd onlangs de vraag voorgelegd aan de Duitse rechter of consolidatie van schadevergoedingsclaims van benadeelde afnemers van een Duits cementkartel in een Belgische vennootschap Cartel Damage Claims (CDC) was toegestaan. CDC hanteert namelijk een cessie-constructie gecombineerd met contingency fee, en dat is naar Duits recht niet toegestaan. Vooralsnog lijkt de constructie geoorloofd.²⁰⁵

7.2.2 Verbods- en gebodsactie

Het Duitse recht kent geen algemene collectieve actie vergelijkbaar met het open systeem van artikel 3:305a BW. Het Duitse recht is integendeel gesloten van aard: alleen concreet erkende belangenorganisaties zijn bevoegd om op grond van bepaalde wetsartikelen te ageren. Het Duitse systeem is gebaseerd op het overheidsprerogatief: de overheid bepaalt welke consumentenorganisaties wel en welke niet gerechtigd zijn tot civiel procederen in het algemeen belang.²⁰⁶ Er zijn weliswaar verschillende bijzondere wetsbepalingen die belangenverenigingen bevoegd maken om te procederen in het belang van individuen, maar die bepalingen hebben niet het open karakter dat artikel 3:305a BW heeft.²⁰⁷ De meest generieke van deze specifieke wetten is de Unterlassungsklagengesetz (UKlaG; deels implementatie van Richtlijn 98/27/EG) die gekwalificeerde erkende consumentenorganisaties het recht van collectieve civiele actie toekent in consumentenzaken.²⁰⁸

7.2.3 § 33 en 34a GWB

In de Duitse Mededingingswet, de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), zijn in § 33, 34 en 34a GWB de civielrechtelijke aspecten van overtreding van mededingingsrechtelijke wetsbepalingen geregeld. Die regeling is in 2005 mede naar aanleiding van de Courage-zaak²⁰⁹ aangepast.²¹⁰ § 33(1) GWB bepaalt kort gezegd dat

²⁰⁴ Kocher 2007, p. 399; Micklitz en Stadler 2005, p. 25; Bovendien blijken rechters de mogelijkheid tot consolidatie weinig ruimhartig toe te passen; Micklitz en Stadler 2006, p. 1480.

²⁰⁵ Zie Seeliger 2008, p. 89-90.

²⁰⁶ Zie bijv. § 3 UKlaG, dat voor consumentenorganisaties een lijstensysteem hanteert, terwijl voor beroeps- en brancheorganisaties geen gesloten systeem maar een open norm geldt. Vgl. Baetge 2009, p. 130.

²⁰⁷ Voor een overzicht van deze wetsbepalingen, zie Halfmeier 2006, p. 51 e.v.

²⁰⁸ Baetge 2009, p. 127.

²⁰⁹ HvJ EG 20 September 2001, C-453/99, Jur. [2001] ECR I-6297 (Courage Ltd. v Bernhard Crehan). Daarover bijv. Komninos 2002, p. 460 e.v.; Jones en Beard 2002, p. 246 e.v.; Odudu en Edelman 2002, p. 327 e.v.; Monti 2002, p. 282 e.v.; Wagner 2006a, p. 402 e.v.

concurrenten en andere marktdeelnemers die schade lijden door een overtreding van regels van nationaal of Europees mededingingsrecht, recht hebben om verbod te vragen en om schadevergoeding te vorderen. Die schadevergoedingsvordering is niet langer afhankelijk van de vraag of de overtreding bewust gericht was tegen de benadeelde. Daarmee is verzekerd dat ook de benadeelde afnemer bij een prijskartel gerechtigd is tot schadevergoeding. Bovendien is het *passing-on defence* buiten werking gesteld. Onduidelijk is evenwel welke gevolgen dat heeft voor de positie van middellijk benadeelden zoals indirecte afnemers.²¹¹

§ 33(2) GWB geeft belangenorganisaties die opkomen voor de rechten van concurrenten het recht om een verbodsactie in te stellen in het belang van hun achterban; consumentenorganisaties hebben geen recht hiertoe.²¹² § 33(3) GWB bepaalt dat schadevergoeding niet wordt uitgesloten door het feit dat de zaken of goederen zijn doorverkocht en de schade dus ook (deels) is doorgegeven (het *passing-on defence* wordt dus niet gehonoreerd). Bij het vaststellen van de schadevergoeding mag bovendien de door de inbreuk gemaakte winst worden meegewogen. Wettelijke rente is verschuldigd vanaf de dag van inbreuk (§ 33(4) GWB).

§ 34 GWB geeft de mededingingsautoriteiten de bevoegdheid om winstafracht te vorderen, tenzij de winst al is afgeroomd door de opgelegde boete of door een private actie ex § 34a GWB.²¹³ De winst dient te worden afgedragen aan de Staat. In aansluiting hierop geeft § 34a GWB aan representatieve belangenorganisaties als bedoeld in § 33 (2) GWB de subsidiaire bevoegdheid om afdracht aan de Staat te vorderen van "erlangtes wirtschaftlichen Vorteil".²¹⁴

Oogmerk van de afdrachtplicht is met name het ontmoedigen van het veroorzaken van strooischade (generale preventie), niet het vergoeden ervan.²¹⁵

Van belang is hier nog dat in de Duitse Energiewet een bepaling staat (§ 32 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung EnWG 2005) die vergelijkbaar is met § 33 GWB voor wat betreft overtredingen van energiereguleringsvoorschriften. Bovendien is in § 33 EnWG de bevoegdheid aan de toezichthouder op de energiemarkt gegeven om bij verwijtbare overtreding van de betreffende wet bevel te geven om winst af te

²¹⁰ Keßler 2007, p. 44-45.

²¹¹ Seeliger 2008, p. 78-81.

²¹² Seeliger 2008, p. 84. Rechtvaardiging wordt hierin gevonden dat controle door consumentenorganisaties niet nodig is aangezien er al publiek toezicht op mededinging zou zijn (vgl. Boos 2003, p. 339).

²¹³ Leicht 2009, p. 203-204;

²¹⁴ Leicht 2009, p. 209-210, ziet hier een onderscheid tussen § 34a GWB en § 10 UWG, waarbij de laatstgenoemde bepaling alleen zou zien op afdracht van beoogde winst terwijl de eerste bepaling breder toepasbaar zou zijn vanwege de nadruk op verkregen voordeel. Of dat praktisch veel uitmaakt gezien het opzetvereiste is twijfelachtig.

²¹⁵ Schilken 2008, p. 44-45. Vgl. Hefermehl e.a. 2009, p. 1141, § 10 UWG rdnr. 3.

dragen aan de Staat voor zover deze niet al anderszins is afgeroomd door een geldboete of schadevergoedingsplicht.

Een directe financiële prikkel om over te gaan tot het vorderen van vergoeding van schade of van winstafgifte bestaat er voor belangenorganisaties niet echt. Datzelfde bezwaar kleeft aan § 10 UWG.²¹⁶

7.2.4 Winstafdracht op grond van § 10 UWG

Op grond van § 8 UWG hebben belangenorganisaties van concurrenten en van consumenten de bevoegdheid om verbod en gebod te vorderen terzake van oneerlijke handelspraktijken. In 1994 werd het concurrenten min of meer onmogelijk gemaakt om dergelijke acties in te stellen, tenzij zij direct benadeeld worden door de overtreding.²¹⁷ Op grond van § 9 UWG hebben concurrenten recht op vergoeding van schade die is veroorzaakt door de oneerlijke handelspraktijk. In het verleden werd wel voorgesteld om belangenorganisaties ruim te compenseren voor gemaakte proceskosten, maar dat redresseert natuurlijk niet de schade die het consumentencollectief heeft geleden.²¹⁸ Vandaar dat in 2004 in § 10 UWG een collectieve winstafdracht werd geïntroduceerd. § 10 UWG luidt:

(1) Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

(2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger den Gewinn, so gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) Die Gläubiger haben der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können von der zuständigen Stelle des Bundes Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können.

²¹⁶ Zie bijv. Mickitz en Stadler 2006, p. 1484.

²¹⁷ Vgl. Kocher 2007, p. 356-357.

²¹⁸ Daarover Kocher 2007, p. 401-402.

Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinns beschränkt.

(5) Zuständige Stelle im Sinn der Absätze 2 und 4 ist das Bundesamt für Justiz.

§ 10 UWG geeft aan de erkende belangenorganisaties die ook de verbods- en gebodsactie van § 8 UWG mogen instellen (de “Verbände”) de bevoegdheid om winstafdracht te vorderen bij overtreding van § 3 (verbod van oneerlijke handelspraktijken) of § 7 UWG (bepaalde agressieve handelspraktijken). Oogmerk van de wetgever was om de consequenties van rationele apathie te voorkomen en dus om strooischade te voorkomen.²¹⁹ Vergoeding van benadeelden is niet het doel van de regeling.²²⁰

Belangenorganisaties hebben dus meer bevoegdheden onder § 10 UWG dan onder § 34a GWB. Belangenorganisaties vorderen niet vergoeding van hun eigen schade maar treden op als publieke belangenbehartiger.²²¹ Een succesvolle aansprakelijkstelling leidt niet tot afdracht aan de organisatie zelf, maar aan de staatskas.²²² Belangrijke voorwaarden zijn:

- 1) dat sprake is van opzettelijke overtreding van een specifieke wettelijke bepaling inzake handelspraktijken (§3 of § 7 UWG) en
- 2) dat de winst “zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern” is gemaakt, zodat strooischade er onder valt.²²³ Niet noodzakelijk is dat aangetoond wordt dat consumenten concrete schade lijden in de zin van § 249 BGB (volgens het Nederlandse art. 6:96 e.v. BW).²²⁴ Opmerking verdient overigens dat verwijzing naar “Abnehmer” betekent dat schade aan concurrenten *niet* onder § 10 UWG valt.

Belangrijk hulpmiddel bij de winstafdracht is de plicht van de aangesprokene om informatie te verschaffen en om rekening en verantwoording af te leggen.²²⁵ De belangenorganisatie die de afdracht vordert is op haar beurt tot rekening en verantwoording tegenover de Staat verplicht (zie Abs. 4).

²¹⁹ Kocher 2007, p. 411; Schilken 2008, p. 44-45; Micklitz en Stadler 2003a, p. 92 e.v. hadden in dit verband een ‘bagatelplafond’ van € 25-75 aan schade per persoon voorgesteld.

²²⁰ Hefermehl e.a. 2009, p. 1141, § 10 UWG rdnr. 3.

²²¹ Zie over de juridisch-technische positie van ‘Verbände’ bij § 10 UWG bijv. Kocher 2007, p. 412.

²²² Vgl. Schaumburg 2006, p. 122-123.

²²³ Hefermehl e.a. 2009, p. 1140, § 10 UWG rdnr. 1.

²²⁴ OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, VuR 2007/2, p. 72, onder II-2d.

²²⁵ OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, VuR 2007/2, p. 72, onder II-1; Hefermehl e.a. 2009, p. 1146, § 10 UWG rdnr. 14.

De winstafracht is bekritiseerd omdat deze punitief zou zijn en daarmee niet alleen moeilijk in te passen is in het privaatrechtelijk systeem, maar ook inconstitutioneel zou zijn. Anderen stellen dat de sanctie wel te verdedigen is omdat deze geen publieke sanctie oplevert (ook al vloeit de opbrengst van de actie in de staatskas) en de omvang van de sanctie aansluit bij de winst die de inbreuk op de wettelijk beschermde private belangen van consumenten teweeg heeft gebracht.²²⁶ De afdracht wordt namelijk berekend door de totale omzet door de opzettelijke wetsovertreding vast te stellen en daar de productie- en bedrijfskosten van af te trekken (zie ook § 10 (2) UWG voor aftrek van andere sancties om samenloop te vermijden). Het aldus berekende winstbedrag hoeft weliswaar niet overeen te komen met de schade aan de zijde van de betrokken consumenten, maar er zijn in het Duitse recht meer gevallen waarin niettemin de winst moet worden afgestaan, zo wordt wel gesteld.²²⁷ Die gevallen zijn evenwel anders: daar gaat het om inbreuk op subjectieve rechten (zoals auteursrechten) die leiden tot een winst die de benadeelde ook zou hebben kunnen realiseren. Daarvan is bij § 10 UWG geen sprake en dus lijkt het minder op een abstracte schadeberekening dan waarvan sprake is in die andere gevallen.

De praktische ervaringen met § 10 UWG zijn niet bemoedigend. Dat is niet alleen terug te voeren op het feit dat het financieel belang bij de afgeroomde winst bij de Staat ligt terwijl de procesbevoegdheid aan belangenorganisaties toekomt. De ratio daarvoor is volgens de wetgever gelegen in het feit dat de vorderende instanties overheidssubsidie ontvangen. De kritiek op die redenering is groot: het procesrisico ligt bij de belangenorganisaties, die als onbetaalde 'bounty hunters' voor de Staat de kastanjes uit het vuur zouden moeten halen. Zij hebben geen enkele financiële prikkel om dat risico daadwerkelijk te nemen.²²⁸

Een belangrijk juridisch obstakel is bovendien gelegen in het hiervoor onder 1) genoemde vereiste van opzet. Dat wordt in de rechtspraak vaak restrictief uitgelegd en daarmee wordt een hoge drempel aangelegd. Een voorbeeld daarvan biedt de kwestie van de 'Ortho-med' bedmatrassen. Een bedrijf plaatst in 2004 internetadvertenties voor 'Ortho-med' bedmatrassen met verwijzing naar vergelijkend warenonderzoek van de Stiftung Warentest uit 1998, terwijl zij weet dat meer recent onderzoek voorhanden is en de test bovendien zag op een ander formaat matras. Zij gaat daar mee door ondanks aanmaningen van een belangenorganisatie. Na het verkrijgen van gerechtelijk verbod vordert deze belangenorganisatie winstafracht op

²²⁶ Over e.e.a. Hefermehl e.a. 2009, p. 1140, § 10 UWG rdnr. 2; van Raay 2007, p. 47 e.v.; Kocher 2007, p. 406-407.

²²⁷ Bijv. de Dreifache Schadensberechnung, daarover bijv. Linssen 2001,

²²⁸ Schaumburg 2006, p. 123; Neuberger 2006, p. 119.

grond van § 10 UWG en zij stelt dus dat de wetsovertreding opzettelijk was. De adverteerder betwist dit. LG Heilbronn wijst de vordering af omdat opzet vereist dat de overtreder weet dat hij de wet overtreedt en zijn wil daarop gericht is. Van 'bedingter Vorsatz' is volgens het LG Heilbronn alleen sprake als de overtreder de verwezenlijking van wetsovertreding voor mogelijk heeft gehouden en deze mogelijkheid op de koop toe genomen heeft. Daarvan was hier het bewijs door de belangenorganisatie niet geleverd.²²⁹ In appel werd door het OLG Stuttgart een minder strenge maatstaf aangelegd, die wél tot winstaftocht leidde: 'bedingt vorsätzlich' handelt diegene die zijn handelspraktijken in strijd met de wet voortzet hoewel hij op grond van de hem bekende feiten niet kan uitsluiten dat zijn handelspraktijk oneerlijk is.²³⁰ De interpretatie van het OLG Stuttgart zorgt ervoor dat vorderingen tot winstaftocht dichter in de buurt komen bij de eisen die gesteld worden aan de schadevergoedingsvordering van concurrenten op grond van § 9 en § 8 (3) (1) UWG.

7.2.5 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz 2005

Sinds 2001 liggen duizenden individuele schadeclaims ter beslechting voor bij het OLG Frankfurt in de Deutsche Telekom-zaak. In die zaak claimen teleurgestelde beleggers schadevergoeding voor beweerdelijk begane fouten bij het opstellen van jaarcijfers. Deze vloed aan claims heeft de wetgever ertoe gebracht een gelegenheidswet in te voeren, de Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG 2005). De KapMuG is een experimentele wet voor een specifiek probleem (massaschade in effectenzaken) met een horizonbepaling die expireert op 1 november 2010.²³¹

De KapMuG geeft de mogelijkheid om verschillende individuele procedures in effectenzaken aan elkaar te verbinden voor een beslissing op gemeenschappelijke aspecten. Die beslissing vindt dan plaats in een modelprocedure, waarbij in één of een klein aantal van de zaken als 'model' voor de andere zaken wordt doorgeprocedeerd. Onderwerp van de modelprocedure kunnen alleen de gemeenschappelijke kwesties zijn, waarbij gedacht kan worden aan de vaststelling van feiten (Wat stond er in de jaarrekening?, Wie was daar verantwoordelijk voor?) en de juridische kwalificatie (Was de jaarrekening misleidend?). Wat dat laatste betreft kan worden gezegd dat uitdrukkelijk doel van de wet is om 'vage normen' die toepassing en uitwerking behoeven eenduidig en voor alle betrokkenen gelijkloidend te concretiseren.²³² De

²²⁹ LG Heilbronn 23-2-2006, 23 O 136/05 KfH, VuR 2007/2, p. 73; daarover Seeliger 2008, p. 91-92. Een vergelijkbaar hoge drempel was al eerder opgeworpen door LG Bonn 12-5-2005, GRUR-RR 2006, p. 111.

²³⁰ OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, VuR 2007/2, p. 70.

²³¹ Par. 20 KapMuG. Zie Baetge 2009, p. 127.

²³² Kocher 2007, p. 393.

vaststelling van individuele rechten op schadevergoeding (schade, causaal verband) kan niet in de modelprocedure plaatsvinden.

De gang van zaken bij de modelprocedure is kort gezegd als volgt.²³³

- Een procederende partij in eerste aanleg die meent dat zijn zaak niet uniek is en de beslissing op bepaalde punten van belang is voor andere, vergelijkbare procedures, verzoekt de rechter in eerste aanleg om een modelprocedure toe te staan.
- De rechter in eerste aanleg wijst het verzoek toe of af. Relevant is bijvoorbeeld of de zaak gemeenschappelijke vraagstukken betreft of niet.
- Afwijzing is appelabel, toewijzing niet. Toewijzing van het verzoek leidt in de originele procedure tot een interlocutoire procedure, in afwachting waarvan de originele procedure opgeschort wordt. De modelprocedure wordt doorgezet als binnen vier maanden na het oorspronkelijke verzoek nog negen andere gelijkgerichte verzoeken worden gedaan door andere partijen.
- Als de rechter in eerste aanleg het verzoek toewijst, wordt een 'modelregister' geopend. Daarin kunnen andere procederende partijen zich laten bijschrijven. De einduitspraak in het modelproces is bindend voor alle ingeschrevenen en zij moeten ook bijdragen in eventuele kosten van deskundigen als de uitspraak in hun nadeel uitpakt. Eenmaal ingeschreven kan men zich aan die plicht niet meer onttrekken door zich weer uit te schrijven.
- De rechter van eerste aanleg wijst de 'modelpartijen' aan en formuleert vervolgens de vragen die in de modelprocedure beantwoord moeten worden. Hij bepaalt daarbij het doel van de procedure, de door de verzoekende partij voorgestelde bewijsmiddelen en een korte weergave van de stellingen en verweren in de oorspronkelijke procedure.
- De modelprocedure wordt voorgelegd aan het bevoegde OLG. De beslissing van de rechter van eerste aanleg om de modelprocedure voor te leggen, is bindend voor het OLG. Het OLG voert de modelprocedure uit.
- Alle partijen die in het modelregister staan, worden 'uitgenodigd' om deel te nemen aan de modelprocedure, veelal aan de zijde van de eisende modelpartij.²³⁴ Dat klinkt vriendelijker dan de 'Beiladung' juridisch gezien is. De 'Beiladung' leidt er namelijk weliswaar niet toe dat de uitgenodigde partijen gevoegd worden als eiser - hun positie lijkt meer op die van belanghebbenden die argumenten en verweren kunnen inbrengen en verfijning van de vraagstelling kunnen opwerpen voor zover dat niet strijdt met de positie van de partij aan wiens zijde zij 'uitgenodigd' zijn²³⁵ - maar zij zijn uiteindelijk wél gebonden aan de uitkomst van de modelprocedure, zelfs als zij hun vordering in de hoofdprocedure zouden staken.²³⁶ Die 'dwang' geldt ook voor de

²³³ Zie voor uiteenzetting van de KapMuG bijv. Kocher 2007, p. 391 ev.

²³⁴ Vorwerk en Wolf 2007, p. 124-125.

²³⁵ Par. 13 (1) KapMuG.

²³⁶ Sommige auteurs menen dat deze binding in strijd is met de Duitse grondwet; zie de discussie bij Kocher 2007, p. 394.

modelpartijen: als zij schikken of hun hoofdzaak beëindigen, gaat de modelprocedure gewoon door.²³⁷

- De uitspraak in de modelprocedure heeft werking voor en jegens de modelpartijen, de geregistreerde 'uitgenodigden' én alle gerechten van eerste aanleg waar de hoofdprocedures gevoerd worden.²³⁸ Tegen de uitspraak in de modelprocedure is beroep bij het BGH mogelijk. Zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, kunnen de oorspronkelijke procedures worden hervat (bijvoorbeeld om schadevergoedingsaanspraken vast te stellen indien de modelprocedure tot aansprakelijkheid van de effecten-uitgevende instelling heeft geleid).

De resultaten van de wet zijn niet bijzonder bemoedigend.²³⁹ De wet heeft niet geleid tot versnelling van de procedure. In de DT-zaak is op dit moment (juli 09) nog steeds geen modeluitspraak gewezen. Aan de wet kleeft een aantal problematische kenmerken. Zo is bijvoorbeeld problematisch dat de kosten van de modelprocedure kort gezegd deelschulden van elk van de partijen en 'Beigeladene' opleveren: een winnende partij c.q. de deelstaat die de kosten voorschiet moet dus bij een massaschadezaak élk van de betrokkenen individueel voor een deelvergoeding aanspreken.²⁴⁰ Ook is problematisch dat de advocaten van de modelpartijen geen extra vergoeding krijgen voor het voeren van de modelprocedure,²⁴¹ zodat er geen financiële prikkel is om tot de modelprocedure over te gaan. Daar komt bij dat advocatentarieven in Duitsland streng gereguleerd zijn en er dus ook overigens geen financiële prikkel voor advocaten kan bestaan om tot de modelprocedure over te gaan.

7.3 *Engeland en Wales*

7.3.1 Algemeen

Individuen kunnen niet in civilibus optreden in het algemeen belang²⁴² en evenmin kunnen zij schadevergoeding vorderen voor groepen benadeelden die niet in de procedure betrokken zijn. Engels recht gaat daarmee principieel uit van een opt-insysteem van meerpartijenprocedures. In Engeland en Wales worden vier vormen onderscheiden:²⁴³ test cases, consolidation of claims, representative action en Group Litigation Order.

²³⁷ Par. 11 KapMuG.

²³⁸ Par. 16 KapMuG.

²³⁹ Kritisch bijv. ook al Mickitz en Stadler 2006, p. 1487 e.v.

²⁴⁰ Par. 8 KapMuG.

²⁴¹ Zie § 15 (5) jo. § 16 (15) Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Vgl. Kocher 2007, p. 392-393.

²⁴² *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1978] A.C. 435 (HL); vgl. Kocher 2007, p. 169 e.v.

²⁴³ Daarnaast is er de mogelijkheid van benadeelden om als joint plaintiff op te treden.

Test cases zijn modelprocedures, maar zijn nauwelijks geregeld. Deze hebben geen kracht van gewijsde voor niet-betrokken partijen, wel een lichte precedentwaarde.²⁴⁴

Consolidation is een voeging van procedures op grond van een discretionaire bevoegdheid van de rechter daartoe; nadeel is dat het aantal procespartijen toeneemt en de procedure vertraagt en kostbaar maakt.²⁴⁵

De representative action is ontwikkeld in rechtspraak, maar is inmiddels neergelegd in CPR 19.6 (Civil Procedure Rules (CPR 1999)). De action begint met het initiatief van een zelfbenoemde vertegenwoordiger.²⁴⁶ De uitspraak is bindend voor derden, ongeacht of ze in de procedure betrokken waren. De representatie action is alleen van toepassing als derden een identiek belang hebben in de zaak, en dat vereiste wordt zeer eng uitgelegd.²⁴⁷ Niet voldoende is dat derden een vergelijkbare of identieke rechtsverhouding met de wederpartij hebben, het moet *dezelfde* rechtsverhouding zijn. Om die reden zal dit instrument zelden ingezet kunnen worden voor consolidatie van strooischadeclaims.

Dan de belangrijkste vorm van consolidatie, de Group Litigation Order. De Engelse Civil Procedure Rules (CPR 1999) geven een mogelijkheid tot een Group Litigation Order (GLO) als er gemeenschappelijke of verwante feitelijke vragen of rechtsvragen beantwoord moeten worden in vergelijkbare rechtszaken.

Met het instellen van de GLO worden de individuele claims via 'opt-in' onderdeel van een grotere, centraal geleide procedure indien de claims worden bijgeschreven in het GLO Register. Conceptueel gezien heeft de GLO sterke kaarten omdat in theorie in één klap de doorslaggevende (rechts)vragen beantwoord kunnen worden voor alle (ingeschreven) benadeelden.²⁴⁸ Sterk en zwak tegelijk aan de GLO is de flexibiliteit van de procesregels; de GLO is vooral een procesrechtelijk regie-instrument die de aangewezen judge tot regisseur van 'case management conferences' maakt en elke zweem van lijdelijkheid verbant.²⁴⁹

Bij de GLO wordt het beeld opgeroepen van een actieve rechter in een regisseursrol: de rechter kan op verzoek of ambtshalve een GLO uitvaardigen en hij maakt zichzelf

²⁴⁴ Civil Justice Council 2008, p. 72-73.

²⁴⁵ Zie Andrews 2001, p. 263 e.v. voor een overzicht van de voor en nadelen van een representative action.

²⁴⁶ Andrews 2001, p. 251.

²⁴⁷ Civil Justice Council 2008, p. 71; Kocher 2007, p. 197-198.

²⁴⁸ Voorbeelden van dergelijke vragen zijn: "kan groeihormoon x de ziekte van Creutzfeld-Jacob veroorzaken", "heeft McDonalds de koffie op te hoge temperatuur verstrekt?". Vgl. Kocher 2007, p. 206-207.

²⁴⁹ Bijv. Hodges 2008, p. 53 e.v.

daarmee exclusief bevoegd om het massaschadegeval te behandelen. Er wordt een GLO-register bijgehouden waar men zich kan inschrijven (*opt-in* dus) en er wordt een lead solicitor aangewezen.²⁵⁰

De GLO is nauwelijks geregeld in de CPR. De weinig omlijnde criteria geven de rechter veel ruimte om te beslissen tot het al dan niet tot het uitvaardigen van de GLO. Er moet sprake zijn van 'a number of claims giving rise to common or related issues of fact or law' en overwegingen van proceseconomie (p. 44).²⁵¹ Een uitgevaardigd GLO heeft gevolgen voor degenen die zijn ingeschreven in het register, waaronder het res judicata effect. Daarmee is de GLO, eigenlijk een geavanceerde voeging van aangebrachte zaken.²⁵²

Veel wordt aan de bevoegdheid van de 'managing court' overgelaten, hetgeen op voorhand onzekerheid schept. Uit de geconsolideerde zaken *kan* een test case worden gekozen, de rechter *kan* de kosten verdelen onder alle ingeschreven (p. 47-48). In beginsel moeten zij delen in de 'common costs' gemaakt tot het moment dat zij uitstappen; bij later instappen moeten ze alsnog delen in de al gemaakte gemeenschappelijke kosten.²⁵³ De benoeming van de lead solicitor en zijn taken zijn nauwelijks wettelijk geregeld.²⁵⁴

In de praktijk is de GLO weinig succesvol.²⁵⁵ Zij wordt alleen toegepast bij substantiële claims. Zij leidt tot een vergelijkbare stroperige meerpartijenprocedure als bij de modelprocedure onder de KapMuG. Vrijwel alle aangebrachte GLO-zaken worden gekenmerkt door de enorme advocatenkosten; dat is echter niet uitsluitend terug te voeren op het model van de GLO maar ook op de gebrekkige werking van de Engelse markt van juridische diensten.²⁵⁶

²⁵⁰ Voordat een verzoek tot een GLO wordt ingediend, vindt een voortraject plaats via het Multi Party Action Information Service (MPA Service); Practice Direction 19b - Group Litigation, § 2.1. Dit is een instituut van zelfregulering van de Law Society, dat als informatiezuil werkt voor potentiële cliënten.

²⁵¹ Zie CPR Part 19.10 en 19.11.

²⁵² Tzankova 2007, p. 148.

²⁵³ Dit vergt overigens een helder onderscheid tussen wat gemeenschappelijke en individuele kosten zijn. Dat ontbreekt nogal eens; vgl. Tzankova, a.w. Zie CPR Part 48.6A (6) en (7); ook hier heeft de 'managing judge' veel vrijheid, hij kan - 'may' - beslissen dat in- en uitstappers in de gemene kosten moeten delen.

²⁵⁴ Als het evenwel om een geval van gefinancierde rechtshulp gaat, bepaalt de Community Legal Service (CLS) wie als solicitor optreedt en daarvoor is dan weer inschrijving bij het Multi-Party Action Solicitors' Panel vereist. Dat panel hanteert kwaliteitscriteria die bijvoorbeeld de administratieve ervaring van de solicitor met het managen van massaschadezaken moeten borgen. Zie Multi-Party Action Arrangements 2000 van de Legal Services Commission.

²⁵⁵ Hodges 2008, p. 53 e.v.

²⁵⁶ Momenteel wordt onder leiding van Lord Justice Jackson onderzoek gedaan naar mogelijke hervorming van het Engelse systeem van proceskostenvergoeding.

7.3.2 Handhaving van mededingingsrecht

Benadeelden van overtredingen van het mededingingsrecht kunnen op grond van section 47a Competition Act 1998 een 'follow on'-schadevergoedingsvordering indienen bij de Competition Appeal Tribunal (CAT). Daarop voortbouwend geeft section 47b Competition Act 1998²⁵⁷ aan 'aangewezen organisaties' het recht om schadevergoedingsclaims van twee of meer concrete consumenten in te dienen bij de CAT. De Consumers' Association is tot op heden als enige organisatie aangewezen als bevoegde organisatie.²⁵⁸ De claims kunnen alleen als follow-on claim worden ingediend, dat wil zeggen als de EC, de OFT of een sectorale toezichthouder onherroepelijk een mededingingsrechtelijke inbreuk hebben vastgesteld.²⁵⁹

De 'representative claims' kunnen alleen geconsolideerd ingesteld worden als het dezelfde inbreuk betreft, de consumenten hebben toegestemd (opt-in dus) en het inbreuken betreft terzake van goederen of diensten die deze consumenten als zodanig hebben gekocht of wilden aankopen.²⁶⁰ Als de CAT de eis toewijst, krijgen de consumenten rechtstreeks vergoeding. De bemiddelende organisatie krijgt zelf de vergoeding als duidelijk is dat de consumenten deze als ontvanger hebben aangewezen en de gelden apart geadministreerd blijven.

Er is slechts één voorbeeld van een claim op grond van s. 47B Competition Act 1998, namelijk *Consumers' Association vs. JJB Sports plc*.²⁶¹ In deze zaak ging het om een prijskartel tussen producenten en verkopers van replica voetbalshirts. Negen ondernemingen werden schuldig bevonden door de OFT en in 2003 beboet voor deelname aan het kartel. Een van de deelnemers, JJB Sports, ging hiervan in appel bij de CAT en de Court of Appeal, zodat de overtreding en boete pas kracht van gewijsde kregen in 2007. Bij het onderzoek en de beboeting werd geen informatie verzameld door de OFT over de omvang van de gemaakte winst of de prijsverhoging voor consumenten die het gevolg was van het kartel.

De OFT had uitgebreid de publiciteit gezocht en een van de karteldeelnemers, JJB Sports, ging er vrijwillig toe over om alle bezitters van een desbetreffend shirt aan te bieden om hun shirt in te ruilen voor een nieuw shirt en een koffiebeker (nieuwwaarde

²⁵⁷ Ingevoerd per 20 juni 2003 met invoering van de Enterprise Act 2002.

²⁵⁸ Zie de Specified Body (Consumer Claims) Order 2005.

²⁵⁹ Hodges 2008, p. 23.

²⁶⁰ Dayagi-Epstein 2006, p. 218-219.

²⁶¹ Case no. 1078/7/9/07. Uitgebreid daarover Hodges 2008, p. 24 e.v.

GBP 25). Dit aanbod werd uitgebreid geadverteerd en zo'n 16.000 consumenten maakten er gebruik van.

Consumers' Association *Which?* meende echter dat zo'n 2 miljoen kopers van een shirt zo'n GBP 15 tot 20 benadeeld waren en ging daarom over tot het indienen van een schadeclaim op grond van section 47B van de Enterprise Act 2002. De Consumers' Association begon een mediacampagne en het resultaat van deze advertenties was dat 130 consumenten voor 'opt-in' kozen. De Consumers' Association had voor wat betreft de juridische bijstand een veiling van de massaclaim opgezet op basis van een 100% Conditional Fee Agreement.

Problematisch aan de claim was dat consumenten met aankoopbewijzen van het shirt moesten aantonen dat zij daadwerkelijk benadeeld waren; velen hadden dit aankoopbewijs niet meer. Ook was problematisch dat JJB ontkende dat consumenten schade hadden geleden en dat voor de bepaling van de omvang van de genoten winst en de geleden schade deskundigenbewijs nodig was. Dit vergaren van bewijs was bijzonder kostbaar.

De zaak is echter nooit inhoudelijk behandeld, want partijen zijn door tussenkomst van een mediator in januari 2008 tot een schikking gekomen. Die schikking hield in:

- dat benadeelde consumenten (zowel degenen die via opt-in waren toegetreden als anderen die zich alsnog zouden melden) tegen overlegging van ofwel hun shirt of aankoopbewijs GBP 20 zouden ontvangen;
- dat benadeelden die al eerder gebruik hadden gemaakt van het vrijwillige aanbod alsnog GBP 5 zouden kunnen vorderen;
- dat JJB Sports de redelijke kosten (onder andere van rechtsbijstand) zou vergoeden aan de Consumers' Association.

JJB Sports heeft op grond hiervan 'slechts' GBP 18.000 uitgekeerd aan consumenten. Over de afspraak over de vergoeding van de 'redelijke kosten' ontstond vervolgens onenigheid: de Consumers' Association vorderde kennelijk een hoog (maar niet openbaar gemaakt) bedrag aan kosten van rechtsbijstand en advertenties (om consumenten te activeren) door haar twee solicitors. JJB Sports verweerde zich met de stelling dat de Consumers' Association niet direct wilde schikken, dat de tarieven ten onrechte "City rates" betreffen en dat als bovendien de vertegenwoordigde consumenten elk afzonderlijk geclaimd hadden in een zogenaamde small claims procedure, zij helemaal geen kosten van rechtsbijstand hadden geclaimd. De CAT

heeft het kostengeschild onlangs als te ingewikkeld doorverwezen naar de *Supreme Court Costs Office*.²⁶² Opmerking verdient dat de CAT geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de kosten van juridische bijstand omdat het tot een buitengerechtelijke schikking is gekomen.

De zaak van JJB Sports illustreert hoe een strooischade-kwestie kan verzanden:

- het vrijwillige bod van JJB Sports trok veel meer belangstelling dan het wettelijke afwikkelingssysteem en het schikkingsresultaat;
- van de geschatte 2 miljoen benadeelden heeft slechts een fractie vergoeding gevraagd c.q. gekregen;
- de juridische kosten zijn – hoewel daarover nog geen exacte cijfers openbaar zijn gemaakt – relatief hoog. Wat dit betreft kent de getroffen schikking een ongelukkig open einde, maar ook is ongelukkig dat onderzoek naar omvang van winst en consumentenschade niet al in een eerder stadium door de OFT zelf is gedaan waardoor die informatie niet alsnog bij elkaar gezocht had hoeven worden.

7.3.3 Handhaving van consumentenrecht

Op grond van de Enterprise Act (Part 8) zijn de Office of Fair Trading (OFT), de Trading Standards Authorities, sectorale toezichthouders en andere 'aangewezen handhavende organisaties' belast met publieke handhaving van het consumentenrecht.²⁶³ Die handhaving vindt onder andere plaats met het verzoek om een gerechtelijke *enforcement order*, waarbij een ondernemer gedragingen verboden of geboden worden en waarbij eventueel publicatie bevolen wordt.²⁶⁴ Niet-naleving van de *order* levert *contempt of court* op, en daar staan boetes of vrijheidsstraffen op. Interessant is dat niet alleen overheidslichamen als toezichthouder aangewezen kunnen worden, maar ook private belangenorganisaties.²⁶⁵ De buitenlandse organisaties die op de Europese lijst als bedoeld in richtlijn 98/27/EG staan, zijn ook

²⁶² Zie Judgment on Assessment of Costs (Competition Appeal Tribunal [2009] CAT 2 per Lord Carlile of Berriew QC d.d. 30 januari 2009).

²⁶³ Part 8 Enterprise Act vervangt Part III van de Fair Trading Act 1973 en de Stop Now Orders (EC Directive) Regulations 2001.

²⁶⁴ De OFT gebruikt daarnaast de 'undertaking', de plechtige belofte van de overtreder dat deze zijn leven zal beteren. Deze beloften worden gepubliceerd zodat een zeker naming and shaming effect bereikt kan worden bij niet-naleving. Zie o.a. Kocher 2007, p. 215. Zie ook artikel 2.23 Whc, dat deze figuur heeft overgenomen (toezegging); daarover uitgebreider hiervoor par. 5.5.3.

²⁶⁵ Howells en Weatherill 2005, p. 597-598. Zie voor de voorwaarden voor aanwijzing Designation as an enforcer for part 8 of the Enterprise Act 2002: Guidance for private bodies seeking a designation under section 213.

bevoegd bij intracommunautaire inbreuken. De advocatenkosten zijn vaak het struikelblok voor private organisaties.²⁶⁶

De enforcement order is een gerechtelijk verbod of gebod dat nog het beste vergeleken kan worden met een administratiefrechtelijke variant van art. 3:305d BW voor handhaving van consumentenrecht. Het is geen instrument voor individuele acties of compensatie en het heeft geen nadelige gevolgen voor individuele claims. De OFT publiceert op zijn website de afgekondigde orders.

Een voorbeeld van een zaak waarin OFT strooischade aanpakt betreft 'bank charges'. Veel Engelse banken reken(d)en een bedrag aan klanten die zonder toestemming rood staan op hun bankrekening (tot zo'n GBP 38). De OFT stelt zich op het standpunt dat de bankvoorwaarden die deze bevoegdheid geven 1) een algemene voorwaarde zijn in de zin van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en 2) in strijd zijn met de (geïmplementeerde regels van de) Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Veel banken zijn al vrijwillig tot restitutie overgegaan, maar besloten is dat de zaak bij wijze van proefprocedure tussen OFT en de banken aan de rechter wordt voorgelegd.²⁶⁷ De inzet is groot: restitutie van vele miljarden ponden aan geïnde bedragen over de afgelopen zes jaren (in verband met verjaring).

In afwachting van de uitkomst van de proefprocedure zijn vele duizenden individuele zaken aangehouden en wachten ongeveer één miljoen rekeninghouders die hun banken om restitutie hebben gevraagd op een definitieve uitspraak. Op 26 februari 2009 besliste de Court of Appeal dat de 'bank charges' inderdaad op redelijkheid te toetsen zijn en dat geen sprake is van een kernbeding.²⁶⁸ Van deze uitspraak is inmiddels appel bij de House of Lords ingesteld²⁶⁹; hierna volgt de inhoudelijke beslissing van de OFT of sprake is van een oneerlijk (boete)beding.

7.3.4 De super-complaint

Op grond van de Enterprise Act 2002 kunnen consumentenorganisaties aan de Secretary of State verzoeken om aangewezen te worden als toegelaten organisatie die "super-complaints" kan instellen bij de Office of Fair Trading (OFT). Een dergelijke

²⁶⁶ Kocher 2007, p. 219.

²⁶⁷ In afwachting daarvan zijn veel individuele zaken stilgelegd; opmerking verdient dat als vaststaat dat de charges ten onrechte in rekening zijn gebracht, de ss. 382 en 383 van de Financial Services and Markets Act 2000 aan de FSA de bevoegdheid geven om terugbetaling op te dragen. Vgl. Hodges 2008, p. 65-66.

²⁶⁸ Abbey National plc and others vs. OFT [2009] EWCA Civ 116.

²⁶⁹ Zie voor een overzicht van deze zaak

<http://www.moneymadeclear.fsa.gov.uk/news/product/unauthorisedoverdraftchargetestcase.html>.

superklacht kan gaan over falende markten of over het gedrag van bepaalde spelers op die markten gaan die schadelijk zijn voor consumentenbelangen.²⁷⁰

Doel van de bevoegdheid om superklachten in te dienen is om de belangen van consumenten bij eerlijke mededinging te versterken, aangezien individuele consumenten niet de mogelijkheden hebben om te beoordelen óf van marktfalen of –misbruik sprake is. De bevoegdheid tot het indienen van superklachten komt naast de gewone mogelijkheid van elke organisatie om gewone klachten in te dienen. Voordeel van de superklacht is de bijzondere status: de OFT moet binnen een termijn van 90 dagen reageren c.q. actie ondernemen. Opties voor de OFT zijn om de superklacht af te wijzen, een marktstudie uit te voeren, de zaak voor een officieel onderzoek te verwijzen naar de Competition Authority, of handhavend op te treden. Aangewezen organisaties zijn o.a. de Consumers' Association, National Consumer Council, Energywatch en Postwatch (samen thans: Consumer Focus).²⁷¹

De superklacht kan niet direct dienen tot het herstel van aangerichte strooischade, maar geeft mogelijk wel een oplossing voor het onderliggende probleem van rationele apathie aangezien het consumentenorganisaties min of meer macht geeft om de overheidsagenda te bepalen en om overheidsactie af te dwingen.

7.4 *Bijzondere financiering: Oostenrijk*

In Oostenrijk treffen we een interessante wijze van collectivering van strooischadeclaims aan, die juridisch gezien niet heel erg bijzonder is, maar wel redelijke resultaten weet te boeken. Er is sprake van een zeer actieve consumentenorganisatie, de Verein für Konsumenteninformation (VKI), die met ruim € 500.000 per jaar door het *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* wordt gesubsidieerd om te procederen. Het Bundesministerium roept consumenten veelvuldig op om hun strooischadeclaims in te dienen bij de VKI. Die claims kunnen geconsolideerd ingediend worden (objektive Klagenhäufung) als deze aan de VKI zijn overgedragen.²⁷² Hoewel dat nauwelijks een procesrechtelijke innovatie genoemd kan worden, heeft dit systeem toch wel enig succes. Dat is op twee factoren terug te voeren. Allereerst is er de afspraak tussen het Bundesministerium en VKI, inhoudende dat het ministerie tegen betaling opdracht kan geven aan VKI om

²⁷⁰ Dayagi-Epstein 2006, p. 212.

²⁷¹ Zie voor de voorwaarden voor aanwijzing Guidance for bodies seeking designation as super-complainants.

²⁷² Zie § 227 ÖZPO. Voor claims die overgedragen zijn aan een consumentenorganisatie, geldt niet de appelgrens die voor individuen geldt, zodat ze evt. tot het OGH uitgeprocedeerd kunnen worden. Zie § 502 (5) ÖZPO; vgl. Micklitz 2008, p. 1 e.v., nr. 1.1.3.

consumentenacties in te stellen.²⁷³ In zekere zin is de Staat dus de financiële motor achter verhaal van strooischade.

In de tweede plaats is er in Oostenrijk het veelgebruikte instrument van *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, een contingency fee-procesfinanciering door verzekeraars. De verzekeraar neemt daarbij het proceskostenrisico over – de consument loopt dus geen enkel financieel risico – en in ruil daarvoor krijgt de verzekeraar 30-40% van de opbrengst als de zaak wordt gewonnen. Een voorbeeld hiervan is de Salmonella-zaak, waar het een groep pakketreizigers betrof die op vakantiebestemming salmonellavergiftiging opliepen. De reisorganisatie weigerde te vergoeden omdat de schuld bij een hulppersoon zou liggen. Het *Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz* gaf opdracht aan de VKI om de claims van de benadeelden te verzamelen. De rechtsbijstandverzekeraars van vier individuele benadeelden sloten zich ook aan. In totaal werd door de VKI voor 37 personen in totaal ongeveer € 55.000 (voornamelijk smartengeld en vergoeding van vergane vakantievreugde) gevorderd en in eerste aanleg gekregen²⁷⁴; de proceskosten bedroegen ongeveer € 60.000. Ter vergelijking: een benadeelde partij die koos voor een individuele claim, vorderde € 3.000. Zijn claim werd in eerste aanleg afgewezen en de appelrechter vernietigde en verwees terug. De proceskosten bleken tot dan al € 11.000 te bedragen, drie keer de inzet.

Het consolideren van de claims leidt dus tot relatief lagere proceskosten. Het leidt ook tot betere verzekeringsmogelijkheden: hoe groter het verzekerde bedrag, des te lager de premie in relatieve zin. Voor de Staat zijn echter wel kosten gemoeid met het systeem: de subsidiëring en opdrachtverlening aan de VKI.²⁷⁵

7.5 Opt-outvergoedingssysteem voor strooischade: Portugal en Denemarken

Portugal en Denemarken hebben een 'echt' opt-outvergoedingssysteem dat in potentie belangrijk is voor strooischade. Veel ervaring met deze instrumenten is nog niet opgedaan. De Portugese grondwet waarborgt een zogenaamde 'acção popular', die niet beperkt is tot consumenten- of mededingingszaken. De wet van 1995 die uitvoering geeft aan deze 'acção popular' komt er kort gezegd op neer dat deze actie kan worden ingesteld door erkende consumentenorganisaties.²⁷⁶ De procedure kent

²⁷³ Micklitz 2008, p. 27-28. Van de 250 zaken die op deze wijze zijn aangebracht, werd meer dan 90% gewonnen. Zie ook Annex 'Bericht über die Klagstätigkeit 2007' (BMSK) bij Micklitz 2008, p. 43 e.v.

²⁷⁴ BGHS Wien 29.8.2008, 14 C 1162/05t-14 C 2043/05a.

²⁷⁵ Micklitz 2008, p. 29. Zie Hodges 2008, p. 48, voor een indicatie van de kosten van subsidiëring in Oostenrijk (na Luxemburg de hoogste subsidies!).

²⁷⁶ Wet 83/95 van 31 Augustus 1995. Zie Antunes 2007, p. 6.

een minder formele rechtsgang en lagere griffiekosten dan bij individuele zaken, en het is niet nodig om gedetailleerd bewijs op individueel niveau van schade en personalia van benadeelden bij elkaar te brengen.²⁷⁷ Onzeker is hoe schadebegroting en –verdeling werkt in geval van een ‘acção popular’. De wet maakt onderscheid tussen bekende benadeelden en onbekende benadeelden. Bij de eerste categorie is het ‘gewone’ schadevergoedingsrecht het beoordelingskader, terwijl bij de tweede groep kennelijk een *cy pres* methode is toegestaan. Hoe dit praktisch moet uitwerken is onbekend.²⁷⁸

Individuele benadeelden hebben het recht van opt-out.²⁷⁹ De rechter speelt een actieve rol in het verzamelen van informatie.²⁸⁰ Bovendien heeft de rechter ruime bevoegdheden, bijvoorbeeld om kansloze zaken in een vroeg stadium af te wijzen.²⁸¹ Het openbaar ministerie houdt toezicht op de voortgang van de zaak.²⁸² De griffiekosten kunnen de klagende organisatie bij verlies tot maximaal 50% worden kwijtgescholden; de gedaagde moet de kosten ongeacht de uitkomst van de zaak geheel betalen.²⁸³ Voor het overige hanteert Portugal ‘the American rule’: elke partij draagt de eigen proceskosten.²⁸⁴ Dat zou een sterke prikkel kunnen opleveren tot het instellen van de ‘acção popular’, maar in werkelijkheid wordt er nog maar weinig gebruik van gemaakt. Oorzaken hiervan zijn niet duidelijk. Sommigen wijten het aan het feit dat geen resultaatsafhankelijke beloning mogelijk is en dat de claimbereidheid in de Portugese maatschappij nog onderontwikkeld is.²⁸⁵ Anderen geven aan dat er maar weinig consumentenorganisaties in Portugal zijn en dat de grootste organisatie te weinig middelen heeft om deze acties te bekostigen, terwijl de beschikbare alternatieve geschilbeslechtingswegen relatief sneller en goedkoper zijn.²⁸⁶ Wel lijkt het dreigen met het instellen van de actie langzaamaan een effectief middel te zijn om tot aanvaardbare schikkingen te komen.²⁸⁷ Of de ‘acção popular’ daarmee ook een instrument kan zijn om strooischade aan te pakken is zeer de vraag, want primaire inzet van de procedure tot op heden is het schadeloosstellen van individuen en onduidelijk is wat de rechter doet als de identiteit van de benadeelden moeilijk is vast te stellen.²⁸⁸

²⁷⁷ Tortell 2008, p. 5.

²⁷⁸ Uitgebreid hierover Antunes 2007, p. 26-27.

²⁷⁹ Artikel 15 Wet 83/95 van 31 Augustus 1995; zie Vilça e.a. 2004, p. 4.

²⁸⁰ Art. 17 Wet 83/95 van 31 Augustus 1995.

²⁸¹ Art. 13 Wet 83/95 van 31 Augustus 1995; zie Tortell 2008, p. 21 ; Antunes 2007, p. 11.

²⁸² Zie nader Antunes 2007, p. 11.

²⁸³ Tortell 2008, p. 6.

²⁸⁴ Antunes 2007, p. 14.

²⁸⁵ Antunes 2007, p. 20.

²⁸⁶ Tortell 2008, p. 3.

²⁸⁷ Tortell 2008, p. 20-21.

²⁸⁸ Consulting en Economics 2008, p. 97.

De per 1 januari 2008 in Denemarken ingevoerde groepsactie Gruppessøgsmål is ook belangrijk om hier te noemen.²⁸⁹ De Gruppessøgsmål kan worden gevorderd als individuele benadeelden op feitelijke en juridische gronden dezelfde vorderingen hebben, de Deense rechter bevoegd is, de rechter oordeelt dat collectieve afwikkeling de beste manier is om de zaak af te wikkelen, en het mogelijk is om de groep te identificeren en op de hoogte te stellen (al dan niet via de media).²⁹⁰ Er zijn twee vormen van Gruppessøgsmål, de opt-in en de opt-out variant. In beginsel is de groepsactie een opt-in procedure, maar de rechter kan op verzoek van de groepsvertegenwoordiger beslissen om voor een opt-out te kiezen als uit de geringe omvang van de individuele claims duidelijk is dat een opt-in niet het geëigende middel is. Daarvoor moeten de claims 1) te klein van omvang zijn om individueel verhaal rendabel te doen zijn, en 2) moeten er zoveel claims zijn dat een opt-in onevenredige kosten van afwikkeling met zich zou brengen.²⁹¹ Wat betreft het eerste vereiste is in de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis gesproken over een bagatelbedrag van DKK 2,000 (€ 264): schade die kleiner is, is kennelijk strooischade.²⁹²

In beide varianten van de Gruppessøgsmål procederen niet individuele benadeelden, maar een groepsvertegenwoordiger. Deze dient zichzelf aan bij het verzoek tot het instellen van de Gruppessøgsmål, maar de rechter heeft het laatste woord: deze wijst de vertegenwoordiger aan. Dat kan een private consumentenorganisatie zijn, maar als de rechter voor een opt-out Gruppessøgsmål kiest, dan kan alleen een overheidsinstantie (lees: de Consumenten Ombudsman, de Forbrugerombudsmanden) als vertegenwoordiger worden aangewezen.²⁹³

Individuele benadeelden hebben geen bevoegdheid om de vertegenwoordiger instructies te geven. De rechter beoordeelt wel of de vertegenwoordiger de eventuele proceskosten kan betalen (de verliezer betaalt, ook bij de Gruppessøgsmål) en een goede belangenbehartiger is van de groep. De rechter kan de vertegenwoordiger ook vervangen. Bij een opt-in Gruppessøgsmål hebben de benadeelden het recht om te verzoeken om vervanging van de vertegenwoordiger, mits ten minste de helft van de benadeelden daar om vraagt.²⁹⁴

²⁸⁹ Retsplejelovens (wetboek van burgerlijk rechtsovereenkomst), §§ 254 a-254 k. Zie Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 3.

²⁹⁰ Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 4; Werlauff 2009, p. 203.

²⁹¹ Retsplejelovens § 254 e (9).

²⁹² Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 5.

²⁹³ Werlauff 2009, p. 204.

²⁹⁴ Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 4.

Het moet worden afgewacht in hoeverre de Gruppessøgsmål tot schadevaststelling op groepsniveau kan leiden. Als namelijk voor schadevaststelling nodig is dat naar concrete omstandigheden van de benadeelde wordt gekeken, lijkt in zoverre namelijk niet aan de eis van uniformiteit van de belangen te zijn voldaan. Mogelijk wordt dan volstaan met het dictum dát de aansprakelijke schade moet vergoeden aan de groepsleden, en zal de omvang daarvan individueel vastgesteld moeten worden.²⁹⁵

De eerste geregistreerde Deense Gruppessøgsmål betreft een minderheidsaandeelhouderskwestie die het midden lijkt te houden tussen wat in ons land een enquêteprocedure én geschillenprocedure zouden zijn en een echte groepsactie met opt-out.²⁹⁶

7.6 *Collectieve ADR: Zweden*

In Zweden heeft men in 1997 een mogelijkheid tot collectieve alternatieve geschilbeslechting geïntroduceerd, die in het algemeen als succesvol wordt beschouwd.²⁹⁷ Daar is de Consumentenombudsman bevoegd namens een groep gedupeerde consumenten met individuele claims op het gebied van contractuele aansprakelijkheid die het gevolg zijn van dezelfde omstandigheden (commonality) een collectieve actie bij de Zweedse Nationale Raad voor Consumentenklachten in te stellen. Als de Consumentenombudsman daartoe niet overgaat, dan kan – indien sprake is van een algemeen belang – een groepsactie ook worden geëntameerd door een consumentenbelangenorganisatie. De groepsactie heeft betrekking op alle leden van een groep, zonder dat zij hierin actief hoeven te participeren (opt-out dus). Naar aanleiding van de collectieve actie doet de Raad een aanbeveling hoe het geschil zou moeten worden opgelost. In de meeste gevallen wordt een voorstel tot betaling van schadevergoeding gedaan vanwege contractbreuk. Hoewel deze aanbevelingen niet in rechte kunnen worden opgelegd, worden zij in grote mate nageleefd.²⁹⁸

²⁹⁵ Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 7.

²⁹⁶ De Gruppessøgsmål 16. afdeling, sagnr. B-852-08 in de zaak Bank Trelleborg. Aanvrager en groepsvertegenwoordiger: de Vereniging van de minderheidsaandeelhouders in de bank Trelleborg. Zie de beschrijving bij Peter Møgelvang-Hansen 2008, p. 12.

²⁹⁷ Zie rapport Civic Consulting 2008, p. 95. Inmiddels is in Finland een vergelijkbaar ADR-model ingevoerd.

²⁹⁸ Zie K. Viitanen, Enforcement of consumers collective interests by regulatory agencies in the Nordic countries' in: W.H. van Boom, M.B.M. Loos (red.), Collective enforcement of consumer law, Groningen 2007, p. 83 e.v.

Deel B: Veldonderzoek naar strooischade

8 Veldonderzoek

8.1 Inleiding

Om de vraag te kunnen beantwoorden welke problemen zich in de praktijk bij het verhaal van strooischade voordoen is een veldonderzoek uitgevoerd bij organisaties, instanties en personen die als belangenbehartiger, toezichthouder of professional met (de gevolgen van) strooischade te maken hebben. Daarbij is de nadruk gelegd op vormen van strooischade die zich voordoen als gevolg van overtredingen van consumentenrechtelijke of mededingingsrechtelijke regels.²⁹⁹

Na een korte uiteenzetting van de opzet van het veldonderzoek in paragraaf 8.2, beschrijven wij in paragraaf 8.3 de bevindingen van het veldonderzoek. Op basis van het veldonderzoek zijn vier praktijkvoorbeelden van strooischade geselecteerd die in paragraaf 8.4 onder de loep worden genomen:

1. Schade als gevolg van ongevraagde SMS-diensten;
2. Schade als gevolg van een gebrekkig functionerend Internet & Telefoonproduct;
3. Schade als gevolg van verboden prijsafspraken tussen bierbrouwerijen;
4. Schade als gevolg van verboden prijsafspraken tussen banken voor pinbetalingen.

Paragraaf 8.5 bevat ten slotte een samenvatting van de bevindingen van het veldonderzoek.

8.2 Opzet veldonderzoek

Aan het veldonderzoek hebben de volgende organisaties, instanties en personen hun medewerking verleend:

1. Consumentenbond
2. Rover
3. ANWB
4. Vereniging Eigen Huis
5. Stichting de Ombudsman

²⁹⁹ Omdat ook strooischades op het gebied van financiële dienstverlening buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen, is de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) niet in dit onderzoek betrokken.

6. VNO-NCW
7. MKB Nederland
8. Koninklijke Horeca Nederland
9. Nederlandse Mededingingsautoriteit
10. Consumentenautoriteit
11. OPTA
12. Nederlandse Zorgautoriteit
13. Reclame Code Commissie
14. SRK Rechtsbijstand
15. mevr. mr. F. Leeftang (advocaat in Amsterdam, treedt op als advocaat voor gedupeerden kartelafspraken)
16. dhr. mr. P.V.F. Bos (advocaat in Den Haag, treedt op als advocaat voor gedupeerden kartelafspraken)

Met hen zijn gesprekken gevoerd, waarin de volgende vragen aan de orde zijn gesteld.

Aan allen

1. Kunt u voorbeelden noemen van gevallen van strooischade als gevolg van overtreding van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels waar u/organisatie/instantie mee te maken heeft gehad?
2. Ziet u voor uw organisatie/instantie een taak weggelegd om ten behoeve van gedupeerden compensatie te verkrijgen voor strooischade en/of om op een andere wijze het met de schade samenhangende voordeel voor de veroorzaker aan de veroorzaker te ontnemen?
3. Indien u/organisatie/instantie heeft getracht in een bepaald geval ten behoeve van gedupeerden compensatie te verkrijgen voor strooischade en/of om op een andere wijze het met de schade samenhangende voordeel voor de veroorzaker aan de veroorzaker te ontnemen: voor welke aanpak is gekozen en welk resultaat had dat?
4. Ervaart u/organisatie/instantie het onvergoed blijven van strooischade – en het mogelijke voordeel dat de veroorzaker van die schade daardoor geniet – als een (groot) maatschappelijk probleem?
5. Welke mogelijkheden ziet u/organisatie/instantie om het verkrijgen van compensatie ten behoeve van gedupeerden voor strooischade te vergemakkelijken en/of om op een andere wijze het voordeel dat door het veroorzaken van strooischade wordt genoten, aan de veroorzaker te ontnemen? Ziet u/organisatie/instantie knelpunten die weggenomen kunnen

worden en/of nieuwe instrumenten of bevoegdheden die soelaas kunnen bieden?

Specifiek aan toezichthouders

6. Speelt het gegeven dat een aan uw toezicht onderworpen onderneming strooischade veroorzaakt en daardoor (onrechtmatig) voordeel geniet een rol in keuzes die uw instantie maakt bij de uitoefening van haar bevoegdheden?
7. [variant op de hiervoor onder 2 genoemde vraag] Ziet uw instantie een taak voor zich weggelegd om het (onrechtmatig) voordeel dat door het veroorzaken van strooischade wordt genoten, aan deze veroorzakers te ontnemen en/of de veroorzaker te bewegen tot compensatie van gedupeerden? Welke instrumenten / bevoegdheden kan uw instantie daartoe aanwenden en op basis van welke overwegingen besluit zij al dan niet daartoe over te gaan?
8. [variant op de hiervoor onder 5 genoemde vraag] Welke mogelijkheden ziet uw instantie om het voordeel dat door het veroorzaken van strooischade wordt genoten aan de veroorzaker te ontnemen en/of de veroorzaker te bewegen tot compensatie van gedupeerden? Ziet uw instantie knelpunten die weggenomen kunnen worden en/of nieuwe instrumenten of bevoegdheden die soelaas kunnen bieden?

De zakelijke weergaven van de gesprekken die met de hiervoor genoemde organisaties, instanties en personen zijn gevoerd, zijn na autorisatie door de betrokkenen als bijlage bij dit onderzoeksrapport opgenomen. Stichting de Ombudsman en de Vereniging Eigen Huis hebben schriftelijk hun zienswijze op de hiervoor genoemde vragen aangeleverd. Ook deze reacties zijn als bijlage bij dit rapport gevoegd.

8.3 *Bevindingen*

De besproken onderdelen zijn gerangschikt in de volgende onderwerpen:

- afbakening van het begrip strooischade (par. 8.3.1);
- soorten strooischade (par. 8.3.2);
- omvang van strooischade (par. 8.3.3);
- strooischade een maatschappelijk probleem? (par. 8.3.4);
- wijze van afwikkeling van strooischade in de praktijk (mogelijkheden en knelpunten) (par. 8.3.5).
- rol toezichthouders (par. 8.3.6)
- Voorstellen tot verbetering van de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden (par. 8.3.7)

8.3.1 Afbakening van het begrip strooischade

Algemeen

De **Consumentenbond** plaatst kanttekeningen bij een definiëring van het begrip strooischade als een vorm van massaschade, waarbij de omvang van de schade per individuele benadeelde zo gering is, dat de kosten voor een individu niet opwegen tegen de baten. De Consumentenbond ziet het probleem van strooischade primair als een 'compensatieprobleem' in de richting van individuele gedupeerden, niet als een probleem ten aanzien van de vraag of de veroorzaakte schade door de veroorzaker op enigerlei wijze moet worden vergoed. Problemen bij de uitvoering van de compensatie mogen er volgens de Consumentenbond evenwel niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het uitgangspunt dat alle onrechtmatig veroorzaakte schade moet worden vergoed. Wordt het compensatieprobleem niet opgelost, dan heeft dat het maatschappelijk onacceptabele gevolg dat de schadeveroorzakers profijt hebben van hun onrechtmatig handelen.

Gelet hierop verstaat de Consumentenbond onder 'strooischade' schade die niet wordt terugbetaald, bijvoorbeeld omdat onbekend is wie de gedupeerden zijn, omdat niet aangetoond kan worden hoe groot de schade is die een benadeelde heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen of omdat het, gezien de geringe hoogte van de schade per individuele gedupeerde, niet de moeite loont om die schade aan iedere individuele gedupeerde te vergoeden.

Gevolg van de benadering van de Consumentenbond is dat schade die wel vergoed kan worden aan individuele gedupeerden, omdat bekend is wie de gedupeerden zijn en hoeveel schade zij hebben geleden, niet onder het begrip strooischade valt. Ook schade die zo gering is, dat het voor een individuele gedupeerde niet loont om daarvoor (in rechte) verhaal te zoeken, maar die niettemin 'vergoedbaar' is, beschouwt de Consumentenbond derhalve niet als strooischade. Dit is volgens de Consumentenbond immers schade die 'gewoon' aan de individuele gedupeerde vergoed moet en kan worden.

De **Consumentenautoriteit** wijst erop dat het bij strooischade door overtreding van consumentenrechtelijke regels kan gaan om schade als gevolg van non conformiteit van gebruiksgoederen en om transactieschades, dat wil zeggen schades als gevolg van bijvoorbeeld misleiding bij de verkoop, ongevraagde toezendingen en ongewenste abonnementen. Deze schade kan veroorzaakt worden door een duidelijk, gemakkelijk aan te tonen gebrek, zoals bijvoorbeeld een technisch defect, maar kan ook onduidelijk en ongemakkelijk aan te tonen zijn. Te denken valt dan aan de 'schade' die wordt geleden als gevolg van een onterechte switch van leverancier. Mogelijk is de nieuwe leverancier goedkoper dan de oude, maar toch is er sprake van misleiding en

voelt de consument zich benadeeld, bijvoorbeeld omdat hij veel vertrouwen had in zijn oude leverancier. Ook een overtreding van de wettelijke 'zichttermijn' leidt niet tot schade in vermogensrechtelijke zin, maar kan niettemin als een ernstige overtreding worden beschouwd.

VNO-NCW en **MKB Nederland** stellen zich op het standpunt dat er geen reden is om met strooischades anders om te gaan dan met reguliere vormen van massaschade. Naar hun mening bieden de huidige mogelijkheden (WCAM, collectieve actie, overheidshandhaving) in principe voldoende soelaas aan gedupeerden om ook vormen van strooischade te verhalen, als de gedupeerde het maar belangrijk genoeg vindt om daarvoor verhaal te zoeken.

Onderscheid naar rechtsgebied waarin de strooischade zich manifesteert?

De **Consumentenbond** ziet geen reden om een onderscheid te maken naar rechtsgebieden waarin de strooischade zich manifesteert. Letselschades zullen naar haar inschatting niet snel als strooischade – in de betekenis die zij aan dit begrip geeft – kunnen worden gekwalificeerd, nu het bij letselschades duidelijk zal zijn wie tot de groep van slachtoffers hoort en de hoogte van de schade niet gering is.

De **ANWB** waarschuwt ervoor letselschades onder het begrip 'strooischade' te brengen, indien dit tot gevolg zou hebben dat ook de vergoeding van 'strooiletselschade' kan worden opgepakt door middel van een collectieve actie die kan uitmonden in een voor alle gedupeerden verbindende regeling. De ervaringen van de ANWB leren dat bij letselschade dikwijls onvoorspelbaar is hoeveel schade een individu lijdt. Vaak duurt het geruime tijd voordat het ziektebeeld definitief is; een 'snelle' schadevergoedingsmogelijkheid doet hieraan geen recht.

De ANWB ziet voorts een onderscheid tussen strooischade die het gevolg is van omstandigheden die buiten de invloedssfeer van de veroorzaker liggen, maar die wel aan de veroorzaker worden toegerekend (bijvoorbeeld vertragingen bij vliegverkeer door externe maar niet onvoorziene omstandigheden), en strooischade die opzettelijk of door nalatigheid is veroorzaakt (bijvoorbeeld als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels). Voor de eerste categorie meent de ANWB dat terughoudendheid bij het creëren of benutten van mogelijkheden tot verhaal van strooischade die in een dergelijk geval wordt veroorzaakt, gepast is.

Ook kosten voor de oplossing van een klacht of het verhaal van schade als strooischade?

De **Consumentenbond**, de **Consumentenautoriteit**, **OPTA** en **SRK Rechtsbijstand** hebben opgemerkt dat ook de kosten om een inbreuk recht te zetten – bestaande in bijvoorbeeld de kosten van dure servicenummers – als strooischade

aangemerkt kunnen en/of moeten worden. Ook als een klacht terecht wordt bevonden, blijven dergelijke kosten doorgaans onvergoed.

SRK Rechtsbijstand heeft in dit verband opgemerkt dat deze vormen van strooischade soms een rol spelen bij claims die de franchise die voor verzekerden geldt (€ 250,--) overstijgen. Vooral op de terreinen energie en telecom bereiken SRK Rechtsbijstand nogal eens verzoeken om deze 'aanvullende strooischade' in de claim te betrekken. Te denken valt dan aan de kosten die consumenten hebben gemaakt om met het energie- of telecombedrijf tot een afwikkeling van hun klacht te komen, bestaande in bijvoorbeeld de kosten voor service-nummers met een niet regulier tarief, waar een consument vaak minutenlang in de wacht wordt gezet.

Niet alleen vermogensrechtelijke schade?

De **Consumentenbond** en de **Consumentenautoriteit** hebben erop gewezen dat niet elke inbreuk op consumentenbeschermende regels gepaard gaat met vermogensschade. De **Consumentenbond** noemde als voorbeeld een inbreuk op privacy-regels. Dit levert doorgaans geen vermogensschade op, maar wel ergernis, bijvoorbeeld omdat men ongevraagd allerlei post krijgt toegezonden. Deze 'ergernis' kan ook als een vorm van schade worden beschouwd.

Volgens de **Consumentenautoriteit** kan de tijd die een consument moet besteden om misstanden recht te zetten en de ergernis daarover ook als strooischade worden gezien. In de praktijk wordt veel geklaagd over het 'gedoe', de irritatie en de frustratie over kafkaëske toestanden die de inbreuk en pogingen om daartegen iets te ondernemen met zich brengen. Ook **OPTA** kan zich vinden in een definiëring van het begrip strooischade die zich niet beperkt tot vermogensschade, maar ook ergernis omvat. Zij ervaart bij het toezicht op het gebruik van betaalnummers voor telefoondiensten dat juist die ergernis voor consumenten bij misbruik van betaalnummers zwaar weegt. De factor 'ergernis' zou mogelijk mee kunnen wegen bij de vaststelling van de hoogte van een aan een aanbieder op te leggen boete.

VNO-NCW en **MKB Nederland** stellen dat ook voor ondervonden ergernis geldt dat er voldoende mechanismen zijn om deze te redresseren. De ernst en de omvang moeten in een redelijke verhouding staan tot de (maatschappelijke) kosten van de middelen om die schade te redresseren.

8.3.2 Voorbeelden strooischade

In de gesprekken met consumentenorganisaties zijn onder meer de volgende voorbeelden gegeven van strooischades in de betekenis waarin het, in dit onderzoek wordt gebruikt:

- Kosten die een consument maakt bij pogingen tot verhaal van schade of het rechtzetten van een misstand; te denken valt dan aan de kosten van het gebruik van een klantenservice. Ook als een klacht terecht is, worden dergelijke kosten doorgaans niet vergoed.
- Schade die reizigers lijden als gevolg van vertragingen (of stakingen) in het openbaar vervoer. Deze schade kan nader worden onderscheiden in schade bestaande uit de kosten die de reiziger – soms abonnementshouder – heeft gemaakt voor een niet of onjuist geleverde vervoersprestatie en de daardoor veroorzaakte vervolgschade.
- Schade die reizigers lijden als gevolg van een defecte OV-chipkaart waar nog een tegoed op stond of kosten die als gevolg van administratieve of technische onvolkomenheden bij gebruik van de OV-chipkaart in rekening worden gebracht voor niet gemaakte reizen.
- Schade door slecht of niet werkende producten, bijvoorbeeld slecht of niet werkende telefoon- of internetverbindingen.
- Schade als gevolg van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden, bijvoorbeeld garanties die in feite een beperking van de aansprakelijkheid van een verkoper of producent voor non-conformiteit van het geleverde product inhouden.
- Schade als gevolg van een slecht uitgevoerde reparatie, waar een wettelijke verplichting voor een verkoper bestond tot het uitvoeren van de reparatie.
- Schade door een onterechte doorberekening van gestegen brandstofkosten als toeslag op de reissom van een reeds geboekte reis.
- Schade doordat een telecomprovider voor landelijke vaste telefonie aan haar abonnees vanaf een bepaald moment voor het gebruik van bepaalde betalingsmiddelen extra kosten in rekening brengt, zonder dat zij de abonnees op de mogelijkheid heeft gewezen om het abonnement op te zeggen.
- Schade als gevolg van misleidende (prijs)informatie bij bijvoorbeeld reisaanbiedingen, zoals vermelding van prijzen exclusief toeslagen, aanbiedingen die niet te boeken zijn en voorwaarden die onvindbaar zijn.
- Schade als gevolg van een gebrekkig werkend nieuw besturingssysteem voor computers.
- Schade als gevolg van misleidende informatie over de kosten van een krediet.

- Schade als gevolg van misleidende loterijen.
- Schade als gevolg van misleidende bellen op televisie.
- Schade als gevolg van programma's die via internet worden verspreid en er ongemerkt voor zorgen dat een consument met een inbelverbinding via een duur 0900-nummer internet, in plaats van via de door hem gekozen inbelverbinding ('webdialers').

De **Consumentenautoriteit** noemt misleiding in reclame een grote bron van strooischade. Omdat reclame-uitingen in de regel niet tot een of meer bepaalde individuen zijn gericht, maar tot een collectief, veroorzaken misleidende mededelingen daarbij ook collectieve schade. Bij wijze van voorbeeld van gevallen van strooischade door misleiding noemt de Consumentenautoriteit 'van-voor'- en '3 halen 2 betalen'-aanbiedingen in supermarkten die niet helemaal kloppen, maar slechts een geringe individuele benadeling veroorzaken, terwijl daar wel een potentieel groot voordeel voor de supermarkt tegenover staat.

Voorts wijst de Consumentenautoriteit op ongevraagde toezending van producten en/of ongewenste abonnementen, als gevolg van misleidende informatieverstrekking bij de verkoop:

- Ongevraagd geleverde SMS-diensten, zoals abonnementen op ringtones, spelletjes en valentijnskaarten. De Consumentenautoriteit heeft hiervoor boetes opgelegd. In deze gevallen is aan de hand van de administratie van de overtreder en de gedupeerde goed vast te stellen wie schade heeft geleden en wie de schade heeft veroorzaakt.
- Ongevraagde toezendingen, bijvoorbeeld van een mediabox gekoppeld aan een – veelal ongewenst – abonnement op digitale televisie, en serie-aankopen van vitaminepreparaten, en bijvoorbeeld munten, waarbij na de aanvaarding van een eerste aanbieding of een gratis welkomstpakket de consument gehouden wordt tot vervolgafrnames waarvoor moet worden betaald.
- Aanbiedingen waarbij 'gratis' niet gratis is, omdat er allerlei additionele kosten, bijvoorbeeld verzendkosten, in rekening worden gebracht.
- Misleidende healthclaims.
- Servicenummers die duurder zijn dan waarvan de consument mocht uitgaan en die niet, of pas na een lange wachttijd, de aangeboden service bieden.

Ook **OPTA** noemde het al jarenlang bestaande onjuiste gebruik van betaalnummers bij telefoondiensten als bron van strooischade. Dit onjuiste gebruik kan erin bestaan dat over het gebruik van een telefoonnummer onjuiste tariefinformatie wordt verstrekt of inhouden dat een consument via zijn telefoonrekening betaalt voor bepaalde telefoondiensten die hij niet geleverd krijgt. In sommige gevallen is aan een betaalnummer in het geheel niet de voorgestelde dienst verbonden, terwijl in andere gevallen een consument met bijvoorbeeld onredelijk lange wachttijden wordt geconfronteerd, voordat hij toegang krijgt tot de telefoondienst. OPTA wijst in dit verband op de vele klantenservicenummers waarbij een consument vaak lange tijd in de 'wacht' wordt gezet, voordat hij een medewerker aan de telefoon krijgt of de verbinding wordt verbroken.

De **NZa** noemde als voorbeeld van een strooischade veroorzakende gedraging het door een zorgaanbieder in rekening brengen van hogere tarieven dan de gereguleerde maximumtarieven. Te denken valt dan aan bijvoorbeeld een internetapotheek die onder de noemer 'bezorgkosten' meer in rekening brengt voor de verstrekking van medicijnen dan op grond van de geldende maximumtarieven is toegestaan. Als tweede voorbeeld van een mogelijke bron van strooischade noemde de NZa onjuiste of onvolledige informatieverstrekking van zorgverzekeraars aan potentiële klanten over de tarieven, de voorwaarden of de dekking van de door hen aangeboden zorgverzekeringen. Te denken valt dan aan bijvoorbeeld de mededeling of suggestie dat bepaalde behandelingen door de basisverzekering volledig worden vergoed, terwijl in werkelijkheid daarvoor een aanvullende verzekering moet worden afgesloten. Het omgekeerde komt ook voor, bijvoorbeeld de suggestie dat de verzekeraar bij een bepaalde verzekering een extra service aanbiedt waarvoor de verzekerde extra premie betaalt, bijvoorbeeld wachtlijstbemiddeling, terwijl die service in werkelijkheid deel uitmaakt van de inhoud van de basisverzekering.

Naast de hiervoor genoemde strooischades is door de ondervraagde organisaties en personen gewezen op schades die worden veroorzaakt door verboden mededingingsbeperkende afspraken, zoals het bierkartel³⁰⁰, het vitaminepreparatenkartel en de samenwerking van banken in het bedrijf dat de pintransacties in Nederland verzorgt (Interpay).³⁰¹

³⁰⁰ Zie hierover hierna, paragraaf 8.4.3.

³⁰¹ Zie hierover hierna, paragraaf 8.4.4.

8.3.3 Omvang strooischade

De **Consumentenbond** en de **Consumentenautoriteit** schatten dat de omvang van strooischade door de overtreding van consumentenrechtelijke regels aanzienlijk is. Gelet op de diversiteit aan overtredingen en (mogelijke) schades die daarvan het gevolg zijn, is het lastig om die omvang in harde cijfers te vangen.

Goede indicatoren voor de omvang van het strooischadeprobleem zijn volgens de **Consumentenbond** de hoeveelheid klachten die via ConsuWijzer worden ingediend, het rapport van de Consumentenautoriteit inzake de omvang van schade door oneerlijke handelspraktijken, de meldingen die televisieconsumentenprogramma's en de diverse internetfora voor consumentenklachten. Deze bronnen geven ook goed zicht op diverse soorten strooischade. Daarbij merkt de Consumentenbond op dat het aantal klachten dat op deze wijze wordt bekendgemaakt, slechts het 'topje van de ijsberg' is. Omdat niet alle klachten worden geregistreerd, en klachten over strooischade niet in een aparte categorie worden geregistreerd, kunnen aan de klachtenregistratie van de Consumentenbond zonder uitvoerig nader onderzoek geen harde cijfers worden ontleend voor een betrouwbare indicatie van de omvang van de strooischade op het terrein van het consumentenrecht.

De **Consumentenautoriteit** verwijst voor een indruk van de omvang van de schade die door inbreuken op consumentenrechtelijke regels wordt geleden naar haar onderzoeksrapport Oneerlijke Handelspraktijken (OHP's) in Nederland van november 2008. Daarin schatte zij de jaarlijkse schade als gevolg van oneerlijke handelspraktijken op € 579 miljoen, met daarbij aangetekend het vermoeden dat het werkelijke totale schadebedrag van de oneerlijke handelspraktijken nog hoger ligt. Het aantal consumenten dat 'slachtoffer' is van deze praktijken schatte de Consumentenautoriteit op 2 miljoen. Bij schades veroorzaakt door oneerlijke handelspraktijken gaat het volgens de Consumentenautoriteit in de regel om 'strooischades'.

OPTA heeft erop gewezen dat de omvang van de strooischade die wordt veroorzaakt door bijvoorbeeld het onjuiste gebruik van betaalnummers – waar zij op toeziet – lastig is uit te drukken in een bepaald bedrag, zeker wanneer je ergernis en schade aan het consumentenvertrouwen ook als vormen van strooischade zou aanmerken.

De **NZa** ontvangt jaarlijks zo'n vijftig signalen over een overschrijding van maximumtarieven door zorgaanbieders en zo'n dertig signalen over overtredingen van

informatieverplichtingen door zorgverzekeraars.³⁰² De NZa heeft de omvang van de daarmee gemoeide (potentiële) schade niet berekend. De omvang van schade gerelateerd aan een verzuim van informatieverplichtingen door zorgverzekeraars is lastig te berekenen.

VNO-NCW en **MKB Nederland** betwisten dat er sprake is van omvangrijke strooischade.

De omvang van de strooischade die wordt veroorzaakt door overtredingen van mededingingsrechtelijke regels lijkt, in vergelijking met de omvang van de strooischade die het gevolg is van overtredingen van consumentenrechtelijke regels, in de regel iets eenvoudiger te benaderen. De heer **Bos** wijst erop dat uit Amerikaanse ervaringen bekend is dat kartelgedrag aanzienlijke schade kan veroorzaken. Is er sprake van een prijskartel, dan kan die schade gelijk worden gesteld aan het prijsopdrijvend effect van het kartel. Daartoe kan worden nagegaan welke prijzen voor het kartel werden gehanteerd, tijdens het kartel en na beëindiging van het kartel. Andere factoren zijn echter van invloed op de prijs.

8.3.4 Is het bestaan van strooischade een maatschappelijk probleem?

De **Consumentenbond** ervaart het vóórkomen van strooischade en het doorgaans onvergoed blijven daarvan, mede gelet op de volgens haar zeer aanzienlijke omvang daarvan, als een maatschappelijk probleem, dat een oplossing verdient. Het is volgens de bond maatschappelijk onacceptabel dat in het geval praktische problemen de vergoeding van schade bemoeilijken, terwijl daar wel aanspraak op bestaat, de schadeveroorzaker met zijn onrechtmatig handelen 'wegkomt' en daar zelfs profijt van heeft. Dat werkt ook oneerlijke concurrentie in de hand. Een volledige vergoeding van strooischade dient als zodanig niet alleen het vertrouwen van consumenten in de rechtstaat, maar ook de marktwerking en – daarmee – de economie als geheel.

OPTA en de **Consumentenautoriteit** wijzen erop dat het vóórkomen van strooischade en de moeilijkheden om deze schade vergoed te krijgen, het vertrouwen van de consument in het handelsverkeer aantasten.

³⁰² Daarbij merkt de NZa op dat het aantal signalen over schending van informatieverplichtingen door zorgverzekeraars twee jaar geleden fors hoger lag, te weten rond de 200.

Volgens de **Vereniging Eigen Huis** is de hoge drempel om recht te halen een groot maatschappelijk probleem, dat zich evenwel niet beperkt tot de gevallen van strooischade.

Koninklijke Horeca Nederland ziet het als een probleem dat veroorzakers van echte 'kruimelschade', waarbij de moeite om de (omvang van de) schade te bewijzen nooit zal opwegen tegen de baten, om deze reden hun aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade gemakkelijk kunnen ontlopen.

VNO-NCW en MKB Nederland zien in strooischade geen maatschappelijk probleem. Zij betwisten dat er sprake is van een omvangrijke strooischade en menen dat de bestaande mogelijkheden om strooischade vergoed te krijgen toereikend zijn. In dit verband merken zij op dat de hedendaagse consument mondig en goed geïnformeerd is. De vergoeding van strooischade strandt naar de mening van VNO-NCW en MKB Nederland veelal op de inertie van de gedupeerden zelf.

8.3.5 Wijze van afwikkeling strooischade in de praktijk

Volgens de **Consumentenbond** is er bij het collectief verhaal van strooischade een tweeledig probleem: a) effectieve en efficiënte toegang tot de rechter en b) de financiering van een collectieve actie. Daarom ervaren schadeveroorzakende partijen een onvoldoende prikkel om aan een buitengerechtelijke regeling mee te werken.

De uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW van de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie een schadevergoeding in geld te vorderen, ervaart de Consumentenbond als een blokkade in haar praktijk om consumenten te helpen (strooi)schade vergoed te krijgen. Ter illustratie hiervan wijst de Consumentenbond op de collectieve gerechtelijke actie die zij namens gedupeerden is gestart teneinde vergoeding te verkrijgen voor de legionella-besmetting op de Westfriese Flora in 1999.³⁰³

De Wcam schiet volgens de Consumentenbond tekort omdat er voor schadeveroorzakende bedrijven in de regel geen aanleiding bestaat om

³⁰³ Zie arrest Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6504, waarbij de onrechtmatigheid van het handelen van standhouders jegens slachtoffers werd aangenomen en recentelijk de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zutphen van 22 mei 2009, LJN BI3783, waarin de Voorzieningenrechter de stichting die sinds 2002 de gelden beheert die de verzekeraar van een van de standhouders als reservering voor uitkeringen in deze zaak heeft gestort, beveelt om binnen drie maanden met de Consumentenbond in onderhandeling te treden over het beoordelen van aanvragen en het vaststellen en doen van uitkeringen aan slachtoffers.

schikkingsonderhandelingen te beginnen, ook niet als de rechter al voor recht heeft verklaard dat de veroorzaker van de schade onrechtmatig heeft gehandeld. Het gebrek aan bereidheid daartoe is volgens de Consumentenbond mede ingegeven door de wetenschap dat het representatieve organisaties ontbreekt aan een effectieve en efficiënte mogelijkheid om in rechte (strooi)schadevergoeding te vorderen. De mogelijkheid om namens gedupeerden te procederen op basis van daartoe verkregen machtigingen (gebundelde actie) is volgens de Consumentenbond voor haar weinig aantrekkelijk, gelet op de daarmee gepaard gaande administratieve lasten. Een ander bezwaar tegen deze mogelijkheid is voor haar dat gedupeerden van een dergelijke actie veelal verwachten dat zij individueel geheel schadeloos gesteld zullen worden. Die verwachting correspondeert niet altijd met de collectieve afspraken die uiteindelijk gemaakt worden. Het alternatief voor collectieve afspraken is dat de Consumentenbond alle dossiers van de individuele gedupeerden verzamelt en aan de rechter overlegt. Gelet op de inspanningen die dat vergt is ook dit alternatief niet aantrekkelijk. De Consumentenbond verwijst in dit verband naar een procedure die door de Franse Consumentenbond is aangespannen tegen een telecomprovider, waarbij de Franse Consumentenbond om te laten zien wat dit alternatief met zich brengt, letterlijk met karrevrachten vol alle individuele dossiers van de gedupeerden die zich bij haar hadden gemeld in de procedure heeft ingebracht.³⁰⁴ Ook met het oog op de belasting van de rechterlijke macht is dit volgens de Consumentenbond buitengewoon onpraktisch en inefficiënt.

Naast het ontbreken van een effectieve toegang tot de rechter, vormen de hoge kosten van een collectieve actie voor de Consumentenbond een belangrijk obstakel om door middel van een collectieve actie verhaal te zoeken voor strooischade. Vooruitlopend op een onzekere uitkomst van een zaak moet de Consumentenbond aanzienlijke kosten maken voor het organiseren van de actie en het voeren van de procedure. De gelden die voor die actie benodigd zijn, zullen bij een andere besteding al snel meer en een voor leden beter zichtbaar effect hebben.

De **ANWB** signaleert bij het collectief verhaal van strooischade diverse problemen. Zo verstrijkt er veel tijd tussen het binnenkomen van schademeldingen en de constatering dat er sprake is van een collectieve schade. Dit is vooral bij overtredingen van

³⁰⁴ Het betreft hier de strooischade-zaak www.cartelmobile.org. Dit is een follow-on schadevergoedingsactie onder leiding van UFC Que Choisir na veroordeling van een kartel van aanbieders van mobiele telefonie: 400.000 abonnees betaalden elk € 18,30 teveel. Que Choisir startte een opt-in procedure (action en représentation conjointe) : 21 werknemers verzamelden 6 maanden lang een totaal aan 3 m3 dossiers van ongeveer 12.500 consumenten (dat is dus een fractie van degenen die zouden kunnen instappen). De procedure lijkt nu te verzanden in juridisch getouwtrek o.a. over de vraag of Que Choisir de advertentievoorschriften heeft overtreden. Vgl. Hodges 2008, p. 83-85.

antikartelwetgeving het geval. Dit tijdsverloop kan meebrengen dat niet meer of moeilijker te achterhalen is wie de gedupeerden zijn en welke schade zij hebben geleden. Een bijkomend probleem is dat als relatief kleine schades, zoals strooischades, zich in een inmiddels ver verleden hebben gemanifesteerd, er vanuit het publiek doorgaans nog maar weinig vraag naar vergoeding van die schades is. Dat heeft dan ook voor de ANWB geen prioriteit. Ook de administratie van een collectieve actie is zeer bewerkelijk. Gelet op de beperkte middelen (mensen en financiën) en de hiervoor vermelde problemen stelt de ANWB zeer terughoudend te zijn met het starten van collectieve acties tot het verkrijgen van compensatie voor schade.

Ook **Rover** noemt de hoge kosten van een collectieve actie een groot obstakel voor het voeren van collectieve acties tot verhaal van strooischade. Zij is een niet gesubsidieerde vereniging terwijl haar 'tegenspelers', de openbaar vervoerbedrijven zich wel hoge proceskosten kunnen veroorloven. Er is in dit opzicht sprake van een ongelijke uitgangspositie. Daar komt bij dat ook het bewijs van de (omvang van de) schade en het causaal verband veelal problematisch zijn en dat artikel 8:108 BW de mogelijkheden tot het verhaal van strooischade sterk beperkt door aansprakelijkheid van de vervoerder voor 'vervolgschade' uit te sluiten.

Stichting de Ombudsman heeft aangegeven dat zij in het geheel geen gebruik maakt van de mogelijkheden om in rechte collectieve acties aan te spannen of om tot een schikking te komen met gebruikmaking van de Wcam. In plaats daarvan richt de Stichting zich op het ontwikkelen van jurisprudentie die groepen ten goede komen aan de hand van één cliënt in één zaak (proefprocessen) en het voeden van collectieve bewustwording van consumenten en beïnvloeding van de wetgever via media en door middel van rapporten en aanbevelingen.

De **Vereniging Eigen Huis** heeft meegedeeld dat in het geval er meerdere gedupeerden zijn in een zaak, zij deze gedupeerden aanraadt om de krachten zelf zoveel als mogelijk te bundelen door de zaak te collectiviseren. Als de zaak is gecollectiviseerd, kan deze door de juridische afdeling van de Vereniging tegen uurtarief in behandeling worden genomen. Daarnaast probeert de Vereniging Eigen Huis het opstellen van consumentenvoorwaarden bij de SER, gekoppeld aan geschillenbeslechting door de Stichting Geschillen Commissies, zoveel mogelijk te bevorderen. Dit biedt consumenten volgens de Vereniging de gelegenheid om ook relatief lage schades voor te leggen aan de geschilleninstantie.

Koninklijke Horeca Nederland heeft verklaard dat zij tegen min of meer dezelfde barrières oploopt als hiervoor door consumentenorganisaties omschreven.

Koninklijke Horeca Nederland constateert dat de geleden schade wel de aanleiding voor een collectieve actie tegen de veroorzaker kan zijn, maar dat vergoeding van die schade in onderhandelingen met de veroorzaker naar de achtergrond verdwijnt, en het

accent verschuift naar afspraken voor de toekomst. Dit zal mede te maken hebben met de omstandigheid dat de door iedere individuele ondernemer geleden schade zeer gering is en de daadwerkelijke omvang van de geleden schade veelal moeilijk is vast te stellen. Als voorbeeld noemt Koninklijke Horeca Nederland de Interpay-kwestie

Mevrouw **Leeftang** deelt deze laatste observatie. De civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht staat volgens haar nog in de kinderschoenen. Het is kostbaar, strategisch lastig, juridisch inhoudelijk veeleisend (meerdere rechtsgebieden) en organisatorisch ingewikkeld.

De bereidheid bij gedupeerden mee te doen met collectieve acties is vaak beperkt. De gedupeerde laat het belang van een goede relatie met de kartellist dan al snel zwaarder wegen dan zijn aanspraak op een schadevergoeding. Veel ondernemingen schrikken ervoor terug om in rechte verhaal te zoeken voor kartelschade. Slechts enkele ondernemingen met lef durven dit aan.

Soms is druk nodig om de schadeveroorzakende partijen aan tafel te krijgen, bijvoorbeeld door een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken (bierbrouwers) of door duizenden aansprakelijkstellingen af te leveren (Interpay). Met een betere stok achter de deur – in de vorm van een eenvoudiger toegang tot de rechter – zouden dergelijke omwegen niet of minder bewandeld hoeven worden.

De heer **Bos** stelt dat de kern van het probleem bij het optreden tegen strooischade niet schuilt in het recht, of in de juridische vaktechniek, maar in (1) de financiering van dat optreden en (2) de organisatie daarvan. Pas als in de actie een substantieel aantal gedupeerden wordt vertegenwoordigd, zal de schadeveroorzaker in de eisende partij een commercieel geloofwaardige onderhandelingspartner zien. De heer Bos merkt op dat niet alleen de organisatie van een collectieve actie kosten met zich brengt, maar ook het opbouwen van een schadetheorie. Ook daarvoor is geld nodig. Te denken valt aan de kosten van deskundigen om de hoogte van de schade te laten berekenen en het 'kopen' van informatie. Ook als de Europese Commissie in een beschikking een mededingingsinbreuk heeft vastgesteld, laat zij zich daarin doorgaans niet uit over de (omvang van) de schade die de inbreuk heeft veroorzaakt.³⁰⁵

Volgens de heer Bos is er een soort niemandsland tussen artikel 3:305a BW en de Wcam. Hoewel de Wcam werkt, komt het vaak niet tot toepassing daarvan, omdat een collectief optreden in de aanloop daar naar toe vaak al stukloopt op het financierings-

³⁰⁵ Opmerkelijk is dat Hodges 2008, p. 23 e.v. er ook op wijst dat het zinvol zou zijn als de mededingingsautoriteit de genoten winst dan wel geleden schade begroten zou.

en/of organisatieprobleem. Lukt het niet om een onderhandelingspositie op te bouwen, dan komen de middelen van de Wcam niet binnen bereik.

VNO-NCW en MKB Nederland zijn van mening zijn dat de huidige mogelijkheden (WCAM, collectieve actie, overheidshandhaving) in principe voldoende soelaas bieden aan gedupeerden om ook vormen van strooischade te verhalen, als de gedupeerde het maar belangrijk genoeg vindt om daarvoor verhaal te zoeken. Voorts wijzen VNO-NCW en MKB Nederland op de mogelijkheden en doorgaans positieve effecten van zelfregulering. Voor strooischades die in relaties tussen ondernemingen worden veroorzaakt, worden volgens hen doorgaans in onderling overleg regelingen getroffen. In dit verband wijzen zij op het resultaat waartoe de bemoeienis van de Ombudsman Nationale Verzekeraars heeft geleid ten aanzien van de woekerpolissen.

De **Consumentenautoriteit** merkt op dat zij ziet dat pogingen tot collectief verhaal van strooischades door overtreding van consumentenrechtelijke regels veelal stranden op het feit dat de geleden schades onderling sterk van elkaar verschillen. Als voorbeeld noemt de Consumentenautoriteit de schade die werd veroorzaakt door een internet + bellen-product. De klachten van consumenten over dit product liepen uiteen van klachten over administratieve fouten, gebrekkige werking van het product, tot klachten over monteurs die niet op de afgesproken tijd aanwezig waren. Deze diversiteit aan klachten en soort schades maken collectief verhaal van die schade bijzonder lastig, ook al ligt de oorzaak van al deze schades in hetzelfde gebrekkige product.

OPTA merkt op dat voor het onjuist gebruik van betaalnummers haar geen enkel geval bekend is waarin iemand langs privaatrechtelijke weg zijn recht heeft gehaald. Het verhaal van schade is veelal niet eenvoudig, nu doorgaans sprake is van een keten van partijen, waardoor de gebruiker van het betaalnummer niet rechtstreeks aansprakelijk is. Daarbij merkt zij op dat zelfregulering door de telecomsector in de vorm van een klachtenloket voor telecomschade onvoldoende effectief is gebleken om de consument toereikend te beschermen.

8.3.6 Rol toezichthouders

De **Consumentenautoriteit** rekent het aanpakken van overtredingen die strooischade veroorzaken tot haar core business. De Consumentenautoriteit streeft ernaar daar op te treden, waar de consument de Consumentenautoriteit het meest nodig heeft. Doorgaans gaat het dan om gevallen waarin een grote groep consumenten een individueel gezien weinig substantiële schade heeft geleden. De overtredingen waartegen zij optreedt, zijn veelal overtredingen die 'strooischade' veroorzaken.

De Consumentenautoriteit schat dat 80 tot 90 % van de overtredingen waartegen zij optreedt 'informeel', dat wil zeggen zonder daadwerkelijke besluiten tot oplegging van boetes of lasten onder dwangsom, wordt afgedaan. Uitgangspunt van de Consumentenautoriteit is dat overtredingen worden gestaakt. In gevallen waarin de Consumentenautoriteit een groot aantal overtreders voor een soortgelijke overtreding wenst aan te pakken, ligt het in de rede deze overtreders niet allemaal te beboeten, maar in ieder geval eerst op basis van een systematische aanpak een sommatie te sturen. Als voorbeeld noemt de Consumentenautoriteit haar activiteiten om webwinkels tot normconform gedrag te bewegen. Zij heeft tot op heden nog geen dossiers hoeven sluiten omdat zij (het bewijs in) de zaak niet rond krijgt. De Consumentenautoriteit mengt zich niet in individuele zaken en bemoeit zich niet met de afwikkeling door de veroorzaker van de schade die door een inbreuk is veroorzaakt. Zij zet haar bevoegdheden niet in als 'stok achter de deur' om de veroorzaker tot compensatie te bewegen. Wel kan het feit dat een overtreder in een vroeg stadium uit eigen beweging een schadevergoeding heeft aangeboden aan gedupeerden een boeteverlagende omstandigheid opleveren. De Consumentenautoriteit heeft een bijzondere bevoegdheid in het kader van de Wcam, die los staat van haar bevoegdheden als toezichthouder. Dat noopt tot een terughoudend gebruik van haar Wcam-bevoegdheden. Tot op heden heeft de Consumentenautoriteit nog geen verzoek bereikt om gebruikmaking van deze bevoegdheid en zouden geen verzoeken in het verschiet liggen. Informatieverstrekking aan consumenten kan bijdragen aan de preventie van strooischade. De website ConsuWijzer, die in 2008 1 miljoen bezoekers had, is op dit idee gebaseerd.

Voor de **NMa** speelt het bestaan van strooischade bij de afweging om al of niet handhavend op te treden een ondergeschikte rol. Wel kan strooischade onderdeel zijn van het consumentenbelang, dat één van de criteria voor de prioritering van onderzoeken en handavingsverzoeken. De Energiekamer gebruikt klachten die binnenkomen via de website "Consuwijzer" om problemen te signaleren. Blijkt sprake te zijn van structurele problemen bij de naleving van de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet, dan gaat de Energiekamer tot actie over.

De NMa richt zich bij haar toezichthoudende en handhavende taak niet op compensatie van schade. Compensatie van schade valt volgens haar buiten haar bevoegdheid. Ook heeft de NMa op dit moment geen bevoegdheid tot voordeelsontneming. In de Boetecode 2007 van de NMa is wel als een van de boeteverlagende omstandigheden opgenomen de omstandigheid dat de overtreder uit eigen beweging degene(n) aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

Mevrouw **Leeflang** merkt op dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit ervoor kan zorgen dat voor kartellisten een *incentive* bestaat om met gedupeerden tot een compensatieregeling te komen. In het geval de NMa een boete heeft opgelegd, kan zij

bij een heroverweging in bezwaar immers betekenis toekennen aan de omstandigheid dat een dergelijke regeling tot stand is gekomen en daarin aanleiding zien de opgelegde boetes te verlagen. Zij noemt voorbeelden van zaken waarin het aanbieden van een compensatieregeling voor gedupeerden heeft geleid tot het opleggen van een lagere boete (Bouwfraude) of het afzien van een boete in bezwaar (Interpay).

Koninklijke Horeca Nederland bevestigt dat de NMa in de zaak Interpay een cruciale rol heeft gespeeld door aan de totstandkoming van het akkoord betekenis toe te kennen bij de heroverweging in bezwaar. Koninklijke Horeca Nederland wijst echter ook op het gevaar dat hoge boetes de onderhandelingsbereidheid van die veroorzakers over schadevergoedingen of maatregelen voor de toekomst die geld kosten juist kleiner kunnen maken.

Voor **OPTA** speelt de omvang van de (strooi)schade zowel een rol bij de prioritering van de zaken die OPTA aanpakt als bij de vaststelling van de hoogte van een op te leggen boete. De omvang van het genoten voordeel speelt bij een boeteoplegging in zoverre een rol, dat van de hoogte van de boete wel voldoende (generale) preventieve werking uit moet gaan. Het ontnemen van het genoten voordeel is evenwel niet een expliciet criterium of oogmerk bij de boeteoplegging. OPTA wijst er echter op dat in het algemeen kan worden gezegd dat een boete mede ertoe strekt een onrechtmatig genoten voordeel voor de overtreder weg te nemen.

De speciale bevoegdheid van OPTA om bij misbruik van een betaalnummer de betaling aan het nummer te laten opschorten, het nummer te laten afsluiten en de naam van de nummergebruiker te publiceren in de Staatscourant, (zie artikel 7.3c Tw) kan een verplichting doen ontstaan om gedupeerden van nummERMISbruik schadeloos te stellen ten laste van de telecomaانبieder die de kosten voor het gebruik van de nummer bij de consument heeft geïnd. Zij zijn weliswaar niet de veroorzaker van de schade, maar profiteren wél van het onjuiste gebruik van betaalnummers en hebben daar volgens OPTA ook jarenlang vrijwel ongestoord van kunnen profiteren.

Het voorkomen van of optreden tegen overtredingen die strooischade veroorzaken is in de toezichtspraktijk van de **NZa** geen 'core business'. Bij het toezicht op de tarieven gaat de NZa tot op heden signaalgedreven te werk. Bij het toezicht op de zorgverzekeraars treedt de NZa proactief op door ook uit eigen beweging onderzoek uit te voeren. Daarbij is de NZa in de loop der jaren ook steeds directiever geworden. In dat verband wijst zij op de Richtsnoeren informatieverstrekking zorgverzekeraars aan consumenten. Een overweging daarbij is dat de individuele consument waarschijnlijk niet snel zelf tegen overtredingen op dit gebied zal optreden. Of verondersteld kan worden dat de consument zelf verhaal zal zoeken voor de schade die hij als gevolg van een overtreding heeft geleden, speelt bij de prioritering van zaken als zodanig geen rol. Wel speelt de impact van een overtreding op het belang van de consument een belangrijke rol bij de prioritering. Op grond van artikel 3 lid 4

van de Wmg is de NZa verplicht bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop te stellen.

De NZa geeft aan dat de impact van een overtreding op het belang van consumenten ook een rol speelt bij de hoogte van een eventuele boete. Tot op heden heeft zij bij de beoordeling van de impact van een overtreding geen rekening gehouden met de vraag of de consument de door de overtreding geleden schade zelf makkelijk kan verhalen of niet. Ook de vraag of de (strooi)schade die door een overtreding wordt veroorzaakt al dan niet verzekerde schade is – bijvoorbeeld omdat ook het hoger dan toegestane tarief door de verzekeraar wordt vergoed – speelt voor de NZa geen rol bij de bepaling van de impact van de overtreding. De NZa mengt zich in het kader van de uitoefening van haar toezichts- en handhavingsbevoegdheden niet in de afwikkeling van de schade die consumenten door een overtreding hebben geleden. Wel kan het feit dat een overtreder gedupeerden schadeloos heeft gesteld, een boetematigende omstandigheid opleveren.

8.3.7 Voorstellen tot verbetering van de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden

Aanpassingen collectief actierecht / Wcam

De **Consumentenbond** pleit ervoor de vaststelling van de onrechtmatigheid van het handelen van de veroorzaker, de aansprakelijkheid voor schade en de (wijze van) schadeafwikkeling in één procedure op basis van een collectieve actie mogelijk te maken.

Dit betekent dat het derde lid van artikel 3:305a lid 3 BW zou moeten vervallen. Belangrijk aan de mogelijkheid van een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW is dat aan een representatieve organisatie die deze actie instelt door individuele gedupeerden geen machtigingen hoeven te worden verleend. De rechter zou in de uitspraak regels kunnen geven voor de berekening van de hoogte van de uit te keren schadevergoeding aan de individuele gedupeerde, daarvoor aan de hand van schade-elementen *damage schedules* kunnen opstellen of meer abstract de hoogte van de schadevergoeding voor verschillende categorieën gedupeerden kunnen vaststellen.

Verder staat de bond een verbetering voor ogen van de mogelijkheden die de Wcam thans biedt. De Consumentenbond stelt in dit verband voor mogelijk te maken dat de rechter in het geval tussen gedupeerden en de veroorzaker van de schade geen schikking tot stand komt, zelf op verzoek van een representatieve organisatie op basis van een toetsing van de stellingen van betrokken partijen een algemeen verbindende regeling vaststelt voor de afwikkeling van de veroorzaakte schade.

De **ANWB** noemt de volgende maatregelen als mogelijkheden om het verkrijgen van een vergoeding voor strooischade te vergemakkelijken:

- De gerechtelijke instantie waar een collectieve actie is aangespannen, zou de administratie van de actie bij kunnen houden, door te registreren wie via een *opt in* deelnemen. De belangenorganisatie kan zich dan meer op de inhoudelijke kant van de actie richten.
- In het kader van de small-claimsprocedure zou ruimte kunnen worden geboden voor een laagdrempelige collectieve actie.
- De Consumentenautoriteit zou de bevoegdheid kunnen krijgen om een actie in te stellen tot het verkrijgen van schadevergoeding voor gedupeerden.

Bij het voorgaande merkt de ANWB op het belangrijk te vinden dat er wel enige filtering plaatsvindt van de klachten die door middel van een collectieve actie tot schadevergoeding kunnen verplichten.

Ook de heer **Bos** is voorstander van het schrappen van het derde lid van artikel 3:305a lid 3 BW. Naar zijn inzicht is de Nederlandse rechter er inmiddels ook wel aan toe om in collectieve acties schadevergoeding in geld toe te kennen, als die mogelijkheid daartoe juridisch-technisch wordt geopend. De (civiele) rechter kan zeer actief zijn in het instrueren van een zaak. Het schrappen van de uitsluiting van artikel 3:305a lid 3 BW leidt niet 'Amerikaanse toestanden'. De excessen die zich bij Amerikaanse class actions voordoen, hebben volgens hem vooral te maken met de Amerikaanse wijze van procederen, waarbij het mogelijk is een procedure starten met een zeer summier onderbouwde dagvaarding. Daarna start een omvangrijke *discovery*-procedure buiten rechterlijk toezicht om, om al het mogelijk relevante bewijs boven tafel te krijgen. Voor uitgebreide *fishing-expeditions* is in ons processtelsel geen ruimte.

Mevrouw **Leeflang** betwijfelt of de mogelijkheid om door middel van een opt in-actie collectief schadevergoeding te vorderen, helpt om verhaal voor schade als gevolg van de overtreding van mededingingsregels te vergemakkelijken. Als risico noemt mevrouw Leeflang het gevaar dat een opt in-actie wordt aangespannen door niet-representatieve of ondeskundige personen, waardoor de actie uiteindelijk niet tot het gewenste resultaat leidt.

Mevrouw Leeflang wijst erop dat in het kader van de toekenning van schadevergoeding door de rechter gedacht zou kunnen worden aan mogelijkheden om deze te baseren op abstracte schadeberekeningen. Een andere belangrijke mogelijkheid is volgens haar dat een schadevergoeding ten goede komt aan een bepaald fonds waaruit, in het geval van kartelschade, marktstimulerende activiteiten kunnen worden bekostigd.

VNO-NCW en **MKB Nederland** zijn geen voorstander van het schrappen van de uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW van de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen. Zou de uitsluiting worden geschrapt, dan zet

dat volgens hen de deur open voor *class actions* die tot onevenredig hoge kosten voor het bedrijfsleven – en de samenleving als geheel – leiden.

Randvoorwaarden voor het kunnen uitoefenen van een collectief actierecht

De **Consumentenbond** geeft in overweging om ter oplossing van het probleem van de financiering van collectieve acties, de mogelijkheden te verkennen om een collectieve actie te financieren uit de opbrengst van een schadevergoeding.

Volgens de heer **Bos** zou het helpen als de barrières voor investeerders die bereid zijn met eigen geld in een collectieve actie te stappen, worden weggenomen. Het voor advocaten geldende *no cure, no pay*-verbod staat er momenteel aan in de weg dat advocaten dit doen. Het gevolg daarvan is er geen goede controle mogelijk is op de *no cure, no pay* constructies die nu worden opgezet om een collectieve actie te financieren. Voorstelbaar is ook dat de gefinancierde rechtshulp of verzekeraars namens gedupeerden van strooischade optreden.

Ook mevrouw **Leeflang** wijst erop dat de kosten van een procedure de belangrijkste hobbel vormen voor benadeelden om kartellisten aan te pakken. Om namens een collectiviteit te procederen zou het niet nodig moeten zijn een ingewikkeld, kostbaar procesvehikel op te tuigen.

VNO-NCW en MKB Nederland zijn geen voorstander van een systeem waarbij een deel van een toegekende schadevergoeding of een opgelegde boete wordt uitgekeerd aan consumentenorganisaties. Dit geeft volgens hen deze organisaties een verkeerde *incentive* om acties tot het verkrijgen van een schadevergoeding te starten, maar is wel beter dan dat advocaten dit op *no cure no pay*-basis doen, nu in dat laatste geval de consument uiteindelijk minder krijgt.

Alternatieve geschillenbeslechting

De **ANWB** stelt dat mogelijk zou moeten zijn om via geschillencommissies een schadevergoeding te verkrijgen en bij geschillencommissie collectieve acties te voeren.

Ook **VNO-NCW** en **MKB Nederland** wijzen erop dat de bestaande ADR-mogelijkheden (geschillencommissies) uitgebreid zouden kunnen worden met een mogelijkheid om collectieve klachten te laten behandelen. Daarbij merken zij op dat ADR ruimte laat voor maatwerk per sector, en daarom te verkiezen is boven eventuele aanpassingen in de wetgeving. Zo kan worden voorkomen dat bijvoorbeeld de automobieliindustrie wordt geconfronteerd met instrumenten die zijn gecreëerd naar aanleiding van misstanden in de financiële sector.

Publiekrechtelijke bevoegdheden toezichthouders

De **Consumentenbond** merkt op dat de Consumentenautoriteit in de praktijk haar handen vol heeft aan het staken van inbreuken. Die hoofdtaak moet ook prioriteit vooral blijven in de visie van de bond. Het is volgens de Consumentenbond ook meer aan een belangenorganisatie, zoals de Consumentenbond, om zich met het verschaffen van genoegdoening aan consumenten bezig te houden. Om haar aanvullende privaatrechtelijke rol in het stelsel van consumentenbescherming te kunnen vervullen heeft zij wel de benodigde instrumenten en financiële middelen nodig. Als het gaat om compensatie van gedupeerden, geeft de Consumentenbond de voorkeur aan een privaatrechtelijke afdoening. Als een publieke toezichthouder zich daarbij zou bemoeien, zou deze een 'dubbele pet' opzetten. We kan een besluit van een toezichthouder waarin een overtreding wordt geconstateerd, als vertrekpunt dienen voor een privaatrechtelijke verhaalsactie.

De heer **Bos** is geen voorstander van het creëren van publiekrechtelijke mogelijkheden om het onrechtmatig voordeel dat is genoten door overtreding van consumentenrechtelijke of mededingingsrechtelijke regels aan de schadeveroorzaker te ontnemen en al evenmin van een stelsel waarbij een deel van een opgelegde boete wordt gestort in een fonds, waaruit privaatrechtelijke acties tot verhaal van schade gefinancierd kunnen worden. Als toezichthouders langs publiekrechtelijke weg schade kunnen toekennen ontstaat en duplicatie van rechtsgangen, met als bijkomende complicatie dat niet alle gedupeerden het zelfde willen. Beter is het publiekrechtelijke mogelijkheden te creëren om een strooischadeveroorzaker op een zodanige wijze aan te pakken, dat gedupeerden daarvan wél direct profiteren, bijvoorbeeld een gedwongen verlaging van prijzen.

VNO-NCW en **MKB Nederland** menen dat de publiekrechtelijke weg geschikt kan zijn om overwinsten die worden gemaakt door gedragingen die strooischade veroorzaken af te romen. Zij wijzen erop dat daar thans met de boetebevoegdheid van toezichthouders al in wordt voorzien. De vaststelling van de (maximale) hoogte van de boete wordt immers bepaald door de gewenste proportionaliteit en effectiviteit van de boete. VNO-NCW en MKB Nederland merken hierbij op dat het, als het gaat om de rol van toezichthouders, het een of het ander is: óf de toezichthouder legt een boete op als sanctie, óf de toezichthouder houdt zich bezig met het compenseren van gedupeerden. Het kan volgens hen niet zo zijn dat bijvoorbeeld de Consumentenautoriteit én een maximale boete kan opleggen én compensatie van gedupeerden afdwingt.

8.4 *Vier praktijkvoorbeelden nader beschouwd*

8.4.1 Ongevraagde SMS-diensten

Beschrijving casus

Consumenten die ingingen op het aanbod om per SMS gratis diensten, zoals spelletjes of ringtones, te ontvangen, kregen ongevraagd SMS'jes toegestuurd waarvoor wel kosten in rekening werden gebracht, alsof zij een abonnement hiervoor hadden afgesloten. Zo verstrekke een SMS-aanbieder met behulp van SMS-berichten haar klanten drie ringtones per week, waarvoor zij drie euro per ringtone in rekening bracht. Een andere SMS-aanbieder bood op haar websites spelletjes aan waarmee flinke geldprijzen gewonnen konden worden. De spelletjes hadden evenwel enkel tot doel consumenten aan te zetten tot het ongewild afsluiten van een SMS-abonnement. Na het spelen van een spel op de website leek de prijs gewonnen. Consumenten werden vervolgens uitgenodigd hun mobiele nummer op te geven en per sms hun 'OK' te versturen. Daarmee stemden zij echter onbewust in met een doorlopend SMS-abonnement op een woordspel, waarna zij ongevraagd sms'jes ontvingen waarvoor zij € 1,50 per stuk betaalden.³⁰⁶

De aanbiedingen en de overeenkomsten kwamen doorgaans tot stand via websites die zich vaak ook specifiek op jongeren richtten. Was een consument eenmaal op het aanbod ingegaan, dan was het doorgaans lastig om het abonnement te beëindigen, omdat niet duidelijk was hoe en bij wie dat kon. De kosten voor de ongevraagde SMS-diensten werden via de telefoonrekening door telecomproviders geïnd. Die kosten bleken dan ook pas achteraf, als de consument al de moeite nam om zijn telefoonrekening te controleren.³⁰⁷

Zelfregulering

Partijen die actief zijn in de SMS-markt hebben gezamenlijk een gedragscode vastgesteld over de aanbieding van SMS-diensten. Onder druk van de Staatssecretaris van Economische Zaken, de Consumentenautoriteit en OPTA is deze code in 2008 herzien. De thans geldende code bevat onder meer afspraken over hoe reclame mag worden gemaakt voor SMS-diensten. De code voorziet bovendien in een handhavingscommissie die is ingesteld door de branche zelf. Voorts is door

³⁰⁶ Zie bijvoorbeeld persbericht Consumentenautoriteit 10 februari 2009 en haar besluit van 29 januari 2009, CA/NCB/220/71 (www.consumentenautoriteit.nl).

³⁰⁷ Zie persbericht Consumentenautoriteit 17 juli 2008 (www.consumentenautoriteit.nl).

branchepartijen een SMS-dienstenfilter in het leven roepen, waarmee het voor consumenten mogelijk is om hun mobiele telefoonnummer te laten blokkeren voor SMS-abonnementsdiensten.

In december 2008 heeft de handhavingscommissie vastgesteld dat door een bepaalde SMS-dienstverlener bij een grote groep consumenten ten onrechte kosten in rekening zijn gebracht voor SMS-diensten waar deze consumenten niet om hadden gevraagd. De zaak was op basis van klachten van klanten door twee telecomproviders bij deze commissie aanhangig gemaakt. De commissie bepaalde dat de betrokken SMS-dienstverlener gedupeerde consumenten schadeloos moest stellen en een advertentie moest plaatsen om gedupeerde consumenten op deze mogelijkheid te wijzen.³⁰⁸

Rol toezichthouders

In 2008 en 2009 heeft de Consumentenautoriteit SMS-diensten aangemerkt als aandachtsgebied waaraan zij in haar handhavingsbeleid prioriteit geeft. Dit volgt op het grote aantal klachten dat de Consumentenautoriteit over deze diensten bereikt via Consuwijzer en sluit aan bij een onderzoek naar 558 websites dat consumenten consumententoezichthouders uit de 27 lidstaten van de Europese Unie in 2008 tegelijkertijd en gezamenlijk hebben gedaan op internet (een 'internet-sweep') naar aanbieders van mobiele diensten.³⁰⁹

De Europese "bezemactie" was gericht op drie soorten praktijken in deze sector die de rechten van de consument aantasten, te weten onduidelijke informatie over de prijs van het aanbod, gebrekkige informatie over de handelaar en misleidende reclame. Van de onderzochte websites werd 80% aangemerkt voor nader onderzoek, omdat mogelijk sprake was van een overtreding van consumentenbeschermende voorschriften. Bijna 50% van alle gecontroleerde sites vertoonde een onregelmatigheid wat de informatie over de prijs van het aanbod betrof (268 websites van de 558). Bij de vermelde prijzen waren bijvoorbeeld niet alle belastingen inbegrepen en in het geval van een abonnement werd het woord "abonnement" niet duidelijk vermeld of was niet aangegeven hoe lang het abonnement loopt. Op meer dan 70% van alle gecontroleerde websites was niet alle informatie vermeld die nodig is om contact op te nemen met de aanbieder. Op meer dan 60% van de websites werd informatie over de dienst op een misleidende manier gepresenteerd, bijvoorbeeld doordat de vereiste informatie werd verborgen in kleine lettertjes of diensten als 'gratis' werden

³⁰⁸ Beslissing van 12 december 2008 van de commissie handhaving gedragscode smsdienstverlening, zie www.msggedragscode.nl.

³⁰⁹ Zie persbericht Consumentenautoriteit 17 juli 2008 (www.consumentenautoriteit.nl).

aangeboden, terwijl in werkelijkheid aan de afname daarvan kosten verbonden waren.³¹⁰

In Nederland onderzocht de Consumentenautoriteit in het kader van de Europese bezemactie de 32 populairste kinder- en jongerenwebsites die een banner van een ringtone-aanbieder bevatten. De 20 websites waarop links werden gevonden naar SMS-aanbieders zijn alle in nader onderzoek genomen omdat er mogelijk sprake was van een of meerdere overtredingen. In een eerder onderzoek, uitgevoerd in 2007, had de Consumentenautoriteit al op 22 van de 140 onderzochte websites banners aangetroffen met onvolledige of onjuiste informatie over ringtones.

Bij de aanpak van inbreuken op consumentenrechtelijke voorschriften door de aanbieders van SMS-diensten volgt de Consumentenautoriteit drie sporen: *(i)* het indienen van klachten bij de Reclame Code Commissie (RCC), *(ii)* het benutten en versterken van initiatieven van zelfregulering en *(iii)* het eigenhandig optreden tegen aanbieders van SMS-diensten die de gedragscode en de wet niet naleven en zich bedienen van misleidende praktijken. Daarnaast beoogt de Consumentenautoriteit consumenten tegen de misleidende praktijken te beschermen, door hen hierover in te lichten.³¹¹

Ad i. Klachten bij de RCC

Inmiddels heeft de Consumentenautoriteit meerdere klachten bij de RCC ingediend tegen aanbieders van ringtones die op internet adverteren met 'gratis' ringtones, terwijl het in werkelijkheid om een betaald abonnement gaat. Zes klachten die de Consumentenautoriteit begin 2008 indiende, zijn door de RCC gegrond verklaard.³¹²

Ad ii. Aanzetten tot zelfregulering

Samen met de OPTA heeft de Consumentenautoriteit aangedrongen op een herziening van de bestaande Gedragscode SMS-dienstverlening. Dit heeft bijgedragen aan de totstandkoming van de herziene gedragscode die sinds 1 juli 2008 geldt. De Consumentenautoriteit heeft het proces van de totstandkoming van de herziene Gedragscode SMS-dienstverlening gevolgd. De herziene Gedragscode voorziet als gezegd in een handhavingscommissie die is ingesteld door de branche zelf. De

³¹⁰ Zie persbericht Europese Commissie 17 juli 2008 en memo 08/516 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1169&format=HTML&aged=0&language=NL>).

³¹¹ Zie o.m. Consumentenautoriteit, Terugblik 2008, p.17/18.

³¹² Zie Consumentenautoriteit, Jaarverslag 2008.

Consumentenautoriteit heeft aangekondigd misleidende aanbiedingen voor mobiele diensten in eerste instantie voor te leggen aan deze commissie. Wanneer dit niet tot een oplossing leidt, zal zij haar eigen bevoegdheden inzetten om de inbreuk te beëindigen en/of bestraffen.

Ad iii. Sancties en dwangmiddelen

De Consumentenautoriteit heeft inmiddels aan drie SMS-dienstverleners boetes voor deze praktijk opgelegd. Deze boetes varieerden van € 79.000,-- tot € 118.750,--. Daarnaast zijn aan deze bedrijven lasten onder dwangsom opgelegd om af te dwingen dat zij overtredingen beëindigen, in het bijzonder door hun informatievoorziening over de aard van de aanbiedingen aan te passen.

Rol consumentenorganisaties

De Consumentenbond eist van een tweetal SMS-dienstverleners en van betrokken telecomproviders dat ze de kosten van ongevraagd verstuurd SMS'jes terugbetalen aan alle gedupeerde consumenten. De Consumentenbond heeft aangekondigd dat in het geval dit niet gebeurt, zij naar de rechter zal stappen.

Eerder heeft de Consumentenbond er bij twee telecomproviders op aangedrongen een klacht over de handelwijze van één van deze dienstverleners voor te leggen aan de handhavingscommissie die op basis van de Gedragscode SMS-dienstverlening is ingesteld. Deze klacht heeft geleid tot de hiervoor genoemde uitspraak van deze commissie in december 2008. Daarbij is de klacht gegrond verklaard en bepaald dat de betrokken SMS-dienstverlener gedupeerde consumenten schadeloos moest stellen en een advertentie moest plaatsen om gedupeerde consumenten op deze mogelijkheid te wijzen. De Consumentenbond acht deze maatregel echter ontoereikend. De gedupeerden zijn immers reeds bij de aanbieder bekend. Bovendien gaat het vaak om relatief kleine bedragen die op het totaal van de telefoonrekening nauwelijks opvallen. Daar komt bij dat waarschijnlijk lang niet iedereen de advertenties zal hebben gezien. Naar de mening van de Consumentenbond had de aanbieder gedwongen moeten worden om gedupeerden actief te benaderen met een schadeloosstelling.

De Consumentenbond heeft hierbij opgemerkt dat de onderlinge verhoudingen tussen de telecomproviders – die de kosten voor de ongewenste SMS-diensten in rekening brengen – en de aanbieders van de SMS-diensten voor de nodige complicaties zorgen bij pogingen tot het verhaal van de veroorzaakte schade.

Conclusie

Het voorbeeld is een typisch geval van strooischade. Mede door ingrijpen van de toezichthouder is aan de gelaakte praktijk een einde gekomen. Of de kosten van gedupeerde consumenten vergoed worden, is echter vooralsnog onzeker.

8.4.2 Een gebrekkig Internet & Telefonie-product

Beschrijving casus

De Consumentenbond ontving veel klachten over een Internet & Bellen-product dat enige jaren geleden door een telecomprovider werd geïntroduceerd. De aard van de klachten liep sterk uiteen; zij varieerden van klachten over monteurs die niet op het afgesproken tijdstip of in het geheel niet verschenen om de aansluiting tot stand te brengen of technische problemen te verhelpen, tot klachten over de slechte werking van het product zelf of de klachtenafhandeling door de telecomprovider. In veel gevallen duurde het lange tijd voordat een aansluiting daadwerkelijk tot stand werden gebracht. De telecomprovider erkende dat de afwikkeling van aanvragen als gevolg van de explosieve groei van de nieuwe dienst niet bij alle nieuwe klanten 'helemaal goed' verloopt, maar dat bij 95% van de klanten de aanvraag wel 'vrijwel probleemloos' werd verwerkt. Uit een door het televisieprogramma Kassa uitgevoerde enquête onder 8000 consumenten die een abonnement hadden op het Internet & Bellen-product – waarbij overigens in het kader van dit onderzoek niets over de representativiteit van deze groep mensen voor het totale klantenbestand bekend is – bleek dat 63% van de abonnees binnen een half jaar problemen met het product had ondervonden, dat bij 32,8% van de 39% abonnees waarbij het probleem inmiddels was opgelost het langer dan 2 maanden had geduurd voordat het probleem was opgelost en dat 47,2% van de consumenten die in de periode januari 2007 - maart 2007 de klantenservice belden gemiddeld langer dan 20 minuten in de wacht werden gezet bij de klantenservice, terwijl bij 67% van de bellers de verbinding voortijdig werd verbroken.³¹³

Rol toezichthouder

Omdat de problemen met het Internet & Telefonieproduct zich vooral voordeden in 2006 en begin 2007, was de Consumentenautoriteit – die sinds 1 januari 2007 bestaat – niet bij deze kwestie betrokken.

³¹³ Zie <http://kassa.vara.nl/portal?scr=mainartikel&number=3189869>.

Rol consumentenorganisaties

De Consumentenbond is een groepsactie gestart om de telecomprovider tot een oplossing van de klachten te bewegen. Dit houdt in dat de bond klachten heeft gebundeld en als bemiddelaar met de telecomprovider in onderhandeling is getreden over de afhandeling van deze klachten.

Het verloop van de groepsactie is door de Consumentenbond als zeer onbevredigend ervaren doordat de telecomprovider weigerde met de Consumentenbond collectieve afspraken te maken over de behandeling en oplossing van klachten. De Consumentenbond had het gevoel dat zij door de telecomprovider 'aan het lijntje werd gehouden', doordat deze aan haar toezeggingen deed over verbeteringen, die vervolgens niet werden nagekomen. Ondertussen zag zij dat de telecomprovider – op een korte pauze na – onverminderd doorging met het werven van nieuwe klanten, terwijl de oorzaak van de gebreken in de dienstverlening volgens de telecomprovider nu juist door de grote toestroom van nieuwe klanten werd veroorzaakt.

Omdat leden van de Consumentenbond resultaat verwachtten van de acties van de Consumentenbond, bracht het uitblijven van resultaat de bond in een lastig parket. Uiteindelijk heeft de Consumentenbond haar groepsactie richting de telecomprovider daarom gestaakt. De actie van de Consumentenbond heeft er wél toe geleid dat de telecomprovider via haar website klanten heeft geïnformeerd over hun rechten en de mogelijkheden om de telecomprovider voor geleden schade aan te spreken. Hoe de individuele klachten- en schadeafwikkeling vervolgens is verlopen, heeft zich aan het zicht van de Consumentenbond onttrokken.

VNO-NCW en MKB hebben te kennen gegeven dat het wellicht moeilijk maar niet onmogelijk is voor een consumentenorganisatie om tegen dit soort problemen op te treden. Zij wijzen erop dat het klanten vrijstond om hun abonnement te ontbinden en naar een andere aanbieder over te stappen indien de telecomprovider tekortschoot in de nakoming van de overeenkomst. Daarnaast wezen zij erop dat veel klanten wél tevreden waren over het Internet & Bellen-product en dat op een gegeven moment iedereen door de media-aandacht voor de mogelijke problemen met het product was gewaarschuwd.

Conclusie

Het is niet mogelijk precies de gevolgen van het gedrag van de telecomprovider te overzien. Mogelijk heeft zij de grote aanloop van klanten voor het Internet & Telefoonie product niet goed kunnen verwerken. De zaak illustreert wel dat het opbouwen en volhouden van een collectieve verhaalsactie van door consumenten geleden strooischade in de praktijk moeilijk kan zijn.

8.4.3 Het bierbrouwerskartel

Beschrijving casus

Op 18 april 2007 nam de Europese Commissie een beschikking ³¹⁴waarin zij vaststelde dat vier bierbrouwers (drie Nederlandse en één Belgische) tussen 1996 en 1999 geheime en verboden afspraken hebben gemaakt over de prijs van hun bier op de Nederlandse markt. De afspraken betroffen zowel de prijzen voor het bier bestemd voor de horeca als voor de supermarkten. Ondernemers zouden als gevolg daarvan jarenlang een te hoge bierprijs hebben betaald. In de beschikking van de Commissie wordt geen uitspraak gedaan over de omvang van de schade die het kartel heeft veroorzaakt.³¹⁵

Rol toezichthouder

De Europese Commissie heeft drie bierbrouwers boetes opgelegd van € 219 miljoen, € 31 miljoen en € 22 miljoen wegens overtreding van artikel 81 lid 1 EG. De vierde bierbrouwer kreeg geen boete opgelegd, omdat zij vrijwillig meewerkte aan het onderzoek en de Commissie in het kader van het clementieprogramma van de Commissie informatie en bewijsmateriaal verstrekke. De beboete bierbrouwers betwisten het bestaan van het kartel en hebben tegen de beschikking van de Commissie beroep ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg. Hierop is op dit moment nog niet beslist.

In perspublicaties heeft de Commissie erop gewezen dat iedere persoon of onderneming die van de concurrentiebeperkende praktijken van de bierbrouwers te lijden heeft gehad, zijn zaak voor de nationale rechter kan brengen, een schadeclaim kan indienen en daarbij delen van de gepubliceerde beschikking kan aanvoeren als bewijs dat de praktijken hebben plaatsgevonden en verboden waren. Mededingingscommissaris Kroes riep in het bijzonder de Nederlandse horeca op om de schade op de brouwers te verhalen.³¹⁶

³¹⁴ Persbericht Europese Commissie van 18 april 2007, IP 07/509.

³¹⁵ Volgens berekeningen van prof. M.P. Schinkel (UvA) zouden de bierbrouwers met de prijsafspraken zo'n € 400 miljoen hebben verdiend (uitspraak in televisieprogramma NOVA 23 september 2007; Algemeen Dagblad 1 oktober 2007).

³¹⁶ Persbericht Europese Commissie van 18 april 2007, IP 07/509 en interview met commissaris Kroes 3 april 2008, <http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9vvh6nf08temv0/vhts8qcg39u6?ctx=vg09llfemfyf>.

Rol consumenten- en brancheorganisaties

In vervolg op de boetes die de Europese Commissie heeft opgelegd heeft Koninklijke Horeca Nederland (KHN) actie ondernomen richting de bierbrouwers om de schade die horecaondernemers door het kartel hebben geleden te verhalen.

KHN heeft in eerste instantie de vier betrokken bierbrouwers benaderd voor overleg met als primaire doelstelling schadeloosstelling van horecaondernemers en verlaging van de inkooprijzen. Het starten van een gerechtelijke schadevorderingsprocedure leek KHN, gelet op het risico dat de rechter zal besluiten de zaak aan te houden tot de beroepsprocedure is afgerond, minder wenselijk.

Op het verzoek om overleg is alleen de bierbrouwer aan wie op grond van de clementieregeling geen boete werd opgelegd ingegaan. Als reactie hierop heeft KHN verzoekschriften gestuurd naar de rechtbanken om bij het kartel betrokken bestuurders van de bierbrouwers die niet met haar in overleg wensten te treden als getuige in een voorlopig getuigenverhoor te horen.

Vervolgens zijn de brouwerijen alsnog met KHN in overleg getreden. In de daaropvolgende onderhandelingen is de focus verschoven van het verkrijgen van een vergoeding voor de geleden schade naar het bewerkstelligen van een 'transparantere biermarkt'. Het doel van de gesprekken is een oplossing te vinden voor structurele problemen in de biermarkt en het afbouwen van de afhankelijkheid van horecaondernemers van brouwerijen. In verband daarmee wordt gesproken over:³¹⁷

- a) een transparante prijsopbouw van pils; thans zijn in de verkoopprijs voor pils aanvullende diensten of producten verwerkt, die niet door elke horeca-ondernemer worden gebruikt;
- b) het afbouwen van de rol van de brouwerijen als financier van de brouwerijen om tot een strikte scheiding van de rollen als financier en brouwer te komen. Nu is het zo dat de kosten van financieringen in feite worden versleuteld in de bierprijzen. KHN streeft naar de oprichting van een onafhankelijk Horeca Borgstellingfonds waartoe horecaondernemers zich kunnen wenden voor een borgstelling om (extra) financiering te krijgen;
- c) uniforme kelderbier- en tapinstallaties, waardoor een bestaande bierinstallatie in tact kan blijven als een horecaondernemer naar een andere brouwer overstapt en
- d) imagoverbetering van de horeca.

³¹⁷ Zie persbericht KHN 22 februari 2008.

Over de huidige stand van zaken kon KHN weinig zeggen, in verband met het feit dat de onderhandelingen met de brouwers nog gaande zijn.

Ook de Consumentenbond heeft de mogelijkheden van een verhaalsactie onderzocht, maar deze is uiteindelijk gestrand op het ontbreken van middelen om namens consumenten een collectieve schikking af te dwingen en een gebrek aan medewerking van de supermarktketen met wie zij eventueel een gerechtelijke actie wilde ondernemen. Gezamenlijk optrekken leek de Consumentenbond wenselijk in verband met het verwachte verweer van de brouwers dat niet vaststaat of en in hoeverre de supermarkten de hogere inkoopprijs voor het bier hebben doorberekend aan de consument.

Conclusie

Deze zaak is een mooi voorbeeld van de complexiteit van een het verhaal van schade veroorzaakt door een kartelinbreuk, zeker als een verhaalsactie moet worden gevoerd namens consumenten (zijnde de indirecte afnemers). De uiteindelijke onderhandelingspositie van de organisaties van gedupeerden zal mede afhangen van de werkelijke mogelijkheden om wél schadevergoeding te krijgen.

8.4.4 De zaak Interpay

Beschrijving casus

Bij primair besluit van 28 april 2004 beboette de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) het door acht banken opgerichte bedrijf Interpay voor misbruik van haar machtspositie op de markt voor pintransacties, door voor deze transacties excessieve tarieven aan detailhandelaren te berekenen. Interpay leverde als enige aanbieder in Nederland ondersteunende diensten voor elektronische betalingen zoals pinnen, chippen, betalingen met creditcards en girale overboekingen. Interpay is opgericht door en volledig eigendom van acht banken in Nederland. Detaillisten die hun klanten de mogelijkheid willen bieden om te pinnen, dienden daarvoor een contract met Interpay af te sluiten. Per pinbetaling betaalde de detaillist een bepaald bedrag aan Interpay. De hoogte daarvan was mede afhankelijk van de hoeveelheid transacties die de detaillist afnam: hoe meer pintransacties, des te lager het tarief per transactie. De tarieven die Interpay rekende lagen volgens de NMa vijf- tot zevenmaal boven het door de NMa gehanteerde normrendement.³¹⁸

³¹⁸ Besluit NMa van 28 april 2004, <http://www.nmanet.nl/Images/2910BLD-Interpaytcm16-47127.pdf>.

Daarnaast beboette de NMa de acht banken die Interpay hebben opgericht, omdat zij hun samenwerking in Interpay hebben verbreed tot de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties. De banken hadden Interpay ingericht als een centraal verkoopkantoor waardoor Interpay de enige aanbieder was van netwerkdiensten voor pinbetalingen. Door de verkoop van netwerkdiensten te beperken tot Interpay hebben de banken in de periode 1 januari 1998 tot 1 maart 2004 de mogelijkheid om zelf deze diensten in onderlinge concurrentie te leveren, uitgesloten. De in het besluit geconstateerde overtredingen van de kartelwetgeving impliceerden dat alle toonbankinstellingen die gebruik maakten van de diensten van Interpay daarvoor gedurende een aantal jaar een (vermoedelijk) te hoge prijs hebben betaald.

Rol toezichthouder

Het onderzoek van de NMa volgde op een kort geding dat Superunie, een inkooporganisatie van supermarkten had aangespannen tegen Interpay en een klacht van MKB Nederland over de kosten van de ombouw van pinapparatuur in verband met de komst van de euro. Onderwerp van het kort geding dat Superunie aanspande, was in hoeverre Interpay als onderneming met een machtspositie in de door haar berekende tarieven mocht discrimineren tussen verschillende afnemers. In de uitspraak op dat kort geding gaf de rechter aan dat een nader NMA-onderzoek naar mogelijk misbruik van een machtspositie door Interpay wenselijk was.

Bij beslissing op bezwaar heeft de NMa de overtreding van het kartelverbod bevestigd, maar de daarvoor opgelegde boetes verlaagd, aangezien de banken onder meer na overleg met (brancheorganisaties van) gedupeerden een innovatiefonds van € 10 miljoen hebben opgericht. Dit fonds beoogt een belangrijke bijdrage te gaan leveren aan een efficiënt(er) betalingsverkeer in Nederland. Voorts zag de NMa af van het opleggen van een boete aan Interpay wegens het hanteren van excessieve pintarieven. Reden hiervoor was dat de NMa tot de conclusie was gekomen dat nader onderzoek noodzakelijk was om aan te kunnen tonen dat inderdaad sprake was van excessieve tarieven. Tot het uitvoeren van dat nadere onderzoek is de NMa niet overgegaan, onder andere vanwege een aantal nieuwe, door haar ondersteunde ontwikkelingen, die minimaal eenzelfde effect hadden als een aan Interpay op te leggen boete, waaronder een compensatieregeling die op 17 november 2005 tot stand was gekomen tussen vertegenwoordigers van gedupeerde detaillisten en de betrokken banken.³¹⁹

³¹⁹ Besluit NMa 21 december 2005, <http://www.nmanet.nl/Images/2910BBStcm16-83720.pdf>.

Schadeafwikkeling

Deze compensatieregeling is neergelegd in het Convenant Betalingsverkeer 2005 (hierna: het Convenant). Partijen daarbij zijn de Nederlandse Vereniging van Banken, Interpay, Beanet, ABN AMRO, ING, Van Lanschot, Fortis, BNG, Rabobank, SNS, Friesland Bank, de Raad, Nederlandse Detailhandel, de Nationale Winkelraad van de Koninklijke Vereniging MKB Nederland, het Platform Detailhandel Nederland, het Koninklijk Verbond van Ondernemers in het Horeca- en Aanverwante Bedrijf "Horeca Nederland", de Vereniging Nederlandse Petroleum Industrie, de BOVAG, de Nederlandse Organisatie voor Energiebranche "NOVE", de Belangenvereniging Tankstations en de Vereniging Retail Partners Nederland.

Het Convenant bestaat uit drie afspraken:

- Elke onderneming die pinnen als betaalmogelijkheid aanbiedt, krijgt met terugwerkende kracht tot 1 januari 2005 ten minste 1 eurocent per transactie korting op het individueel tussen bank en onderneming uitonderhandelde pintarief (gemiddeld 5 cent per transactie). Ondernemingen die na 1 januari 2005 pinnen aanbieden krijgen eveneens de minimale korting.
- Daarnaast wordt een zogenaamd "innovatiefonds" opgericht om het betalingsverkeer efficiënter te maken. Dit fonds heeft EUR 10 miljoen in kas, gefinancierd door de banken.
- Tevens hebben partijen het voornemen geuit om samen innovatieve plannen te ontwikkelen om het betaalgedrag van consumenten en zakelijke rekeninghouders efficiënter te maken.

De verwachte opbrengst van de hierboven genoemde kortingsregeling voor de toonbankinstellingen kon volgens de NMa worden geschat op minimaal € 36.000.000.

Conclusie

Deze zaak is een voorbeeld van een geval waarin het optreden van een toezichthouder een belangrijke rol heeft gespeeld om de banken tot een akkoord te bewegen. Enerzijds bepaalde het primaire besluit de startpositie van gedupeerden in de onderhandelingen met de banken. Anderzijds heeft de NMa door het verlagen van de boete (en het niet doorzetten van de zaak tegen Interpay zelf) de banken een *incentive* gegeven aan deze oplossing mee te werken. Van de schade die op deze wijze is gecompenseerd, kan een deel als strooischade worden aangemerkt.

8.5 *Samenvatting bevindingen veldonderzoek*

8.5.1 Strooischade als maatschappelijk probleem?

De hoeveelheid voorbeelden van strooischade die tijdens het veldonderzoek door stakeholders zijn genoemd, doen vermoeden dat de gevallen waarin van strooischade sprake is, talrijk zijn en de totale omvang ervan aanzienlijk is. De Consumentenbond, de Consumentenautoriteit, de ANWB, OPTA en Rover zien het vóórkomen van strooischade en het doorgaans onvergoed blijven daarvan als een maatschappelijk probleem, dat oplossing verdient. Daarbij vragen zij aandacht voor de aantasting van het vertrouwen van consumenten in het handelsverkeer, in ondernemingen en instanties.

VNO-NCW en MKB Nederland weerspreken dat sprake is van een maatschappelijk probleem. Zij menen dat de bestaande mogelijkheden om strooischade vergoed te krijgen toereikend zijn en dat in gevallen waarin strooischade onvergoed blijft dit doorgaans te wijten is aan de omstandigheid dat de gedupeerden hun claim niet belangrijk genoeg vinden, er sprake is van een 'zwakke zaak' of de bestaande mogelijkheden onvoldoende worden benut. VNO-NCW en MKB Nederland stellen voorts dat op het niveau van relaties tussen bedrijven vergoeding voor veroorzaakte strooischade, bijvoorbeeld door oneerlijke concurrentie, in de regel in onderling overleg wordt geregeld.

Verschillende consumentenorganisaties en toezichthouders menen dat ook 'ergernis' als een vorm van strooischade beschouwd moet worden. In dat verband hebben zij erop gewezen dat niet elke inbreuk op consumentenbeschermende regels gepaard gaat met vermogensschade. Zo zal een consument die als gevolg van een schending van informatieverplichtingen over de totstandkoming van een overeenkomst ongewenst switcht van de ene aanbieder van een dienst naar een andere door de switch niet altijd schade lijden; mogelijk is hij bij de nieuwe aanbieder zelfs goedkoper uit.

Overigens menen de ANWB en Rover dat een zekere drempel in de vorm van moeite en kosten die men moet aanwenden om strooischade vergoed te krijgen, toelaatbaar is. Volgens deze organisaties moet worden voorkomen dat hele procedures worden opgetuigd voor de vergoeding van enkele dubbeltjes.

8.5.2 Compensatie anders dan door schadevergoeding in geld

Uit het veldonderzoek komt naar voren dat de focus van consumentenorganisaties en brancheverenigingen die actie ondernemen naar aanleiding van een strooischade veroorzakende gedraging doorgaans is gericht op het staken van die gedraging en het voorkomen van strooischade in de toekomst. In gevallen waarin de aandacht wél

primair is gericht op het verkrijgen van vergoeding voor reeds geleden schade blijkt die aandacht gedurende de onderhandelingen vaak te verschuiven naar maatregelen voor de toekomst die gedupeerden ook een zekere genoegdoening bieden. De wijze waarop de schades die zijn veroorzaakt door het bankenkartel in de Interpay-kwestie uiteindelijk zijn afgewikkeld, alsook de inzet van Koninklijke Horeca Nederland in de onderhandelingen met de bierbrouwers, lijken dit te illustreren. Deze focus op toekomstgerichte maatregelen samen lijkt ondermeer samen te hangen met knelpunten bij het verhaal van strooischade, meer in het bijzonder met problemen rond het bewijs van de omvang van de schade en het causaal verband met de onrechtmatigheid.

8.5.3 Knelpunten bij het verhaal van strooischade

De belangrijkste knelpunten bij pogingen tot verhaal van strooischade lijken te zijn gelegen in de kosten en de financiering van verhaalsacties en het gebrek aan prikkels voor strooischadeveroorzakers om met gedupeerden tot een schadeafwikkeling in der minne te komen.

Gelet op de kosten van een gebundelde actie en de administratieve inspanningen die een gebundelde actie in rechte vergt, zien consumentenorganisaties de gebundelde actie (veelal) niet als een geëigend middel om strooischade aan te pakken. Zowel de Consumentenbond als de ANWB merken daarbij op dat de individuele gedupeerden van een gebundelde actie al snel een betere uitkomst verwachten, dan haalbaar en dat daarin voor de consumentenorganisatie een afbreukrisico ligt. Om een lange, gerechtelijke procedure te voorkomen waarbij de omvang van de schade voor elke individuele gedupeerde vastgesteld moet worden, zal een gebundelde actie immers veelal uitmonden in een schikking, waarbij ook de individuele gedupeerden water bij de wijn moeten doen.

Het kosten- en financieringsprobleem staat volgens de consumentenorganisaties en branchevereniging Koninklijke Horeca Nederland ook vaak in de weg aan een collectieve actie in rechte. Dit speelt deze organisaties in het bijzonder parten bij collectieve acties tot verhaal van strooischade, omdat het daarbij gaat om voor individuele gedupeerden geringe schade. Een andere besteding van de gelden die de consumentenorganisatie kan aanwenden ter behartiging van de belangen van consumenten zal in de ogen van belangenorganisaties immers al snel een groter en een beter zichtbaar effect (voor leden) hebben. Dat geldt eens te meer doordat er in het algemeen veel tijd verstrijkt voordat een collectieve actie haar vruchten afwerpt. Zeker bij geringe individuele schade verliezen benadeelden dan vaak hun interesse in de verhaalsactie.

Consumentenorganisaties en de geïnterviewde advocaten wijzen er voorts op dat ook de complexiteit van gerechtelijke procedures aan het instellen van collectieve acties in

de weg kan staan. In een dergelijke procedure moeten immers de onrechtmatigheid van een gedraging, het causaal verband tussen de onrechtmatigheid en de schade en de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker worden vastgesteld. Hoe zwaarder de eisen zijn die worden gesteld aan stelplicht en bewijslast die terzake op de gedupeerden rust, hoe ingewikkelder, langduriger en duurder de procedure voor de benadeelden is en hoe onzekerder de uitkomst daarvan wordt. Dit geldt temeer als de gedupeerden kampen met een informatieachterstand ten opzichte van de schadeveroorzaker, hetgeen in strooischadegevallen vaak het geval is.

De in het veldonderzoek betrokken belangenorganisaties geven alle aan om vorenstaande redenen in de praktijk zelden of nooit tot een collectieve actie over te gaan.

Het tweede belangrijke knelpunt waarop pogingen tot verhaal van strooischade volgens consumentenorganisaties vaak stuklopen, is het gebrek aan bereidheid bij de schadeveroorzaker om de schadeafwikkeling buiten rechte te regelen. Dit speelt in het bijzonder op bij schadeveroorzakers die geheel ongevoelig zijn voor aantasting van hun reputatie door negatieve berichtgeving of een smet op hun blazoen voor lief nemen in het licht van de voordelen die zij met de strooischadeveroorzakende behalen. Het gebrek aan *incentives* voor de schadeveroorzaker om met gedupeerden tot een akkoord over de schadeafwikkeling te komen, hangt volgens de consumentenorganisaties, Koninklijke Horeca Nederland en de geïnterviewde advocaten samen met de – mede om de hiervoor genoemde redenen – weinig effectieve mogelijkheden om een schadevergoeding (collectief) in rechte af te dwingen. Daarbij wordt bovendien de wettelijke uitsluiting van de mogelijkheid om in een collectieve actie een schadevergoeding in geld te vorderen bekritiseerd. De belangenorganisaties wijzen erop dat zij hierdoor (zelfs in theorie) een stok achter de deur missen bij eventuele schikkingsonderhandelingen.

Gelet op het voorgaande biedt de Wcam volgens de belangenorganisaties doorgaans evenmin soelaas bij strooischade. Omdat een schikking in het bijzonder in strooischadezaken – waar een schadeveroorzaker weinig te vrezen heeft van individuele of collectieve vorderingen – veelal buiten bereik ligt, is voor de Wcam in de regel bij voorbaat geen rol van betekenis weggelegd, als de schadeveroorzaker ongevoelig is voor reputatieschade en maatschappelijke druk, bijvoorbeeld door negatieve publiciteit.

Ten slotte rijst uit het veldonderzoek de indruk dat bij strooischade veroorzaakt door verboden mededingingsbeperkende afspraken, het belang van een goede, duurzame verstandhouding met de overtredende onderneming voor een gedupeerde onderneming reden kan zijn om af te zien van verhaalsactie.

8.5.4 Rol toezichthouders

De Consumentenautoriteit kiest ervoor haar bevoegdheden om op te treden tegen inbreuken op consumentrechten juist in te zetten bij strooischadeveroorzakende inbreuken. Andere toezichthoudende autoriteiten hebben die keuze niet gemaakt, maar het aan hen opgedragen toezicht kan meebrengen dat zij belast zijn met de handhaving van verplichtingen die bij niet-naleving strooischade veroorzaken.

De toezichthoudende autoriteiten zien onder de huidige wetgeving in het algemeen geen rol voor zich weggelegd bij de afwikkeling van schade die wordt veroorzaakt door overtredingen waartegen zij handhavend kunnen optreden. Een uitzondering hierop vormt de bijzondere bevoegdheid van OPTA om telecomaanbieders bij misbruik van betaalnummers te verplichten tot terugbetaling van de geïnde gesprekskosten en de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om met gebruikmaking van de Wcam de rechter te verzoeken een tussen haar en een schadeveroorzaker bereikte schikking verbindend te verklaren. De Consumentenautoriteit heeft deze bevoegdheid tot op heden niet uitgeoefend en geeft aan daarmee ook terughoudend te zullen omgaan, teneinde de uitoefening van haar publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden niet te storen.

Hoewel de toezichthoudende autoriteiten zich niet actief bemoeien met de concrete schadeafwikkeling, komt uit het onderzoek naar voren dat de vraag of een schadeveroorzaker gedupeerden heeft gecompenseerd wel een rol kan spelen bij besluiten om al dan niet (formeel) handhavend op te treden en, als handhavend wordt opgetreden, bij de vaststelling van de hoogte van de boete. De Interpay-zaak illustreert dat dit een belangrijk gegeven bij schikkingsonderhandelingen kan zijn.

Uit het veldonderzoek komt ten slotte naar voren dat in het geval toezichthoudende autoriteiten sanctiebevoegdheden hebben, het in het merendeel van de gevallen waarin zij tegen een overtreding optreden niet tot formele besluitvorming hoeft te komen om de overtreding te doen beëindigen. Toedeling van handhavende bevoegdheden aan toezichthoudende autoriteiten kan dan ook een effectief en efficiënt middel zijn om de met handhaving gewenste doelen te realiseren. Dit zou ook op kunnen gaan voor eventuele bevoegdheden om tegen strooischade op te treden.

Deel C Analyse

9 Analyse van de belangrijkste knelpunten bij de aanpak van strooischade

9.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat een samenvattende analyse van de strooischadeproblematiek. Het bouwt voort op de inventarisatie die is uitgevoerd in de delen A en B hiervoor, in het bijzonder de hoofdstukken 5 en 8. Na een algemene inleiding (par. 9.2) wordt een overzicht gegeven van de voornaamste knelpunten bij de bestaande mogelijkheden om tegen strooischade op te treden, zoals die naar voren komen uit de koppeling van de theoretische verkenning aan de bevindingen van het veldonderzoek. Daarbij wordt aangesloten bij de volgorde van behandeling die hoofdstuk 5 is aangehouden, door eerst in te gaan op de buitengerechtelijke mogelijkheden (par. 9.3), vervolgens de privaatrechtelijke mogelijkheden in rechte en ten slotte de publiekrechtelijke mogelijkheden.

9.2 Algemeen

Kenmerkend voor strooischade is dat de individuele schade van de schadelijders zo gering is dat het op grond van een kosten-baten-afweging voor hen niet loont om die schade individueel te verhalen. De collectieve schade van de schadelijders vormt gecumuleerd evenwel een aanzienlijk belang in de vorm van groepsnadeel voor de schadelijders en/of welvaartsvoordeel voor de schadeveroorzaker(s).

Strooischade kan zich op vele manieren manifesteren en kan vele verschillende oorzaken hebben. Dit onderzoek heeft zich beperkt tot strooischade die zich voordoet op mededingings- en consumentenrechtelijk terrein. Strooischade kan bijvoorbeeld ontstaan door kartels of door misleidende reclame, maar ook kosten die een consument maakt bij pogingen tot verhaal van schade (denk aan het bellen naar klantenservicenummers) kunnen als strooischade worden beschouwd. Praktijken die tot niet tot vermogensschade leiden maar wel als ergerlijk worden ervaren, vallen buiten het in dit onderzoek gehanteerde begrip strooischade. Zowel van de kant van consumentenorganisaties als van de kant van toezichthouders is echter opgemerkt dat ook ergernis als een vorm van strooischade gezien kan worden.

Volgens consumentenorganisaties vormt het onvergoed blijven van strooischade een maatschappelijk probleem, waarvoor een oplossing moet worden gezocht. Dit sluit aan bij de opvattingen in de literatuur dat het maatschappelijk onwenselijk zou zijn als

normschending zou lonen, doordat tegen strooischade niet wordt opgetreden.³²⁰ Ook de Europese Commissie is van oordeel dat het onrechtvaardig zou zijn als inbreukmakers van de door hen veroorzaakte strooischade zouden kunnen profiteren.³²¹

Aan de vraag of het optreden tegen strooischade moet worden vergemakkelijkt, gaat de vraag vooraf welk doel men met het optreden tegen strooischade wenst te bereiken. Een eerste doelstelling is volledige schadeloosstelling van gedupeerden voor het door hen geleden nadeel. Een reden om niet slechts van de schadeloosstelling van de benadeelden uit te gaan, is dat bij strooischade compensatie van benadeelden niet altijd mogelijk is, omdat als de individuele schade te gering is om verdeling van de opbrengst te rechtvaardigen of de groep benadeelden onbekend of onbereikbaar is. Deze schade komt binnen de grenzen van afdeling 6.1.10 BW niet voor vergoeding in aanmerking. Een tweede doelstelling kan daarom zijn het volledig ontnemen van het door de schadeveroorzaker genoten voordeel. Dit zou laatste zou tot gevolg kunnen hebben dat een ingewikkelde schadeberekening niet altijd noodzakelijk zou zijn, maar bijvoorbeeld volstaan zou kunnen worden met een claim tot winstafracht. Een derde doelstelling van de aanpak van strooischade zou generale preventie kunnen zijn, bijvoorbeeld door instrumenten waarmee de rechtsinbreuk kan worden gestaakt, al dan niet in combinatie met de mogelijkheid winstafracht te vorderen.³²²

9.3 *Buitengerechtelijke mogelijkheden van optreden tegen strooischade en hun beperkingen*

Alternatieve geschilbeslechting kan in veel gevallen te prefereren zijn boven een gang naar de rechter.³²³ Welke buitengerechtelijke instrumenten om tegen strooischade op te treden bestaan er en welke mogelijkheden bieden deze instrumenten?

9.3.1 (Collectieve) schikking

De bekendste vorm van buitengerechtelijke afdoening is de schikking, waarbij partijen onderling, zonder tussenkomst van de rechter of een andere onafhankelijke derde, de

³²⁰ Zie onder meer Interimrapport, p. 180 en Tzankova 2005.

³²¹ Zie hoofdstuk 6.

³²² In Duitsland bijvoorbeeld zijn een tweetal instrumenten voor de aanpak van strooischade ingevoerd, die niet het oogmerk hebben de benadeelden te compenseren, maar strooischade te voorkomen. Het betreft bevoegdheden van belangenorganisaties en/of mededingingsautoriteiten om bij een rechtsinbreuk winstafracht te vorderen: § 33-34a GWB en § 10 UWG. Zie ook paragrafen 7.2.3 en 7.2.4.

³²³ Zie paragraaf 6.2.2 met betrekking tot het Witboek schadevergoedingsacties mededingingsregels en paragraaf 6.3.3 met betrekking tot het Groenboek collectief verhaal consumenten.

zaak in der minne regelen. Indien partijen een regeling treffen, kunnen zij deze opnemen in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW. Voorts kan een vaststellingsovereenkomst die een belangenbehartiger namens een groep gedupeerden met de schadeveroorzaker heeft gesloten, op grond van de Wcam verbindend worden verklaard voor alle gedupeerden.

Een regeling zal alleen dan bereikt kunnen worden, als beide partijen belang hebben bij een oplossing van het geschil in der minne. Bij collectieve strooischade zal voor een belangenbehartiger dit belang er veelal in zijn gelegen dat hij zich de kosten en moeite van een procedure kan besparen. Dit belang zal overigens minder aanwezig zijn, als de uit de schikking te verkrijgen schadevergoeding onder de individuele benadeelden dient te worden verdeeld. Voor de veroorzaker van strooischade is het belang bij een schikking vaak minder evident.

9.3.2 Arbitrage

In geval van strooischade zou een collectief van gedupeerden of een belangenbehartiger in beginsel met de schadeveroorzaker kunnen overeenkomen dat het geschil over de afwikkeling van de schade wordt onderworpen aan arbitrage, waarbij het geschil door een of meer door partijen gekozen arbiters via een arbitraal vonnis wordt beslecht. Arbitrage heeft een minder formalistisch karakter dan een gerechtelijke procedure, onder meer omdat arbiters niet noodzakelijkerwijs gebonden zijn aan het (schadevergoedings)recht. Partijen kunnen overeenkomen dat de arbiters zullen beslissen 'als goede mannen naar billijkheid'. In strooischadezaken waarin het bewijs van (de omvang van) de schade of het causaal verband moeilijk is te leveren, zou dit een uitkomst kunnen zijn. Een kanttekening die hierbij past, is dat daartoe de instemming van de schadeveroorzaker nodig is en het de vraag is of de schadeveroorzaker bereid is met een dergelijke globalere beoordeling akkoord te gaan als hij mogelijkheden ziet de omvang van de schade en het causaal verband te betwisten. In de tweede plaats kunnen bij arbitrage specifiek deskundige personen als arbiters worden aangewezen.

De belangrijkste reden waarom strooischade veelal niet effectief door middel van arbitrage of schikking kan worden aangepakt, is het feit dat afwikkeling van de schade langs die weg de instemming van beide partijen vereist. Dit betekent dat medewerking van de schadeveroorzaker is vereist. Zowel bij een schikking als bij arbitrage ontbreekt het in geval van strooischade aan de zijde van de schadeveroorzaker vaak aan een prikkel om de schade (op welke wijze dan ook) te willen regelen of arbitrage overeen

te komen, in het bijzonder indien de schadeveroorzaker ongevoelig is voor reputatieschade en maatschappelijke druk. Omdat individuele gedupeerde zelden werk maken van strooischadeclaims, althans deze zelden doorzetten, en collectieve vorderingen tot betaling van geld bij wijze van schadevergoeding niet mogelijk zijn³²⁴, behoeven strooischadeveroorzakers doorgaans niet te vrezen dat zij in een procedure tot vergoeding van strooischade zullen worden veroordeeld.

Daarbij is van belang dat een regeling door middel van arbitrage of schikking in potentie (veel) goedkoper kan zijn dan een gerechtelijke procedure, maar dat ook daaraan toch de nodige kosten zijn verbonden. Zo zullen er informatiekosten moeten worden gemaakt om de claim in een onderhandelingsproces of arbitrage juridisch te kunnen onderbouwen. Ook voor publiciteit – hetgeen de druk op de schadeveroorzaker om tot een oplossing te komen kan vergroten – moeten de nodige gelden worden gereserveerd. Verder valt te denken aan organisatie- en administratiekosten, bijvoorbeeld voor de verdeling van een eventuele opbrengst onder de individuele benadeelden. Bij arbitrage komen daar de kosten van de arbiters in beginsel ook bij, die flink kunnen oplopen.

9.3.3 Bindend advies en geschillencommissies

Bij bindend advies verbinden partijen zich aan een vaststellingsovereenkomst die tot stand komt krachtens een aan een derde opgedragen beslissing. Anders dan het geval is bij een arbitraal vonnis, kan een vaststellingsovereenkomst die uit een bindend advies voortvloeit krachtens de Wcam verbindend worden verklaard. In de Nederlandse praktijk blijken veel geschillen over geringe schades van consumenten – te weten geschillen die worden beslecht door geschillencommissies die de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) in stand houdt – via bindend adviezen te worden afgewikkeld.³²⁵

In vergelijking met gerechtelijke procedures en arbitrages kan de behandeling van een geschil door een geschillencommissie voor de consument als goedkoop en snel worden aangemerkt. Indien een consument strooischade heeft geleden die het bedrag van het

³²⁴ Zoals hiervoor onder meer in paragraaf 5.4.2 aan de orde is gekomen, kan in een collectieve actie ex artikel 3:305a lid 3 BW geen schadevergoeding in geld worden gevorderd. Dit zou wel in een gebundelde actie kunnen, waarbij individuele vorderingen van gedupeerden in een actie worden gebundeld (procederen via volmacht of lastgeving). Gelet op de problematiek van kosten en rationele desinteresse, lijkt dit echter slechts een theoretische mogelijkheid waarvan het onaannemelijk is dat deze in de praktijk bij strooischade zal worden toegepast (zie ook paragraaf 5.4.1).

³²⁵ De leden van een brancheorganisatie die een geschillencommissie heeft die bij SGC is aangesloten dienen in hun algemene voorwaarden een consument de mogelijkheid te bieden om een geschil aan de geschillencommissie voor te leggen. Zie verder paragraaf 5.3.3.

klachtengeld (substantieel) te boven gaat, kan het voor hem interessant zijn een zaak aan de geschillencommissie voor te leggen. Voor veel vormen van strooischade zullen de klachtengelden die de geschillencommissies hanteren evenwel voor een individu nog steeds te hoog zijn om een strooischade aan een geschillencommissie voor te leggen. Daarnaast moet een individu ook bij een geschillencommissie (reis)tijd en moeite steken in en reiskosten maken om zijn klacht toe te lichten. De rationele desinteresse in aanmerking genomen, is het aannemelijk dat dit voor veel consumenten de balans ten gunste van het laten rusten van de zaak zal doen uitslaan.³²⁶

Van belang is voorts dat niet op alle terreinen waarop strooischade zich kan voordoen, een geschillencommissie actief is. Binnen de branches waarin een geschillencommissie actief is, zullen bovendien niet alle bedrijven die met consumenten zaken doen bij de geschillencommissie aangesloten zijn. Dat is alleen anders als aansluiting een wettelijke voorwaarde is waaronder bedrijven zich op de consumentenmarkt mogen begeven.

Ten slotte levert de onmogelijkheid om bij een geschillencommissie claims geconsolideerd voor te leggen een belangrijke beperking voor de aanpak van strooischade. De reglementen van de verschillende geschillencommissies voorzien niet in de mogelijkheid om een collectieve klacht voor te leggen. Evenmin is een belangenbehartiger bevoegd een geschil aan te brengen, zodat de geschilbehandeling – hoewel dit in theorie een mogelijkheid is – in de praktijk niet zal kunnen leiden tot een vaststellingsovereenkomst die verbindend kan worden verklaard op grond van de Wcam.

Dat dit ook anders kan worden geregeld, bewijst het in Zweden succesvol toegepaste model van collectieve alternatieve geschilbeslechting. Daar kan de Consumentenombudsman of een consumentenorganisatie namens een groep gedupeerde consumenten een collectieve actie instellen bij de Zweedse Nationale Raad voor Consumentenklachten. Naar aanleiding daarvan doet de Raad ten behoeve van alle gedupeerden – er is sprake van een opt-outsysteem – een aanbeveling voor de oplossing van het geschil.³²⁷

³²⁶ Voor een beschrijving van andere nadelen (en voordelen) van de behandeling van een klacht door de geschillencommissie zie paragraaf 5.3.3.

³²⁷ Zie paragraaf 7.6.

9.4 *Privaatrechtelijke mogelijkheden van optreden in rechte tegen strooischade en hun beperkingen*

Individueel claimen is bij strooischade *de facto* uitgesloten, omdat de kosten-batenanalyse per definitie negatief uitvalt. Door consolidatie (bundeling) van claims kan de kostenproblematiek (gedeeltelijk) worden opgevangen, doordat de kosten kunnen worden gedeeld. Om die reden is bezien welke privaatrechtelijke mogelijkheden tot consolidatie van claims in Nederland bestaan en in hoeverre die het claimen van strooischade mogelijk maken.

9.4.1 Groepsactie via volmacht of lastgeving

In de eerste plaats kunnen individuele claims in een groepsactie worden gebundeld als de individuele benadeelden aan een belangenbehartiger een volmacht of lastgeving verlenen om namens hen een actie te starten. Een dergelijke gebundelde actie komt neer op een opt-insysteem, nu benadeelden zich uitdrukkelijk bij de actie moeten aansluiten. Dit brengt in de eerste plaats praktische problemen met zich. Hoe moet het logistieke en administratieve proces van het verkrijgen van volmachten van een omvangrijke groep benadeelden bekostigd en geregeld worden? Hoe moeten de benadeelden waarvan de identiteit van tevoren niet kan worden vastgesteld worden achterhaald en bereikt? Belangrijk is verder dat de prikkel om zich bij de actie aan te sluiten vaak niet optimaal zal zijn. Het is de vraag of bij een gebundelde actie voldoende benadeelden zich spontaan bij de actie zullen aansluiten. Daar komt bij dat een initiator moet worden gevonden die zich de tijd, moeite, maar vooral ook de investering van het op touw zetten en het instellen van een gebundelde actie wil getroosten. Net als bij een individuele actie, zullen de kosten en de daarmee samenhangende problematiek van rationele desinteresse en free riding het belangrijkste struikelblok voor het initiëren van een dergelijke actie vormen.³²⁸ Consumentenorganisaties zien een gebundelde actie niet als een geëigend middel om strooischade aan te pakken en maken er dan ook niet of nauwelijks gebruik van.³²⁹ In het buitenland blijken vergelijkbare opt-in procedures – met name vanwege de hoge kosten – evenmin weinig succesvol voor wat betreft de compensatie van strooischade.³³⁰

³²⁸ Zie over het procederen via volmacht of lastgeving verder paragraaf 5.4.1.

³²⁹ Zie paragraaf 8.3.5.

³³⁰ Zie met name de in paragraaf 7.3.1 omschreven Engelse Group Litigation Order (GLO).

9.4.2 Collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW

Op grond van artikel 3:305a BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. De met deze collectieve actie gecreëerde bevoegdheid voor belangenorganisaties om voor anderen in rechte op te treden beoogt de rechtsbescherming te verbeteren in gevallen waarin individuen daartoe niet zelf bereid of in staat zijn. Een beslissing ex artikel 3:305a BW heeft weliswaar slechts gezag van gewijsde tussen de procespartijen, maar doorgaans zal zij derdenwerking hebben. In het algemeen wordt immers een beslissing ten gunste van derden gevraagd – bijvoorbeeld een gebod om een rechtsinbreuk te staken – zodat bij toewijzing het juist deze derden zijn die van de gevolgen van de collectieve actie kunnen profiteren. Anders dan bij een gebundelde actie, hoeven de benadeelden zich dus niet uitdrukkelijk bij de actie aan te sluiten. In ieder geval wordt hiermee een deel van de problematiek van rationele desinteresse en free riding weggenomen.

Desalniettemin zijn het wederom de kosten – zo wordt in de literatuur gesteld en door de resultaten van het veldonderzoek bevestigd – die in de weg staan aan een succesvolle inzet van dit middel bij strooischade. De belangenbehartiger moet voor het instellen van een collectieve actie immers over de nodige financiële middelen beschikken. Alleen al de organisatie en administratie van een dergelijke actie doet een groot beroep op de kas van de belangenorganisaties. Daar komen de moeilijk te begroten en in de hand te houden kosten van de procedure zelf bij. De financiële middelen van belangenorganisaties zijn doorgaans evenwel beperkt, zodat een prioritering en afweging van de aan te pakken zaken gemaakt zal moeten worden. Juist omdat het bij strooischade gaat om voor individuen geringe schade, zal dit er voor belangenorganisaties snel toe leiden dat de kosten van een collectieve actie niet meer opwegen tegen het daarmee mogelijk te bereiken resultaat. De verwachting is dat hier geen verandering in zal komen, zolang geen oplossing voor de financiering van een collectieve actie wordt gevonden.^{331 332}

³³¹ Zie over de collectieve actie verder paragraaf 5.4.2. Zie ook paragraaf 8.3.5 over de opvattingen van consumentenorganisaties terzake.

³³² Niet alleen bestaande consumenten- en belangenorganisaties kunnen een collectieve actie ex artikel 3:305a BW instellen, maar ook naar aanleiding van een specifieke gebeurtenis ad hoc opgerichte organisaties. Zolang de financiering van een collectieve actie niet geregeld is, is echter niet aannemelijk dat er spoedig ad hoc organisaties worden opgericht met als doel het instellen van een collectieve actie tot verhaal van specifieke strooischade.

Een andere beperking is het ontbreken van de mogelijkheid om schadevergoeding in geld te vorderen.³³³ Belangrijkste reden van die uitsluiting is dat bij het bepalen van de omvang van de schade vaak feitelijke en rechtsvragen zullen spelen die slechts individueel zijn te beantwoorden, waardoor een procedure onhanteerbaar zou worden. Consumentenorganisaties wijzen erop dat zij mede hierdoor (zelfs in theorie) een stok achter de deur missen bij eventuele schikkingsonderhandelingen. Daarom hebben schadeveroorzakers niet een incentive om een zaak in der minne op te lossen. Rechtstreekse betrokkenheid van de benadeelden is geen voorwaarde voor het instellen van een collectieve actie, zodat de rationele apathie van benadeelden hier minder een rol zal spelen bij de benadeelden, maar wel mogelijk bij de belangenbehartigers.

9.4.3 Collectieve actie op grond van artikel 3:305b BW

Op grond van artikel 3:305b BW kunnen ook publiekrechtelijke rechtspersonen een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover de behartiging van die belangen aan hen is toevertrouwd. Met het gebruik van deze bevoegdheid wordt het probleem van de financiering van de collectieve actie in zoverre omzeild, dat de kosten daarvan niet voor rekening komen van de benadeelden of een private belangenbehartiger, maar ten algemene laste. Ook aan collectieve acties ingesteld door een publiekrechtelijke rechtspersoon is evenwel de beperking gesteld dat niet een schadevergoeding in geld kan worden gevorderd.

9.4.4 Algemeen-belangactie ex artikel 3:305d BW

Ingevolge artikel 3:305d BW kan de Consumentenautoriteit, de Stichting Autoriteit Financiële Markten of een collectieve belangenbehartiger het gerechtshof Den Haag verzoeken om degen die een (intracommunautaire) inbreuk maakt op rechtsregels zoals neergelegd in de Wet handhaving consumentenbescherming te bevelen die inbreuk te staken, al dan niet onder straffe van een dwangsom. Het vorderen van een schadevergoeding is niet mogelijk. Wel kan van een bevel om een inbreuk te staken enige preventieve werking uitgaan en kan de vaststelling van een inbreuk de basis kan vormen voor het starten van een (buiten)gerechtelijke actie ter verkrijging van schadevergoeding.

³³³ Deze mogelijkheid is in artikel 3:305a lid 3 BW uitdrukkelijk uitgesloten. Zie hieromtrent verder paragrafen 5.4.2.

9.4.5 Verbindendverklaring van vaststellingsovereenkomsten op grond van de Wcam

De Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) voorziet in de mogelijkheid om een overeenkomst over de afwikkeling van massaschade die is gesloten tussen een belangenbehartiger en de schadeveroorzaker(s), verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van gedupeerden. De wetgever ziet de Wcam als een aanvulling op het collectief actierecht van artikel 3:305a BW. Op grond van de Wcam kunnen partijen – al dan niet na een collectieve actie ex artikel 3:305a BW waarbij de onrechtmatigheid c.q. aansprakelijkheid wordt vastgesteld – een schikking treffen waarbij de schade door middel van het indelen van gedupeerden in verschillende schadecategorieën (*damage scheduling*) wordt afgewikkeld. Zo hoeft men aan het beantwoorden van individuele vragen niet toe te komen. Een gedupeerde die zijn schade niet op deze wijze afgewikkeld wenst te zien, kan overigens gebruik maken van de opt-outmogelijkheid, waardoor een verbindend verklaarde vaststellingsovereenkomst niet op hem van toepassing is.³³⁴

In de literatuur en in “het veld” wordt de Wcam niet ervaren als een adequate oplossing bij strooischade, juist omdat individuele claims de facto niet mogelijk zijn en in een collectieve actie schadevergoeding in geld niet kan worden gevorderd. Hierdoor zullen de schadeveroorzakers niet snel tot onderhandelingen bereid zijn. Mochten zij daar vanwege dreigende reputatieschade of onder maatschappelijke druk wel toe bereid zijn, dan lopen de benadeelden in de meeste gevallen weer aan tegen het probleem van de financiering. Immers, ook in onderhandelingen met het oog op een schikking moeten de nodige tijd, moeite en middelen worden geïnvesteerd en bij belangenbehartigers ontbreken veelal de middelen.³³⁵ Tegenhanger is het risico van “sweetheart settlements” tussen schadeveroorzakers die aan hun reputatie hechten en ad-hoc belangenbehartigers die met grote onderhandelingsstappen snel een resultaat willen boeken en wellicht snel een vergoeding voor hun investeringen willen incasseren.

9.4.6 Proefproces

Een proefproces wordt gevoerd om voor een grote groep gevallen duidelijkheid over een aantal relevante civiele rechtsvragen te verkrijgen. Dit instrument zou in theorie kunnen worden ingezet teneinde te bezien of een bepaalde gedraging die strooischade veroorzaakt als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Bij een toewijzend vonnis zou

³³⁴ Zie over de Wcam uitgebreider paragraaf 5.4.5.

³³⁵ Zie ook paragraaf 4.4.1 en 8.3.5.

dit als uitgangspunt en stok achter de deur kunnen worden gebruikt bij schikkingsonderhandelingen dan wel aanleiding kunnen zijn om een collectieve actie te starten. Er is evenwel een initiator nodig die bereid is een dergelijk proefproces te entameren en te bekostigen.

9.4.7 Tussenconclusie: de problemen van de huidige privaatrechtelijke aanpak van strooischade

Samenvattend ontwaren wij de volgende knelpunten.

Kosten en financiering van privaatrechtelijk optreden

De financieringsproblematiek en het daaraan gelieerde probleem van rationele desinteresse en free riding leiden er in de praktijk toe dat veelal niet tot verhaal van strooischade wordt overgegaan. Dit is zonder twijfel de belangrijkste reden waarom strooischade veelal onvergoed blijft. In het buitenland lijkt dat overigens niet anders te zijn.³³⁶ Ook de Commissie heeft de financieringsproblematiek aangemerkt als een belangrijk verbeterpunt voor collectief verhaal van schade.³³⁷

Complexiteit en duur van procedures

Ook de complexiteit en de duur van gerechtelijke procedures kunnen aan het entameren van collectieve acties in de weg staan. Hoe zwaarder de eisen aan op de benadeelden rustende stelplicht en bewijslast terzake van bijvoorbeeld causaal verband en schade, hoe ingewikkelder, langduriger en duurder de procedure en hoe onzekerder de uitkomst ervan. Benadeelden hebben vaak een informatieachterstand ten opzichte van de schadeveroorzaker.³³⁸ Door de lange duur van procedures kunnen benadeelden hun interesse in de zaak verliezen, waardoor het voor belangenbehartigers moeilijker wordt om een collectieve actie richting de benadeelden te verantwoorden. Ook hier bestaan in het buitenland vergelijkbare belemmeringen.³³⁹

³³⁶ Zo zijn de hoge kosten van de Duitse KapMug 2005-regeling (zie paragraaf 7.2.5) en de Engelse GLO-procedure (zie paragraaf 7.3.1) (mede) er mede debet aan dat deze regelingen weinig succesvol zijn. Daarentegen oogsten Oostenrijkse regelingen die voorzien in een bijzondere financiering van geconsolideerde strooischadeclaims relatief veel succes (zie paragraaf 7.4).

³³⁷ Zie onder meer paragrafen 6.2.4 en 6.3.4.

³³⁸ Een voorbeeld van een zaak waarin een collectieve actie mede door een informatieachterstand werd opgehouden, is de in paragraaf 8.4.1 omschreven casus betreffende ongevraagde SMS-diensten.

³³⁹ Illustratief hiervoor is het strenge vereiste van opzet in de Duitse winstafrachtprocedure op grond van paragraaf 10 UWG. Zie paragraaf 7.2.4.

Het bereiken en identificeren van benadeelden

Bij strooischade is sprake van een grote groep benadeelden, maar vaak is niet bekend wie zij zijn. Een voorbeeld is het bierbrouwerskartel.³⁴⁰ Vaak zullen extra middelen ingezet moeten worden om de benadeelden te achterhalen en te bereiken, bijvoorbeeld via een publiciteitscampagne. Ook rationele desinteresse speelt weer een rol. De lage "hitratio" kan samenhangen met rationele desinteresse – consumenten vinden het te veel moeite – maar kan ook veroorzaakt worden doordat (te) strikte voorwaarden aan de compensatie worden verbonden, zoals het eisen van een schriftelijk aankoopbewijs. Zelfs als vergoeding is gegarandeerd blijken lang niet alle benadeelden mee te doen.³⁴¹

Raming en bewijs van schade

Schade laat zich niet altijd eenvoudig begroten. Dit geldt temeer als niet de totale schade, maar de individuele schade van een omvangrijke en (deels) ongedefinieerde groep benadeelden zou moeten worden bepaald. Hoe moet de schade worden begroot van de consument die jarenlang te veel voor zijn bier heeft betaald? Het concrete bewijs van de (individuele) schade zal in veel gevallen ook niet te leveren zijn. Aankoopbonnetjes of vergelijkbaar bewijsmateriaal zullen er vaak niet (meer) zijn. Het begroten van schade zal vaak een kostbare exercitie zijn, die niet in verhouding staat tot de omvang van de geleden schade.³⁴²

9.5 *Publiekrechtelijke (on)mogelijkheden van optreden tegen strooischade*

Omdat de privaatrechtelijke mogelijkheden veelal te kort schieten om de gevolgen van een overtreding te redresseren, is het interessant te bezien welke aanvullende mogelijkheden het publiekrecht hier biedt om strooischade te voorkomen dan wel te compenseren. Een rechtvaardiging voor de inzet van publiekrechtelijke instrumenten kan worden gevonden in de aanname dat het onvergoed blijven van strooischade maatschappelijk gezien ongewenst is.

9.5.1 *Onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden*

Een toezichthouder heeft een discretionaire vrijheid om een zekere prioritering aan te brengen in de kwesties waarop zijn toezicht gericht is. De Consumentenautoriteit geeft

³⁴⁰ Zie voor een omschrijving van deze casus paragraaf 8.4.3.

³⁴¹ Het Engelse voorbeeld van de JJB Sports-zaak illustreert dat (zie paragraaf 7.3.2)

³⁴² Ook in het Witboek mededingingsrecht wordt hierop gewezen (zie paragraaf 6.2.5).

in dit verband aan dat zij ernaar streeft daar op te treden waar de consument haar het meest nodig heeft, zoals bij strooischade. Andere toezichthouders hebben de bewuste keuze om in het bijzonder in strooischadegevallen op te treden niet gemaakt.³⁴³

9.5.2 Bestuurlijke boete, last onder dwangsom, bindende aanwijzing en toezegging

Als een autoriteit een overtreding constateert, is zij doorgaans bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen. Het primaire doel van een bestuurlijke boete is bestraffing van de overtreder. Er gaat echter ook een preventieve werking van uit. In die zin kan het opleggen van een bestuurlijke boete bijdragen aan het voorkomen en beperken van strooischade.

Voor zover een overtreding strooischade teweegbrengt, kan met het opleggen van een last onder dwangsom worden bewerkstelligd dat de omvang van die strooischade wordt beperkt. Een preventieve last – waartoe de toezichthouder in bepaalde gevallen is bevoegd als een overtreding dreigt plaats te vinden – kan strooischade zelfs geheel voorkomen. Ook een bindende aanwijzing zou in beginsel derhalve als een instrument om tegen strooischade op te treden kunnen worden ingezet.

De Consumentenautoriteit en de NMa kunnen een overtreder aan een toezegging houden dat een geconstateerde inbreuk wordt gestaakt. Een dergelijke toezegging kan als inzet hebben dat strooischade wordt voorkomen of beperkt. Het geven van publiciteit aan een toezegging kan daartoe bijdragen.³⁴⁴

De hoogte van de boete of dwangsom

De hoogte van een op te leggen boete of dwangsom is niet rechtstreeks gerelateerd aan de omvang van de schade die een overtreding veroorzaakt, maar het bestaan van (strooi)schade en de omvang daarvan kunnen wel indirect een rol spelen bij het opleggen van een boete of dwangsom.³⁴⁵

Toezichthouders hebben een ruime beleidsvrijheid bij het vaststellen van de hoogte van de boete (beneden het wettelijk plafond). Deze beleidsvrijheid stelt hen ook in

³⁴³ Zie ook paragraaf 8.3.6.

³⁴⁴ De Nma dient een toezeggingsbesluit te nemen, dat openbaar dient te worden gemaakt door daarvan mededeling te doen in de Staatscourant. De Consumentenautoriteit behoeft de toezegging niet in een besluit op te nemen, maar ook zij kan een verkregen toezegging openbaar maken. Zie ook paragraaf 5.5.3.

³⁴⁵ Zie paragraaf 8.3.6.

staat ermee rekening te houden op welke wijze de overtreder met de afwikkeling van de schade die hij heeft veroorzaakt omgaat. Indien de overtreder bijvoorbeeld de gedupeerden schadeloos heeft gesteld, kan de toezichthouder dit als een boeteverlagende omstandigheid in aanmerking nemen.³⁴⁶

Een geldelijke sanctie komt toe aan de schatkist. Toezichthouders kunnen gedupeerden niet financieel compenseren.

Behandeling van klachten van gedupeerden

Naar geldend recht zijn de mogelijkheden voor strooischadegedupeerden om toezichthouders te verplichten om tegen een overtreding op te treden beperkt. In theorie bestaat de mogelijkheid een verzoek daartoe bij de toezichthouder te doen en te vragen om een handhavingsbesluit. In de praktijk stuit deze theoretische mogelijkheid vaak af op de juridische realiteit dat het aanvragen van een dergelijk besluit slechts openstaat voor een belanghebbende, maar een consument of belangenorganisatie op grond van de huidige jurisprudentie niet als een belanghebbende wordt aangemerkt.³⁴⁷ Een uitzondering is in dit verband de Wet handhaving consumentenbescherming, waarin is bepaald dat consumentenorganisaties belanghebbende zijn bij besluiten van de Consumentenautoriteit. Gelet op de mogelijkheden van de Consumentenautoriteit om prioriteiten aan te brengen in de kwesties waar zij tegen optreedt, is hiermee echter niet verzekerd dat de Consumentenautoriteit naar aanleiding van elk handhavingsverzoek van een consumentenorganisatie een onderzoek moet instellen.

De Nederlandse wetgever heeft bij de herziening van de Mededingingswet in 2004 afgezien van het invoeren van een 'supercomplaint' van consumentenorganisaties, naar voorbeeld van de Britse Enterprise Act 2002. De Office for Trading (OFT) kan worden verplicht op een dergelijke superklacht te reageren, die kan gaan over falende markten of over het gedrag van bepaalde spelers op die markten die schadelijk zijn voor consumentenbelangen. De OFT is verplicht binnen 90 dagen op de superklacht te reageren dan wel naar aanleiding van de superklacht actie te ondernemen. Op deze wijze wordt consumentenorganisaties macht gegeven om de overheidsagenda te

³⁴⁶ Overigens kan de aard en de omvang van de door de overtreding veroorzaakte schade en de vraag of de overtreder deze schade na beëindiging van de overtreding heeft gecompenseerd, niet alleen van betekenis zijn bij de bepaling van de hoogte van de boete of de dwangsom, maar reeds eerder bij de beslissing om na constatering van een overtreding al dan niet een handhavingsinstrument in te zetten en de keuze voor het meest geschikte handhavingsinstrument. Zie hieromtrent ook paragraaf 5.5.3.

³⁴⁷ Zie paragraaf 5.5.3.

bepalen en om overheidsactie af te dwingen, hetgeen een geëigend middel kan zijn om het probleem van de rationele apathie te omzeilen.³⁴⁸

9.5.3 Publiekrechtelijke bevoegdheden met privaatrechtelijke effecten

Anders dan de hiervoor besproken reguliere bevoegdheden van toezichthouders, beschikt de OPTA over een bijzondere bevoegdheid die wel rechtstreeks gericht is op compensatie van gedupeerden. Bij misbruik van 0900- en 18xy-nummers is OPTA bevoegd de betaling aan het nummer te laten opschorten, het nummer te laten afsluiten en de naam van de nummergebruiker te publiceren in de Staatscourant, waarmee alle aanbieders van elektronische communicatiediensten die kosten in rekening brengen voor het bellen naar dit nummer, verplicht worden die kosten niet meer in rekening te brengen en aan de bellers terug te storten.³⁴⁹

Verder kan gewezen worden op de privaatrechtelijke bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om op grond van de Wcam een vaststellingsovereenkomst met een schadeveroorzakende partij te sluiten, indien partijen er niet zelf uit komen. De Consumentenautoriteit geeft aan terughoudend met deze Wcam-bevoegdheden om te zullen gaan, omdat de uitoefening daarvan niet de uitoefening van haar toezichtsbevoegdheden mag storen.³⁵⁰

9.5.4 De rol van toezichthouders bij schikkingsonderhandelingen

De NMa geeft – evenals bijvoorbeeld de Consumentenautoriteit – aan dat zij zich niet mengt in vraagstukken over afwikkeling van de schade. In de Interpaykwestie heeft de NMa niet meer gedaan dan gebruik te maken van de aan haar toekomende beleidsvrijheid een akkoord als boeteverlagende omstandigheid aan te merken. De NMa streeft geen actieve rol in schikkingsonderhandelingen na. Zowel de NMa als de Consumentenautoriteit zien hier voor zichzelf geen rol weggelegd.³⁵¹

Het lijkt erop dat deze visie van de toezichthouders mede is ingegeven door de vrees dat zij zich te veel op het grensvlak van hun bevoegdheden zouden begeven als zij zich rechtstreeks met de afwikkeling van de schade zouden bemoeien. De Interpaycasus illustreert evenwel dat een actievere rol van toezichthouders in de

³⁴⁸ Zie paragraaf 7.3.4.

³⁴⁹ Zie ook paragraaf 5.3.3.

³⁵⁰ Tot op heden heeft de Consumentenautoriteit nog geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid en dit ligt voorlopig ook niet in het verschiet. Zie ook paragraaf 8.3.6.

³⁵¹ Zie ook paragraaf 8.3.6.

praktijk een grote zo niet beslissende bijdrage kan leveren aan de totstandkoming van strooischadeschikkingen.³⁵²

9.5.5 Informele handhaving en '*naming and shaming*'

De mogelijkheid van toezichthouders om publiciteit te geven aan de onderzoeken die zij verrichten, '*naming and shaming*', kan een vergelijkbaar effect sorteren als een formeel besluit.³⁵³ Als de bevoegdheden van de toezichthouders zich zouden uitstrekken tot het vorderen van schadevergoeding, zou van deze effecten geprofiteerd kunnen worden en zou compensatie van strooischade wellicht vaker dan thans plaatsvinden.

De effectiviteit van de aankondiging van of dreiging met handhavend handelen door toezichthouders zou mogelijk kunnen worden verklaard door het feit dat toezichthouders ook daadwerkelijk instrumenten in handen hebben om de overtredingen aan te pakken. Dit is juist wat private belangenorganisaties die tegen strooischade willen optreden zeggen te missen.

9.5.6 Tussenconclusie: de beperkingen van de inzet van publiekrechtelijke instrumenten

Geen schadevergoeding of ontneming voordeel

De publiekrechtelijke instrumenten om tegen strooischade op te treden hebben vooral een preventief karakter, doordat deze strooischade kunnen voorkomen of beperken. Verkrijging van schadevergoeding of ontneming van het door de schadeveroorzaker voordeel kunnen in beginsel niet met de inzet van publiekrechtelijke middelen worden bewerkstelligd.

Noch het opleggen van een bestuurlijke boete noch het opleggen van een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing is erop gericht de overtreder ertoe te bewegen tot schadevergoeding over te gaan of hem het door de overtreding genoten voordeel te ontnemen. Een toezichthouder heeft ook niet de bevoegdheid de overtreder een bestuurlijke boete op te leggen, omdat hij niet bereid is de door zijn overtreding veroorzaakte schade te vergoeden. Evenmin is een toezichthouder bevoegd een overtreder op straffe van een dwangsom te gelasten om de schade die hij heeft

³⁵² Zoals de zaak Interpay, zie hiervoor, paragraaf 8.4.4, treffend illustreert.

³⁵³ Autoriteiten moeten terzake vanzelfsprekend uiterst voorzichtig opereren. Zij dienen rekening te houden met de belangen van het bedrijf en mogen niet vooruitlopen op de conclusie dat sprake is van een overtreding, als nog geen handhavingsbesluit is genomen. Zie hieromtrent ook paragraaf 5.3.3.

veroorzaakt te vergoeden of het door hem door de overtreding genoten voordeel uit te keren. Het vorenstaande ligt anders indien de overtreding zelf bestaat uit het niet vergoeden van schade waartoe men wettelijk verplicht is.³⁵⁴

Als bij strooischade (individuele) compensatie van benadeelden tot uitgangspunt wordt genomen, is in het huidige wettelijke systeem aldus niet of nauwelijks een rol weggelegd voor toezichthouders met betrekking tot vergoeding van strooischade. Zij hebben immers geen bevoegdheden om schadevergoeding te eisen. Toezichthouders als de NMa hebben verklaard in beginsel niet afwijzend te staan tegenover het creëren van een dergelijke bevoegdheid om schadevergoeding of ontnomen voordeel te eisen, mits die bevoegdheid wettelijk wordt vastgelegd en van waarborgen wordt voorzien.³⁵⁵

Verschillende stakeholders die in het veldonderzoek zijn benaderd zetten overigens vraagtekens bij de wenselijkheid om toezichthouders de bevoegdheid te geven schadevergoeding te eisen. Zij merken in dat verband op dat een toezichthouder in dat geval „twee petten op zou hebben”. Een dergelijke vermenging van publieke en private taken zou tot (schijn van) machtsmisbruik kunnen leiden. De collectieve vordering van schadevergoeding zou beter in privaatrechtelijke handen kunnen blijven.³⁵⁶

Dit is zonder twijfel een aandachtspunt, bedacht moet evenwel worden dat het mogelijk is een publiekrechtelijke bevoegdheid voor toezichthouders te creëren waarmee gedupeerden van strooischade schadeloos gesteld kunnen worden, maar waarbij de toezichthouder die schadevergoeding niet zelf hoeft te eisen. De hierboven besproken bijzondere bevoegdheid van OPTA bij misbruik van 0900- en 18xy-nummers is daar een voorbeeld van. Constateert OPTA dat telecomaangebieder aan de verplichting tot terugbetaling geen uitvoering heeft gegeven, dan kan OPTA dit bestraffen met een boete en die terugbetaling door middel van een last onder dwangsom afdwingen. Ook kan in dit kader worden verwezen naar de gereguleerde markttoegangen, waarbij de verplichting tot vergoeding van strooischade publiekrechtelijk is geregeld en bij overtreding hiervan de toezichthouder zijn reguliere publiekrechtelijke middelen als een last onder dwangsom kan inzetten om de

³⁵⁴ Voorbeelden van regelingen waarin bij overtreding in een vergoeding van strooischade is voorzien, komen voor bij marktgereguleerde toegang. Een voorbeeld is de in de Netcode opgenomen verplichting om bij een storing in de energievoorziening die langer dan vier uur duurt een gestandaardiseerde vergoeding aan de door die storing getroffen gebruikers uit te keren. Zie ook paragraaf 5.3.3.

³⁵⁵ Zie paragraaf 8.3.6.

³⁵⁶ Idem, zo ook Tzankova 2005.

overtreding te doen staken. Van vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taken is dan geen sprake.³⁵⁷

Een winstafrachtvordering bestaat in Nederland niet. In Duitsland komt een dergelijke vordering toe aan de mededingingsautoriteiten, samen met daartoe aangewezen belangenorganisaties.³⁵⁸

³⁵⁷ Zie eerder in deze paragraaf inzake wettelijke verplichtingen tot vergoeding van strooischade alsook paragraaf 5.3.3.

³⁵⁸ Zie paragraaf 7.2.3.

10 Oplossingsrichtingen

10.1 Inleiding

Op basis van de theoretische verkenning en het veldonderzoek is in hoofdstuk 9 in kaart gebracht welke problemen en beperkingen zich voordoen bij de aanpak van strooischade. In onderstaand hoofdstuk gaan wij in op mogelijkheden om de gesignaleerde problemen en beperkingen weg te nemen of in ieder geval te verkleinen.

Het hoofdstuk sluit aan op het stramien van hoofdstuk 9, door – na enkele algemene opmerkingen in par. 10.2 – oplossingsrichtingen te koppelen aan de problemen die in dat hoofdstuk achtereenvolgens zijn gesignaleerd bij een buitengerechtelijke aanpak van strooischade (par. 9.3 en 10.3), bij een privaatrechtelijke aanpak van strooischade (par. 9.4 en 10.4) en de problemen die zijn gesignaleerd bij en de beperkingen van een publiekrechtelijke aanpak van strooischade (par. 9.5 en 10.5). Sommige oplossingsrichtingen overstijgen deze indeling, doordat zij een positieve bijdrage kunnen leveren aan de oplossing van meerdere van de gesignaleerde problemen of beperkingen. In dat geval wordt de oplossingsrichting beschreven bij het knelpunt waarop zij naar verwachting het meeste effect heeft en volstaan we op andere plekken met een verwijzing naar deze beschrijving.

In het navolgende komen achtereenvolgens de volgende oplossingsrichtingen aan de orde:

- Buitengerechtelijke aanpak van strooischade (par. 10.3)
 - Creëren van incentives tot onderhandelings- en schikkingsbereidheid schadeveroorzakers (par. 10.3.1)
 - Aanpassing mogelijkheden bij geschillencommissies (par. 10.3.2)
- Privaatrechtelijk optreden in rechte tegen strooischade (par. 10.4)
 - Collectieve actie tot verkrijging schadevergoeding in geld (par. 10.4.1)
 - Het verlagen van kosten van acties in rechte (par. 10.4.2)
 - Het treffen van financieringsvoorzieningen (par. 10.4.3)
 - Beperking complexiteit en duur procedures (10.4.4)
 - Maatregelen met betrekking tot de stelplicht en de bewijslast (par. 10.4.5)
 - Alternatieven voor de raming en het bewijs van de (omvang van) de schade (par. 10.4.6)
 - Instrumenten met betrekking tot de bereikbaarheid van benadeelden (par. 10.4.7)
- Publiekrechtelijke mogelijkheden voor de aanpak van strooischade (par. 10.5)
 - Wettelijke, publiekrechtelijk handhaafbare verplichtingen tot (strooi)schadevergoeding (par. 10.5.1)

- o Wettelijke, publiekrechtelijke bevoegdheid toezichthouder om schadevergoeding af te dwingen (par. 10.5.2)
- o Expliciete bevoegdheid toezichthouder om bij vaststelling hoogte boete rekening te houden met schadeafwikkeling (par. 10.5.3)
- o Bevoegdheid toezichthouder om namens gedupeerden schadevergoeding te eisen (par. 10.5.4)
- o Maatregelen in het kader van gereguleerde markttoegang (par. 10.5.5)
- o Publiekrechtelijke voordeelsontneming (par. 10.5.6)

10.2 *Algemene opmerkingen*

Op basis van de theoretische verkenning en het veldonderzoek zien wij geen aanleiding om te differentiëren naar gelang het gaat om strooischade die het gevolg is van een overtreding van mededingingsrechtelijke regels of strooischade die het gevolg is van een overtreding van consumentenrechtelijke regels. In wezen doen zich bij de aanpak van strooischade op beide gebieden dezelfde knelpunten voor, al brengt de eigen aard van beide soorten overtredingen wel mee dat die knelpunten zich op verschillende manieren kunnen manifesteren of zich in verschillende mate doen gevoelen.³⁵⁹

Omdat een toets van de effectiviteit van deze oplossingsrichtingen het bestek van dit onderzoek te buiten gaat, is de inventarisatie van oplossingsrichtingen gebaseerd op veronderstelde gunstige effecten op de gesignaleerde problemen en beperkingen. Eventuele ongewenste neveneffecten hebben wij niet onderzocht. Mede daarom worden in dit hoofdstuk ook geen uitspraken gedaan over de vragen welke oplossingsrichting het meest wenselijk is of welke oplossingsrichting het meest kansrijk is. Een andere reden daarvoor is dat het antwoord op deze vragen mede afhangt van het doel dat men bij de aanpak van strooischade voor ogen heeft; welke oplossingsrichting het meest geschikt is, zal verschillen naar gelang het doel is gelegen in de preventie van strooischade, in de compensatie van benadeelden of in het ontnemen van onrechtmatig genoten voordeel. Bovendien is het ten slotte niet aan ons, maar aan de beleidsmaker om te beoordelen of strooischade een maatschappelijk probleem is dat moet worden aangepakt door daarvoor nieuwe of betere mogelijkheden te creëren.

³⁵⁹ Denk aan de specifiek in mededingingszaken spelende problematiek van het doorschuiven van schade naar eindafnemers (het passing on defense). Ook in strooischadezaken op consumentenrechtelijk terrein kan de vaststelling van de omvang van de schade evenwel problematisch zijn, bijvoorbeeld door een gebrek aan bewijs. In beide gevallen zou de mogelijkheid van abstracte schadeberekening soelaas kunnen bieden.

Met dit hoofdstuk wordt dan ook niet meer beoogd dan zoveel mogelijk potentiële – en naar onze inschatting reële – oplossingsrichtingen aan te reiken die desgewenst, al dan niet in onderlinge combinatie, verder verkend kunnen worden, indien de beleidsmaker de mogelijkheden om tegen strooischade op te treden zou willen verruimen. Daarbij zou, voor een waardering van de verschillende oplossingsrichtingen, houvast ontleend kunnen worden aan het beoordelingsmodel van Hodges (zie daarover hierna, paragraaf 11.6).

10.3 *Oplossingsrichtingen voor problemen bij de buitengerechtelijke aanpak van strooischade*

In hoofdstuk 9 is opgemerkt dat buitengerechtelijke methoden voor geschilbeslechting interessante perspectieven bieden voor de aanpak van strooischade. Belangrijkste knelpunten blijken echter te zijn het gebrek aan *incentives* voor de schadeveroorzaker om een geschil over strooischade buitengerechtelijk op te lossen. Voorts blijken ook de kosten – en daarmee samenhangend – de financiering van een buitengerechtelijke geschilbeslechting voor benadeelden een probleem te zijn. Daarnaast lijkt – specifiek voor de aanpak van strooischades van consumenten – winst te behalen bij de mogelijkheden om een geschillencommissie geschillen over strooischade te laten behandelen. Hieronder geven wij een aantal oplossingsrichtingen die deze problemen mogelijk te lijf gaan

10.3.1 Creëren van incentives tot onderhandelings- en schikkingsbereidheid

De algemene opinie is dat het buitengerechtelijk regelen van een geschil de voorkeur geniet boven procederen.³⁶⁰ Tegelijkertijd wordt bijvoorbeeld in het Witboek mededingingsrecht in dit verband opgemerkt dat alternatieve geschilbeslechting slechts efficiënt kan zijn als er ook andere opties voor benadeelden openstaan in het geval een geschil niet buitengerechtelijk kan worden geregeld.³⁶¹

Nu Nederland met de Wcam een in de praktijk (bij substantiële massaschades) succesvol gebleken instrument in handen heeft om collectieve schikkingen gesloten tussen belangenbehartigers en schadeveroorzakers verbindend te verklaren voor alle benadeelden³⁶², verdienen maatregelen die de totstandkoming van dergelijke

³⁶⁰ Deze opinie is zowel in het Witboek mededingingsrecht als in het Groenboek consumentenrecht terug te vinden (zie paragrafen 6.2 en 6.3). Zie voorts hetgeen hieromtrent is opgemerkt in het Interimrapport en door Tzankova 2005.

³⁶¹ Zie paragraaf 6.2.2.

³⁶² Zie paragraaf 5.4.5.

collectieve schikkingen in strooischadezaken bevorderen des te meer aandacht. Deze maatregelen zouden zich in het bijzonder moeten richten op het creëren van prikkels om tot onderhandeling en schikking over te gaan.³⁶³

Collectieve actie tot schadevergoeding in geld

Schadeveroorzakers moeten zich bewust zijn van de reële optie dat als zij het geschil niet buiten rechte oplossen, zij in rechte kunnen worden aangesproken voor de veroorzaakte strooischade. Om schadeveroorzakers tot onderhandeling en schikking te bewegen, hebben belangenbehartigers dan ook een stok achter de deur nodig. Een dergelijke stok achter de deur zou kunnen worden gecreëerd door artikel 3:305a lid 3 laatste zin BW te schrappen en aldus het vorderen van schadevergoeding in geld in een collectieve actie mogelijk te maken. Zie hierover uitgebreider hierna, par. 10.4.1.

Publiekrechtelijke prikkels

In strooischadezaken die zich voordoen op een terrein waarop een toezichthouder actief is, zouden ook met nieuwe publiekrechtelijke instrumenten positieve "schikkingsprikkels" gecreëerd kunnen worden. In het bijzonder kan hier worden gedacht aan het introduceren van een expliciete wettelijke basis voor toezichthouders om zowel bij informele handhaving als bij het opleggen van een boete rekening te houden met de (beoogde) schadeafwikkeling. Voor een bespreking van deze en andere publiekrechtelijke oplossingen voor de aanpak van strooischade verwijzen wij naar paragraaf 10.5.

10.3.2 Aanpassing mogelijkheden bij geschillencommissies

Verlaging kosten voor consumenten

De Geschillencommissies voor Consumentenzaken voorzien in een reële mogelijkheid voor consumenten om strooischades vergoed te krijgen, vooropgesteld dat zij aannemelijk kunnen maken dat zij schade hebben geleden. Daarbij past evenwel de kanttekening dat deze geschillencommissies niet alle branches bestrijken, dat niet alle bedrijven in een branche bij een geschillencommissie zijn aangesloten en dat de kosten van een behandeling door de geschillencommissie (i.h.b. het klachtengeld) en de daarbij van de gedupeerde gevraagde inspanningen bij (zeer) geringe strooischades

³⁶³ Het creëren van dergelijke prikkels zou ook bevorderlijk zijn voor de bereidheid van schadeveroorzakers om het geschil via arbitrage op te lossen.

al snel niet opwegen tegen de verwachte baten van een gang naar de geschillencommissie. Worden deze 'knelpunten' aangepakt, dan zal dat leiden tot ten minste een verbetering van de mogelijkheden voor consumenten om strooischade te verhalen. De mogelijkheden daartoe zijn evenwel beperkt, wil men het uitgangspunt dat de geschillencommissies vooral een zaak zijn van de marktpartijen zelf niet al te zeer geweld aandoen. Aanpak van de knelpunten veronderstelt immers sturing – bijvoorbeeld via de subsidiëring of 'erkenning' van geschillencommissies of ingrijpen van de overheid door middel van wetgeving.

Denkbaar is dat aan de subsidiëring of erkenning van een geschillencommissie door de overheid de voorwaarde wordt verbonden dat de geschillencommissies geen klachtengeld in rekening brengen of ten hoogste een bepaald bedrag aan klachtengeld, dat lager is dan de thans gehanteerde klachtengelden. Daarbij zij evenwel bedacht dat een reductie van het klachtengeld voor de consument meebrengt dat de bedrijven die bij de geschillencommissies zijn aangesloten een hogere bijdrage moeten leveren, tenzij de overheid de geschillencommissies compenseert voor wegvallende inkomsten uit de klachtengelden. Zonder een dergelijke compensatie valt te vrezen dat de kosten van aansluiting bij een geschillencommissie bedrijven daarvan weerhoudt, indien er geen wettelijke verplichting tot aansluiting bestaat. In dit verband valt op te merken dat kosten die bedrijven moeten maken voor de behandeling van geschillen bij de geschillencommissie, mogelijk (tot op zekere hoogte) doorberekend zullen worden in de prijzen van de producten en diensten die zij aanbieden.

Voorts zou de overheid onder meer via de subsidierelatie en erkenning kunnen stimuleren dat de geschillencommissies de klachten op een wijze behandelen die voor de klager zo min mogelijk 'nadeel' in de vorm van kosten, tijd en moeite met zich brengt. Te denken valt dan aan de mogelijkheden van online-behandeling van klachten en, in het geval een mondelinge behandeling plaatsvindt, een mondelinge behandeling van klachten buiten werktijden en op meerdere plaatsen in het land.

Stimuleren uitbreiding aantal geschillencommissies

Het probleem dat de bestaande geschillencommissies niet alle branches bestrijken en dat bovendien niet alle bedrijven binnen een branche waarvoor een geschillencommissie is opgericht bij die commissie zijn aangesloten, zou kunnen worden aangepakt door middel van wettelijke aansluitverplichtingen. Een moeilijkheid hierbij is dat een algemene verplichting voor bedrijven die producten of diensten aan consumenten aanbieden te ver lijkt te gaan, terwijl een beperking van de verplichting tot de gereguleerde markten, zoals de telecommunicatie- en de energiemarkt, het knelpunt onvoldoende bestrijdt.

Mogelijkheid collectieve actie bij geschillencommissies

Ten slotte kan worden gedacht aan de mogelijkheid om bij geschillencommissies collectieve klachten aan te brengen. Hiervoor, in paragraaf 7.6, is reeds opgemerkt dat de reeds bestaande mogelijkheid daartoe in Zweden als succesvol wordt beschouwd. Evenals bij gerechtelijke procedures kan een consolidatie of bundeling van claims voor individuele gedupeerden tot een kostenvoordeel leiden, dat meebrengt dat de kosten-batenafweging van een verhaalsactie bij de geschillencommissie – anders dan bij een individuele actie – positief uitvalt. Hierbij past evenwel de kanttekening dat gelet op het gegeven dat vertegenwoordigers van de ANWB of de Consumentenbond zitting hebben in de geschillencommissies, bedenkingen kunnen worden aangevoerd tegen de mogelijkheid dat consumentenbelangenorganisaties gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om een collectieve claim in te dienen. Een tweede kanttekening is dat de mogelijkheid van consolidatie van claims en 'veroordeling' tot betaling van schadevergoedingen die als gevolg daarvan vele malen hoger kunnen zijn dan thans gebruikelijk, bedrijven bij het ontbreken van een wettelijke aansluitplicht ervan zou kunnen weerhouden om zich bij een geschillencommissie aan te sluiten.

10.4 Oplossingsrichtingen voor problemen bij privaatrechtelijk optreden in rechte tegen strooischade

De kosten die gemaakt moeten worden voor het opzetten, instellen en voeren van een procedure in rechte en de financiering daarvan blijken, ook bij collectieve acties, de belangrijkste barrière voor het aanpakken van strooischade. Daarnaast blijken de complexiteit en duur van procedures tot verhaal van strooischade, het bereiken van benadeelden en de raming en het bewijs van hun schade veelal in de weg te staan aan een effectief optreden tegen strooischade. Tevens wordt de uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW van de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding te betalen in geld te vorderen specifiek bij het verhaal van strooischade als een struikelblok ervaren. In het navolgende worden oplossingsrichtingen beschreven die een gunstig effect zouden kunnen hebben op deze problemen.

10.4.1 Collectieve actie tot schadevergoeding in geld (schrappen uitsluiting artikel 3:305a lid 3 BW)

In de literatuur is voorgesteld om artikel 3:305a BW uit te breiden met de mogelijkheid van een collectieve actie tot verkrijging van een schadevergoeding in

geld.³⁶⁴ Daarmee kan worden voorkomen dat na verkrijging van een verklaring voor recht dat de schadeveroorzaker onrechtmatig heeft gehandeld, gedupeerden met lege handen staan als de schadeveroorzaker vervolgens weigert in onderhandeling te treden over de toe te kennen schadevergoeding.

In het rapport waarin in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken is geïnventariseerd welke mogelijkheden bestaan voor civielrechtelijke handhaving van mededingingsregels³⁶⁵, is een collectieve actie voorgesteld die uit twee fases bestaat. In de eerste fase zou over de aansprakelijkheid dienen te worden besloten. Daarbij zou in grote lijnen kunnen worden aangesloten bij de mogelijkheden die artikel 3:305a BW in dat kader reeds thans biedt. In de tweede fase zou de omvang van de collectieve schade dienen te worden vastgesteld. In aansluiting op het systeem van de Wcam, zou bij de vaststelling van de schade de mogelijkheid van de uitkering van forfaitaire schadebedragen aan de hand van *damage scheduling*³⁶⁶ kunnen worden geïntroduceerd.³⁶⁷

Om rationele desinteresse en free riding van strooischade het hoofd te bieden, wordt in het rapport geopteerd voor een gedwongen deelname van de benadeelden aan een collectieve actie, dus aan een opt-out- en geen opt-insysteem.³⁶⁸ Een andere suggestie houdt in dat de initiator van de collectieve actie op basis van een wettelijke grondslag een kostenvergoeding mag inhouden op de opbrengst ervan.³⁶⁹

10.4.2 Het verlagen van kosten van acties in rechte

Een belangrijke randvoorwaarde voor het (met succes) benutten van de mogelijkheid om collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a BW en in de Wcam – al dan niet na aanpassing – bij de aanpak van strooischade, is dat een oplossing wordt gevonden voor de kostenproblematiek. Wij hebben daarbij het oog op kosten van (gerechtelijke) procedures, maar ook op (vooraf) te maken kosten in verband met de inschakeling van externe deskundigen, kosten terzake informatievoorziening aan de benadeelde consumenten, en organisatie- en administratiekosten.

De kostenproblematiek kan zowel direct – door het verlagen van de kosten – als indirect – door te voorzien in alternatieve wijzen van financiering van collectieve claims

³⁶⁴ Zie Interimrapport, p. 182.

³⁶⁵ Rapport Houthoff Buruma 2005.

³⁶⁶ Zie hiervoor paragrafen 5.4.5 e 9.4.5.

³⁶⁷ Rapport Houthoff Buruma 2005, p. 102-103.

³⁶⁸ Rapport Houthoff Buruma 2005, p. 102-104.

³⁶⁹ Rapport Houthoff Buruma 2005, p. 97.

– worden aangepakt. Voor beide opties zijn verschillende instrumenten – al dan niet in combinatie met elkaar te gebruiken – denkbaar. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten bij al deze instrumenten uitgebreid stil te staan en hun effectiviteit te toetsen. Wij volstaan hieronder met een overzicht van de mogelijke oplossingen die uit het (rechtsvergelijkend) literatuur- en veldonderzoek naar voren zijn gekomen.

Verlaging van kosten door consolidatie van claims

Consolidatie van claims is bij strooischade uitgangspunt, omdat individueel verhaal van strooischade per definitie niet loont. Consolidatie van claims in gerechtelijke procedures – waardoor de kosten per benadeelde dalen – is in het bijzonder lonend als de aard van de zaak tot hoge proceskosten leidt. Dit is vooral aan de orde in complexe zaken waarin veel informatiekosten en kosten voor deskundigen moeten worden gemaakt. Juist die zaken worden veelal ongeschikt geacht voor beslechting door (relatief goedkope) alternatieve geschilbeslechtingsmethoden.

Het verlagen van gerechtskosten

De gerechtskosten bestaan in Nederland vooral uit griffierechten. De hoogte daarvan is in beginsel afhankelijk van de hoogte van de vordering. Hoe hoger de vordering, hoe hoger de griffierechten. Bij strooischade zal het (collectief) financieel belang groot zijn, waardoor de griffierechten hoog kunnen uitvallen. Denkbaar is een vordering tot vergoeding van strooischade (of het ontnemen van onrechtmatig genoten voordeel) als een aardvordering te bestempelen waarvoor geen griffierechten aan de zijde van eisers verschuldigd zijn of waarop een aangepast – laag – griffierechtstarief van toepassing is.³⁷⁰ Ook zou – naar het Portugese voorbeeld – gedacht kunnen worden aan een systeem waarbij de griffiekosten van de klagende instantie bij verlies van de procedure (gedeeltelijk) worden kwijtgescholden.³⁷¹

Aangepaste proceskostenveroordeling

In Nederland geldt ten aanzien van de proceskosten het „verliezer betaalt“-principe: de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in beginsel in de proceskosten veroordeeld (artikel 237 Rv).³⁷² Hoewel de wet de rechter mogelijkheden

³⁷⁰ Zie hierover ook het Witboek mededingingsrecht (paragraaf 6.2.4) en het Groenboek consumentenrecht (paragraaf 6.3.4).

³⁷¹ Zie paragraaf 7.5.

³⁷² Indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk worden gesteld, is gehele of gedeeltelijke compensatie van de proceskosten mogelijk (artikel 237 Rv).

biedt om een groter bedrag terzake toe te wijzen, wordt doorgaans slechts een forfaitair bedrag aan proceskosten toegewezen, dat vaak in schril contrast staat met de daadwerkelijk gemaakte kosten. In het bijzonder de advocaatkosten worden met het forfaitaire tarief niet of nauwelijks gedekt. Zelfs als een belangenbehartiger de procedure wint, blijft aldus een belangrijk deel van de kosten ongedekt. Er zouden daarom richtlijnen kunnen worden opgesteld, ter bevordering van de al bestaande mogelijkheid om een veroordeling uit te spreken tot betaling van de daadwerkelijk gemaakte proceskosten in gevallen van strooischade.³⁷³

Als een belangenbehartiger een procedure verliest, dan dient hij niet alleen zijn eigen volledige proceskosten te dragen, maar wordt hij daarnaast veroordeeld in de (forfaitaire) proceskosten van de wederpartij. Dit brengt een groot procesrisico met zich. In het Witboek mededingingsrecht is in dat kader de suggestie gedaan dat de nationale rechter – bij voorkeur vooraf – in bepaalde gerechtvaardigde gevallen een beschikking inzake de kosten geeft, waarbij de eiser de garantie wordt geboden dat hij bij verlies van de procedure niet (alle) door de tegenpartij gemaakte kosten hoeft te dragen.³⁷⁴ De eisende belangenorganisatie behoeft dan alleen met de eigen kosten rekening te houden. Hetzelfde effect zou overigens ook kunnen worden bereikt door 'the American rule' te hanteren, waarbij elke partij de eigen proceskosten draagt.³⁷⁵ Nadeel hiervan is wel dat deze regel niet alleen bij verlies, maar ook bij winst geldt.

Afwijzing van kansloze vorderingen

Een andere manier om te voorkomen dat de eisende belangenorganisatie (zelfde terminologie hanteren voor belangenorganisatie) hoge proceskosten verschuldigd wordt, is om de rechter in een vroeg (of misschien zelfs preprocesueel) stadium te laten beslissen of de vordering voldoende kans van slagen heeft. Indien het in de ogen van de rechter om een kansloze zaak gaat, zou de vordering bij voorbaat moeten kunnen worden afgewezen of zou de eiser terzake niet-ontvankelijk moeten kunnen worden verklaard.³⁷⁶

³⁷³ Zoals bijvoorbeeld ook het geval is bij handhaving van IE-rechten, waarbij op grond van de Europese richtlijn betreffende handhaving van intellectuele-eigendomsrechten de werkelijk gemaakte kosten dienen te worden vergoed. Vergelijk het Rapport Voorwerk II, waarin richtlijnen zijn gegeven voor toewijzing van buitengerechtelijke kosten.

³⁷⁴ Zie paragraaf 6.2.4.

³⁷⁵ In Portugal wordt dit systeem gehanteerd. Zie paragraaf 7.5.

³⁷⁶ Een dergelijke suggestie wordt in het Groenboek consumentenrecht ook gedaan (zie paragraaf 6.3.4). Ook in de Portugese *acção popular* heeft de rechter de bevoegdheid om kansloze zaken in een vroeg stadium af te wijzen (zie paragraaf 7.5).

Geen verplichte procesvertegenwoordiging

Kosten van rechtsbijstand zouden voorts kunnen worden gereduceerd als in strooischadezaken geen verplichte procesvertegenwoordiging zou gelden. Advocaatkosten behoeven dan niet of in mindere mate te worden gemaakt. Een belangenbehartiger zou het werk geheel of gedeeltelijk zelf kunnen doen. Voor strooischadezaken die door de sector kanton van de rechtbanken behandeld worden, geldt de eis van verplichte procesvertegenwoordiging niet. Collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW worden echter niet door de sector kanton behandeld. Zou de uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW van de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen, worden geschrapt, dan is denkbaar dat de eis van verplichte procesvertegenwoordiging niet wordt gesteld als aannemelijk is dat de schadevergoeding per individuele gedupeerde onder de kantongrens van € 5000,-- blijft.

Bedacht moet evenwel worden dat ook aan de werkzaamheden van de belangenbehartiger kosten zijn verbonden. Het is bovendien de vraag of het in de praktijk mogelijk zal zijn in complexe zaken zonder de bijstand van advocaten te opereren zeker indien de veroorzakende partij zich wel laat bijstaan door gespecialiseerde advocaten. In de minder complexe zaken zou de afschaffing van de verplichte procesvertegenwoordiging in ieder geval soulaas kunnen bieden

Ruime toekenning van schadevaststellingskosten

Een belangrijke kostenpost betreft de vooraf gemaakte informatiekosten en kosten van deskundigen.³⁷⁷ Deze kosten komen op grond van artikel 6:96 lid 2 sub b BW in beginsel als schadevaststellingskosten voor vergoeding in aanmerking,³⁷⁸ voorzover zij in redelijkheid zijn gemaakt en ook hun hoogte redelijk is (conform de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets). In de praktijk komt het vaak voor dat een lager bedrag dan het bedrag aan daadwerkelijk gemaakte schadevaststellingskosten wordt toegewezen. De rechter zou kunnen worden gestimuleerd bij strooischade ruimhartiger de daadwerkelijk gemaakte kosten in zijn oordeelsvorming over de omvang van de te vergoeden schade³⁷⁹ te betrekken.

³⁷⁷ Kosten van deskundigen die tijdens de procedure worden ingeschakeld behoren tot de proceskosten. Zie artikelen 199 jo. 195 Rv voor de huidige regeling inzake betaling van kosten van deskundigen die tijdens de procedure worden ingeschakeld.

³⁷⁸ Vergelijk het *Vie d'Or* arrest van HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m. nt. Van Dam.

³⁷⁹ Zie ook paragraaf 5.4.2.

Vergoeding van deze kosten op grond van artikel 6:96 lid 2 sub b BW is hoe dan ook slechts aan de orde, indien een belangenbehartiger in een zaak geheel of gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld. Bij verlies van de procedure moet hij deze kosten volledig zelf dragen. De introductie van een wettelijke grondslag voor vergoeding van deze kosten door de overheid in het kader van een nieuwe vorm van gefinancierde rechtshulp voor niet-kansloze collectieve schadeclaims van een deel van deze kosten – bijvoorbeeld de legitiem gemaakte kosten van deskundigen – zou kunnen bijdragen aan een effectiever gebruik van de mogelijkheid van collectieve schadeclaims.

Verlagen administratiekosten groepsactie

Uit het veldonderzoek blijkt dat naast de kosten van de procesvertegenwoordiging, de schadevaststellingskosten en de gerechtskosten, ook de kosten van de administratie van een groepsactie een belangrijk obstakel vormen – in elk geval voor representatieve organisaties – om een dergelijke actie op touw te zetten. Deze kosten zouden voor de initiator van een dergelijke actie omlaag gebracht kunnen worden, door de administratie van de actie (deels) onder te brengen bij een gerechtsgriffie. Deze zou bijvoorbeeld ‘aanmeldingen’ van gedupeerden voor deelname aan de actie kunnen verwerken, waarbij een aanmelding meebrengt dat de actie mede in naam van de aangemelde wordt gevoerd. Bezien zou dan moeten worden of de aanmelding kan worden vormgegeven als een volmacht aan de initiator, dan wel of het vereiste van het volmachten van de initiator voor dit soort procedures geheel kan worden losgelaten. Voorts moet een oplossing worden gevonden voor de afwikkeling van de financiële bijdrage die gedupeerden doorgaans aan de initiator van de actie zullen moeten betalen, willen zij dat deze de actie mede namens hen voert. Als principieel bezwaar tegen deze oplossingsrichting kan worden aangevoerd dat het organiseren van gedupeerden een zaak is van eiser en niet van het onafhankelijke gerecht. Daarnaast is reeds in paragraaf 4.4.2 opgemerkt dat de aan strooischade inherente problematiek van rationele desinteresse en free riding meebrengt dat het veelal moeilijk zal zijn een initiator en voldoende deelnemers voor een opt in-actie te vinden.

10.4.3 Maatregelen ter financiering van privaatrechtelijk optreden tegen strooischade

Welke maatregelen men ook neemt om de kosten verbonden aan de instelling van collectieve schadeclaims in het algemeen en het procederen terzake in het bijzonder te verlagen, financiële barrières zullen vrijwel altijd een rol spelen bij de afweging al dan niet tot een collectieve strooischadevergoedingsactie te besluiten. Er moeten hoe dan ook financiële middelen ingezet worden om een actie tegen strooischade op te kunnen zetten en gebleken is dat financiële middelen juist vaak ontbreken of niet toereikend zijn. De kostenproblematiek zou daarom ook van de financieringskant kunnen worden bekeken. Welke alternatieve wijzen van financiering van collectieve acties – anders dan rechtstreekse financiering door de belangenbehartiger zelf – zijn mogelijk? Enerzijds valt te denken aan een systeem waarin het procesrisico naar een derde

wordt verlegd en anderzijds aan een systeem waarin alternatieve bronnen van financiering worden aangeboord.

Financiële bijdrage van benadeelden

Gedupeerden zullen in het algemeen niet bereid zijn vooraf een financiële bijdrage te leveren aan een actie tot verhaal van strooischade, omdat zij vanwege de geringe individuele schade veelal tot de conclusie zullen komen dat de baten voor hen niet opwegen de kosten. Ook kunnen gedupeerden niet altijd eenvoudig worden getraceerd. Dat ook een systeem waarbij de proceskosten achteraf bij de individuele benadeelden moeten worden geïnd bij strooischade weinig perspectief biedt, lijkt de Duitse KapMug-procedure te illustreren. Het feit dat de (voorgeschoten) proceskosten als deelschulden van elk van de partijen zijn aangemerkt en als zodanig van elke individuele benadeelde afzonderlijk achteraf moeten worden geïnd, is in de praktijk bijzonder problematisch gebleken.³⁸⁰

Opheffing van het verbod van 'no cure no pay' en 'quota pars litis'

In Nederland is het voor advocaten verboden om – anders dan in geval van zuivere incassozaken – te werken op basis van 'no cure no pay' – inhoudende dat slechts bij het behalen van een bepaald resultaat honorarium in rekening zal worden gebracht – te werken. Evenmin mag een advocaat in Nederland overeenkomen dat het honorarium een percentage van het door zijn bijstand te bereiken resultaat – ook wel 'quota pars litis' of 'contingency fee' genoemd – zal bedragen.³⁸¹ Als deze verboden zouden worden opgeheven, zou het procesrisico in handen van advocaten kunnen worden gelegd.³⁸² Met hen zou niet alleen ten aanzien van het honorarium, maar ook ten aanzien van de overige proceskosten kunnen worden overeengekomen dat zij deze op zich zullen nemen en pas bij gebleken succes zullen kunnen verrekenen. In het algemeen zullen advocaten hiertoe alleen bereid zijn als sprake is van een kansrijke zaak met een groot financieel belang. De vraag is vanzelfsprekend of de gemiddelde strooischadezaak in de visie van advocaten aan deze voorwaarden zullen voldoen. Een positief gevolg hiervan zou overigens wel kunnen zijn dat kansloze vorderingen minder snel zullen worden ingesteld. De tussencategorie van zaken waarvan de kans op succes moeilijk te beoordelen valt, zou tussen de wal en schip kunnen vallen maar- zo

³⁸⁰ Zie paragraaf 7.2.5.

³⁸¹ Dit is vastgelegd in gedragsregel 25 (leden 2 en 3) van de Gedragsregels 1992 van de Nederlandse Orde van Advocaten. Zie voor de toelaatbaarheid van het incassotarief ook de toelichting hierop.

³⁸² Zie hierover ook Rapport Houthoff Buruma 2005, p. 95-97, waar meer in het algemeen de suggestie wordt gedaan om het procesrisico naar derden te verleggen tegen betaling van een premie bij winst.

kan betoogd worden-dat is zonder aanpassing van wet en regelgeving nu ook het geval terwijl opheffing van honorariumbelemmeringen voor advocaten voor bepaalde categorieën van strooischadezaken gunstig(er) zal kunnen uitpakken.

Financiering door een (rechtsbijstands)verzekeraar

In het Groenboek consumentenrecht wordt de financiering van een rechtszaak door verzekeraars als een van de opties voor alternatieve financiering van collectieve claims genoemd.³⁸³ In Oostenrijk kent men een dergelijk systeem, te weten het veel gebruikte en in de praktijk succesvol gebleken instrument van *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*. Hierbij neemt de verzekeraar het proceskostenrisico over en in ruil daarvoor ontvangt hij bij winst van de zaak 30 tot 40% van de opbrengst. De financiering van de proceskosten geschiedt dus door de verzekeraar en de cliënt loopt terzake geen enkel risico.³⁸⁴

In Nederland zijn rechtsbijstandsverzekeringen inmiddels ook vrij gebruikelijk. Het probleem is evenwel dat rechtsbijstandsverzekeraars slechts individuele zaken behandelen en er per schade bovendien vaak een financiële drempel geldt.³⁸⁵

Overwogen zou kunnen worden of en zo ja, op welke wijze, rechtsbijstandsverzekeraars bij collectieve acties een rol zouden kunnen spelen.³⁸⁶ De goede ervaringen met het Oostenrijkse systeem bij consolidatie van claims zouden daarbij ter inspiratie kunnen dienen.

Subsidiëring door de overheid

Ook subsidiëring door de overheid is een optie die in zijn algemeenheid in het Groenboek consumentenrecht wordt genoemd. Er zijn verschillende manieren waarop deze optie uitgewerkt zou kunnen worden.

De schrijvers van het rapport dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken is uitgebracht over de mogelijkheden van civielrechtelijke handhaving van mededingingsregels, geven in overweging dat de overheid aan een beperkte groep collectieve belangenbehartigers een budget verstrekt om een algemeen-belangactie te entameren. De door de schadeveroorzakers te betalen vergoeding – die bijvoorbeeld

³⁸³ Zie paragraaf 6.3.4.

³⁸⁴ Zie ook paragraaf 7.4.

³⁸⁵ Bij SRK Rechtsbijstand is dit bijvoorbeeld EUR 250,-. Zie ook paragraaf 8.3.5.

³⁸⁶ P.J.M. van den Biggelaar en M.B.M. Loos, Concentratie rechtsbijstand in massaschade loont, NJB 2007, nr. 41, p. 2625.

uit afdracht van de winst zou kunnen bestaan – zou dan naar de staatskas kunnen vloeien.³⁸⁷

In Oostenrijk kent men een zeer actieve consumentenorganisatie, de Verein für Konsumenteninformation, die door de Staat wordt gesubsidieerd om te procederen in strooischadezaken. De Staat roept consumenten ook veelvuldig op hun strooischadeclaims in te dienen bij de VKI, waarna zij geconsolideerd ingediend kunnen worden. Tussen de Staat en de VKI geldt de afspraak dat de Staat aan de VKI opdracht kan geven dergelijke consumentenacties in te dienen. De Staat betaalt hiervoor aan de VKI een vergoeding en is derhalve in feite de financiële motor achter verhaal van strooischade. Dit systeem is in de praktijk succesvol gebleken.³⁸⁸

Mogelijk nadeel van dit systeem is het feit dat de consumentenorganisatie vanwege de afhankelijkheid van de overheid niet als geheel onafhankelijk kan worden beschouwd. In feite is het de Staat die bepaalt wanneer een collectieve actie moet worden ingesteld. Voor het optreden van de consumentenorganisatie is de toestemming en steun van de Staat aldus doorslaggevend.

Overigens wijzen wij erop dat de omstandigheid dat op grond van het Vie d'Or arrest van de Hoge Raad buitengerechtelijke kosten van de belangenorganisaties als eigen schadepost door deze belangenorganisatie kunnen worden gevorderd, meebrengt dat bij subsidiëring van collectieve acties door de overheid, rekening kan worden gehouden met terugbetaling van zuiver buitengerechtelijke kosten bij een toewijzende uitspraak of schikking.

Toevoeging in strooischadezaken

Een neutralere wijze van overheidssteun zou kunnen zijn dat bij collectieve claims in strooischadezaken steeds op basis van een toevoeging kan worden geprocedeerd.³⁸⁹ Op die manier worden de kosten van rechtsbijstand door de Staat gefinancierd, zonder dat de Staat op enigerlei wijze invloed uitoefent op de vraag wanneer en in welke zaken een collectieve actie tegen strooischade zou moeten worden ingesteld. Deze maatregel zou gecombineerd kunnen worden met een afschaffing van de griffierechten voor strooischadezaken.

³⁸⁷ Rapport Houthoff Buruma 2005, p. 108-109.

³⁸⁸ Zie paragraaf 7.4.

³⁸⁹ Vgl. artikel 24 Wet op de rechtsbijstand.

Financiering uit opbrengsten van schikkingen of procedures

Hiervoor is in paragraaf 9.2 aan de orde gekomen dat de doelstelling bij het optreden tegen strooischade niet steeds verhaal van schade behoeft te zijn. Indien schadevergoeding aan individuele benadeelden niet tot uitgangspunt wordt genomen, is het mogelijk de opbrengsten van een succesvolle claim – of deze nu bestaan uit de collectieve schade van de gedupeerden, het genoten voordeel van de schadeveroorzaker, winstafracht of anderszins – alternatief te besteden.³⁹⁰ Zo zouden de opbrengsten rechtstreeks kunnen toekomen aan de belangenbehartigers die de zaak hebben opgezet. Die opbrengsten kunnen zij vervolgens gebruiken om nieuwe collectieve acties met betrekking tot strooischade te financieren. Door deze vorm van *cy pres distribution*³⁹¹ wordt niet alleen de “rationele desinteresse” problematiek ondervangen, maar wordt tevens bewerkstelligd dat de belangenbehartiger financieel onafhankelijk is van overheidssteun en –bemoeienis.³⁹²

Een nadeel van het rechtstreeks toekennen van opbrengsten van strooischade aan belangenbehartigers, is dat geen controle kan worden uitgeoefend op de wijze waarop deze opbrengsten worden besteed.³⁹³ Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn dat een algemeen en onafhankelijk fonds wordt opgezet, waarin opbrengsten van collectieve acties inzake strooischade worden gestort. Belangenbehartigers die een legitieme claim tot verhaal van strooischade hebben, kunnen vervolgens uit dit fonds putten. Op deze manier zou ook het in de literatuur genoemde potentiële misbruikgevaar van collectieve schikkingen kunnen worden ondervangen.³⁹⁴ Doordat de collectieve belangenbehartigers de opbrengsten uit de schikking niet direct zelf ontvangen, wordt

³⁹⁰ Zie over de mogelijke distributie van opbrengsten ook hierna paragraaf 10.4.7

³⁹¹ *Cy pres distribution* houdt in dat in gevallen waarin compensatie aan de benadeelden niet of nauwelijks mogelijk is – doordat het individuele schadebedrag te klein is of de benadeelden niet kunnen worden geïdentificeerd en bereikt – gekozen wordt voor een verdeling die daar het dichtst bij in de buurt komt (*cy pres* is afgeleid van het Franse '*si près*'). Een voorbeeld daarvan is het uitkeren van schadevergoeding aan een fonds voor (consumenten)belangenorganisaties. Volgens Tzankova wordt bij deze fondsverdelingsmethode de nadruk gelegd op de ongedaanmaking van het groepsnadeel of het door de schadeveroorzaker genoten voordeel en wordt minder relevant geacht wie de door de schadeveroorzaker te betalen vergoeding ontvangt. Zie Tzankova 2005, p. 79-80.

³⁹² Zie Tzankova 2005, p. 128-129.

³⁹³ Verwezen zij in dit verband naar hetgeen over accountability en transparency van duurzame belangenbehartigers in paragraaf 5.4.2 is opgemerkt.

³⁹⁴ Het misbruikgevaar bij collectieve schikkingen bestaat uit twee aspecten. Ten eerste bestaat er het gevaar dat schadeveroorzakers tot onredelijke schikkingen worden gedwongen, omdat zij reputatieverlies vrezen en/of het goedkoper vinden om iets te betalen om van de zaak af te zijn, terwijl aan de schikking een groot volume ondeugdelijke vorderingen ten grondslag ligt. Het tweede aspect ziet op de mogelijkheid dat belangenbehartigers collectieve schikkingen sluiten die niet het meest optimaal voor de groep zijn, maar die de rechtshulpverleners van de benadeelden van een honorarium verzekeren. Zie Eindrapport fundamentele herbezinning, p. 122. Zie over het misbruikgevaar ook Tzankova 2005, hfst. 6

het gevaar verminderd dat belangenbehartigers een schikking sluiten die niet optimaal is voor de groep, maar wel hun kosten dekt.

De auteurs van het Intermim rapport fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht hebben in dit verband de suggestie gedaan om in gevallen waarin de schade niet rechtstreeks aan de benadeelden kan worden uitgekeerd – bijvoorbeeld vanwege de geringe omvang van de individuele vergoedingen afgezet tegen de administratieve en logistieke kosten van een verdeling van de gelden of indien de benadeelden onbekend zijn – de schadevergoeding te laten toekomen aan bijvoorbeeld (een speciaal fonds van) het Bureau voor rechtshulp. Dit geld zou vervolgens gebruikt kunnen worden om eventuele nieuwe acties te financieren. In de ogen van de schrijvers is dit goed verdedigbaar, omdat het optreden tegen strooischade vooral aspecten van openbaar belang betreft.³⁹⁵

Tzankova heeft de gedachte van de schrijvers van het Interimrapport over de distributie van de schadevergoeding in gevallen waarin deze niet of moeilijk rechtstreeks aan de benadeelden kan worden vergoed, in haar onderzoek naar dit tweede “subtype” strooischade nader uitgewerkt. Zoals in paragraaf 4.5 toegelicht, zou volgens haar in dergelijke gevallen niet de individuele compensatie van de benadeelden, maar de ongedaanmaking van de positieve gevolgen voor de schadeveroorzaker – die zowel kan zien op het groepsnadeel van de benadeelden als op het door de schadeveroorzaker genoten welvaartsvoordeel of winst – uitgangspunt moeten zijn.³⁹⁶ Het algemeen belang staat in die optiek centraal.

Tzankova pleit ervoor dat in situaties waarin individuele schadevergoeding aan de benadeelden niet voor de hand ligt, aan een duurzame belangenbehartiger wettelijk wordt toegestaan om een algemeen-belangactie – door haar als een collectieve voordeelontnemingsactie aangeduid – te initiëren. Verder zou de belangenbehartiger het ontnomen voordeel of het groepsnadeel zelf kunnen behouden. Door deze combinatie van voordeelontneming met *cy pres distribution* wordt niet alleen de rationele desinteresse problematiek ondervangen, maar wordt tevens bewerkstelligd dat de belangenbehartiger financieel onafhankelijk is van overheidssteun en -bemoeienis.³⁹⁷

³⁹⁵ Interimrapport, p. 182.

³⁹⁶ Vgl. Tzankova 2005, p. 22.

³⁹⁷ Tzankova 2005, p. 128-129. Volgens Tzankova zou de private handhaver idealiter (1) financieel onafhankelijk moeten zijn van elke overheidssteun en bemoeienis en (2) in die gevallen moeten optreden waarin de bevoegde (semi)publiekrechtelijke handhavers nalaten om tegen normschendingen die tot strooischade leiden op te treden. Zie Tzankova 2005, p. 79.

In aanvulling op de mogelijkheid van een collectieve voordeelontnemingsactie door belangenbehartigers, staat Tzankova de mogelijkheid van een collectieve schikking door belangenbehartigers voor, waarbij de door de schadeveroorzaker(s) betaalde schikkingsbedragen ten goede van de belangenbehartigers zouden moeten komen.³⁹⁸

In het Eindrapport Fundamentele herbezinning wordt opgemerkt dat het de voorkeur verdient dat collectieve voordeelontneming buitengerechtelijk wordt gerealiseerd.³⁹⁹ Tzankova ziet bij een collectieve schikking evenwel een beperkte, maar onmisbare rol voor de rechter weggelegd. De rechter zou een preliminaire inhoudelijke beoordeling dienen te geven van de gegrondheid van de vordering. Op die manier zou eerder genoemde het misbruikgevaar van gedwongen en *sell out* schikkingen grotendeels worden voorkomen.⁴⁰⁰

Overigens is het ook wanneer compensatie van individuele benadeelden wél voor de hand ligt of wenselijk is, denkbaar een deel van de opbrengsten aan de initiator van de collectieve actie toe te laten komen ter dekking van de kosten.⁴⁰¹

Financiering uit opbrengst bestuurlijke boete

In gevallen waarin de gedraging die strooischade veroorzaakt een overtreding oplevert waarvoor een toezichthoudende autoriteit een boete kan opleggen, is denkbaar dat de opbrengst van de boete (deels) wordt uitgekeerd aan een belangenbehartiger die een civiele procedure start tot het verhaal van de schade. In feite is dan sprake van een subsidiëring van de belangenbehartiger voor het voeren van de collectieve actie. Voor de voor- en nadelen daarvan zij verwezen naar hetgeen hiervoor over subsidiëring is opgemerkt.

10.4.4 Beperking van complexiteit en duur van procedures

Het vooruitzicht van langdurige en complexe procedures is voor benadeelden en hun belangenbehartigers weinig aantrekkelijk. Hoe langer en ingewikkelder een procedure is, hoe kostbaarder zij bovendien wordt. Naast hieronder te bespreken inhoudelijke maatregelen die terzake getroffen kunnen worden – zoals het versoepelen van de regels inzake stelplicht en bewijslast – kan ook gedacht worden aan processuele maatregelen die een vroegtijdige en actieve bemoeienis van de rechter bevorderen.

³⁹⁸ Zie Tzankova 2005, hfst. 6.

³⁹⁹ Eindrapport Fundamentele herbezinning 2006, p. 124.

⁴⁰⁰ Tzankova 2005, p. 129-130.

⁴⁰¹ Deze oplossing wordt onder meer in het Groenboek consumentenrecht gesuggereerd. Zie paragraaf 6.3.4.

Preprocessuele comparitie

In het Eindrapport fundamentele herbezinning wordt in zijn algemeenheid voorgesteld de mogelijkheid van een preprocessuele comparitie in te voeren.⁴⁰² In een dergelijke preprocessuele comparitie zou de rechter de lijnen van het feitenonderzoek uit kunnen zetten door de feitelijke en rechtsvragen die in de zaak spelen in kaart te brengen en voorlopige bewijsmaatregelen te entameren. De verwachting is dat een dergelijke preprocessuele comparitie in strooischadezaken niet alleen een sneller verloop van de procedure zou kunnen bevorderen, maar dat deze tevens zou kunnen bijdragen aan een vereenvoudiging van de procedure.

Bovendien zou een preprocessuele comparitie waarin de rechter zich actief en faciliterend opstelt –en bijvoorbeeld een voorlopig oordeel over de zaak geeft – ertoe kunnen leiden dat de procedure niet wordt doorgezet, maar dat partijen alsnog of wederom in onderhandelingen treden over een collectieve regeling. Een preprocessuele comparitie zou aldus de totstandkoming van collectieve schikkingen – die vervolgens op grond van de Wcam algemeen verbindend kunnen worden verklaard – in de hand kunnen werken. Dit is in lijn met het in het kader van de evaluatie van de Wcam door de minister uitgesproken voornemen een preprocessuele comparitie te overwegen ter facilitering van partijen in de voorfase.⁴⁰³

Het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

De reden dat procedures lang kunnen duren, is in veel gevallen terug te voeren op het feit dat zij tot en met de Hoge Raad moeten worden uitgevochten om zekerheid over bepaalde rechtsvragen te verkrijgen. Door invoering van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad – in de preprocessuele fase of in eerste aanleg – zou aanzienlijke tijdswinst kunnen worden geboekt. Net als bij de preprocessuele comparitie, zou de aldus in een vroeg stadium verkregen duidelijkheid over de principiële rechtsvragen van de zaak, tevens kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking. Naar aanleiding van de evaluatie van de Wcam is inmiddels een voorontwerp gepubliceerd dat voorziet in de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.⁴⁰⁴

⁴⁰² Eindrapport Fundamentele herbezinning, p. 65-66.

⁴⁰³ Zie paragraaf 5.4.5.

⁴⁰⁴ Het voorontwerp is te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/prejudicie-vragen-aan-de-hoge-raad/>.

10.4.5 Maatregelen met betrekking tot de stelplicht en de bewijslast

Voordat een vordering tot verhaal van strooischade kan worden toegewezen, moet de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker voor de schade van de gedupeerden worden vastgesteld. Daartoe zal een gedupeerde en/of zijn belangenbehartiger moeten stellen en bewijzen dat de schadeveroorzaker een jegens hem onrechtmatige rechtsinbreuk heeft gepleegd, die schade tot gevolg heeft gehad. Pas als de aansprakelijkheid is vastgesteld, komt de vraag naar de omvang van de schade aan de orde. Ook terzake rust de bewijslast in beginsel op de gedupeerde en/of zijn belangenbehartiger. Beide bewijsopdrachten kunnen een lastige opgave voor de gedupeerden zijn, onder meer omdat zij vaak niet over alle informatie beschikken die nodig is voor de onderbouwing van hun vordering. Die informatie bevindt zich in het domein van de schadeveroorzakers of derden.⁴⁰⁵ Deze problematiek draagt bij aan de lange duur en complexiteit van strooischadezaken.

Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om uitputtend te inventariseren welke maatregelen zouden kunnen worden genomen om de procespositie van claimanten terzake te vergemakkelijken en te versterken. Wij volstaan hier met een korte bespreking van enkele mogelijkheden, waarvan een aantal ook in de literatuur wordt genoemd.⁴⁰⁶

Dwingende bewijskracht van sanctiebesluiten van toezichthouders

De maatregel om dwingende bewijskracht te verlenen aan onherroepelijke sanctiebesluiten van toezichthouders – die ook in het Witboek mededingingsrecht wordt voorgesteld en door het Nederlandse kabinet wordt onderschreven⁴⁰⁷ – zou tot gevolg hebben dat onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk door de schadeveroorzaker in de civiele procedure een gegeven is, waardoor de discussie over de aansprakelijkheid aanzienlijk zou worden ingeperkt. In de praktijk zullen civiele rechters waarschijnlijk nu ook al niet snel afwijken van hetgeen de bestuursrechter over de rechtsinbreuk heeft besloten. Problematisch is evenwel dat – indien van alle bezwaar- en beroepsmogelijkheden in het bestuursrechtelijke traject gebruik wordt gemaakt – het zeer lang kan duren voordat een sanctiebesluit onherroepelijk wordt. Indien een civiele procedure wordt aangespannen voordat een sanctiebesluit onherroepelijk is geworden, zou de civiele rechter alsdan met bewijsvermoedens

⁴⁰⁵ In het Witboek mededingingsrecht wordt in dit verband gesproken over informatieasymmetrie. Zie paragraaf 6.2.6.

⁴⁰⁶ Onder meer in het Witboek mededingingsrecht wordt hier aandacht voor gevraagd. Zie paragraaf 6.2.6.

⁴⁰⁷ Zie paragraaf 6.2.6 en Nederlandse reactie op Witboek mededingingsrecht, p. 11.

kunnen werken: de onrechtmatigheid staat voorshands vast, behoudens tegenbewijs van de schadeveroorzaker. Met een vergelijkbaar bewijsvermoeden zou de civiele rechter ook kunnen werken als er nog in het geheel geen besluiten zijn genomen, maar slechts onderzoeksresultaten van de toezichthouder beschikbaar zijn waaruit blijkt dat consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels zijn geschonden. Dit kan te meer van belang zijn nu in de praktijk blijkt dat handhaving door toezichthouders slechts in een klein aantal gevallen leidt tot een sanctiebesluit.⁴⁰⁸

Verder zou het bewijsvermoeden zich niet alleen tot de onrechtmatigheid van een gedraging kunnen strekken, maar ook tot het bestaan en de eventuele omvang van de schade, voorzover daarover iets in het sanctiebesluit of het onderzoek is opgemerkt. Daarbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat toezichthouders op dit moment bij de bepaling van (de hoogte van) de boete de omvang van de strooischade die een rechtsinbreuk tot gevolg heeft gehad niet behoeven te berekenen.⁴⁰⁹ Toezichthouders zouden dan ook gestimuleerd, geëquipeerd en (in bepaalde gevallen) wellicht zelfs verplicht kunnen worden gesteld om naast onderzoek naar de onrechtmatige gedraging ook onderzoek te doen naar de omvang van de daardoor veroorzaakte schade. Daarmee zouden voor eisers in een civiele procedure ook met betrekking tot het bewijs van schade belangrijke drempels kunnen worden weggenomen.

Follow-on acties in combinatie met 'superklacht'

In aansluiting op het vorenstaande zou met betrekking tot strooischade die zich voordoet op terreinen waarin een toezichthouder actief is overwogen kunnen worden om alleen follow-on acties toe te staan naar aanleiding van een sanctiebesluit of onderzoek van de toezichthouder. In aansluiting daarop zou zouden belangenbehartigers – naar het Engelse voorbeeld van de *supercomplaint* – in de gelegenheid kunnen worden gesteld door middel van indiening van een superklacht een strooischade veroorzakende gebeurtenis – dwingender dan thans mogelijk is, zie paragraaf 5.5.3, op de agenda van de toezichthoudende autoriteit te zetten.⁴¹⁰ Indien de klacht leidt tot een onderzoek of tot handhaving door de toezichthouder, zou van de resultaten daarvan in een follow-on actie in de civielrechtelijke procedure kunnen worden geprofiteerd.

⁴⁰⁸ Zie onder meer paragraaf 8.3.6.

⁴⁰⁹ Zie paragraaf 5.3.3.

⁴¹⁰ Zie over de *supercomplaint* paragraaf 7.2.4.

Versoepeling van het bewijsrecht

Hiervoor hebben wij al enkele keren de toepassing van het rechterlijke bewijsvermoeden genoemd. Het gebruik van deze en andere – reeds in de rechtspraktijk in bepaalde omstandigheden toegepaste – instrumenten zoals omkering van de bewijslast en verzwaarde stelplicht zou in strooischadezaken kunnen worden gestimuleerd. Voorkomen moet worden dat een te zware bewijslast op claimanten rust. In de eerder aangehaalde JJB Sports-zaak (b)leek bijvoorbeeld het vereiste van overlegging van een bewijs van aankoop tot moeilijkheden te leiden.⁴¹¹ Bewijs van schade zou in een dergelijk geval echter ook kunnen worden geleverd door op de schadeveroorzaker een verzwaarde stelplicht te leggen inzake de aantallen verkochte producten. Daaruit kan de schade direct worden afgeleid, zonder dat claimanten concrete bewijzen behoeven over te leggen.

Toegang tot bewijs

In het Witboek mededingingsrecht worden enkele suggesties gedaan om de toegang tot bewijs dat zich in het domein van de schadeveroorzaker of derden bevindt voor claimanten te vergemakkelijken, waarbij een evenwicht moet worden gevonden tussen het belang van claimanten om bewijsmateriaal te verkrijgen en de negatieve effecten van een te brede mogelijkheid tot openbaarmaking.⁴¹²

Zo stelt de Commissie voor dat de rechter onder specifieke omstandigheden de bevoegdheid zou moeten krijgen om partijen of derden te bevelen om bepaalde categorieën bewijsmateriaal openbaar te maken.⁴¹³ Het Nederlandse civiele procesrecht kent dergelijke bevoegdheden al. In artikel 22 Rv is bepaald dat de rechter partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daartoe gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of een weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Het gaat hier dus om een brede discretionaire bevoegdheid van de rechter met twee belangrijke beperkingen: het bevel kan alleen aan partijen en niet aan derden worden opgelegd en bovendien slechts in het kader van een procedure. Meer mogelijkheden biedt artikel 843a Rv, waarin is bepaald dat iemand met een rechtmatig belang openbaarmaking van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij hij partij is kan vorderen van een wederpartij of een derde die deze bescheiden tot zijn

⁴¹¹ Zie paragraaf 7.2.2.

⁴¹² Zie paragraaf 6.2.6.

⁴¹³ Zie hieromtrent paragraaf 6.2.6 alsmede de Nederlandse reactie op het Witboek Mededingingsrecht, p. 8-9.

beschikking of onder zijn berusting heeft. Een belangrijke beperking van artikel 843a Rv is dat het slechts kan gaan om stukken waarvan het bestaan bekend is (*bepaalde* bescheiden). In het Eindrapport Fundamentele herbezinning wordt dan ook gepleit voor een ruimere exhibitieplicht dan thans in artikel 843a Rv is opgenomen.⁴¹⁴ Voorts moet de eiser steeds bewijzen belang te hebben bij de vordering van de stukken. Artikel 843a Rv zou door rechters in strooischadezaken zodanig kunnen worden toegepast, dat het bestaan van een belang voorshands aannemelijk wordt geacht. Verder is een belangrijke beperking van zowel artikel 22 Rv als artikel 843a Rv erin gelegen dat overlegging van opgevraagde bescheiden geweigerd kan worden indien daartoe gewichtige redenen zijn. Dit is een noodzakelijke beperking die een gedegen afweging van belangen tussen partijen waarborgt. Denkbaar is evenwel dat van gewichtige redenen minder snel sprake zal zijn, indien mogelijkheden worden gecreëerd waarbij alleen de rechter of een onafhankelijke deskundige derde inzage krijgt in de stukken.

Toezichthouder als deskundige in een civiele procedure

In het recentelijk uitgebrachte preadvies voor de Vereniging van Effectenrecht, wijzen A.H. Scheltema en M. Scheltema op de mogelijkheid dat een toezichthouder wordt verzocht om in een procedure die is ingeleid door een individuele benadeelde ter verkrijging van schadevergoeding, informatie te leveren over een schending van privaatrechtelijke normen.⁴¹⁵ Dit zou volgens de preadviseurs de vorm kunnen aannemen van informatievervalsing door een deskundige. In gevallen waarin de schade het gevolg is van een schending van normen waarvan de naleving aan het toezicht van een toezichthouder is onderworpen, zou op deze wijze het probleem van toegang van benadeelden tot bewijs dat nodig is voor toewijzing van hun vordering verkleind kunnen worden. Overigens zal naar onze mening dan wel expliciet moeten worden geregeld dat – en onder welke voorwaarden – de toezichthouder bevoegd is informatie die hij door gebruikmaking van zijn publiekrechtelijke toezichts- en opsporingsbevoegdheden verkrijgt, in een civiele procedure tussen een individuele benadeelde en de schadeveroorzaker te verstrekken.

⁴¹⁴ Eindrapport Fundamentele herbezinning, p. 71-75.

⁴¹⁵ A.H. Scheltema en M. Scheltema, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, Preadvies voor de Vereniging van Effectenrecht 2009, p. 71/72.

10.4.6 Alternatieven voor de raming en het bewijs van de (omvang van de) schade

Het ramen en bewijzen van de precieze door de benadeelden geleden schade kan een lastige exercitie zijn, zeker als de individuele schade van elk van de benadeelden tot uitgangspunt wordt genomen.⁴¹⁶ Welke alternatieve benaderingen zijn mogelijk?

Abstracte schadeberekening

De meest simpele oplossing is wellicht dat de schade niet precies, maar bij benadering wordt berekend. De grondslag voor een dergelijke abstracte schadeberekening kan worden gevonden in artikel 6:97 BW: de rechter begroot de schade op die wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is; kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat. Ook in het Witboek mededingingsrecht pleit de Commissie ervoor dat de begroting van de schade via benaderende berekeningsmethoden of vereenvoudigde regels voor het begroten van het verlies plaatsvindt. Zij heeft aangekondigd hiertoe een kader met pragmatische, niet-bindende aanwijzingen uit te werken.⁴¹⁷ Deze nog op te stellen aanwijzingen zouden als inspiratiebron kunnen dienen bij de eventuele uitwerking van kaders voor een abstracte schadeberekening.

Winstafdracht

Een concrete uitwerking van abstracte schadeberekening zou de introductie van de mogelijkheid kunnen zijn om bij wijze van schadeafwikkeling winstafdracht te vorderen. In beginsel is dit nu al mogelijk op grond van artikel 6:104 BW, waarin is bepaald dat de rechter op vordering van de gedupeerde partij de schade kan begroten op het bedrag van de door de onrechtmatige gedraging of wanprestatie genoten winst of een deel daarvan. De Hoge Raad legt deze bepaling echter beperkt uit, inhoudende dat afroming van onrechtmatig verkregen winst die uitgaat boven de door de benadeelde geleden schade niet is toegestaan.⁴¹⁸ Juist omdat de begroting van de geleden schade een probleem kan zijn, zou een systeem waarbij de winstafdracht wordt losgekoppeld van de omvang van de schade – zoals dat in Duitsland ex § 10 UWG wordt gehanteerd⁴¹⁹ – mogelijk wenselijker zijn. Als niet compensatie, maar generale preventie en/of het ontnemen van genoten voordeel tot doelstelling wordt gemaakt, staat daar ook weinig aan in de weg.

⁴¹⁶ Zie paragraaf 9.4.7.

⁴¹⁷ Zie paragraaf 6.2.6.

⁴¹⁸ Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB.

⁴¹⁹ Zie paragraaf 7.2.4.

Damage scheduling

Als een van de belangrijkste redenen waarom thans de mogelijkheid van het vorderen van schadevergoeding in geld in een collectieve actie is uitgesloten, noemt de wetgever het gegeven dat bij de bepaling van de omvang van de schade diverse slechts individueel te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen kunnen rijzen. In de Wcampraktijk wordt dit probleem vervolgens opgelost doordat de schade – naar Amerikaans voorbeeld – aan de hand van “damage scheduling” wordt afgewikkeld. Er wordt dan aan de hand van een aantal factoren een indeling in verschillende schadecategorieën gemaakt waarbij elke schadecategorie correspondeert met een bepaald schadebedrag. Om in aanmerking te komen voor schadevergoeding, behoeft de gedupeerde slechts aan te tonen welke factoren die bij een schadecategorie horen op hem van toepassing zijn. De beantwoording van individuele vragen wordt zo omzeild.⁴²⁰ Denkbaar is dat dit Wcam-systeem door de rechter naar analogie wordt toegepast in een collectieve actie waarbij schadevergoeding in geld kan worden gevorderd. Om een te grote belasting van het rechterlijk apparaat te voorkomen, zou de rechter de schadecategorieën niet zelf behoeven op te stellen.⁴²¹ Na vaststelling van de aansprakelijkheid zou hij partijen kunnen uitnodigen om in onderling overleg schadecategorieën te identificeren of – indien dit onmogelijk blijkt – daartoe –al dan niet op verzoek van partijen– een onafhankelijke deskundige kunnen benoemen. De rechter zou dan hooguit kunnen volstaan met een aantal aanwijzingen waarmee bij de indeling in schadecategorieën rekening kan worden gehouden.

Alternatieve schadevergoeding

Een opvallende bevinding uit het veldonderzoek is dat in gevallen waarin partijen onderhandelingen over (strooi)schade beginnen, de inzet van de gedupeerde partij vaak schadeloosstelling is, maar dat uiteindelijk vaak andersoortige afspraken worden gemaakt. Een voorbeeld is de Interpay-zaak. Naast de oprichting en storting van een geldbedrag in een innovatiefonds ter bevordering van een efficiënter betalingsverkeer werd overeengekomen dat de banken in de toekomst voor iedere pintransactie een korting van minimaal EUR 0,01 zouden toepassen.⁴²² Ook in de zaak van het bierbrouwerskartel gaan de onderhandelingen – die ten tijde van publicatie van dit onderzoek voortduren – niet (meer) over schadevergoeding, maar over het vinden

⁴²⁰ Zie paragraaf 5.4.5.

⁴²¹ Vgl. de Nederlandse reactie op het Groenboek consumentenrecht, p. 18-19.

⁴²² Zie paragraaf 8.3.4.

van een oplossing voor structurele problemen in de biermarkt en het afbouwen van de afhankelijkheid van horecaondernemers van brouwerijen.⁴²³

Als in een collectieve actie waarbij schadevergoeding in geld wordt gevorderd de begroting daarvan (ook bij abstracte schadeberekening of damage scheduling) op al te grote problemen stuit, zou de rechter – bijvoorbeeld in een (preprocessuele) comparitie – partijen er toe kunnen bewegen om buiten de kaders van schadevergoeding te denken en andere oplossingen van het geschil in overweging te nemen. Als partijen hiertoe bereid zijn, zouden zij tijdens de procedure zelf schikkingsonderhandelingen kunnen aanvangen. Mochten partijen een rechterlijk vonnis terzake willen, zou een wijziging van eis daartoe voldoende zijn.⁴²⁴ Vanzelfsprekend kan ook overwogen worden om de rechter de bevoegdheid te verlenen om ambtshalve tot toewijzing van alternatieve schadevergoeding over te gaan, zonder dat partijen daaraan hun medewerking behoeven te verlenen. Toch lijkt bereidheid van de partijen terzake essentieel. Als geen draagvlak bij partijen voor een dergelijke beslissing bestaat, wordt het probleem niet opgelost, maar slechts verlengd, omdat dan appelprocedures kunnen worden verwacht. Bovendien moeten verrassingsbeslissingen worden voorkomen.

10.4.7 Instrumenten met betrekking tot de bereikbaarheid van benadeelden

Een veel voorkomend probleem bij strooischade is dat de individuele benadeelden van tevoren niet bekend zijn en/of moeilijk bereikbaar zijn. Bovendien kunnen de kosten van het individueel bereiken van de benadeelden vanwege de grote omvang van de groep benadeelden zodanig hoog zijn, dat het zelfs in gevallen waarin de identiteit van alle benadeelden bekend is of gemakkelijk traceerbaar is, niet loont de schadevergoeding aan individuele benadeelden uit te keren.

Alternatieve distributie: cy pres distribution

Een oplossing voor dit probleem kan worden gevonden in alternatieve distributie van schadevergoeding en/of opbrengsten van een procedure of schikking.

Cy pres distribution kan worden omschreven als een verdeling van de schadevergoeding en/of de opbrengsten die het dichtst in de buurt komt bij de verdeling aan de rechtstreeks benadeelden. Onder meer Tzankova pleit in dit verband

⁴²³ Zie paragraaf 8.3.3.

⁴²⁴ Op grond van artikel 3:305a BW is een vordering tot schadevergoeding anders dan in geld reeds thans mogelijk.

voor toekenning van de schadevergoeding en/of opbrengsten van een procedure of schikking aan belangenbehartigende organisaties.⁴²⁵ Ook de Commissie suggereert deze mogelijkheid zowel in het Witboek mededingingsrecht als in het Groenboek consumentenrecht.⁴²⁶ *Cy pres distribution* kan op verschillende wijzen vorm worden gegeven. Zo valt te denken aan directe afgifte van de opbrengsten aan de belangenbehartiger die de procedure of de schikkingsonderhandelingen heeft gevoerd, maar ook aan de oprichting van een algemeen fonds waarin opbrengsten van strooischadezaken worden gestort.

Naast het voordeel dat het probleem van de individuele verdeling van de schadevergoeding aan een onbekende, moeilijk bereikbare en/of grote groep benadeelden op deze wijze wordt omzeild, biedt alternatieve distributie – zoals hiervoor in paragraaf 10.4.3 is opgemerkt – ook een oplossing voor de kosten- en financieringsproblematiek. De opbrengsten zouden immers gebruikt kunnen worden om de kosten van zowel gevoerde als toekomstige procedures of onderhandelingen in strooischadezaken te financieren.

Een derde voordeel bij alternatieve distributie is dat de (precieze) omvang van de (individueel) geleden schade niet meer zo nauw luistert. Het algemeen belang van de ongedaanmaking van de onterechte positieve gevolgen van een rechtsinbreuk voor de schadeveroorzaker en generale preventie kan dan voorop worden gesteld. Dat betekent dat in plaats van het geleden groepsnadeel het door de schadeveroorzaker ten onrechte genoten welvaartsvoordeel of winst tot uitgangspunt kan worden genomen.⁴²⁷

Alternatieve distributie: afdracht aan de staatskas

In lijn met de hiervoor omschreven mogelijkheden van *cy pres distribution*, zou een alternatieve bestemming van de opbrengsten van strooischadezaken de staatskas kunnen zijn. Indien de staatskas route gevolgd zou worden, zou wel geregeld moeten worden op welke wijze deze gelden vervolgens zouden moeten worden besteed. Een investering in de aanpak van strooischadezaken – bijvoorbeeld door financiering van collectieve belangenbehartigers of toezichthouders – ligt dan voor de hand. Opmerking verdient in dit verband dat de buitenlandse praktijk heeft aangetoond dat in gevallen waarin een financiële prikkel voor de initiator van een optreden tegen strooischade

⁴²⁵ Tzankova 2005, p. 178-179.

⁴²⁶ Zie paragraaf 6.2.5 respectievelijk 6.3.4.

⁴²⁷ Vgl. ook Tzankova en het Interimrapport Fundamentele herbezinning terzake, zie hiervoor paragraaf 10.4.3.

ontbreekt omdat de opbrengsten van een procedure geheel naar de staatskas vloeien, initiatieven van die zijde veelal zullen uitblijven.⁴²⁸

Opt-out procedures

Indien individuele schadevergoeding aan benadeelden wenselijk wordt geacht, zou gekozen kunnen worden voor een opt-outsysteem, waarbij alle benadeelden – behoudens indien zij uitdrukkelijk aangeven dit niet te willen – gebonden zijn aan het resultaat van een collectieve schadeafwikkeling. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het opt-outsysteem dat in de Wcam wordt gehanteerd. Daarin zijn de nodige waarborgen ter rechtsbescherming van de benadeelden opgenomen, waaronder voorschriften inzake de bekendmaking.⁴²⁹

Een voordeel van de opt-outbenadering is dat de initiële administratieve en organisatorische kosten van het benaderen van en toestemming vragen aan de benadeelden, anders dan bij een opt-inprocedure, niet behoeven te worden gemaakt. Na het behalen van een toewijzend vonnis dient dit slechts landelijk bekend gemaakt te worden via dagbladen en internetfora, naar aanleiding waarvan de benadeelden zich zelf – ter voorkoming van kosten aan de zijde van de belangenbehartiger bij voorkeur bij de schadeveroorzaker – zullen moeten aanmelden om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen. Nadeel hiervan is dat de praktijk uitwijst dat lang niet alle benadeelden aan dergelijke oproepen gehoor geven.⁴³⁰ Omdat de omvang van de groep benadeelden die zich voor schadevergoeding zullen aanmelden onbekend is, kan niet worden uitgegaan van één totale schadesom die evenredig over de benadeelden wordt verdeeld. Abstracte schadeberekening van de totale schade en winstafracht ligt dan minder voor de hand. Ook heeft de schadeveroorzaker geen zekerheid over hoeveel schadevergoeding hij zal moeten betalen. Of dit een legitiem bezwaar is, valt echter te betwijfelen. De te betalen schadevergoeding zal immers hoe dan ook niet hoger zijn dan de schade die in werkelijkheid is veroorzaakt.

10.5 Publiekrechtelijke mogelijkheden

In hoofdstuk 9 bleek dat de huidige wetgeving – op enkele specifieke, bijzondere bevoegdheden na – niet voorziet in mogelijkheden die betrekking hebben op de

⁴²⁸ Dit is onder meer de ervaring met de Duitse winstafrachtprocedures van § 33 en 34 GWB en § 10 UWG, waarbij de procedure door een toezichthouder of collectieve belangenbehartiger dient te worden ingesteld, maar de gevorderde winstafracht vloeit naar de staatskas (zie paragrafen 7.2.3 en 7.2.4).

⁴²⁹ Zie verder paragraaf 5.4.5.

⁴³⁰ Vgl. de in paragraaf 7.2.2 besproken JJB Sports zaak.

vergoeding van strooischade of het ontnemen van onrechtmatig voordeel dat de schadeveroorzaker door de schadeveroorzakende gedraging geniet. In het navolgende schetsen wij een aantal mogelijkheden waarmee het publiekrechtelijk instrumentarium uitgebreid zou kunnen worden, opdat in daarin wél wordt voorzien. Daarbij geldt voor alle genoemde mogelijkheden dat de vraag of en in hoeverre een toezichthouder verplicht is om verzoeken om optreden van individuele benadeelden of belangenbehartigers inhoudelijk in behandeling te nemen. De hiervoor besproken mogelijkheid van een – naar Brits voorbeeld – superklacht,⁴³¹ zou hierbij als inspiratiebron dienst kunnen doen. Datzelfde geldt voor de regeling van artikel 25a Algemene wet rijksbelastingen, op basis waarvan de Minister van Financiën een groot aantal bezwaren dat is gericht tegen de beslissing op eenzelfde rechtsvraag kan aanwijzen als massaal bezwaar, waarop de belastinginspecteur collectief uitspraak kan doen. Op vergelijkbare wijze zou een toezichthouder collectief kunnen beslissen op een groot aantal handavingsverzoeken van consumenten gericht tegen eenzelfde overtreding.

10.5.1 Wettelijke, publiekrechtelijk handhaafbare verplichtingen tot schadevergoeding

Denkbaar is dat in de wetgeving een publiekrechtelijk handhaafbare verplichting wordt neergelegd tot vergoeding van schade die het gevolg is van bepaalde overtredingen, bijvoorbeeld overtredingen van consumentenbeschermende bepalingen of overtredingen van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken, of niet-nakoming van contractuele verplichtingen bij bijvoorbeeld een consumentenkoop. De verplichting tot vergoeding van strooischade wordt hiermee publiekrechtelijk geregeld en bij overtreding van deze verplichting kan een toezichthoudende autoriteit de reguliere publiekrechtelijke handavingsinstrumenten (last onder dwangsom en/of bestuurlijke boete) inzetten om de overtreding van de verplichting schade te vergoeden te doen staken. Van een vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taken is naar onze mening dan geen sprake.⁴³²

Het ontstaan van de publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding zou gekoppeld kunnen worden aan een onherroepelijk besluit van een toezichthouder waarin de overtreding wordt geconstateerd of een uitspraak van de civiele rechter waarin – op basis van een vordering van een individuele consument, een groepsactie of een collectieve actie – wordt vastgesteld dat in strijd met een wettelijke of contractuele verplichting is gehandeld. De verplichting tot schadevergoeding ontstaat

⁴³¹ Zie paragraaf 7.2.4.

⁴³² Zie over de bezwaren daartegen hiervoor, paragraaf 8.3.6.

dan van rechtswege op het moment dat het besluit of de uitspraak onherroepelijk is geworden.

Een dergelijke koppeling is echter niet noodzakelijk. Evengoed kan het bestaan van de verplichting worden aangenomen ongeacht een besluit van een toezichthouder of een rechterlijke uitspraak waarin het met wettelijke of contractuele verplichtingen strijdige handelen is vastgesteld. De verplichting om schade te vergoeden die het gevolg is van een zodanig handelen, ontstaat dan van rechtswege op het moment dat aldus wordt gehandeld. Het verzuim om de schade te vergoeden is dan een afzonderlijke overtreding. Constateert een toezichthouder dat in strijd met de wet of met contractuele verplichtingen is gehandeld én dat geen schadevergoeding is aangeboden aan de gedupeerden van dat handelen, dan levert ook dat feit een overtreding op waartegen handhavend kan worden opgetreden.

Van belang is dat een wettelijke, publiekrechtelijk te handhaven schadevergoedingsverplichting voor de schadeveroorzaker (praktisch) uitvoerbaar is. Deze voorwaarde veronderstelt dat de schadeveroorzaker zonder grote (bewijstechnische) problemen kan vaststellen, of in ieder geval door het voeren van een goede administratie zou moeten kunnen vast stellen, wie als gevolg van zijn onrechtmatig handelen schade heeft geleden en wat de omvang van die schade is. Voorts zal ook de autoriteit die met het toezicht op de naleving van de schadevergoedingsverplichting is belast in staat moeten zijn om te beoordelen of de verplichting is nageleefd en alle gedupeerden schadeloos zijn gesteld. Gelet op deze voorwaarden valt dan in eerste instantie te denken aan gevallen waarin de hoogte van de veroorzaakte schade gelijkgesteld kan worden aan hoogte van de (onverschuldigde) betalingen die de schadeveroorzaker als gevolg van zijn onrechtmatig handelen ontvangt. Het gaat dan om bijvoorbeeld ongevraagde (zonder contractuele grondslag) leveringen van producten of diensten (bijvoorbeeld SMS-diensten) waarvoor kosten in rekening zijn gebracht of bijvoorbeeld gevallen waarin voor een dienst of product hogere tarieven in rekening zijn gebracht, dan de aan de consument bekend gemaakte tarieven of, in geval van gereguleerde tarieven, de wettelijke maximumtarieven (denk aan zorgaanbieders). Een bijkomend effect van een dergelijke publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding zou kunnen zijn dat hiervan voor bedrijven een prikkel uitgaat om een goede administratie bij te houden van klantgegevens.

Voor situaties waarin de gedupeerden van een (potentieel) schadeveroorzakende handeling wel bekend zijn, maar de omvang van de individueel geleden schade minder gemakkelijk valt vast te stellen, zou de publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding gekoppeld kunnen worden aan wettelijk gefixeerde bedragen, waarvan aangenomen kan worden dat die bedragen gemiddeld gezien een adequate schadevergoeding zullen inhouden. Bij wijze van voorbeeld kan hier worden gewezen op de bestaande verplichtingen voor netbeheerders om in het geval van een ernstige

storing in de energielevering de in de Netcode vastgestelde bedragen uit te keren. Laten zij dit na, dan levert dit een overtreding op waartegen de Raad van Bestuur van de NMa handhavend kan optreden.

Ten slotte merken wij op dat door te bepalen dat een uitkering van de gefixeerde schadevergoeding eventuele verderstrekkende aanspraken van gedupeerden op vergoeding onverlet laat, kan worden voorkomen dat de publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot vergoeding van schade de privaatrechtelijke verhaalsmogelijkheden van individuele gedupeerden doorkruist.

10.5.2 Wettelijke, publiekrechtelijke bevoegdheid van toezichthouders om schadevergoeding af te dwingen

Een andere mogelijkheid is dat aan een toezichthouder de bevoegdheid wordt toegekend om aan een schadeveroorzaker een publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding op te leggen. Anders dan bij de hiervoor besproken oplossingsrichting, ontstaat de publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding niet van rechtswege, maar wordt deze in het leven geroepen door het daarop gerichte besluit van de toezichthouder. De toezichthouder legt hier rechtstreeks een vergoedingsplicht op, terwijl bij de hierboven besproken oplossingsrichting de toezichthouder een reeds op grond van de wet bestaande verplichting voor de schadeveroorzaker om uit eigen beweging tot vergoeding over te gaan handhaaft.⁴³³

Een variant van deze oplossingrichting is neergelegd in artikel 7.3c Telecommunicatiewet, waarin OPTA door het doen van een mededeling in de Staatscourant telecomaanhouders kan verplichten om bedragen die consumenten hebben betaald voor oproepen naar misbruikte betaalnummers, aan die consumenten terugbetalen. Niet-naleving van deze verplichting levert een overtreding op waartegen OPTA handhavend kan optreden.

Voorstelbaar is dat het besluit dat tot schadevergoeding verplicht, de vorm krijgt van een last onder dwangsom. Zoals hiervoor (paragraaf 5.5.3) uiteengezet, dient een last onder dwangsom naar huidig recht te strekken tot beëindiging van een overtreding. De mogelijkheden van de last onder dwangsom zouden echter in het algemeen (in de Awb) of in bijzondere wetten (bijvoorbeeld de Mededingingswet, de Wet handhaving

⁴³³De NMa heeft aangegeven in beginsel niet afwijzend te staan tegenover het creëren van een bevoegdheid om schadevergoeding te eisen, zolang die bevoegdheid wettelijk wordt vastgelegd, van waarborgen wordt voorzien en zij financiële middelen krijgt om die bevoegdheid te kunnen uitoefenen.

consumentenbescherming of de Telecommunicatiewet) kunnen worden uitgebreid met de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen die strekt tot vergoeding van de schade die door een overtreding is veroorzaakt.

Ook voor deze oplossingsrichting geldt dat de verplichting tot schadevergoeding voor de schadeveroorzaker praktisch uitvoerbaar moet zijn, wil sprake zijn van een adequaat instrument om tegen strooischade op te treden. Gelet daarop zal de bruikbaarheid van deze oplossingsrichting in beginsel beperkt zijn tot gevallen waarin de schadeveroorzaker kan vaststellen wie schade heeft geleden en welke omvang die schade heeft, of, indien dat niet mogelijk is, de toezichthoudende autoriteit dit kan vaststellen. Blijkt niet uit de administratie van het schadeveroorzakende bedrijf zelf wie de gedupeerden zijn, maar kan dit wel blijken uit de administratie van een tussenpersoon, dan zou de toezichthoudende autoriteit door gebruikmaking van haar opsporings- en onderzoeksbevoegdheden een lijst kunnen opstellen met daarop vermeld de namen van de gedupeerden en de omvang van de door hen geleden schade. Een andere mogelijkheid is dat de toezichthoudende autoriteit een dergelijke lijst opstelt, nadat zij gedupeerden heeft opgeroepen zich bij haar te melden en gegevens aan te leveren waaruit blijkt dat en hoeveel schade zij hebben geleden. Voor situaties waarin vastgesteld kan worden wie de gedupeerden zijn, maar de vaststelling van de grootte van de schade per individuele gedupeerde problematisch is, zou aan de toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid toegekend kunnen worden om deze schade op basis van een abstracte schadeberekening te begroten of vast te stellen op een bedrag dat, gemiddeld genomen, kan worden beschouwd als een adequate compensatie.

Evenals bij de hierboven beschreven oplossingsrichting, lijkt ons hier geen sprake van een ongewenste vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden. In beginsel neemt de publiekrechtelijke, door de toezichthoudende autoriteit opgelegde verplichting om schade aan gedupeerden te vergoeden immers niet de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker jegens gedupeerden weg. Wel zal de verplichting, indien de schadeveroorzaker deze naleeft, van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding die een gedupeerde nog in een (aanvullende) civielrechtelijke procedure kan vorderen, nu het reeds aan de gedupeerde betaalde bedrag op de hoogte van zijn schade in mindering moet worden gebracht. Niettemin zou, om onduidelijkheid over de verhouding tussen de publiekrechtelijke verplichting tot schadevergoeding en de privaatrechtelijke verhaalsmogelijkheden te voorkomen, bij de vormgeving van deze oplossingsrichting tot uitdrukking gebracht kunnen worden dat de naleving van de publiekrechtelijk opgelegde schadevergoedingsverplichting niet uitsluit dat een individuele gedupeerde omvangrijkere schade privaatrechtelijk op de veroorzaker verhaalt. Voort zou moeten worden voorzien in een regeling voor het geval er sprake is van een samenloop met procedures van individuele benadeelden. Te denken valt aan een schorsingsregeling naar analogie van artikel 1015 Rv. Overigens zal het beginsel van formele rechtskracht

veelal meebrengen dat een schadevergoedingsverplichting op basis van een onherroepelijk geworden besluit van een toezichthouder niet wordt aangetast door een nadien uitgesproken vonnis in een civiele procedure, waarbij bijvoorbeeld de onrechtmatigheid van de gedraging of de aansprakelijkheid voor schade niet door de civiele rechter wordt erkend.

Voor gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wie de gedupeerden zijn, maar wel (bij benadering) vastgesteld kan worden hoe groot de omvang van de veroorzaakte schade is, zou aan een toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid kunnen worden toegekend om de schadeveroorzaker te verplichten deze schade op een andere wijze te compenseren, dan door vergoeding aan individuele gedupeerden. Gedacht kan worden aan een verplichting om de tarieven voor door de schadeveroorzaker geleverde producten of diensten gedurende een bepaalde periode te verlagen (bijvoorbeeld na constatering van een kartel of misbruik van economische machtspositie) of een verplichting om de schadevergoeding te storten in speciale fondsen waaruit bijvoorbeeld consumentenorganisaties of voorzieningen die gedupeerden ten goede komen gefinancierd kunnen worden. Uit ons veldonderzoek blijkt dat dergelijke, meer toekomst gerichte maatregelen aansluiten bij de door gedupeerden en schadeveroorzakers nu soms in praktijk bereikte oplossingen voor de afwikkeling van strooischades. In dit verband kan worden gewezen op het Convenant Betalingsverkeer dat in de Interpay-kwestie tot stand is gekomen⁴³⁴ en de inzet van Koninklijke Horeca Nederland bij de onderhandelingen met de bierbrouwers over de afwikkeling van de schade die door het bierbrouwkartel is veroorzaakt.⁴³⁵ Wel past bij de bevoegdheid van een toezichthoudende autoriteit om dit soort maatregelen te treffen de kanttekening dat het voor een autoriteit veelal niet eenvoudig zal zijn om maatregelen te formuleren die als een adequate, effectieve compensatie voor veroorzaakte schade kunnen worden aangemerkt. Om die reden zou gedacht kunnen worden aan een figuur waarbij de toezichthoudende autoriteit pas overgaat tot het opleggen van maatregelen, als de schadeveroorzaker en (een) representatieve organisatie(s) van gedupeerden niet binnen een door de toezichthoudende autoriteit gestelde termijn zelf overeenstemming over maatregelen ter compensatie van de schade hebben bereikt. Eventueel zouden de maatregelen die daarbij worden overeengekomen door de toezichthoudende autoriteit bij besluit kunnen worden vastgesteld, opdat de uitvoering daarvan een publiekrechtelijk handhaafbare verplichting wordt waarop de autoriteit toeziet.

⁴³⁴ Zie hiervoor par. 8.3.4.

⁴³⁵ Zie hiervoor par. 8.3.3.

Ten slotte merken wij op dat in het geval een toezichthoudende autoriteit zelf de hoogte van de uit te keren schadevergoeding of de maatregelen die de schadeveroorzaker ter compensatie van de schade dient te treffen vast stelt, uit een oogpunt van 'zuiverheid' gewaarborgd zou moeten worden dat de omvang van de daarmee gemoeide bedragen niet zo groot is, dat het besluit een 'bestraffend' karakter krijgt en daarmee in wezen neerkomt op een boete die, anders dan in het geval van de thans bestaande bestuurlijke boetes, niet aan de Staat, maar aan gedupeerden moet worden betaald. Daarvan zal geen sprake zijn zolang aannemelijk gemaakt kan worden dat de opgelegde schadevergoedingsplicht of maatregelen een adequate compensatie inhouden voor de schade die door de overtreding is veroorzaakt. In dat geval strekt het besluit van de toezichthoudende autoriteit immers 'slechts' tot herstel van de gevolgen van de overtreding.

10.5.3 Een expliciete bevoegdheid voor toezichthouders om bij de vaststelling van de hoogte van een boete rekening te houden met de schadeafwikkeling

Zoals in paragraaf 5.5.3 beschreven, hebben toezichthoudende autoriteiten bij de vaststelling van de hoogte van de boete de vrijheid om betekenis toe te kennen aan de vraag of de overtreder een adequate regeling heeft getroffen tot vergoeding van de (strooi)schade die zijn overtreding heeft veroorzaakt. In de praktijk blijkt dat toezichthoudende autoriteiten zoals de NMa en de Consumentenautoriteit het feit dat de overtreder uit eigen beweging gedupeerden schadeloos heeft gesteld aanmerken als een boeteverlagende omstandigheid.

Uit de gesprekken met toezichthoudende autoriteiten is evenwel gebleken dat zij in het kader van hun handhavingsbevoegdheid niet actief aansturen op een schadeafwikkeling.⁴³⁶ Denkbaar is dat de toezichthouder in het traject voorafgaand aan een boetebesluit (in primo of in bezwaar) de overtreder gelegenheid geeft om gedupeerden te compenseren, onder het vooruitzicht van een boetematiging. Binnen de huidige wettelijke kaders zien de toezichthouders voor een dergelijke actieve inmenging in de schadeafwikkeling echter geen rol voor hen weggelegd. Achtergrond van deze terughoudendheid lijkt te liggen in de omstandigheid dat een actieve inmenging meebrengt dat de toezichthouder moet beoordelen of een aangeboden schadevergoeding adequaat is, hetgeen veelal niet eenvoudig is. Daarnaast zou een dergelijke actieve inmenging tot een als ongewenst beschouwde vermenging van de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtssfeer leiden. Verschillende stakeholders merken in dit verband op dat in het geval een

⁴³⁶ Zie paragraaf 8.3.6.

toezichthouder zich gaat mengen in de schadeafwikkeling, de toezichthouder „twee petten op zou hebben” en dat een actieve bemoeienis met de schadeafwikkeling tot (schijn van) machtsmisbruik zou kunnen leiden.⁴³⁷ Zo zou een toezichthouder een overtreder onder dreiging van een boete onder druk kunnen zetten om tot schadevergoeding over te gaan, terwijl de gehoudenheid tot betaling van de schadevergoeding niet bij voorbaat vaststaat. Anderzijds blijkt uit het gesprek met Koninklijke Horeca Nederland dat gedupeerden een actievere betrokkenheid van de toezichthouder bij het proces van schadeafwikkeling waarderen, omdat dit voor de schadeveroorzaker een *incentive* creëert om met gedupeerden een schikking te treffen over de schadeafwikkeling, waar een *incentive* daartoe anders ontbreekt.

Om verwijten van “machtsmisbruik” en handelen met “twee petten op” te ondervangen, zou de mogelijkheid van toezichthouders om bij de vaststelling van de hoogte van een boete rekening te houden met al dan niet op verzoek van de toezichthoudende autoriteit genomen compensatiemaatregelen van een expliciete wettelijke basis kunnen worden voorzien, met daarbij de nodige waarborgen ter bescherming van de overtreder. Zo kan worden gedacht aan een figuur waarbij de overtreder kan volstaan met het doen van een publiekrechtelijk handhaafbare toezegging aan de toezichthoudende autoriteit dat hij bepaalde compensatiemaatregelen zal nemen, wanneer onherroepelijk komt vast te staan dat sprake is geweest van een overtreding. Voorts kan worden gedacht aan wettelijke normering van de mate van invloed die het al dan niet aanbieden van schadevergoeding mag hebben op de hoogte van de boete.

10.5.4 Bevoegdheid van toezichthouder om namens gedupeerden een vergoeding van strooischade te vorderen

Voorstelbaar is dat aan toezichthoudende autoriteiten de bevoegdheid wordt toegekend om gebruik te maken van privaatrechtelijke instrumenten tot verkrijging van een vergoeding van strooischade voor gedupeerden. Hoewel in dat geval welbeschouwd geen sprake is van publiekrechtelijke oplossingsrichting, wordt deze oplossingsrichting hier wel behandeld, nu het ook hier om een instrument gaat dat door een toezichthouder ingezet zou kunnen worden.

Een voorbeeld van een reeds bestaande wettelijke mogelijkheid voor een toezichthoudende autoriteit om gebruik te maken van privaatrechtelijke instrumenten, geeft artikel 2.6 Whc. Deze bepaling kent aan de Consumentenautoriteit de

⁴³⁷ Zie paragraaf 8.3.6.

bevoegdheid toe om met gebruikmaking van de instrumenten van de Wcam een overeenkomst die zij met een schadeveroorzaker sluit tot vergoeding van schade algemeen verbindend te laten verklaren.⁴³⁸ Een ander voorbeeld, hoewel niet gericht op vergoeding van strooischade, maar mogelijk wel op het staken van strooischade veroorzakende inbreuken, biedt artikel 3:305d BW.⁴³⁹ Deze bepaling kent de Consumentenautoriteit en de Stichting Autoriteit Financiële Markten de bevoegdheid toe om het Gerechtshof te 's-Gravenhage te verzoeken degene die een inbreuk maakt op de wettelijke bepalingen bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij de Whc te bevelen die inbreuk te staken. Voorts bestaat voor publiekrechtelijke rechtspersonen op grond van artikel 3:305b BW de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover de behartiging van die belangen aan hem is toevertrouwd.⁴⁴⁰

In de parlementaire geschiedenis bij artikel 2.6 Whc is opgemerkt dat de Consumentenautoriteit terughoudend moet omgaan met haar bevoegdheid om gebruik te maken van de Wcam, nu de markt het voortouw heeft. De Consumentenautoriteit heeft aangegeven dat terughoudendheid naar haar mening ook geboden is, om storing met haar publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheid te voorkomen. In dit verband merkt zij op zij in een dergelijk proces een geheel andere rol heeft, dan de rol van toezichthouder en handhavende autoriteit, nu het uitonderhandelen van een schadevergoeding iets geheel anders is dan het vaststellen van een overtreding. Tot op heden heeft de Consumentenautoriteit nog geen verzoek bereikt om gebruikmaking van deze bevoegdheid en liggen volgens de Consumentenautoriteit, voor zover zij kan overzien, ook nog geen verzoeken van marktpartijen in het verschiet.

Nu bij strooischade marktpartijen veelal niet het voortouw nemen tot een schikking die strekt tot vergoeding van de schade en gebruikmaking van de mogelijkheid om deze verbindend te laten verklaren voor alle gedupeerden, zou het bewandelen van die weg door een toezichthoudender in juist die gevallen bevorderd kunnen worden. De bevoegdheid daartoe zou kunnen worden uitgebreid tot de NMa, OPTA en de NZa, waarbij die bevoegdheid steeds gericht zou moeten zijn op de vergoeding van schade die het gevolg is van overtredingen van de door hen gehandhaafde regelgeving. Om het verwijt of de schijn van machtsmisbruik te voorkomen, zou de toezichthouder deze bevoegdheid alleen mogen aanwenden nadat zij een overtreding heeft vastgesteld en de termijn waarbinnen bezwaar gemaakt kon worden is verstreken of de overtreding in een beslissing op bezwaar is bevestigd en er geen privaatrechtelijke initiatieven door

⁴³⁸ Zie hierover paragraaf 5.4.5.

⁴³⁹ Zie hierover paragraaf 5.4.4.

⁴⁴⁰ Zie hierover paragraaf 5.4.3.

de “markt” zijn genomen. Denkbaar is dat de toezichthouder dan steeds een afweging maakt of er, gelet op de aard en omvang van de door de overtreding veroorzaakte schade, aanleiding is het Wcam-traject te volgen. Is sprake van strooischade en kan de groep gedupeerden en de omvang van hun schade (bij benadering) worden vastgesteld, dan zou die vraag bevestigend beantwoord kunnen worden. Eventueel kan er voor worden gekozen het Wcam-traject voor de toezichthouder pas open te stellen op het moment dat het besluit waarin de schadeveroorzakende overtreding is geconstateerd, onherroepelijk is geworden. Omdat dat in de praktijk zal meebrengen dat het geruime tijd duurt voordat van deze mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt, is ook denkbaar dat de overeenkomst en de verbindend verklaring een voorwaardelijk karakter houden, zolang het besluit waarbij de overtreding is vastgesteld nog niet onherroepelijk is.

Overigens is ook een toezichthouder voor het slagen van Wcam-traject afhankelijk van de medewerking van de schadeveroorzaker. Uitgaande van de huidige wetgeving, zal ook de toezichthoudende autoriteit daarom mogelijk tegen een gebrek aan onderhandelingsbereidheid van de schadeveroorzaker aanlopen. Het succes van de bevoegdheid voor een toezichthoudende autoriteit om het Wcam-traject te benutten, zal dan ook mede afhangen van aanpassingen in de wetgeving die erop zijn gericht voor de schadeveroorzaker prikkels te creëren om een schikking te bereiken. Zie daarover hiervoor, paragraaf 10.3.1. In aanvulling op de daar vermelde mogelijkheden kan worden gedacht aan de bevoegdheid van toezichthouders om namens gedupeerden schadevergoeding in geld te vorderen. Ook kan worden gedacht aan het vaker benutten van de reeds bestaande mogelijkheid die artikel 3:305b BW biedt aan publiekrechtelijke rechtspersonen om een verklaring voor recht te vragen dat sprake is van onrechtmatig handelen of wanprestatie. Van een op basis van die bevoegdheid verkregen declaratoir kunnen, in combinatie met media aandacht, ook schikkingsprikels uitgaan. Toezichthouders zouden aangespoord kunnen worden meer van dit instrument gebruik te maken. Bijkomend voordeel is dat toezichthouders over meer informatie en bewijzen beschikken dan reguliere belangenorganisaties.⁴⁴¹

Ook los gezien van het Wcam-traject, verdient de mogelijkheid dat toezichthouders namens gedupeerden bij de civiele rechter schadevergoeding in geld vorderen aandacht. Denkbaar is dat de bevoegdheid van artikel 3:305d BW van de Consumentenautoriteit en de Stichting Autoriteit Financiële Markten om de civiele rechter te verzoeken aan een overtreder het bevel te geven een inbreuk te staken, wordt aangevuld met de bevoegdheid om de rechter te verzoeken de overtreder te

⁴⁴¹ Lemstra, 2006-2007.

veroordelen tot vergoeding van de door de overtreding veroorzaakte schade. Ook buiten de overtredingen waartoe artikel 3:305d BW beperkt is, zou echter een dergelijke bevoegdheid in het leven kunnen worden geroepen. Zoals hiervoor opgemerkt, zullen de kans dat van een mogelijkheid om schadevergoeding in geld te vorderen daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt en de kans dat dit middel effectief is, groter zijn als ook andere, eerder besproken maatregelen worden ingevoerd, zoals maatregelen met betrekking tot de raming en bewijs van schade en alternatieve distributie van de schadevergoeding.

Bij de vormgeving van zowel de bevoegdheid om met schadeveroorzakers overeenkomsten over de vergoeding van schade te sluiten en de rechter te verzoeken deze verbindend te verklaren als de bevoegdheid om bij de civiele rechter voor gedupeerden schadevergoeding in geld te vorderen, zal aandacht moeten worden geschonken aan de vraag hoe deze bevoegdheid wordt afgestemd op de mogelijke uitoefening van privaatrechtelijke verhaalsmogelijkheden door gedupeerden zelf of representatieve organisaties. Gelet op de privaatrechtelijke context waarbinnen de schade is veroorzaakt, verdient een optreden daartegen dat van gedupeerden zelf uitgaat principieel de voorkeur. Dit is, als hiervoor opgemerkt, ook de gedachte achter het standpunt van de wetgever dat de Consumentenautoriteit terughoudend gebruik dient te maken van haar bevoegdheid op grond van artikel 2.6 Whc. Om de gewenste afstemming te bereiken en daarbij aan deze gedachte recht te doen, zou kunnen worden bepaald dat de bevoegdheid van de toezichthoudende autoriteit om een Wcam-traject te starten of om in rechte schadevergoeding te vorderen, pas mag worden uitgeoefend als blijkt dat na ommekomst van een bepaalde periode na bekendmaking van het besluit waarin de overtreding is vastgesteld, geen collectieve actie of Wcam-traject is gestart door een representatieve organisatie. Voorts zou de bevoegdheid ook uitgeoefend moeten kunnen worden als blijkt dat een ingezet Wcam-traject vastloopt en betrokken representatieve organisaties afzien van een actie in rechte tot het verkrijgen van schadevergoeding.

10.5.5 Maatregelen in het kader van gereguleerde markttoegang

Wordt de toegang tot een bepaalde markt gereguleerd, dan schept dat de mogelijkheid om aan de toelating voorwaarden te verbinden die niet alleen ertoe strekken strooischadeveroorzakend handelen te voorkomen, maar ook het verhaal van strooischade voor gedupeerden te vereenvoudigen of bedrijven te verplichten tot uitkering van vergoedingen wanneer zij (strooi)schade veroorzaken. Te denken valt dan aan de voorwaarde dat een bedrijf in haar algemene voorwaarden een redelijke compensatieregeling opneemt – en deze ook juist toepast – of bijvoorbeeld een vergunningvoorschrift dat de vergunninghouder verplicht om bij overtreding van bepaalde regels aan gedupeerden een (in dat vergunningvoorschrift gefixeerde) schadevergoeding uit te keren. Ook kan worden gedacht aan de voorwaarde dat het bedrijf is aangesloten bij een geschillencommissie van de Stichting

Geschillencommissies Consumentenzaken. De verplichtingen die uit deze voorwaarden voortvloeien kunnen publiekrechtelijk door een toezichthouder worden gehandhaafd. Van vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke taken is dan geen sprake.⁴⁴²

10.5.6 Publiekrechtelijke voordeelsontneming

In paragraaf 9.2 is reeds aan de orde gekomen dat de doelstelling bij het optreden tegen strooischade niet steeds het verkrijgen van vergoeding van de schade behoeft te zijn. Denkbaar is dat men in plaats van de schade van gedupeerden het voordeel van de schadeveroorzaker centraal stelt en de doelstelling om dat voordeel te ontnemen laten prevaleren. In dat geval kan de vaststelling van de identiteit van gedupeerden en de omvang van hun schade achterwege blijven en kan worden volstaan met een berekening van het onrechtmatig genoten voordeel. In sommige zaken zal dat eenvoudiger zijn, dan de vaststelling van de veroorzaakte schade. Tegen deze achtergrond zou de mogelijkheid dat aan toezichthoudende autoriteiten een bevoegdheid wordt gegeven om het onrechtmatig genoten voordeel aan de schadeveroorzaker te ontnemen verkend kunnen worden. De reeds in Duitsland bestaande bevoegdheid van mededingingsautoriteiten om – tezamen met daartoe aangewezen en erkende belangenorganisaties – een winstafdracht te vorderen van ondernemingen die mededingingsrechtelijke regels hebben geschonden, toont aan dat een dergelijke bevoegdheid een reëel instrument kan zijn om tegen strooischade op te treden.

Een eerste vraag die zich daarbij opdringt, is de vraag hoe de bevoegdheid tot voordeelontneming zich verhoudt tot de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker jegens individuele gedupeerden. Naar onze mening laat de publiekrechtelijke bevoegdheid tot voordeelontneming de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker onverlet. Zou de schadeveroorzaker echter reeds schadevergoeding uitgekeerd hebben, of privaatrechtelijk aansprakelijk zijn gesteld, maar zonder dat dit (nog) tot (een veroordeling tot) het betalen van schadevergoeding heeft geleid, dan zal dat een omstandigheid zijn die mee moet worden gewogen bij de vaststelling van het te ontnemen voordeel en bij de vraag of een besluit tot voordeelontneming proportioneel is.

⁴⁴² Zie eerder in deze paragraaf inzake wettelijke verplichtingen tot vergoeding van strooischade alsook paragraaf 5.5.3.

Ten tweede rijst de vraag, hoe de bevoegdheid tot voordeelontneming zich verhoudt tot een eventueel bestaande bevoegdheid om de strooischade veroorzakende overtreding te beboeten. Hiervoor is al opgemerkt dat de Duitse mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn een winstafracht te vorderen als de winst reeds door een opgelegde boete is afgeroomd.⁴⁴³ De gedachte hierachter is dat de 'overtreder' niet tweemaal gestraft mag worden. Deze gedachte ligt als beginsel ook in het Nederlandse recht besloten en komt in zowel wetgeving als rechtspraak tot uitdrukking. Niettemin achten wij een bevoegdheid tot voordeelontneming bestaanbaar naast een bevoegdheid om de strooischade veroorzakende gedraging te beboeten, waarbij de uitoefening van een van deze bevoegdheden de uitoefening van de ander niet uitsluit. Naar onze inschatting is immers verdedigbaar dat een voordeelsontneming een reparatoire sanctie is, gericht op het ongedaan maken van de gevolgen van een overtreding, terwijl een boete een punitieve sanctie is. Uitgangspunt van de huidige wetgeving en rechtspraak is dat reparatoire en punitieve sancties elkaar niet uitsluiten. Van belang is dan wel dat de voordeelsontneming ook daadwerkelijk een reparatoire sanctie is, en dus zoveel mogelijk uitgaat van het daadwerkelijk genoten onrechtmatige voordeel.

In dit verband kan ook worden gewezen op de strafrechtelijke 'Pluk ze'-wetgeving⁴⁴⁴, die ertoe strekt wederrechtelijk, door misdrijven verkregen voordeel te ontnemen of ten minste af te romen. Op basis van deze wetgeving kan de 'ontnemingsrechter' op vordering van het Openbaar Ministerie bij afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting opleggen tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De rechter stelt het bedrag daarbij vast op basis van een schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel, waarbij onder voordeel tevens wordt verstaan een besparing van kosten. Deze mogelijkheid tot voordeelsontneming gaat uit van de gedachte dat daarbij geen sprake is van een 'straf', zoals bij een geldboete, maar van een maatregel die is gericht op het herstel van de rechtmatige toestand in financiële zin.⁴⁴⁵ Ontneming van voordeel is dan ook mogelijk naast veroordeling tot betaling van een geldboete.

⁴⁴³ Deze winstafrachtvordering is geregeld in § 34 GWB (zie paragraaf 7.2.3). Erkende belangenorganisaties kunnen ook op grond van § 10 UWG winstafracht vorderen in geval van oneerlijke handelspraktijken (zie paragraaf 7.2.4).

⁴⁴⁴ Wet van 10 december 1992 tot verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties, Stb 1993, 11, waarmee artikel 36e in het Wetboek van Strafrecht werd geïntroduceerd. Deze bepaling werd laatstelijk gewijzigd bij Wet van 8 mei 2003, Stb 2003, 202.

⁴⁴⁵ Zie Kamerstukken II, 1989/1990, 21 504, nr. 3 (MvT), p. 7 e.v. en p. 38 en Kamerstukken II 1989/1990, 21 504, B, p. 5. Zie ook onderdeel 12 van de conclusie van A-G Van Dorst voor HR 28 november 1995, NJ 1996, 383.

11 Matrices en beoordelingskader

11.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn oplossingsrichtingen genoemd die kunnen bijdragen aan het wegnemen of verminderen van problemen bij de aanpak van strooischade. Het onderzoek wordt in dit hoofdstuk afgesloten met twee matrices waarin de veronderstelde effecten van die oplossingsrichtingen op de gesignaleerde problemen en beperkingen schematisch worden weergegeven. In de eerste matrix geven we de beschreven oplossingsrichtingen in relatie tot de veronderstelde effecten afzonderlijk weer. De tweede matrix heeft betrekking op de veronderstelde effecten van vijf ter illustratie gegeven beleidsalternatieven die elk meerdere oplossingsrichtingen combineren.

Na enkele kanttekeningen bij de matrices in par. 11.2 geven wij in par. 11.3 een toelichting op de matrices. De matrices zelf zijn in par. 11.4 en par. 11.5 opgenomen. In par. 11.6 reiken wij een beoordelingskader aan dat gebruikt zou kunnen worden om de wenselijkheid van de voorgestelde oplossingsrichtingen te beoordelen.

11.2 Kanttekeningen bij de matrices

In de matrices is aangegeven of de genoemde oplossingsrichtingen naar verwachting positieve, neutrale of negatieve effecten hebben op de gesignaleerde knelpunten en omstandigheden die voor de effectiviteit van mogelijkheden om tegen strooischade op te treden van belang kunnen zijn. Omdat een toetsing van de daadwerkelijke directe effecten en neveneffecten het bestek van dit onderzoek te buiten gaat, spreken wij geen voorkeur uit voor een of meer van de geïnventariseerde oplossingsrichtingen. De inventarisatie laat zich daarom in de eerste plaats beschouwen als een startpunt voor een verdere verkenning van de effecten van de genoemde oplossingsrichtingen, indien een verbetering van de mogelijkheden om strooischade aan te pakken wenselijk wordt bevonden.

Hoewel de weergegeven veronderstelde effecten niet zijn gebaseerd op empirisch onderzoek, is op voorhand van sommige oplossingsrichtingen duidelijk dat zij kunnen bijdragen aan de oplossing van een knelpunt dat zich bij de aanpak van strooischade voor kan doen. Dat geldt bijvoorbeeld voor oplossingsrichtingen die voorzien in een (bijdrage aan de) financiering van een collectieve actie tot verhaal van strooischade en daarmee zijn gericht op de oplossing van het financieringsprobleem bij dergelijke acties. Of en in hoeverre deze oplossingsrichtingen ertoe leiden dat voor een schadeveroorzaker een sterkere prikkel bestaat om strooischade buitengerechtelijk af te wikkelen, is daarentegen op voorhand minder duidelijk.

De matrices lenen zich niet voor gebruik als beoordelingsmatrices, in die zin dat aan de hand van deze matrices bepaald zou kunnen worden welke oplossingsrichting het meest geschikt is om effectief of effectiever tegen strooischade te kunnen optreden. De matrices brengen 'slechts' neutraal in kaart of een oplossingsrichting naar verwachting kan bijdragen aan de oplossing van een knelpunt dat zich bij de aanpak van strooischade kan voordoen. De matrices zeggen echter niets over de omvang van de effecten en de invloed van die effecten op de mogelijkheid om effectief tegen strooischade op te treden. Zo zou de subsidiëring van collectieve acties tot verhaal van strooischade een veel grotere bijdrage aan het oplossen van het probleem 'kosten en financiering' kunnen leveren, dan een verlaging van de gerechtskosten, terwijl de invloed van beide maatregelen bovendien sterk afhankelijk is van de mate van subsidiëring respectievelijk de mate van verlaging. Daarnaast blijkt uit de matrices niet of de oplossing van bijvoorbeeld het knelpunt 'kosten en financiering' meer invloed heeft op de mogelijkheid om effectief tegen strooischade op te treden, dan het creëren van aanvullende publiekrechtelijke bevoegdheden voor de aanpak van strooischade. De effecten die in de matrices zijn aangegeven, zijn aldus onderling onvergelijkbaar. Bovendien is niet onderzocht – en dus ook niet in de matrices aangegeven – welke (mogelijk ongewenste) neveneffecten de oplossingsrichtingen kunnen hebben.

Ten slotte merken wij op dat uit de matrices zal blijken dat niet elke oplossingsrichting relevant zal zijn voor de aanpak van elke soort strooischade. In paragraaf 4.5 is aangekaart dat verschillende factoren van invloed kunnen zijn op het antwoord op de vraag op welke wijze(n) tegen strooischade kan worden opgetreden. Daar zijn de volgende factoren onderscheiden:

- (a) de omvang van de individuele schade;
- (b) de berekening van schade;
- (c) de vaststelling van de identiteit van de benadeelden; en
- (d) de bevoegdheid van een toezichthouder.

Deze factoren laten zich vertalen naar verschillende 'strooischadevarianten'. Zo kan worden gesproken van strooischades waarbij de omvang van de individuele schades zo gering is dat ook een collectieve actie of een groepsactie tot verhaal van die schades niet loont, strooischades waarbij de schade van benadeelden als gevolg van gebrek aan bewijs van de schade of het causaal verband of vanwege een passing on-verweer niet of alleen met grote moeite kan worden vastgesteld en strooischade die worden veroorzaakt door een gedraging waartegen een toezichthouder wel kan optreden en strooischades waarbij dat niet het geval is. Deze varianten sluiten elkaar niet uit, reden waarom ook beter kan worden gesproken van relevante factoren dan strooischadevarianten.

De hiervoor besproken oplossingsrichtingen hebben niet alle met elk van de hiervoor genoemde factoren een raakvlak. Zij zijn daarom ook niet alle voor de aanpak van elke strooischadevariant relevant.

11.3 Toelichting op de matrices

In de matrices wordt door middel van symbolen aangegeven of de genoemde oplossingsrichtingen naar verwachting positieve effecten hebben op de gesignaleerde knelpunten, relevante omstandigheden en beoogde doelen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte effecten: is een oplossingsrichting gericht op de aanpak van het probleem waarop het naar verwachting een positief effect heeft, dan is er sprake van een direct positief effect (+); is een oplossingsrichting gericht op een ander probleem, dan het probleem waarop het tevens een positief effect heeft, dan is er sprake van een indirect effect (~).

De knelpunten zijn op de verticale as van de matrix uiteengezet (nummers 1 tot en met 9). Zij zijn aangevuld met omstandigheden die blijkens de theoretische verkenning en het veldonderzoek van belang kunnen zijn voor de effectiviteit van mogelijke oplossingen (nummers 10 tot en met 14). De oplossingsrichtingen kunnen op deze omstandigheden – anders dan bij de knelpunten – niet alleen een verondersteld positief effect hebben, maar ook een verondersteld negatief effect (-). Ten aanzien van de omstandigheid 'transparantie en accountability van de betrokken eisende partijen (nr. 13) wordt in de matrix per oplossingsrichting aangegeven of een gebrek aan transparantie en accountability een rol kan spelen. Dit wordt in de matrix aangegeven met een '#'.

Omdat aan de aanpak van strooischade verschillende doelstellingen ten grondslag kunnen liggen – naast compensatie van benadeelden kan dit het ontnemen van onrechtmatig voordeel en/of generale preventie zijn, zie hiervoor, paragraaf 9.2 – zijn ook de mogelijke doelstellingen in de matrix opgenomen (nrs. 15 tot en met 17). Daarmee wordt inzichtelijk gemaakt of een oplossingsrichting naar verwachting effect heeft op het bereiken van de onderscheiden doelstellingen.

Hieronder lichten wij de knelpunten en factoren die in de matrices zijn opgenomen kort toe. Daarbij expliciteren wij zoveel mogelijk de veronderstellingen op basis waarvan wij inschatten of een oplossingsrichting een (direct of indirect) positief of neutraal effect heeft.

- Onderhandelingsmacht individuele benadeelden en belangenorganisaties (nrs. 1 en 2)

Uit het veldonderzoek blijkt dat bij strooischade voor de schadeveroorzaker eerder *incentives* ontbreken om de schade buitengerechtelijk af te wikkelen, dan bij andere schades. Door de onderhandelingsmacht van benadeelden te

vergroten, zouden dergelijke *incentives* gecreëerd kunnen worden. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een groep benadeelden die collectief of via een belangenorganisatie optreedt, meer onderhandelingsmacht heeft dan een individuele benadeelden, en dat die macht groter is naarmate de groep benadeelden groter is. Voor een schadeveroorzaker wordt het dan aantrekkelijker om een regeling te treffen, omdat hij daarmee in een keer een groot aantal benadeelden bereikt. Voorts gaan wij ervan uit dat een groep over meer onderhandelingsmacht beschikt, omdat de kosten (in de zin van tijd en inspanningen) van onderhandelingen met de schadeveroorzaker over een groep benadeelden kunnen worden gespreid. Ook is een collectief doorgaans beter dan een enkeling in staat zijn onderhandelingsmacht te vergroten door in de media aandacht te vragen voor de kwestie.

- Kosten individuele eiser, gezamenlijke eisers en belangenorganisatie als eiser en de financiering van deze kosten (nrs. 3, 4 en 5)

Uit het veldonderzoek blijkt dat bij strooischade de kosten van een actie tot het verhaal van de schade eerder aan het instellen daarvan in de weg staan, dan bij een actie tot het verhaal van andere schades. De kosten bestaan uit onder meer de kosten van de administratie van de actie, gerechtskosten en de kosten van procesvertegenwoordiging. Met het probleem om de kosten van een actie tot het verhaal van strooischade hangt sterk samen het probleem van de financiering van een dergelijke actie.

- Duur van een procedure tot verhaal van strooischade (nr. 6)

Uit het veldonderzoek blijkt dat de duur van het traject dat moet worden afgelegd om schade vergoed te krijgen, juist bij het verhaal van strooischades een belangrijk obstakel kan zijn om een verhaalsactie te ondernemen. Vanwege de geringe omvang van de individuele schades verliezen gedupeerden in de regel eerder dan bij andere schades hun belangstelling voor de actie, naarmate het resultaat daarvan langer op zich laat wachten.

- Bewijs van feiten onrechtmatigheid / wanprestatie (nr. 7)

Uit het veldonderzoek blijkt dat het juist in gevallen waarin sprake is van strooischade, lastig kan zijn om bewijs te leveren van de strooischade veroorzakende onrechtmatige daad of wanprestatie.

- Identiteit / bereikbaarheid benadeelden (nr. 8)

Uit het veldonderzoek blijkt dat het juist in gevallen waarin sprake is van strooischade, lastig kan zijn om vast te stellen wie benadeelden zijn en – daarmee samenhangend – om de benadeelden te bereiken. Dat laatste is van belang indien een collectieve actie wordt ingesteld. Onbereikbaarheid van benadeelden staat in de weg aan betrokkenheid van deze benadeelden aan

een collectieve actie en heeft gevolgen voor het bereik van een overeenkomst of veroordeling tot betaling van schadevergoeding – verschillend naar gelang er sprake is van een *opt in* of een *opt out*-procedure – en de daadwerkelijk uitvoering daarvan.

- Vaststelling omvang en causaal verband (indirecte) schade (nr. 9)

Uit het veldonderzoek blijkt dat het juist in gevallen waarin sprake is van strooischade, lastig kan zijn om het causaal verband vast te stellen tussen de schadeveroorzakende gedraging en de geleden schade. Datzelfde geldt voor de omvang van de schade, nu juist in gevallen van strooischade het bewijs van de omvang van de schade problematisch kan zijn. In het civiele recht kan de wijze van schadeberekening eenvoudig zijn, maar ook heel ingewikkeld. Afdeling 6.1.10 BW is wat dat betreft nogal open. Veel hangt dan ook af van de attitude van de rechter. De schadeberekening in rechte is daarmee tamelijk onvoorspelbaar, ook als het gaat om een collectieve actie.

Bij strooischades veroorzaakt door ongeoorloofde mededingingsbeperking is meer in het bijzonder van belang of indirecte schade vergoed kan worden? Wordt het *passing-on* verweer gehonoreerd, dan vallen schakels in de keten tussen schadeveroorzaker en eindafnemer (veelal de consument) als eisers uit. In de regel zal de eindafnemer / consument minder onderhandelingsmacht en minder middelen hebben om een verhaalsactie te financieren dan de weggefallen tussenschakels. Het *passing-on* verweer kan er echter ook toe leiden dat juist een collectieve actie op consumentenniveau ingesteld kan worden, naast of tezamen met een actie van de tussenschakels.

- Financiële prikkels voor het individu, voor een belangenorganisatie en voor juridische dienstverleners (nrs. 10, 11 en 12)

Kenmerkend voor strooischade is dat er voor individuen doorgaans geen financiële prikkel is om deze schade op de veroorzaker te verhalen, omdat de kosten van een verhaalsactie niet opwegen tegen de mogelijke opbrengsten daarvan. Uit het veldonderzoek blijkt dat dit voor collectieve acties van belangenorganisaties niet veel anders ligt. Daarbij verdient opmerking dat er wel mogelijkheden zijn voor een belangenorganisatie om in het kader van een buitengerechtelijke afwikkeling van de strooischade niet alleen voor de door haar vertegenwoordigde gedupeerden, maar ook voor haar zelf een vergoeding te bedingen. Ook de WCAM staat op zichzelf niet er aan in de weg dat een schikking waarvan de verbindend verklaring wordt verzocht voorziet in een beloning van de belangenorganisatie die de onderhandelingen met de schadeveroorzaker voerde. Of een belangenorganisatie deze ruimte weet te benutten, zal sterk afhangen van haar feitelijke onderhandelingsmacht.

Ten aanzien van juridische dienstverleners geldt dat zij, net als bij gewone schadezaken, aan strooischadezaken kunnen verdienen door voor de behandeling daarvan een vergoeding in rekening te brengen bij benadeelden.

Onder meer de kosten van rechtsbijstand blijken juist bij strooischadezaken benadeelden echter er van te weerhouden om een verhaalsactie te starten. In dat verband is van belang dat de mogelijkheden voor advocaten om resultaatsafhankelijke beloningen voor de behandeling van een strooischadezaak beperkt zijn. Voor andere dienstverleners dan advocaten zijn contingency fees (% van opbrengst en no cure no pay) en conditional fees (verhoogd tarief bij winnen en no cure no pay) wel mogelijk. Een punt van aandacht daarbij is of de groep van consumenten die door de juridische dienstverlener wordt bijgestaan voldoende in staat is om de kwaliteit van de schikking te beoordelen.

Bij invulling van de matrix zijn kostenverlagingen voor de eisende partijen als gevolg van de aangedragen oplossingsrichtingen niet als een financiële prikkel beschouwd, al kan een kostenverlaging meebrengen dat een aanpak van strooischade voor de benadeelde eerder loont. Waar is aangegeven dat een oplossingsrichting naar verwachting bij kan dragen aan een financiële prikkel, is bedoeld dat de oplossingsrichting op directere het voor een benadeelde, een belangenorganisatie of juridische dienstverlener financieel aantrekkelijk maakt om tegen de strooischade op te treden.

- Transparantie en accountability van de betrokken eisers (nr. 13)

Individuele procespartijen zijn vooral verantwoording aan zichzelf (of hun aandeelhouders) verschuldigd. Verenigingen die een collectieve actie tot verhaal van strooischade voeren, moeten zich tegenover hun leden verantwoorden. Voor stichtingen, die geen leden kunnen hebben, ligt dit anders. In beginsel is een stichting geen verantwoording verschuldigd aan de benadeelden van wie zij de belangen behartigt. Als een stichting zich als belangenbehartiger opstelt voor consumenten (die bijv. via opt-in of bij de WCAM via opt-out bij de acties van de stichting zijn betrokken of kunnen worden betrokken), is transparantie onder geen van de huidige arrangementen goed gewaarborgd: er is geen wettelijk toezicht op deze stichtingen, ze kunnen door eenieder worden opgericht, de kostenstructuur is niet per definitie openbaar en dat geldt ook voor de arrangementen met de rechtsbijstandverlener. In de matrix is door middel van een '#' aangegeven of de transparantie en accountability van de eisende partij bij de genoemde oplossingsrichting een punt van aandacht is.

- Systeemkosten voor afwikkeling (nr. 14)

Ten slotte wordt in de matrix weergegeven of een oplossingsrichting naar verwachting een positief, neutraal of negatief effect heeft op de systeemkosten. Onder systeemkosten verstaan wij daarbij de kosten die anderen dan de benadeelden die verhaal zoeken voor hun strooischade moeten maken voor de afwikkeling daarvan. Het kan dan gaan om kosten die de schadeveroorzaker of een branchevereniging waarvan de schadeveroorzaker lid is moet maken en kosten die de ten algemene laste komen, zoals – tot op zekere hoogte – de kosten van de gerechtelijke

organisatie en de kosten van toezichthouders. Voorstelbaar is dat een oplossingsrichting de kosten van het verhaal van strooischade voor gedupeerden verlaagt, maar deze kosten welbeschouwd verschuift naar de schadeveroorzaker of de overheid. In gevallen waarin het 'overall'-effect van een oplossingrichting op de systeemkosten niet op voorhand duidelijk is, maar wel verondersteld kan worden dat er sprake is van een effect op de systeemkosten, is dit door middel van een '?' aangegeven. Bij de invulling van de matrices is geabstraheerd van kostenstijgingen voor gerechten die het gevolg kunnen zijn van een toenemend gebruik van het middel om een collectieve actie in te stellen tot verhaal van strooischade.

11.4 *Matrix 1*

In deze matrix worden de veronderstelde effecten van de oplossingsrichtingen die in hoofdstuk 10 zijn geïnventariseerd op de knelpunten, relevante factoren en doelstellingen bij de aanpak van strooischade weergegeven.

11.5 Matrix 2

Matrix 2 geeft de veronderstelde effecten weer van vijf bij wijze van voorbeeld geformuleerde beleidsalternatieven die elk meerdere oplossingsrichtingen combineren. Beoogd wordt aldus te illustreren hoe de mogelijkheden om tegen strooschade op te treden door het combineren van oplossingsrichtingen naar verwachting kunnen worden verruimd of verbeterd. Gekozen is voor de volgende combinaties van oplossingsrichtingen:

1. Collectief actierecht / groepsactie bij geschillencommissies + uitbreiding aantal geschillencommissies.
2. Schrappen uitsluiting artikel 3:305a lid 3 BW + de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad + de mogelijkheid van abstracte schadeberekening.
3. Schrappen uitsluiting artikel 3:305a lid 3 BW + de mogelijkheid van alternatieve distributie bij verbindend verklaring schikking op grond van de WCAM.
4. Publiekrechtelijk handhaafbare verplichting tot schadevergoeding in combinatie met de mogelijkheid van een abstracte schadeberekening.
5. Publiekrechtelijke mogelijkheid tot vorderen winstafdracht + alternatieve bestemming opbrengst, bijvoorbeeld financiering belangenorganisaties.

11.6 Beoordelingsmodel Hodges

Als men de verschillende bestaande en denkbare oplossingsrichtingen wil vergelijken en op voor- en nadelen wil toetsen, is een beoordelingskader nodig. Wat maakt een bepaald afwikkelingsmodel 'goed', 'bruikbaar' et cetera? Hoe dit beoordelingskader er uit ziet, hangt onder andere af van het vertrekpunt. In rechtseconomische literatuur wordt bijvoorbeeld vaak vertrokken vanuit het Amerikaanse rechtsmodel van de *class action* of worden oplossingen aangedragen die minder goed aansluiten bij de al bestaande juridische situatie in de betreffende Europese landen. In de Nederlandse literatuur is het vooral Tzankova geweest die in haar boek over strooischade beoordelingscriteria heeft ontwikkeld voor ons recht. Het nadeel van haar benadering is dat het voornamelijk op civielrechtelijke oplossingen geconcentreerd is.

In de Engelse literatuur is momenteel debat gaande over de vraag of het Engelse model van *group litigation order* moet verschuiven in de richting van de Amerikaanse (of Canadese) *class action*.⁴⁴⁶ Daarnaast heeft Christopher Hodges een belangrijke impuls gegeven aan het debat over de vraag of andere oplossingen buiten het civiele recht de voorkeur verdienen met zijn boek *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems - A New Framework for Collective Redress in Europe* (2008). Hodges is momenteel onderzoeksleider bij het Centre for Socio-legal Studies Oxford University,⁴⁴⁷ maar hij was voorheen advocaat en heeft uit dien hoofde veel ervaring met het Engelse systeem van multi-party litigation; daarover publiceerde hij in 2001 een toonaangevend boek.⁴⁴⁸

In zijn boek uit 2008, dat voortbouwt op de bevindingen van een internationaal onderzoeksproject waarin alle vormen van collectieve actie in de wereld werden geanalyseerd,⁴⁴⁹ zet Hodges de voor- en nadelen van de verschillende systemen op een rij. De analyse die Hodges maakt in zijn boek, kan dienen als basis voor het ontwikkelen van een voor ons land bruikbaar beoordelingskader. Hodges 2008 geeft de volgende beoordelingscriteria:⁴⁵⁰

1. In hoeverre geeft het model (i.e., modellen voor 'collective redress') rechtvaardige resultaten?

⁴⁴⁶ Zie de rapporten van de Civil Justice Council, waar verdeeldheid uit spreekt (Civil Justice Council 2008, p. 1 e.v.). Uitgesproken voorstander van uitbreiding van de class action voor Engels recht is Rachael Mulheron; zie bijv. haar boek uit 2004 (Mulheron 2004, p. 1 e.v.).

⁴⁴⁷ [Http://www.csls.ox.ac.uk/](http://www.csls.ox.ac.uk/) .

⁴⁴⁸ Hodges 2001, p. 1 e.v.

⁴⁴⁹ Hensler e.a. 2009, p. 1 e.v.

⁴⁵⁰ Hodges 2008, p. 223-224.

2. Stimuleert het model gezonde economische ontwikkeling?
3. Leidt het model tot afdracht van onrechtmatig verkregen winsten?
4. Leidt het model er toe dat degenen die benadeeld zijn door de onrechtmatige handelingen in de oude toestand teruggebracht worden?
5. Stimuleert het model dat de overtreder en anderen zich voortaan onthouden van onrechtmatig gedrag?
6. Is het model toegankelijk en simpel om te bedienen?
7. Werkt het model met aanvaardbare snelheid?
8. Zijn de kosten van het gebruik van het model laag en proportioneel in verhouding tot de bedragen die inzet van het proces vormen?
9. Roept het model het risico van misbruik in het leven?

Hodges past het door hem ontwikkelde beoordelingskader vervolgens toe op wat hij noemt het 'private litigation model', het 'public oversight model' en het 'voluntary ADR model'. Zijn conclusie is niet eenduidig in het voordeel van een van deze modellen, maar een fusie van het vrijwillige ADR model en het 'public oversight model' heeft zijns inziens de beste kaarten.⁴⁵¹ Dat sluit aan bij een recente publicatie van Wouter P.J. Wils waarin hij aangeeft dat schadevergoedingsacties na overtreding van mededingingsrecht vooral een compensatiefunctie moeten hebben en er in *leniency-programs* dus ruimte moet worden ingebouwd voor het stimuleren van (vrijwillige) vergoeding door de overtredders.⁴⁵²

De beoordelingscriteria van Hodges kunnen als bouwstenen fungeren voor een globaal en beleidsmatig hanteerbaar beoordelingskader. Of de gehanteerde maatstaven tot harde uitspraken kunnen leiden, is intussen minder zeker. Niettemin denken wij dat met inachtneming van een aantal beperkingen en wijzigingen wel gebruik kan worden gemaakt van deze bouwstenen.

⁴⁵¹ Hodges 2008, p. 207 e.v., m.n. p. 223 e.v. De conclusies die Hodges in zijn boek trekt, zijn overigens niet in alle opzichten overtuigend. Hij betoont zich in een tegenstander van private handhaving omdat private handhaving naar zijn oordeel toont dat het te weinig compenseert, goedwillende bedrijven overmatig afschrikt, te lang duurt en vooral excessieve advocatenkosten met zich brengt. Hodges concludeert dat een publiek handhavingsmodel waarbij de publieke toezichthouder bevoegdheden heeft om de overtreder tot compensatie (al dan niet *cy près*) te verplichten, de voorkeur verdient. Het is naar zijn oordeel kort gezegd kosteneffectiever en flexibeler dan private handhaving. Er zijn zeker kanttekeningen te plaatsen bij deze conclusies, bij de manier waarop Hodges enerzijds de compensatie na schending van mededingingsrecht op één hoop veegt met schending van consumentenrecht, en anderzijds nauwelijks onderscheid maakt tussen geconsolideerde claims van substantiële betekenis en strooischade. Dat maakt zijn betoog wat wankel, zij het dat het aansprekend is op hoofdlijnen. Waar het ons vooral om gaat zijn de bouwstenen die Hodges aanlevert voor een beoordelingskader, niet zozeer zijn toepassing daarvan.

⁴⁵² Wils 2009, p. 2 e.v. Vgl. ook Wils 2008, p. 335 e.v.

Allereerst de beperkingen. Duidelijk is dat de beoordeling van verschillende beleidsalternatieven een inschatting van effecten vergt. Bij gebrek aan empirisch materiaal, zal die inschatting veelal gebaseerd moeten zijn op de inzichten uit literatuur en praktijk. Deze inzichten zijn soms sterk kwantitatief van aard, maar vaak is het bewijs anekdotisch.

Voorts is van belang dat de beoordelingsmaatstaven zoals Hodges die weergeeft zich niet duidelijk uitspreken over het *het primaire doel* – vanuit de beleidsmaker gereedeneerd – van redres voor strooischade. Als men niet heeft vastgesteld waarom men redres nastreeft, kan men ook niet over effectiviteit ervan oordelen. Zo lijken de beoordelingsmaatstaven 4 en 5 te impliceren dat het doel van vergoeding (ad 4) en het doel van preventie (ad 5) met elkaar in balans zijn te brengen. Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn. In de literatuur is om die reden bijvoorbeeld kritiek geuit op de voorstellen die zijn geuit in het Groenboek; daaruit blijkt niet of voorkoming danwel vergoeding van schade door kartelvorming als het primaire doel van private handhaving wordt gezien. Stimulering van preventie vergt mogelijk geheel andere prikkels (denk aan: driedubbele schadevergoeding) dan het vergoeden van geleden schade.

Gelet op het voorgaande, en gelet op de mogelijke wens om met de aanpak van strooischade zowel preventie, compensatie als voordeelsontneming te dienen, zouden op basis van het beoordelingsmodel van Hodges de volgende drie globale beoordelingsmaatstaven gehanteerd kunnen worden:

1. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van generieke en specifieke preventie? [evt. dreigt overmatige afschrikking?] (= Hodges 5 = Stimuleert het model dat de overtreder en anderen zich voortaan onthouden van onrechtmatig gedrag?)
2. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van volledige compensatie? (= Hodges 4 = Leidt het model er toe dat degenen die benadeeld zijn door de onrechtmatige handelingen in de oude toestand teruggebracht worden?)
3. In hoeverre bereikt het beleidsalternatief het doel van maatschappelijke genoegdoening?

Daaraan kunnen maatstaven van Hodges die naast de doelmatigheid ook de efficiëntie toetsen worden toegevoegd. Het gaat dan om de volgende maatstaven:

4. Stimuleert het model gezonde economische ontwikkeling?
5. Leidt het model tot afdracht van onrechtmatig verkregen winsten?

6. Is het model toegankelijk en simpel om te bedienen?
7. Werkt het model met aanvaardbare snelheid?
8. Zijn de kosten van het gebruik van het model laag en proportioneel in verhouding tot de bedragen die inzet van het proces vormen?
9. Roept het model het risico van misbruik in het leven?

Toetsing van de oplossingsrichtingen die in hoofdstuk 10 zijn geïnventariseerd aan deze beoordelingsmaatstaven zou inzicht kunnen verschaffen in de effectiviteit en efficiëntie daarvan voor de aanpak van strooischade.

Bijlage 1 Gespreksverslagen

1. Consumentenbond
2. ANWB
3. Rover
4. Vereniging Eigen Huis
5. Stichting de Ombudsman
6. VNO-NCW en MKB Nederland
7. Koninklijke Horeca Nederland
8. Reclame Code Commissie
9. SRK Rechtsbijstand
10. mr. P.V.F. Bos
11. mr. F. Leeflang
12. Consumentenautoriteit
13. Nederlandse Zorgautoriteit
14. Nederlandse Mededingingsautoriteit
15. OPTA

De Consumentenbond**Over de Consumentenbond**

De Consumentenbond is een vereniging die opkomt voor de belangen van alle consumenten. De Consumentenbond heeft ongeveer 550.000 leden, en is daarmee de grootste consumentenorganisatie van Europa.

Zakelijke weergave gesprek Consumentenbond

Gesprekspartners: dhr. mr. K. Peters en dhr. B. Willigenburg LL.M.
(beleidsadviseurs)

Inleiding

De Consumentenbond stelt voorop dat zij 'strooischade' een belangrijk onderwerp vindt. De Consumentenbond houdt zich al lang met dit onderwerp bezig, in het bijzonder spant zij zich al geruime tijd in om 'strooischade' als probleem om de agenda van de wetgever te krijgen. In meer algemene zin pleit de Consumentenbond in dit verband voor verbetering van het collectieve actierecht. Onderdeel van het pleidooi van de bond is het schrappen van de uitsluiting van artikel 3:305a lid 3 BW – op grond waarvan schadevergoeding niet door middel van een collectieve actie kan worden gevorderd – te schrappen. Deze uitsluiting ervaart de Consumentenbond als een blokkade in haar praktijk om consumenten te helpen schade vergoed te krijgen. Het zou echter niet bij schrappen moeten blijven. In plaats van de bestaande uitsluiting zouden mechanismen moeten worden gecreëerd die expliciet de juridische basis bieden om gevallen van massaschade effectief en efficiënt op collectieve wijze af te te wikkelen, zonodig via de rechter. Het ontbreekt volgens de bond nu aan een stok achter de deur om schadevergoeding ten behoeve van alle gedupeerden, die tot een groep behoren, af te dwingen. Daaraan is met name behoefte, wanneer de bereidheid om tot een (redelijke) schikking te voorkomen bij de wederpartij ontbreekt. In relatie hiermee staat de bond verbetering van de mogelijkheden die de Wcam thans biedt voor ogen.

De vraag of in het kader van het probleem 'strooischade' ook moet worden gekeken naar de mogelijkheden die de nieuwe, op Europese regelgeving geschoeide procedure voor een 'small claims court' biedt heeft de bond beantwoord in zijn reactie op het Groenboek Collectief verhaal voor consumenten. In zijn bijdrage aan het hierop betrekking hebbende lopende onderzoek van de Europese Commissie, uitgevoerd door Civic Consulting, gaat de bond ook in op de relatie tussen dit onderwerp en alternatieve geschillenbeslechting. De Consumentenbond concludeert samen met alle andere Europese consumentenorganisaties, verenigd in BEUC (de Europese koepel van

consumentenorganisaties), dat een wetgevend initiatief op EU niveau noodzakelijk is om het bestaan van bindende, effectieve en efficiënte juridische collectieve verhaalsmogelijkheden (en daarmee ook de toegang tot de rechter) in alle lidstaten te garanderen. Ook zijn alle genoemde consumentenorganisaties het erover eens dat een oplossing voor het financieringsprobleem voor consumentenorganisaties op EU niveau daarnaast even noodzakelijk en belangrijk is. Daarom is optie 4 van het van het Groenboek naar hun stellige overtuiging de enige weg voorwaarts om het recht op schadevergoeding realiteit te maken.

Definiëring strooischade

De Consumentenbond werpt allereerst de vraag op of er reden is om een onderscheid te maken tussen strooischade en andere schades, in het licht van de mogelijkheden tot het verhaal van schade. De Consumentenbond meent dat daarvoor deels wel en deels niet redenen zijn.

De Consumentenbond plaatst kanttekeningen bij een definiëring van het begrip strooischade, waarbij – kort gezegd – deze schade wordt beschreven als schade die zo gering is, dat de kosten van verhaal voor een individu niet opwegen tegen de baten. Uit Europees onderzoek blijkt dat het verhaal van schades tot € 700/1500,--, afhankelijk van het rechtssysteem van de lidstaat, niet loont, afgezet tegen de kosten daarvan.

Vanuit de uitgangspunten dat 1. alle onrechtmatig veroorzaakte schade door de veroorzaker moet worden betaald en 2. dat individuele gedupeerden voor die schade moeten worden gecompenseerd, geeft de Consumentenbond voorkeur aan een andere benadering. Veelal zit het probleem van schadevergoeding bij de uitwerking van uitgangspunt 2, bijvoorbeeld omdat niet meer is vast te stellen wie de gedupeerden zijn en/of welke schade zij hebben geleden en daarmee hoe de door onrechtmatig handelen veroorzaakte schade over de gedupeerden verdeeld moet worden. De Consumentenbond ziet het probleem van strooischade dan ook als een 'compensatieprobleem' in de richting van alle individuele gedupeerden, niet als een probleem ten aanzien van de vraag of de veroorzaakte schade door de veroorzaker op enigerlei wijze moet worden vergoed. Dit compensatievraagstuk zou er dus niet toe moeten leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het eerstgenoemde uitgangspunt dat alle onrechtmatig veroorzaakte schade moet worden terugbetaald. Door het verdelingsvraagstuk niet op te lossen, komen schadeveroorzakers met hun onrechtmatige handelwijze weg en zij profiteren hier zelfs van. Dat is om meerdere redenen onwenselijk en zelfs maatschappelijk niet acceptabel in de ogen van de bond. Gelet hierop verstaat de Consumentenbond onder 'strooischade' schade die niet wordt terugbetaald, bijvoorbeeld omdat onbekend is wie de gedupeerden zijn, omdat niet aangetoond kan worden hoe groot de schade is die een gedupeerde heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen of omdat het, gezien de geringe hoogte van de

schade per individuele gedupeerde, niet de moeite loont om die schade aan iedere individuele gedupeerde te vergoeden.

Gevolg van deze benadering is dat schade die wel vergoed kan worden aan individuele gedupeerden, omdat bekend is wie de gedupeerden zijn en hoeveel schade zij hebben geleden, niet onder het begrip strooischade valt. Ook schade die zo gering is, dat het voor een individuele gedupeerde niet loont om daarvoor (in rechte) verhaal te zoeken, maar die niettemin 'vergoedbaar' is, beschouwt de Consumentenbond derhalve niet als strooischade. Dit is immers schade die 'gewoon' aan de individuele gedupeerde vergoed moet worden.

De Consumentenbond ziet geen reden voor het maken van een onderscheid naar rechtsgebieden waarin de strooischade zich manifesteert. Hooguit zal het in het ene rechtsgebied in het algemeen gemakkelijker zijn om aan te wijzen wie de gedupeerden zijn en welke schade zij hebben geleden, dan in het andere rechtsgebied, en zouden de mogelijkheden om strooischade te vergoeden om die reden per rechtsgebied kunnen verschillen. De Consumentenbond merkt hierbij op dat letselschades naar haar inschatting niet snel als strooischade zullen kwalificeren. Zodra sprake is van letselschade zal over het algemeen duidelijk zijn wie tot de groep van slachtoffers hoort en de hoogte van de schade niet gering zijn.

De Consumentenbond merkt op dat tot de strooischade die als gevolg van inbreuken op consumentenrechtelijke regels wordt geleden, ook de kosten behoren die een consument maakt bij pogingen tot verhaal van schade. Te denken valt dan aan de kosten van het gebruik van een klantenservice. Ook als een klacht terecht is, worden dergelijke kosten in de praktijk doorgaans niet vergoed.

Ten slotte wijst de Consumentenbond erop dat niet elke inbreuk om consumentenbeschermende regels gepaard gaat met vermogensschade. Een inbreuk op privacy-regels levert doorgaans geen vermogensschade, maar wel ergernis op, bijvoorbeeld omdat men ongevraagd allerlei post krijgt toegezonden. Deze 'ergernis' kan ook als een vorm van schade worden beschouwd. Ook aankopen die onder invloed van misleiding tot stand komen, leveren niet altijd (individueel gemakkelijk bepaalde en aantoonbare) vermogensschade op. Ook hier staat echter vast dat consumenten in zijn algemene zin schade lijden, die in de praktijk niet wordt vergoed.

Vertegenwoordiging in collectieve actie

Een belangrijk punt is volgens de Consumentenbond wie in collectieve acties namens wie kan optreden en wat dan gevorderd kan worden. De Consumentenbond is geen voorstander van de mogelijkheid dat een relatief klein aantal gedupeerden door een opt in- of opt out-stelsel namens een grote groep anderen kan procederen. De Consumentenbond is van mening dat de vertegenwoordiging in rechte beter kan

worden overgelaten aan werkelijk representatieve organisaties zonder winstoogmerk, die niet alleen voor aangeslotenen opkomen, zoals de Consumentenbond. Vooral bij een stelsel dat verder gaat dan opt-in zou de bond zich kunnen voorstellen de organisaties die I namens anderen een collectieve actie willen voeren, voorafgaand daaraan aan representativiteitscriteria worden getoetst (vgl. injunctions directive) .

Compensatie nadeel en/of ontnemen voordeel

De Consumentenbond meent dat uitgangspunt van de aanpak van strooischade moet zijn dat ook deze schade volledig moet worden vergoed. Voor een compromis op dit punt ziet de Consumentenbond geen reden. Het gaat immers om de effectuering van een (wettelijk) recht, te weten het recht op vergoeding van alle onrechtmatig veroorzaakte schade. Daaraan mag geen afbreuk worden gedaan. In dit verband wijst de Consumentenbond erop dat ook ondernemingen baat hebben bij een compromisloze aanpak van strooischade, nu daardoor oneerlijke concurrentie wordt voorkomen en bestreden. Volledige vergoeding van strooischade dient als zodanig niet alleen het vertrouwen van consumenten in de rechtsstaat, maar ook de marktwerking en – daarmee – de economie als geheel. De aanpak van strooischade betreft volgens de Consumentenbond aldus een algemeen maatschappelijk belang.

Bij de aanpak van strooischade zou het volgens de Consumentenbond in de eerste plaats moeten gaan om *compensatie* van die schade aan gedupeerden en niet om het ontnemen van voordeel aan de veroorzaker. De veroorzaakte schade kan immers groter zijn, dan het genoten voordeel. Denkbaar is dat tegenover de geleden schade in het geheel geen voordeel voor de veroorzaker staat of dat (de omvang van) dit voordeel zeer moeilijk aantoonbaar is. Vanuit het oogpunt van consumentenbescherming schiet het enkel ontnemen van voordeel dat is genoten door overtreding van regels dan ook tekort. Vergoeding van de schade dient kortom uitgangspunt te zijn, waarbij zonodig, als de omvang van de schade individueel lastig is aan te tonen, een methodiek voor abstracte schadeberekening kan worden gehanteerd.

Rol toezichthouder

De Consumentenbond merkt op dat zijn verwachtingen over de mogelijke rol van de Consumentenautoriteit bij de aanpak van strooischade laag zijn. De Consumentenautoriteit heeft op dit moment in de praktijk alleen al zijn handen meer dan vol aan het staken van inbreuken. Die hoofdtaak moet ook prioriteit blijven in de visie van de bond. Het ontbreekt de Consumentenautoriteit aan tijd en middelen om recht te zetten wat in het verleden is fout gegaan. De Consumentenautoriteit houdt zich dan ook niet bezig met de afwikkeling van schade die is veroorzaakt door overtredingen waartegen zij optreedt. Zou de Consumentenautoriteit daar wel bevoegdheden voor hebben, dan zal zij tegen dezelfde problemen aanlopen als de

Consumentenbond, ook de Consumentenautoriteit zou geen mogelijkheden hebben een collectieve schadevergoeding af te dwingen (wanneer de bereidheid om tot een schikking te komen ontbreekt). Het is ook meer aan een belangenorganisatie, zoals de Consumentenbond om zich met het verschaffen van genoegdoening aan consumenten bezig te houden, aldus de bond. Om haar aanvullende privaatrechtelijke rol in het stelsel van consumentenbescherming te kunnen vervullen heeft zij wel de benodigde instrumenten en financiële middelen nodig.

Omvang probleem

Goede indicatoren voor de omvang van het strooischadeprobleem zijn volgens de Consumentenbond (naast de klachten die zij zelf dagelijks ontvangt, in verband waarmee zij tal van nieuwsberichten heeft aangeleverd in het kader van dit onderzoek, waaruit blijkt in welke en hoeveel zaken hij zich de afgelopen jaren actief met dergelijke zaken heeft beziggehouden) de aantallen klachten die via ConsuWijzer worden ingediend, het rapport van de Consumentenautoriteit inzake de omvang van schade door oneerlijke handelspraktijken, de meldingen die televisieconsumentenprogramma's als Tros Radar, Kassa, Opgelicht e.d. ontvangen en de diverse internet fora voor consumentenklachten. Deze bronnen geven ook goed zicht op diverse soorten strooischade. Daarbij merkt de Consumentenbond op dat het aantal klachten dat op deze wijze wordt bekendgemaakt, slechts het 'topje van de ijsberg' is.

In 2003 is de Consumentenbond gestart met het de campagne 'Van recht hebben, naar recht krijgen'. Geconstateerd is dat consumenten bij het halen van verhaal vroeg of laat afhaken en van hun rechten afzien. Veel consumenten laten het er op voorhand al bij zitten. Zij zijn niet bekend met de mogelijkheden tot verhaal of vinden het niet de moeite pogingen tot verhaal te ondernemen.

Het aantal gevallen waarin tot collectieve actie voor het verhaal van strooischade wordt overgaan, betreft dan ook een zeer klein gedeelte van het totale aantal gevallen waarin consumenten strooischade lijden. Er is sprake van een piramide: slechts een klein gedeelte van alle strooischadegevallen wordt onder de aandacht gebracht van consumentenorganisaties. De consumentenorganisaties filteren vervolgens de meldingen, omdat zij niet de capaciteit hebben om alle gevallen aan te pakken. Omdat niet alle klachten als zodanig worden geregistreerd, biedt de klachtenregistratie van de Consumentenbond zonder uitvoerig nader onderzoek geen harde cijfers over van de omvang van het strooischadeprobleem.

Voorbeelden

De Consumentenbond heeft aan de hand van haar nieuwsberichten sinds januari 2007 een lijst opgesteld van strooischadegevallen die haar aandacht hebben gehad. De Consumentenbond benadrukt daarbij dat deze lijst om voornoemde redenen slechts

het topje van de ijsberg is, en aldus niet representatief is voor de omvang van het strooischadeprobleem. Maar desalniettemin velzeggend. De Consumentenbond licht een aantal voorbeelden die in de lijst zijn opgenomen nader toe.

1. Ongevraagde SMS-diensten

Een bedrijf bood gratis SMS-diensten aan, zoals ringtones en spelletjes. Aan consumenten die op dit aanbod ingingen werden vervolgens echter kosten in rekening gebracht voor een (ongewenst) abonnement op de SMS-diensten.

De SMS-diensten werden aangeboden door een bedrijf dat los stond van de provider die de berichten verspreidde. De providers – de telecomaانبieders – hebben een gedragscode opgesteld. Klachten over overtreding van de Gedragscode kunnen aan een commissie worden voorgelegd. Deze constateerde dat het bedrijf dat de SMS-diensten aanbood een overtreding had begaan, en droeg het bedrijf op een advertentie te plaatsen waarin gedupeerde consumenten werd verzocht zich te melden teneinde een schadevergoeding te verkrijgen. Het initiatief voor het verkrijgen van een vergoeding werd aldus gelegd bij de consument, die daartoe de nodige stappen diende te ondernemen. Naar de mening van de Consumentenbond had echter uitgangspunt moeten zijn dat het bedrijf de gedupeerde consumenten zelf actief met een schadevergoeding zou benaderen. Welke consumenten gedupeerd zijn, kan dit bedrijf immers uit de eigen administratie opmaken.

De Consumentenbond is inmiddels een collectieve actie gestart onder meer op grond van onverschuldigde betaling. Probleem daarbij is echter dat de gedupeerde consumenten onverschuldigd hebben betaald aan de provider, niet aan het bedrijf dat de SMS diensten aanbood. De provider beschikt niet over de klantgegevens van het bedrijf dat de SMS diensten aanbood en kan daarom misschien niet vaststellen welke consumenten onverschuldigd hebben betaald.

De Consumentenautoriteit heeft inmiddels boetes opgelegd aan de overtreders, in verband met ongevraagd toegezonden SMS-jes en misleiding, maar heeft zich niet bezig gehouden met de afwikkeling van door de overtreding veroorzaakte schade.

2. Bierkartel

Door kartelgedrag van de grootste drie bierbrouwerijen is de bierprijs jarenlang kunstmatig hoog gehouden. Consumenten en horeca-ondernemingen hebben hierdoor schade geleden. De Consumentenbond heeft serieus overwogen een collectieve actie te starten tot het verhaal van de schade, maar daar uiteindelijk vanaf moeten zien, gelet op het ontbreken van de mogelijkheid een collectieve schadevergoeding af te dwingen, de bewijsmoeilijkheden – hoe is de schade

verdeeld over horeca-ondernemingen en consumenten – en de kosten die dit met zich brengt.

3. Internet Plus Bellen-product

Een telecombedrijf bood een nieuw combinatieproduct voor internet en telefoneren aan. De belangstelling van consumenten voor dit product was groter dan het bedrijf aankon. Daardoor hebben veel consumenten lang moeten wachten op de aansluiting, terwijl het product bovendien gebrekkig werkte. Daarbij was er sprake van een slechte klantenservice, waarbij consumenten doorgaans geruime tijd telefonisch in de wacht werden gezet; soms was de klantenservice zelfs geheel onbereikbaar. De klachten van de consumenten en de geleden schades waren divers.

De Consumentenbond heeft met het telecombedrijf overleg gevoerd over een oplossing van de problemen. Na aandringen van de Consumentenbond erkende het telecombedrijf aansprakelijk te zijn voor de schade die consumenten als gevolg daarvan leden. Het telecombedrijf weigerde echter afspraken te maken over een collectieve schade-afwikkeling. Omdat het telecombedrijf de Consumentenbond wel verbetering beloofde, maar daar in de praktijk geen werk van maakte, heeft de Consumentenbond na enige tijd zijn betrokkenheid bij het probleem beëindigd. Het afbreukrisico richting de eigen achterban werd immers te groot, door het uitblijven van een oplossing van het probleem en schadeloosstelling kon niet collectief worden afgedwongen.

Uiteindelijk heeft het telecombedrijf op uitdrukkelijk verzoek van de bond via haar website een mogelijkheid geopend voor individuele consumenten om schade te claimen. Deze individuele schade-afwikkeling onttrok zich vervolgens geheel aan het zicht van de Consumentenbond.

Deze gang van zaken acht de Consumentenbond onbevredigend.

Werkwijze Consumentenbond

Ontvangt de Consumentenbond opmerkelijk veel of ernstige klachten over een product of bedrijf, dan maakt de bond een inschatting of het bedrijf waarover wordt geklaagd bereid zal zijn met de Consumentenbond over een oplossing van het probleem te praten. Als het betreffende bedrijf aangeeft inderdaad met de Consumentenbond in overleg te willen treden, en de aard van de klachten niet te divers is, start de Consumentenbond een zogenaamde, buitengerechtelijke, 'groepsactie'. De Consumentenbond bundelt in dat geval de bij haar binnengekomen klachten en vraagt het bedrijf deze klachten op te lossen. De Consumentenbond beoordeelt daarbij niet zelf of de individuele klachten gegrond zijn. De groepsactie is er in de eerste plaats op gericht de klachten die bij de Consumentenbond zijn binnengekomen snel en soepel 'op te lossen'. Het gaat dan vooral om procedurele afspraken, zoals de termijn

waarbinnen een klacht wordt afgehandeld, de wijze waarop de klacht wordt afgehandeld en de monitoring door de Consumentenbond van de afhandeling van klachten. Niet uitgesloten is dat ook afspraken worden gemaakt over een compensatie voor veroorzaakte schade. De Consumentenbond checkt zowel bij het bedrijf als bij consumenten die aan de groepsactie deelnemen of het bedrijf toezeggingen over de oplossing van klachten nakomt.

De groepsactie is een *opt in* actie. Mensen die zich bij de Consumentenbond hebben gemeld kunnen zich aanmelden voor de groepsactie en profiteren dan mee van de gemaakte afspraken. Doorgaans vraagt de Consumentenbond daarvoor een geringe bijdrage, die door het bedrijf waarover wordt geklaagd wordt terugbetaald als de klacht gegrond wordt bevonden. De groepsactie is primair bedoeld voor leden, maar soms kunnen ook niet-leden deelnemen.

De Consumentenbond kiest er, gelet op de beperkte capaciteit, voor haar energie alleen te steken in acties waarvan enig resultaat kan worden verwacht. Dit betekent dat zij groepsacties noodgedwongen beperkt tot bedrijven waarvan zij vermoedt dat die geneigd zijn met de Consumentenbond samen te werken. De Consumentenbond heeft immers ervaren dat in het geval een bedrijf niet wenst samen te werken, en niet bereid is collectieve afspraken te maken, zij eigenlijk geen adequate (wettelijke) stok achter de deur heeft om een bedrijf daartoe te dwingen.

Wanneer een bedrijf niet wil meewerken dan kan de Consumentenbond in beginsel een collectieve actie starten. In de praktijk wordt daar in de meeste gevallen vanaf gezien, door de vele barrières en beperkingen. Als er sprake is van een overtreding waar een toezichthouder tegen op kan treden, kan hij een handhavingsverzoek bij die toezichthouder indienen.

Knelpunten collectief verhaal

Volgens de Consumentenbond is er bij het collectief verhaal van strooischade sprake van een tweeledig probleem:

1. een effectieve en efficiënte toegang tot de rechter ontbreekt, waardoor een representatieve organisatie geen 'stok achter de deur heeft', om een bedrijf dat strooischade veroorzaakt onder druk te zetten om buitengerechtelijk tot een compensatieregeling te komen;
2. de financiering van een collectieve actie is voor representatieve organisaties problematisch.

Ad 1. Toegang tot de rechter

De Consumentenbond beschouwt de uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW van de mogelijkheid om in een collectieve actie een schadevergoeding te betalen in geld te vorderen als een belangrijke hindernis bij het verhaal van strooischade. Deze

uitsluiting brengt naar haar oordeel mee dat de toegang tot de rechter in gevallen van strooischade sterk wordt afgesneden, met als gevolg dat de consumentenorganisaties bedrijven die niet willen schikken, ook niet over de streep kunnen trekken door te dreigen met een gerechtelijke procedure. De Consumentenbond merkt daarbij op dat niet alle bedrijven gevoelig zijn voor imago-schade; de bereidheid om te schikken kan onder meer om die reden ontbreken.

De Consumentenbond merkt in dit verband op dat het procederen namens gedupeerden op basis van machtigingen een voor haar weinig aantrekkelijke vorm van collectieve actie is. De hiermee gepaard gaande administratieve lasten zijn niet op te brengen. Een ander belangrijk bezwaar is voor haar dat gedupeerden aan deze vorm van collectieve actie al snel de verwachting ontleenen dat zij individueel schadeloos worden gesteld. Die verwachting correspondeert niet altijd met de collectieve afspraken die uiteindelijk worden gemaakt. Het alternatief voor collectieve afspraken zou meebrengen dat de representatieve organisatie die namens gedupeerden procedeert, alle dossiers van de individuele gedupeerden verzamelt en aan de rechter overlegt. Gelet op de inspanningen die dat vergt, is ook dat geen aantrekkelijke optie. De Consumentenbond verwijst in dit verband naar een procedure die door de Franse Consumentenbond is aangespannen tegen een telecomprovider, waarbij de Franse Consumentenbond om te laten zien wat dit alternatief met zich meebrengt, inderdaad alle individuele dossiers van de gedupeerden die zich bij haar hebben gemeld in de procedure heeft overgelegd, letterlijk met karrevrachten vol. Dit blijkt buitengewoon onpraktisch en inefficiënt, ook voor de rechterlijke macht.

De Consumentenbond wijst er voorts op dat de middelen die met de Wcam zijn geïntroduceerd, voor consumenten die schade hebben geleden eigenlijk geen voordeel bieden. Het is de veroorzaker van de schade die bij gebruik van het instrument baat heeft. Die blijft bij een verbindendverklaring van een overeengekomen schikking immers verschoond van tal van individuele juridische procedures. De Wcam biedt hen aldus enige zekerheid dat met de getroffen schikking de zaak grotendeels is afgehandeld. De praktijk heeft volgens de Consumentenbond inmiddels ook uitgewezen dat consumenten de voordelen van de Wcam niet goed inzien; veel massaschades worden niet aangepakt met gebruikmaking van de middelen van de Wcam, maar op een andere wijze afgewikkeld. Daarbij wijst de Consumentenbond erop dat in het kader van een schikking ook los van de Wcam afspraken kunnen worden gemaakt over aan wie een overeengekomen schaderegeling zal worden aangeboden. Bovendien biedt de Wcam geen oplossing voor gevallen waarin de schadeveroorzakende partijen niet willen schikken. In die gevallen staat de gedupeerde alsnog met 'lege handen'.

De achterliggende gedachte van de Wcam, dat ingezet moet worden op een schikking omdat de Amerikaanse praktijk van de *damages class actions* uitwees dat dit soort acties uiteindelijk veelal op een schikking uitdraaien, is een verkeerde: juist omdat in

die gevallen toegang tot de rechter bestond, was er een *incentive* voor de veroorzakers om te schikken. Als die toegang niet is gewaarborgd, bestaat die *incentive* niet. Verbeteringen in de Wcam alleen lossen de problemen bij het verhaal van strooischade dan ook niet op; verruiming van de toegang tot de rechter met collectieve verhaalacties wel.

De Consumentenbond wijst in dit verband op de collectieve gerechtelijke actie die zij namens gedupeerden is gestart teneinde vergoeding te verkrijgen voor de legionella-besmetting op West friese Flora en Fauna. De schade waarvoor vergoeding werd gezocht, valt niet als strooischade aan te merken, maar de zaak illustreert volgens de Consumentenbond de problemen waar gedupeerden tegen aanlopen wanneer zij door gebruikmaking van een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW – eventueel aangevuld met de middelen van de Wcam – schadevergoeding proberen te verkrijgen. Na negen jaar procederen over de vordering die de Consumentenbond op basis van 3:305a BW heeft ingesteld (tot aan de Hoge Raad), ligt er een uitspraak waarin voor recht wordt verklaard dat een van de standhouders onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade, tenzij hij kan bewijzen dat de geclaimde schade geen gevolg is van dat onrechtmatig handelen. Het lukt echter niet om met de desbetreffende standhouder op basis van deze uitspraak tot een schikking te komen, omdat de bereidheid van de kant van de standhouder daartoe volgens de Consumentenbond ontbreekt. Daar komt bij dat naarmate de procedure langer duurt en resultaat uitblijft, het voor de Consumentenbond ook moeilijker aan haar leden is te verantwoorden dat zij kosten blijft maken voor juridische procedures om nog tot een vergoeding te komen. Niet uitgesloten is bovendien dat de desbetreffende standhouder zijn vermogen inmiddels gedurende de loop van de procedure ergens anders heeft ondergebracht, zodat bij hem inmiddels niets meer valt te halen.

Ad 2. Financieringsprobleem

De Consumentenbond wijst erop dat zij bij het verhaal van (strooi)schades door middel van collectieve acties altijd tegen financieringsproblemen aanloopt. Vooruitlopend op een onzekere uitkomst dient zij immers aanzienlijke kosten te maken, niet alleen voor het traject in rechte, maar ook aanzienlijke buitengerechtelijke kosten. Juist ook omdat het bij strooischade gaat om voor individuen geringe schade, zullen de kosten van een collectieve actie al snel niet meer opwegen tegen het resultaat dat daarmee voor leden bereikt kan worden. De uitgaven aan een collectieve actie zullen bij een andere besteding al snel meer en een voor leden beter zichtbaar effect hebben.

Om voor dit probleem een oplossing te vinden, zouden onder meer de mogelijkheden om een collectieve actie te financieren uit de opbrengst van een schadevergoeding verder verkend kunnen worden.

Mogelijke verbeteringen

Mede gelet op de hierboven beschreven ervaringen van de Consumentenbond in de zaak van de West Friese Flora, pleit de Consumentenbond ervoor de vaststelling van de onrechtmatigheid van het handelen van de veroorzaker, de aansprakelijkheid voor schade en de (wijze van) schadeafwikkeling in één procedure op basis van een collectieve actie mogelijk te maken.

Dit betekent dat de bepaling in artikel 3:305a lid 3 BW die uitsluit dat de rechtsvordering die op basis van artikel 3:305a BW wordt ingesteld strekt tot schadevergoeding te voldoen in geld, zou moeten vervallen. Belangrijk aan de mogelijkheid van een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW is dat aan een representatieve organisatie die deze actie instelt door individuele gedupeerden geen machtigingen hoeven te worden verleend. De rechter zou in de uitspraak regels kunnen geven voor de berekening van de hoogte van de uit te keren schadevergoeding aan de individuele gedupeerde, daarvoor aan de hand van schade-elementen damage schedules kunnen opstellen of meer abstract de hoogte van de schadevergoeding voor verschillende categorieën gedupeerden kunnen vaststellen.

De Consumentenbond wijst voorts op de mogelijkheid dat de rechter in het geval tussen gedupeerden en de veroorzaker van de schade geen schikking tot stand komt, zelf op basis van een toetsing van de stellingen van betrokken partijen een algemeen verbindende regeling vaststelt voor de afwikkeling van de veroorzaakte schade.

De Consumentenbond merkt ten slotte op dat de bevoegdheden van een publieke toezichthouder aanvullend zouden moeten zijn ten opzichte van de privaatrechtelijke mogelijkheden om tegen strooischade op te treden. Voor punitieve sancties is de toezichthouder, als onafhankelijke autoriteit, de aangewezen instantie. Datzelfde geldt voor mogelijkheden om een bedrijf te dwingen tot het staken van overtredingen van consumentenrechtelijke regels. Als het gaat om compensatie van gedupeerden, geeft de Consumentenbond de voorkeur aan een privaatrechtelijke afdoening. Als een publieke toezichthouder zich daarmee zou bemoeien, zou deze een 'dubbele pet' opzetten. Om dezelfde reden is de Consumentenbond er ook geen voorstander van dat consumentenorganisaties privaatrechtelijke bevoegdheden krijgen om een overtreder te bestraffen, door bijvoorbeeld punitive damages te vorderen. Een belangrijke, verder te verkennen mogelijkheid, is dat een besluit van een toezichthouder waarin een overtreding wordt geconstateerd, dient als vertrekpunt voor een privaatrechtelijke verhaalsactie. Denkbaar is dat na een dergelijk besluit de civiele rechter van de aansprakelijkheid van de overtreder voor schade die door die overtreding is veroorzaakt dient uit te gaan.

ANWB**Over de ANWB**

De Koninklijke Nederlandse Toeristenbond ANWB is een vereniging die de belangen van haar leden behartigt op het gebied van verkeer, vervoer, recreatie en toerisme. Daarbij richt de ANWB zich met name op politiek en overheid, maar de belangen van leden kunnen ook aanleiding geven tot contacten met bedrijven, brancheverenigingen en andere belangenorganisaties. De ANWB heeft een kleine 4 miljoen leden.

Zakelijke weergave gesprek ANWB

Gesprekspartner: dhr. M. Pinckaers

Algemeen

De ANWB stelt voorop dat het voor gedupeerden van strooischade geen verschil maakt in welk rechtsgebied deze schade valt.

In dit verband vraagt de ANWB aandacht voor het feit dat strooischade ook door onrechtmatig handelen van de overheid kan worden veroorzaakt. Te denken valt aan:

- bekeuringen die ten onrechte worden uitgeschreven omdat de maximumsnelheid op een bepaald wegvak niet duidelijk is vermeld, of bekeuringen die te hoog worden vastgesteld omdat wordt uitgegaan van een beperking van de maximumsnelheid in verband met werk in uitvoering aan het wegvak, terwijl die beperking al is opgeheven;
- te hoge belastingaanslagen. In dit verband merkt de ANWB op dat het interessant zou kunnen zijn contact op te nemen met de Vereniging Grijs Kenteken. Voorts noemt de ANWB dubbele forensenbelasting voor houders van vaste standplaatsen, die in de plaats van de standplaats én in hun eigen woonplaats worden belast;
- schades als gevolg van slecht wegdek, bijvoorbeeld scheuren en gaten die het gevolg zijn van vorst.

De ANWB ziet voor zich in de eerste plaats een rol weggelegd om aan het publiek informatie te verstrekken over rechten en stappen die gedupeerden zelf kunnen ondernemen om geleden schade vergoed te krijgen. Daarbij treedt zij soms ook faciliterend op in die zin, dat zij met de schadeveroorzaker afspraken maakt over de wijze waarop individuele claims door deze zullen worden afgehandeld. Zo heeft de ANWB naar aanleiding van de meldingen over schades als gevolg van het door vorst aangetaste wegdek met Rijkswaterstaat afspraken gemaakt over waar gedupeerden zich kunnen melden en de wijze waarop verzoeken om vergoeding worden beoordeeld.

De ANWB waarschuwt ervoor letselschades onder het begrip 'strooischade' te brengen, en aldus collectieve acties tot vergoeding hiervan mogelijk te maken die kunnen leiden tot een voor ieder verbindende regeling. De ervaringen van de ANWB leren dat bij letselschade dikwijls onvoorspelbaar is hoeveel schade een individu lijdt. Vaak duurt het geruime tijd voordat het ziektebeeld definitief is; een 'snelle' schadevergoedingsmogelijkheid doet hieraan geen recht. Gelet hierop en – meer in het algemeen – het feit dat letselschade sterk individueel bepaald is, zouden consumentenorganisaties niet in de verleiding moeten worden gebracht om collectief op te treden voor letselschadeslachtoffers. Bij een verruiming van de mogelijkheden tot het verhaal van strooischade dient hier rekening mee te worden gehouden.

Knelpunten bij verhaal strooischade

Soms gaat de ANWB een stap verder, en spreekt zij zelf namens haar leden een schadeveroorzaker aan. De ANWB is echter zeer terughoudend met het starten van collectieve acties tot het verkrijgen van compensatie voor schade, gelet op de problemen waar zij bij het voeren van collectieve acties tegen aanloopt. De ANWB signaleert in het bijzonder de volgende problemen.

- Veelal is er sprake van een grote diversiteit aan schadegevallen; ook als de oorzaak van de schade dezelfde is, kunnen er grote verschillen zijn in de soort schade, de omvang van de schade en de mate van causaliteit.
- Het bewijs van de causaliteit bij strooischade is soms erg moeilijk. Zo bijvoorbeeld bij de schades die zijn geleden als gevolg van het door vorst aangetaste wegdek.
- Veelal verstrijkt er veel tijd tussen het binnenkomen van schademeldingen en de constatering aan de hand daarvan dat er sprake is van een collectieve schade. Dit is vooral bij overtredingen van antikartelwetgeving het geval. Doorgaans komt pas jaren na de schadeveroorzakende overtreding in rechte vast te staan dat er sprake was van een overtreding. Dit tijdsverloop kan meebrengen dat niet meer of moeilijker te achterhalen is wie de gedupeerden zijn en welke schade zij hebben geleden. Een bijkomend probleem is dat er voor een belangenorganisatie als de ANWB dan vaak geen sterke *incentive* meer is om pogingen te ondernemen een vergoeding te verkrijgen voor de veroorzaakte schade. De ANWB acteert immers vanuit de 'beleving' van het publiek. Is er sprake van relatief kleine schades, zoals strooischades, die zich in een inmiddels ver verleden hebben gemanifesteerd, dan is er vanuit het publiek doorgaans nog maar weinig vraag naar vergoeding van die schades. Dat heeft dan ook voor de ANWB geen prioriteit.

- Bij acties tot het collectief verhaal van grote schades, zoals bijvoorbeeld ten behoeve van slachtoffers van de vliegramp in Faro, heeft de ANWB ondervonden dat het zeer moeilijk is alle betrokkenen voor wie wordt opgekomen, op één lijn te houden. Gedupeerden stappen snel uit de collectieve actie als keuzes worden gemaakt die hen niet zinnen, bijvoorbeeld door hun lidmaatschap op te zeggen.
- De administratie van een collectieve actie is, mede gelet op de hiervoor genoemde punten, ontzettend bewerkelijk. Gelet op de beperkte middelen (mensen en financiën) die de ANWB beschikbaar heeft, is het voeren van collectieve acties ook daarom problematisch.

Mogelijke verbeteringen

De ANWB noemt de volgende maatregelen als mogelijkheden om het verkrijgen van een vergoeding voor strooischade te vergemakkelijken:

- De gerechtelijke instantie waar een collectieve actie is aangespannen, zou de administratie van de actie bij kunnen houden, door te registreren wie via een *opt in* deelnemen. De belangenorganisatie kan zich dan meer op de inhoudelijke kant van de actie richten.
- Het zou mogelijk moeten zijn om via geschillencommissies een schadevergoeding te verkrijgen, met verlaging van de financiële drempels om een zaak aan de geschillencommissie voor te leggen. Ook zouden deze geschillencommissies collectieve acties moeten kunnen behandelen. In sommige reglementen van geschillencommissies is dit nu expliciet uitgesloten, terwijl in andere reglementen hieraan in het geheel geen aandacht wordt besteed.
- In het kader van de small claims-procedure zou ruimte kunnen worden geboden voor een laagdrempelige collectieve actie.
- De Consumentenautoriteit zou de bevoegdheid kunnen krijgen om een actie in te stellen tot het verkrijgen van schadevergoeding voor gedupeerden.

Bij het voorgaande merkt de ANWB op het wel belangrijk te vinden dat het er wel enige filtering plaatsvindt van de klachten die middels een collectieve actie tot schadevergoeding kunnen verplichten. Gedupeerden moeten het verkrijgen van een vergoeding wel belangrijk genoeg vinden, om daar een procedure voor te starten, die immers de nodige maatschappelijke kosten met zich brengt.

In dit verband wijst de ANWB erop dat het naar haar oordeel ook niet altijd wenselijk is dat strooischades worden vergoed. Uiteindelijk kan het middel voor het publiek immers nadeliger zijn dan de kwaal. Als voorbeeld noemt de ANWB een mogelijke verplichting voor luchtvaartmaatschappijen om schades die reizigers lijden als gevolg van vertragingen te vergoeden. Gelet op de aantallen passagiers aan boord van een vliegtuig, zou een dergelijke verplichting, ook als het om individueel kleine schadebedragen gaat, aanzienlijke financiële consequenties voor deze maatschappijen hebben. Nu luchtvaartmaatschappijen soms niet al te grote buffers hebben én vaak moeilijk is te beoordelen of er sprake is van overmacht, is terughoudendheid met een schadevergoedingsverplichting volgens de ANWB op zijn plaats. Een dergelijke verplichting zou immers uiteindelijk – breder bekeken – een nadelige effect voor alle consumenten kunnen hebben, bijvoorbeeld bestaande in een afname aan keuzemogelijkheden en concurrentie doordat luchtvaartmaatschappijen failliet gaan.

Als tweede voorbeeld noemt de ANWB de autoproductiesector. Ook daar zijn de buffers doorgaans niet groot, terwijl een faillissement grote gevolgen heeft voor veel consumenten. Zo had het faillissement van autoproducent Rover tot gevolg dat garanties, onderhoudscontracten en bestellingen niet konden worden waargemaakt. Op zichzelf veelal ook strooischades, waarbij collectieve actie moeilijk was, omdat de schade die Roverrijders als gevolg van het faillissement ondervonden zeer divers was.

Bij de vraag of de ANWB overgaat tot collectieve acties om schadevergoeding te verkrijgen, speelt de vraag of een bedrijf voldoende buffers heeft om dat op te vangen, een rol. In het algemeen gesproken wil de ANWB niet degene zijn die door een collectieve actie het laatste zetje geeft waardoor een bedrijf omvalt.

De ANWB benadrukt hierbij overigens dat voor een terughoudendheid ten aanzien van de mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen, geen reden bestaat in het geval bedrijven bewust en opzettelijk strooischade veroorzaken, bijvoorbeeld door overtredingen van antikartelwetgeving.

Voorbeelden collectief optreden bij strooischade

Naast de hiervoor al genoemde gevallen waarin de ANWB namens gedupeerden actie richting de schadeveroorzaker heeft ondernomen (schade door slecht wegdek, Rijkswaterstaat, onterechte bekeuringen), of dat in elk geval heeft overwogen (faillissement Rover), noemt de ANWB als voorbeeld het fietskartel. Door kartelafspraken is de prijs van fietsen jarenlang enkele tientallen guldens te hoog geweest. Dat er sprake was van een kartel, werd pas vele jaren later bekend. De NMA heeft hiervoor ook boetes opgelegd.

Samen met de Consumentenbond heeft de ANWB destijds onderzocht of een collectieve actie tot verkrijgen van vergoeding kon worden gestart. De veroorzaakte

schade en de te claimen bedragen waren enorm, gelet op het aantal gedupeerden. Uiteindelijk is echter van collectieve actie afgezien, gelet op de hoge kosten die een procedure met zich brengt. De kosten voor de verplichte procesvertegenwoordiging, zouden zo'n +/- € 300.000,-- bedragen. Daar bovenop zouden dan nog de kosten voor de administratie van de actie komen. Dit alles terwijl ANWB geen verzoeken hebben bereikt van leden om een schadevergoeding te verkrijgen. Uiteindelijk hebben de ANWB en de Consumentenbond de zaak niet doorgezet. Wel is getracht de fietsenfabrikanten aan te zetten het onrechtmatig genoten voordeel op een andere manier aan de consument ten goede te laten komen, bijvoorbeeld door investeringen in fietsprojecten.

Voorts is de ANWB betrokken geweest bij de totstandkoming van de regeling voor vergoedingen bij vertraging die de NS hanteert, waarbij wordt uitgegaan van gefixeerde bedragen.

De ANWB heeft, voor zover tijdens het gesprek kon worden nagegaan, tot op heden geen collectieve acties in rechte gevoerd. Dit hangt volgens de ANWB sterk samen met de eerder genoemde knelpunten. Om die reden kiest de ANWB liever voor overleg buiten rechte, informele druk en een rol als informatieverstrekker richting consumenten die zelf stappen ondernemen. Bij voorkeur zet de ANWB in een buitengerechtelijk traject de schadeveroorzaker op een 'spoor van coulance' bij de afwikkeling van individuele schadegevallen, waardoor ook in gevallen waarin toepassing van wettelijke criteria niet tot een schadevergoedingsplicht leidt, wegens gebrek aan bewijs of aantoonbare causaliteit, toch een vergoeding wordt uitgekeerd. Zo heeft zij dat bijvoorbeeld met succes gedaan met Rijkswaterstaat voor schades als gevolg van het door vorst aangetaste wegdek.

Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer

Over de Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer

De Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer (ROVER) is een onafhankelijke reizigersvereniging die zich inzet voor de belangen van alle reizigers in bus, trein, tram, metro en andere vormen van openbaar vervoer.

Zakelijke weergave gesprek Rover

Gesprekspartners: dhr. T. Boric (beleidsmedewerker) en mevr. mr. G.B.M. Schippers (projectleider OV-Loket)

Algemeen

De Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer (Rover) is een belangenorganisatie voor reizigers in het openbaar vervoer. Rover stelt zich het volgende ten doel:

- a. het behartigen van de belangen van de reizigers die gebruik maken van het openbaar vervoer en collectief vraagafhankelijk vervoer;
- b. het bevorderen van de kwaliteit van het openbaar vervoer;
- c. het bevorderen van de groei van het aandeel van het openbaar vervoer in het totaal van de verplaatsingen.

Rover heeft twee takken. Zij komt op voor reizigers die een probleem hebben met een openbaar vervoerder. Deze reizigers kunnen hun probleem melden bij het OV-Loket van Rover, waarna Rover hen bijstaat in het vinden van een oplossing, vooral door hen (juridische) informatie te verstrekken. Van alle binnengekomen meldingen maakt Rover rapportages op, die zij kan verstrekken aan overheden, bedrijven en andere consumentenorganisaties. Daarbij merkt Rover op dat de meldingen die haar via het OV-Loket bereiken, slechts het 'topje van de ijsberg' zijn.

Daarnaast heeft Rover een tak 'beleid' die kijkt naar de 'voorkant' van een openbaar vervoerbedrijf. Deze tak onderzoekt en overlegt met bedrijven over het voorkomen van problemen en het verbeteren van de dienstverlening.

Rover vraagt aandacht voor de specifieke context van de openbaarvervoermarkt. Inmiddels bestaat er in het openbaar vervoer marktwerking, evenwel zonder dat er een autoriteit is aangewezen die toezicht houdt op deze markt. Dat betekent dat meer dan in andere markten de bewaking van een goede marktwerking en de bescherming van consumentenbelang is overgelaten aan marktpartijen. Voor consumentenorganisaties is daarbij dan ook een belangrijke rol weggelegd. Daarnaast doet zich de bijzonderheid voor dat de regeling van het openbaar vervoer in belangrijke mate wordt bepaald door middel van concessies.

Strooischade in het openbaar vervoer

Rover stelt dat het openbaar vervoer een sector is waarin relatief veel strooischade voorkomt. De bedragen voor openbaarvervoer-aankopen zijn relatief gering en dat brengt mee dat de omvang van de directe schade, bestaande in de kosten die zijn betaald voor een niet of niet goed geleverde openbaarvervoerprestatie, ook relatief gering is. Gevolgschade, die veel omvangrijker kan zijn, is op grond van artikel 8:108 BW van een verplichting tot vergoeding uitgesloten.

Naast vertragingen zijn stakingen in het openbaar vervoer een belangrijke bron van strooischade voor reizigers. Rover onderscheidt daarbij drie soorten (strooi)schades:

- Abonnementschade: reizigers die vooruit hebben betaald voor een openbaarvervoerprestatie, krijgen deze prestatie niet geleverd.
- Vervangend vervoer schade: reizigers die in vervangend vervoer moeten voorzien zijn vrijwel altijd duurder uit dan wanneer zij van het gewenste openbaar vervoer gebruik hadden kunnen maken.
- Vervolgschade: te denken valt dan aan reizigers die door het niet beschikbaar zijn van openbaar vervoer een rij-examen of een vlucht missen, freelancers die hun opdrachtgever niet kunnen bereiken, werknemers die te laat op hun werk komen en daarvoor verlofuren moeten afboeken.

Ter illustratie wijst Rover op de wijze waarop bij recente stakingen in het streekvervoer in juni 2008 met de daardoor veroorzaakte schades is omgegaan.

Ten aanzien van de abonnementsschade stelden de streekvervoerders zich allereerst op het standpunt dat die schade niet vergoed zou worden. Rover heeft de streekvervoerders toen gewezen op het feit dat zij op basis van hun Algemene Voorwaarden verplicht zijn die schade te compenseren. Uiteindelijk hebben streekvervoerders abonneenthouders dagkaarten verstrekt die zij na afloop van hun abonnement konden gebruiken. Voor mensen die slechts gedurende de looptijd van het abonnement behoefte hadden aan de vervoerprestatie was dit echter geen adequate compensatie.

Schade die reizigers hebben geleden omdat zij vervangend vervoer moesten inschakelen en de vervolgschade zijn door de streekvervoerders in het geheel niet vergoed.

Rover wijst in dit verband op het vonnis dat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen op 10 juni 2008, LJN BD3691, heeft gewezen in het kort geding dat de drie noordelijke provincies (de concessieverleners) en Rover hadden aangespannen tegen de vakbonden die de stakingen organiseerden, en waarbij zij beëindiging van de staking (in ten minste de spitsuren) vorderden. In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter mede gelet op de omvang van de totale maatschappelijke schade

– bestaande uit een optelsom van doorgaans geringe individuele schades – een algehele staking disproportioneel geacht. De voorzieningenrechter overwoog hierover het volgende:

"6.4. Wat betreft de rechten van derden of algemene belangen die een beperking van de activiteit dringend noodzakelijk zouden maken, overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

De tallozen die dagelijks gebruik maken van het openbaar vervoer ondervinden op zijn minst ongemak van de staking; heel veel kleinere ongemakken tezamen maken wel degelijk dat er kan worden gesproken van maatschappelijke schade. Voorts is een goed functionerend openbaar vervoer maatschappelijk van groot belang; een te lichtvaardig uitgeroepen algehele staking doet dat vervoer onbetrouwbaar zijn en brengt daarmee blijvende schade toe. Voorts is er de aanwezig te achten (maar overigens nauwelijks onderbouwde) schade van de provincies zelf.

Aan de bonden kan worden toegegeven dat er in de drie Noordelijke provincies geen sprake is van 'maatschappelijke ontwrichting', maar daarvan behoeft geen sprake te zijn wil kunnen worden ingegrepen."

Rover noemt voorst de volgende gevallen als voorbeelden van strooischade in het openbaar vervoer:

- Schade die reizigers lijden als gevolg van een defecte OV-chipkaart waar nog een tegoed op stond of kosten die als gevolg van administratieve of technische onvolkomenheden bij gebruik van de OV-chipkaart in rekening worden gebracht voor niet gemaakte reizen, al dan niet vermeerderd met administratiekosten voor de afhandeling van een klacht hierover.
- Schade doordat een nog niet opgebruikte strippenkaart niet langer geldig is.

Compensatieregelingen

De vergoeding van schade bij vertraging wordt tot op zekere hoogte gedekt door de vergoedingsregeling van de Nederlandse Spoorwegen. Inmiddels is de NS op grond van de aan haar verleende concessie ook verplicht om een dergelijke regeling te hebben. Niet in alle concessies (ook niet in alle concessies voor spoorvervoerders) is een vergelijkbare verplichting opgenomen. Waar dat wel het geval is, is dikwijls voorgeschreven dat de concessiehouder een 'redelijke compensatieregeling' moet hanteren. Wat redelijk is, wordt in de concessie doorgaans niet nader ingevuld. In 2010 zal een Europese richtlijn in werking treden die alle spoorvervoerders verplicht om een compensatieregeling te hebben.

De compensatieregeling van de NS is halverwege de jaren 90 van de vorige eeuw tot stand gebracht. Op dat moment was de NS al wel verzelfstandigd tot een commerciële

onderneming, maar was er nog geen concessierelatie met de Staat (Minister van V&W). Anticiperend op de concessieverlening werden evenwel toen wel al afspraken gemaakt tussen de Staat en de NS over de dienstverlening. Achtergrond daarvan was dat van een commercieel bedrijf ook een commerciële instelling mag worden verlangd, waarbij het belang van klanten een prominentere rol speelt.

Knelpunten bij verkrijgen compensatie voor strooischade

Rover wijst op twee ontwikkelingen die volgens haar belangrijke invloed hebben gehad op de mogelijkheden om strooischade die verband houdt met openbaar vervoer vergoed te krijgen. Ten eerste de introductie van marktwerking in het openbaar vervoer en ten tweede de decentralisatie van verantwoordelijkheid voor het openbaar vervoer.

De eerste ontwikkeling heeft ertoe geleid dat een reiziger op een traject steeds vaker te maken krijgt met verschillende openbaarvervoerbedrijven. Een gevolg hiervan kan zijn dat een reiziger in het totale traject een vertraging oploopt waarvoor in het geval er sprake was geweest van één vervoerder op basis van een compensatieregeling recht op compensatie zou hebben bestaan, maar waarbij de vertraging op de afzonderlijke delen van het traject volgens de compensatieregelingen van de betrokken vervoerders net niet groot genoeg is om voor vergoeding in aanmerking te komen.

De marktwerking heeft in combinatie met de decentralisatie van de verantwoordelijkheid voor het openbaar vervoer geleid tot een fragmentatie van verantwoordelijkheid voor de dienstverlening en aansprakelijkheid voor vergoeding van schade die wordt geleden als gevolg van een gebrekkige dienstverlening. Heeft een reiziger een abonnement voor een traject waarbij hij gebruik maakt van vervoer van verschillende vervoerders en lijdt hij schade door een gebrekkige vervoersprestatie, dan is iedere vervoerder slechts aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt op het traject waarvoor hij verantwoordelijk is. Ketenaansprakelijkheid ontbreekt; de reiziger kan voor de schade dan ook niet terecht bij alleen de verkoper van het abonnement. Dit heeft al snel tot gevolg dat iedere vervoerder weer doorverwijst naar een ander.

Een belangrijke beperking van de mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen is voorts gelegen in artikel 8:108 BW, waarin gevolgschade, die veel omvangrijker kan zijn dan de schade bestaande in het bedrag dat een reiziger heeft betaald voor een niet of gebrekkig geleverde vervoersprestatie, is uitgesloten van een verplichting tot vergoeding. Rover pleit ervoor deze aansprakelijkheidsuitsluiting te schrappen. Volgens Rover is de (ratio) van deze uitsluiting achterhaald door de ontwikkeling waarbij het openbaar vervoer in handen is gekomen van commerciële bedrijven met een winstdoelstelling.

Rover onderscheidt naast de hiervoor genoemde knelpunten nog andere (strooi)schadevergoedingen ontmoedigende mechanismen binnen het openbaar vervoer.

1. In compensatieregelingen wordt doorgaans een ondergrens voor het te vergoeden bedrag gehanteerd; reizigers die elke dag een relatief klein traject afleggen, komen daardoor nooit voor vergoeding in aanmerking, terwijl de opgelopen vertraging even groot kan zijn als op een lang traject. Zo gold voor de Beneluxtrein een ondergrens van € 50,-- die bijna nooit werd gehaald met een enkeltje Amsterdam-Antwerpen.
2. Veelal wordt in compensatieregelingen een bedrag voor administratiekosten van de vergoeding afgetrokken.
3. Door een slecht functionerende klantenservice en gebrekkige informatievoorziening zijn veel reizigers niet bekend met het feit dat zij een vergoeding kunnen claimen; de bedrijven zelf geven hier doorgaans weinig ruchtbaarheid aan.
4. De algemene voorwaarden van vervoerbedrijven sluiten heel veel aansprakelijkheden uit. Veel van deze exonerationen zijn volgens Rover opgenomen in de zwarte of grijze lijsten van artikel 6:236 en 237 BW en om die reden vernietigbaar.

De openbaar vervoerbedrijven zijn allen aangesloten bij een geschillencommissie. Individuele reizigers kunnen daar tegen de betaling van € 25,-- een geschil laten beslechten, dat ook betrekking kan hebben op een schadevergoeding. Het reglement van de geschillencommissie voorziet niet in een mogelijkheid voor reizigersorganisaties om een collectieve klacht te laten behandelen. Gelet op de omvang van de schades, de tijd die de behandeling van een geschil in beslag neemt (4 tot 5 maanden) en de reis-, telefoon- en administratiekosten die daarvoor gemaakt moeten worden, is het voor reizigers al snel niet aantrekkelijk meer om een geschil aan de commissie voor te leggen. Jaarlijks zijn er maar enkelen die van de mogelijkheid gebruik maken.

Een probleem daarbij is dat de Geschillencommissie uitgaat van de geldigheid van de algemene voorwaarden, die als gezegd veel aansprakelijkheden uitsluiten. Rover is ervan overtuigd dat in het geval de rechter over de verbindendheid van deze voorwaarden zou oordelen, een groot aantal van deze exonerationen niet overeind blijft. Probleem is echter dat door de doorgaans geringe omvang niemand de gang naar de rechter maakt.

Nut van compensatie van strooischade

Het compenseren van schade als gevolg van gebrekkige dienstverlening heeft wat Rover betreft twee functies:

1. (Gedeeltelijke) genoegdoening voor de schade van de reiziger;

2. Preventie van schade/ongemak, doordat een compensatie(regeling) de vervoerder ertoe aanzet beter zijn best te doen.

Bij de eerste functie merkt Rover op dat compensatie de reiziger ook het gevoel geeft dat hij serieus wordt genomen; de compensatie wordt ervaren als een erkenning van de ondervonden ergernis en frustraties. De compensatie hoeft ook niet altijd de vorm te hebben van een schadevergoeding in geld. De compensatie kan ook de vorm krijgen van oplossingen om de vertraging te niet te doen of ten minste te beperken, bijvoorbeeld door vervangend vervoer aan te bieden

Rover hecht veel waarde aan de tweede functie. Rover zet bij voorkeur in op het oplossen van bestaande problemen en het voorkomen van schades in de toekomst, dan dat zij discussie voert over de afwikkeling van geleden schades. Daarbij wijst zij erop dat er in het openbaar vervoer altijd wel dingen fout zullen blijven gaan. Belangrijk is dat de vervoerder dan klantvriendelijk optreedt.

Collectieve actie

Rover zoekt in eerste instantie altijd het overleg met de openbaarvervoerbedrijven. De gang naar de rechter is een ultimatum remedium.

Rover heeft tot op heden geen collectieve acties in rechte gevoerd die strekten tot het verhalen van strooischade. Wel heeft Rover zich als partij aan de zijde van de provincies geschaard in het eerder genoemde kort geding waarbij een (gedeeltelijke) beëindiging van de busstakingen in juni 2008 werd gevorderd. Rover heeft daarnaast overwogen om door middel van een collectieve actie in rechte de schade voor vervangend vervoer en vervolgschade bij de streekvervoerders te claimen, maar heeft daarvan in ieder geval voorlopig afgezien omdat een stevige wettelijke basis daarvoor ontbreekt. Mochten de uitspraken van de Geschillencommissies over schadevergoedingen naar aanleiding van deze stakingen onbevredigend zijn, dan zal Rover mogelijk niettemin toch een collectieve actie in rechte starten.

Rover sluit voorts niet uit dat zij in verband met de invoering van de OV-chipkaart een collectieve actie in rechte zal starten, wanneer het overleg over de algemene voorwaarden die hierbij gelden tot onbevredigende uitkomsten leidt. Te denken valt dan aan schade die wordt geleden doordat de chipkaart plotseling blokkeert of het uitchecken door haperende techniek niet wordt geregistreerd. Zouden de algemene voorwaarden zo komen te luiden dat deze schade geheel of grotendeels voor rekening van de reiziger komen, dan houdt Rover de mogelijkheid van een collectieve actie om daar tegen op te komen open.

Daarnaast heeft Rover op grond van de Wet personenvervoer 2000 als consumentenorganisatie een adviesrecht ten aanzien van bijvoorbeeld

tariefsverhogingen. In een jaar waarin de prestaties van de NS slecht waren, heeft Rover geadviseerd een voorgenomen tariefsverhoging niet door te voeren. De NS heeft dit advies gevolgd. Daarbij is ook afgesproken dat de NS de tariefsverhoging in het daarop volgende jaren niet zou inhalen. Toen de NS dit enkele jaren later wel deed, heeft Rover zich als consumentenorganisatie gevoegd in een kort geding dat de Staat als concessieverlener tegen de NS had aangespannen om de tariefsverhoging tegen te houden. De vorderingen van de Staat werden toegewezen. Daaruit is een nieuwe deal met de NS ontstaan, waarbij is overeengekomen dat de NS de tariefslag alsnog zou mogen maken, als zij aan een aantal aanvullende eisen op het gebied van haar prestaties en dienstverlening zou voldoen.

Buiten rechte heeft Rover enkele jaren geleden met de NS collectieve afspraken gemaakt over compensatie van gedupeerden van een groot aantal storingen dat zich in een bepaalde periode voordeed.

Knelpunten bij collectieve actie tot verhaal strooischade

Rover noemt de hoge kosten van een collectieve actie een groot obstakel voor het voeren van collectieve acties tot verhaal van strooischade. Daarbij merkt zij op zij een niet gesubsidieerde vereniging is en dat haar 'tegenspelers', de openbaar vervoerbedrijven, doorgaans machtige partijen zijn die zich wel hoge proceskosten kunnen veroorloven. Rover signaleert dat er in dit opzicht sprake is van een ongelijke uitgangsspositie. Daar komt bij dat ook het bewijs van de (omvang van de) schade en het causaal verband veelal problematisch zijn en dat ook het eerder genoemde artikel 8:108 BW de mogelijkheden tot het verhaal van strooischade sterk beperkt.

Omdat de stap naar de rechter gelet op bovenstaande knelpunten vaak weinig aantrekkelijk is, heeft Rover het gevoel dat zij in het overleg met openbaarvervoerbedrijven net iets te vaak aan het kortste einde trekt.

Mogelijke verbeteringen

Rover noemt als mogelijke verbetering het schrappen van het verbod om in een collectieve actie een schadevergoeding te betalen in geld te vorderen, zoals nu neergelegd in artikel 3:305a lid 3 BW. Daarnaast pleit zij voor het schrappen van de aansprakelijkheidsuitsluiting van artikel 8:108 BW.

Rover merkt daarbij op dat men zich niet moet laten terugschrikken door de mogelijkheid dat een verruiming van de aansprakelijkheid van vervoerders en de mogelijkheden om schade vergoed te krijgen, zal leiden tot tariefsverhogingen. De inkomsten van een vervoerder en de hoogte van de tarieven worden immers sterk beïnvloed door de concessieverlener. Dit voorkomt dat extra kosten klakkeloos in de tarieven verdisconteerd kunnen worden. Gelet hierop zal van een ruimere

aansprakelijkheid voor schades eerder een prikkel uitgaan om de dienstverlening zo te verbeteren, dat schades worden voorkomen.

Rover is wél van mening dat ervoor moet worden gewaakt dat de jurisdisering niet zodanig doorschiet, dat er hele procedures worden opgetuigd ten behoeve van de vergoeding van schades die uit 'dubbeltjes' bestaat. Haar voorkeur gaat dan ook uit naar een wettelijke regeling die duidelijk maakt dat en wanneer een reiziger recht heeft op vergoeding van schade, en wel zodanig duidelijk dat gedupeerde reizigers in de regel niet de gang naar de rechter hoeven te maken om de aanspraak op vergoeding geldend te maken.

Vereniging Eigen Huis

Over de Vereniging Eigen Huis

Vereniging Eigen Huis (VEH) behartigt de belangen van eigenwoningbezitters, zowel door individueel advies als collectief door invloed uit te oefenen op de publieke opinie en de politiek. De Vereniging telt rond de 700.000 leden.

Reactie van de Vereniging Eigen Huis

De Vereniging Eigen Huis heeft schriftelijk geantwoord op de vragen die in het kader van het onderzoek aan haar zijn voorgelegd. Deze reactie wordt hieronder weergegeven.

Wij voeren hier geen uitgebreide "strooischade-praktijk", wat ik u erover kan vertellen is het volgende.

Als er meerdere gedupeerden zijn in een zaak raden we hen aan om de krachten zoveel als mogelijk te bundelen door de zaak te collectiviseren.

Als de zaak is gecollectiviseerd dan kan deze door onze juridische afdeling tegen uurtarief in behandeling worden genomen.

De Eigen Huis Nieuwbouwservice (EHNS) is een vorm van dienstverlening waarbij kopers van woningen in een nieuwbouwproject ons in een vroeg stadium kunnen inschakelen voor bouwkundige en juridische bijstand.

Verder proberen wij het opstellen van consumentenvoorwaarden bij de SER, gekoppeld aan geschillenbeslechting door de SGC, zoveel mogelijk te bevorderen. Dit biedt consumenten de gelegenheid om ook relatief lage schades voor te leggen aan de geschilleninstantie (laag klachtengeld, geen procesbijstand nodig). De branche staat vervolgens in voor nakoming van de uitspraken.

In antwoord op uw concrete vragen meld ik u het volgende:

Vraag 1. Kunt u voorbeelden noemen van gevallen van strooischade als gevolg van overtreding van consumenten- en/of mededingingsrechtelijke regels waar Vereniging Eigen Huis mee te maken heeft gehad?

Vereniging Eigen Huis participeert momenteel in de Stichting Verliespolis. Op onze website kunt u daarover meer informatie terugvinden onder Actueel – Dossiers – Beleggingsverzekeringen.

Vraag 2. Ziet u voor uw organisatie een taak weggelegd om ten behoeve van gedupeerden compensatie te verkrijgen voor strooischade en/of om op een andere wijze het met de schade samenhangende voordeel voor de veroorzaker aan de veroorzaker te ontnemen?

Ja, zie het voorbeeld van Verliespolis. De eerder genoemde behandeling van een zaak tegen uurtarief is evenwel uitgangspunt.

Vraag 3. Indien Vereniging Eigen Huis heeft getracht in een bepaald geval ten behoeve van gedupeerden compensatie te verkrijgen voor strooischade en/of om op een andere wijze het met de schade samenhangende voordeel voor de veroorzaker aan de veroorzaker te ontnemen: voor welke aanpak is gekozen en welk resultaat had dat?

Zie het antwoord onder 1.

Vraag 4. Ervaart u het doorgaans onvergoed blijven van strooischade – en het mogelijke voordeel dat de veroorzaker van die schade daardoor geniet – als een (groot) maatschappelijk probleem?

Vereniging Eigen Huis vindt dat consumenten te allen tijde een laagdrempelige en goedkope toegang tot een rechter of geschillenbeslechter moeten hebben. Dit tracht Vereniging Eigen Huis vooral te bereiken door via overleg met brancheorganisaties consumentenvoorwaarden tot stand te brengen, die voorzien in geschillenbeslechting bij de Stichting Geschillencommissies Consumentenzaken (SGC). Een te hoge drempel om recht te halen ervaart Vereniging Eigen Huis als een groot maatschappelijk probleem. Dit beperkt zich echter niet tot de gevallen van strooischade, maar ziet met name ook op individuele schadegevallen met een kleine omvang.

Vraag 5. Welke mogelijkheden ziet u om het verkrijgen van compensatie ten behoeve van gedupeerden voor strooischade te vergemakkelijken en/of om op een andere wijze het voordeel dat door het veroorzaken van strooischade wordt genoten, aan de veroorzaker te ontnemen? Ziet u knelpunten die weggenomen kunnen worden en/of nieuwe instrumenten of bevoegdheden die soelaas kunnen bieden?

Zie het antwoord op vraag 4.

Stichting de Ombudsman

Over Stichting de Ombudsman

Stichting De Ombudsman komt op voor de rechten van burgers. Zij onderzoekt en beoordeelt of wet- en regelgeving geen negatieve (onvoorziene of onbedoelde) gevolgen heeft voor consumenten en patiënten en ondersteunt hen aan de hand van aan haar voorgelegde klachtendossiers. De Ombudsman onderzoekt en adviseert over zaken op het gebied van consumentenrecht, koop en diensten, socialezekerheidswetgeving, speciaal onderwijs, arbeidongeschiktheid, zorg en verzekeringen. Daarnaast voert De Ombudsman collectieve acties, waarmee zij ernaar streeft rechtsongelijkheid structureel de wereld uit te helpen. Dat gebeurt onder meer door het vragen van media-aandacht.

Reactie Stichting de Ombudsman

De directeur van Stichting De Ombudsman (mevr. E. Prins) heeft schriftelijk gereageerd op de vragen die in het kader van het onderzoek aan haar zijn voorgelegd. Deze reactie wordt hieronder weergegeven.

Hierbij kan ik u melden dat wat betreft strooischade Stichting De Ombudsman geen gerechtelijke procedures voor grote groepen mensen tegelijk heeft gevoerd in het verleden.

De Ombudsman richt zich meer op:

A. het ontwikkelen van jurisprudentie die grote groepen ten goede komen aan de hand van 1 client in 1 zaak. Daarbij gaan we als het moet en de zaak een groot belang vertegenwoordigt tot aan de Hoge Raad of het Europees hof, vooropgesteld dat de cliënt daarmee instemt. Nadeel van deze werkwijze is dat indien de wederpartij tussentijds een aanbod voor een schikking doet en de cliënt dit aanbod accepteert, er geen uitspraak komt.

B. Het voeden van collectieve bewustwording en beïnvloeding van de wetgever door het aanzwengelen van een discussie over een geconstateerd knelpunt via de media en door middel van het publiceren van rapporten en aanbevelingen.

Dit heeft regelmatig tot gevolg dat of een wet wordt aangepast of de betrokken brancheorganisaties of bedrijven intern gedragsregels ontwikkelen die de positie van consumenten en patiënten versterken (onderzoek - bijvoorbeeld m.b.t. letselschade "Overleven in de letselschadepraktijk" of "Met het mes op tafel of een zoektocht naar de redelijkheid", of samen met de SMS makelaars het ontwikkelen van een gedragscode SMS)

Verder willen we aanbieders via de media stimuleren om hun handelwijze aan te passen, bijvoorbeeld door het vrijgeven van volledige voicelogs of een bedenktijd van 30 dagen te hanteren na telefonische colportage.

Wij vertegenwoordigen in de regel niet grote groepen mensen in strooischadezaken zoals bijvoorbeeld in de 'asbestzaken'. Wel hebben we kleine groepen bijgestaan (inzake malafide hondenhandelaars). In dat geval werkt een jurist van Stichting De Ombudsman samen met een extern advocatenbureau.

VNO-NCW en MKB Nederland

Over VNO-NCW

VNO-NCW is de grootste ondernemingsorganisatie van Nederland. VNO-NCW behartigt zowel op nationaal als op internationaal niveau de gemeenschappelijke belangen van het Nederlandse bedrijfsleven en verleent divers diensten aan haar leden.

De bij VNO-NCW aangesloten bedrijven en (bedrijfstaking)organisaties vertegenwoordigen 90 procent van de werkgelegenheid in de Nederlandse marktsector.

Over MKB Nederland

MKB Nederland is de grootste algemene werkgeversorganisatie voor het midden- en kleinbedrijf. Bij MKB-Nederland zijn ruim 186.000 bedrijven en instellingen uit 150 brancheorganisaties en 600 regionale en lokale ondernemersverenigingen aangesloten. MKB Nederland bundelt de belangen van ondernemers en ondernemersorganisatie met als doel het ondernemerschap in al zijn facetten te versterken.

Zakelijke weergave gesprek VNO-NCW en MKB Nederland

Gesprekspartners: dhr. drs. H.J.J. van Breemen (secretaris VNO-NCW) en dhr. drs. E.H.A.J. Peters (MKB Nederland, secretaris Nationale Winkelraad en secretaris Detailhandel)

Algemeen

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben over het onderwerp 'collective redress' dezelfde opvattingen. Dit geldt ook voor de mogelijkheden om tegen 'strooischade' op te treden. VNO-NCW en MKB-Nederland beschouwen zichzelf niet als belangenbehartiger van ondernemingen die strooischade hebben geleden. De groep gedupeerde ondernemingen is per definitie heel veel kleiner dan het bedrijfsleven waar VNO-NCW en MKB-Nederland voor staan. Vanzelfsprekend houdt de belangenbehartiging van VNO-NCW en MKB-Nederland wél in dat zij in algemene zin opkomen voor de mogelijkheden van bedrijven om geleden schade vergoed te krijgen. Om die reden hebben beide organisaties ook bedongen dat de mogelijkheden van de Wcam (Wet collectieve actie massaschade) niet alleen door consumenten, maar ook door ondernemingen benut kunnen worden.

Bestaande mogelijkheden om tegen strooischade op te treden

VNO-NCW en MKB-Nederland stellen zich op het standpunt dat er geen reden is om met strooischades anders om te gaan dan met reguliere vormen van massaschade.

Naar hun mening bieden de huidige mogelijkheden (collectieve actie, Wcam, overheidshandhaving) in principe voldoende soelaas aan gedupeerden om ook vormen van strooischade te verhalen, als de gedupeerde het maar belangrijk genoeg vindt om daarvoor verhaal te zoeken. Lukt het niet om met de bestaande middelen compensatie te verkrijgen voor strooischade, dan is dat volgens VNO-NCW en MKB-Nederland omdat de gedupeerde de zaak niet belangrijk genoeg vindt, de bestaande middelen niet goed worden benut of sprake is van een 'zwakke zaak'. Dat geldt ook voor de mogelijkheden van representatieve organisaties om een collectieve actie te voeren: óf je vindt het belangrijk voor je leden, en je gaat ervoor, ook al kost het wat, óf je hebt de kosten er niet voor over, en vindt het dus ook niet belangrijk genoeg.

Het spreekt daarbij volgens VNO-NCW en MKB-Nederland vanzelf dat een gedupeerde enige moeite en kosten voor zijn rekening moet nemen, indien hij een schadevergoeding claimt. De vergoeding van strooischade strandt naar de mening van VNO-NCW en MKB-Nederland echter veelal op inertie van gedupeerden. Het is nu eenmaal zo dat mensen er al snel van afzien om iets te doen wat meer geld kost, dan oplevert. Je kunt je afvragen hoe erg dat is. VNO-NCW en MKB-Nederland stellen dat het echter van tweeën één is: óf de gedupeerde vindt het belangrijk genoeg om enige kosten en moeite te betrachten teneinde de schade vergoed te krijgen, in welk geval de bestaande middelen tot verhaal in principe daartoe voldoende mogelijkheden bieden, óf de gedupeerde vindt het verkrijgen van de schadevergoeding niet belangrijk genoeg, in welk geval dan ook niet naar allerlei middelen moet worden gezocht om toch tot een vergoeding van die schade te komen. VNO-NCW en MKB-Nederland wijzen er op dat er al een laagdrempelige mogelijkheid is om door middel van collectieve actie schadevergoeding te verkrijgen: voldoende is dat een initiatiefnemer een internetadres opent waarop gedupeerden zich kunnen melden om deel te nemen aan een namens hen in te stellen vordering.

Gevraagd naar de mogelijkheden om op te treden tegen een door slecht presteren strooischade veroorzakende telecom- en internetprovider, geven VNO-NCW en MKB-Nederland aan dat het wellicht moeilijk maar niet onmogelijk is voor een consumentenorganisatie om tegen dit soort problemen op te treden. Zij wijzen erop dat het klanten vrijstaat om hun abonnement te ontbinden en naar een andere aanbieder over te stappen indien de telecomprovider tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst. Daarnaast wijzen zij erop dat op een gegeven moment door de hoeveelheid media-aandacht voor de mogelijke problemen met het product iedereen van de problemen op de hoogte is, en ook geïnformeerd is over de mogelijkheid om daar wat aan te doen.

Voorts wijzen VNO-NCW en MKB-Nederland op de mogelijkheden en doorgaans positieve effecten van zelfregulering. Voor strooischades die in relaties tussen ondernemingen worden veroorzaakt, worden volgens hen doorgaans in onderling overleg regelingen getroffen. Ook oneerlijke concurrentie wordt door onderling overleg

van branchegenoten aangepakt en bestreden, dan wel door optreden van de NMa. Het 'polderen' werkt volgens deze organisaties. In dit verband wijzen zij op het resultaat waartoe de bemoeienis van de Ombudsman Verzekeringen heeft geleid ten aanzien van de woekerpolissen en de vele gedragscodes die bedrijven, veelal in overleg met consumentenorganisaties, tot stand hebben gebracht. Voorts wijzen zij op sites als www.bem.nu, waar meldingen kunnen worden gedaan van oneerlijke concurrentie in de horeca. Maar is dat in alle oprechtheid strooischade? In feite is het iets dat wettelijk niet mag, maar waartegen de wetshandhaver onvoldoende / niet optreedt. VNO-NCW en MKB-Nederland erkennen daarbij dat er altijd bedrijven zullen zijn die zich aan elke vorm van zelfregulering onttrekken, zoals bijvoorbeeld spammers die keer per dag van internetprovider wisselen. Het is volgens hen dan aan de overheid om deze 'boefjes' – zo nodig in internationaal verband – aan te pakken.

Ondergrens is wenselijk

VNO-NCW en MKB stellen dat het streven niet erop moet zijn gericht om alles door middel van regelgeving te willen 'dichtkitten.' Je kunt 80% van je tijd kwijt zijn aan de laatste 20% van mogelijke zaken. Ook voor de vergoeding van schades is een ondergrens logisch en gewenst, teneinde te voorkomen dat de kosten van de middelen om die schades te compenseren niet meer in redelijke verhouding staan tot de omvang van de te vergoeden schade. VNO-NCW en MKB-Nederland staan dan ook afwijzend tegenover het creëren van juridische middelen die specifiek zijn gericht op het redresseren van strooischade.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat 'ergernis' niet moet worden aangemerkt als een vorm van 'strooischade'. In dit verband wijzen VNO-NCW op een voorbeeld dat in Amerikaanse handboeken voor advocaten is te vinden als voorbeeld van strooischade. Stel dat in een winkelcentrum beveiligingscamera's hangen die gericht zijn op het winkelend publiek, maar dat de verplichte sticker die het publiek hierop wijst door baldadige personen van de gevel is getrokken door onverlaten. Hebben de mensen die in het winkelcentrum winkelen zonder dat zij zich bewust zijn van de camera's dan ineens recht op schadevergoeding, omdat zij in hun privacy zijn aangetast? Is er dan sprake van schade? VNO-NCW en MKB-Nederland noemen dit voorbeeld om te illustreren dat voortdurend goed bedacht moet worden waar we het over hebben en dat een ondergrens in de omvang van de schade en het soort schade waarvoor verhaal gezocht kan worden nodig is.

Omvang strooischade

VNO-NCW en MKB Nederland betwisten dat er sprake is van een omvangrijke strooischade. In dit verband stellen zij dat de Consumentenbond nooit enige concrete gegevens heeft aangeleverd waaruit afgeleid kan worden dat strooischade een substantieel probleem is. Zij plaatsen bovendien kanttekeningen bij de schatting van

de Consumentenautoriteit van de omvang van de schade door oneerlijke handelspraktijken en meer in het bijzonder bij de wijze waarop de Consumentenautoriteit het aantal 'slachtoffers' van oneerlijke handelspraktijken heeft geschat. Volgens VNO-NCW en MKB-Nederland is een groot deel van de consumenten vandaag de dag immers voldoende geïnformeerd om niet in oneerlijke handelspraktijken te trappen en zijn veel consumenten mondig genoeg zijn om tegen dat soort praktijken op te treden.

VNO-NCW en MKB Nederland zien in strooischade geen significant maatschappelijk probleem dat moet worden opgelost. De bestaande mogelijkheden om strooischade vergoed te krijgen zijn volgens hen toereikend en de hedendaagse consument is onderhandelingsbekwaam. Het 'pamperen' van consumenten is dan ook niet ~~meer~~ nodig op dit dossier.

Aanpassing wetgeving?

VNO-NCW en MKB Nederland zien geen noodzaak tot aanpassingen in de wetgeving die specifiek zijn gericht op vergoedingen van strooischade. Wel hebben zij reeds in het kader van de evaluatie van de Wcam gewezen op enkele in haar ogen wenselijke verbetering die het principe van de Wcam intact laten. Een andere mogelijke verbetering is om de bestaande ADR-mogelijkheden (geschillencommissies) uit te breiden met een mogelijkheid om collectieve klachten te laten behandelen. Daarbij merken zij op dat ADR ruimte laat voor maatwerk per sector, en daarom te verkiezen is boven eventuele aanpassingen in de wetgeving. Zo kan worden voorkomen dat bijvoorbeeld de automobiellindustrie wordt geconfronteerd met instrumenten die zijn gecreëerd naar aanleiding van misstanden in de financiële sector. Vooral in de hoek van de financiële dienstverlening is volgens VNO-NCW en MKB behoefte aan betere, collectieve ADR-mogelijkheden. De materie is complex, het aantal kleine lettertjes enorm en de mate van vertrouwen in aanbieders groot. Als er al iets geregeld zou moeten worden in Nederland, zouden zij zich voor kunnen stellen dat je in deze sector begint.

VNO-NCW en MKB Nederland stellen dat ervoor moet worden gewaakt dat nieuwe procedures voor het verhaal van strooischade niet erin resulteren dat met een kanon op een mug wordt geschoten.

VNO-NCW en MKB Nederland waarschuwen hierbij voor 'Amerikaanse toestanden', waar de volgens haar doorgeschoten mogelijkheden van class actions tot onevenredig hoge kosten voor het bedrijfsleven leiden. VNO-NCW en MKB-Nederland merken op dat niemand 'Amerikaanse toestanden' wil, maar dat deze er desondanks toch komen. Zij wijzen op de 'ambulance chasing' na de vliegcrash met Turkish Airlines. Dit baart VNO-NCW en MKB-Nederland zorgen. Zij wijzen erop dat de Amerikaanse consument uiteindelijk niets wijzer is geworden van de Amerikaanse class actions. Gevolg is wel

dat aantoonbaar 1,7% van het BNP in Amerika opgaat aan litigation-kosten voor het bedrijfsleven.

Om deze toestanden te voorkomen, stellen zij dat eventuele aanpassingen in de wetgeving moeten uitgaan van de bestaande instrumenten. Daarbij moet vooral aandacht worden geschonken aan de maatvoering. Bezien moet worden wat macro-economisch een goede oplossing is. Hierbij tekenen zij aan dat bedacht moet worden dat een grens in Nederland veelal niet zozeer wordt opgevat als een grens (tot hier en niet verder), maar als het startpunt voor een nieuwe onderhandelingspositie. Van grenzen gaat altijd een opdrijvend karakter uit. 'Minder' wordt het nooit, 'afgeschaft' wel eens maar nooit vaak!

In dat verband vragen VNO-NCW en MKB-Nederland zich af of de volgende stap is dat consumenten elkaar aanspreken voor extra kosten die zij moeten maken. Bij wijze van voorbeeld wijzen zij op de kosten die het betalen met een creditcard voor een winkelier meebrengt. Die kosten zijn voor de winkelier hoger, dan in het geval een klant per pin afrekent (2% van de omzet versus 20 cent per transactie). De prijs van het product is voor beide klanten hetzelfde, doordat de kosten van betalingen in de productprijs worden doorberekend. Zou de consument die pinst nu de consument die met een creditcard afrekent moeten kunnen aanspreken voor de extra kosten die hij door het handelen van die laatste maakt? De 'pinner' betaalt immers de kredietmogelijkheid van de creditcard gebruiker! En kan een consument het deel van de premie die hij aan zijn ziektekostenverzekeraar betaalt als gevolg van het feit dat sommige consumenten duurderde medicijnen gebruiken dan het goedkoopste evengoed werkende medicijn, bij deze andere consumenten verhalen?

Voorts moet ervoor worden gewaakt dat met eventuele aanpassingen van de wetgeving geen schijnzekerheid' wordt geboden. In dat verband merken VNO-NCW en MKB-Nederland op dat de berekening van de schade veelal problematisch zal blijven, zeker in gevallen waarin mededingingsregels zijn overtreden en er sprake is van een keten van 'potentieel gedupeerden'. Wie dan schade heeft geleden en in welke omvang zal moeilijk zijn vast te stellen. Misschien heeft de consument als gevolg van het kartel van bierbrouwers teveel voor zijn biertje betaalt, misschien ook niet. Bij overtreding van consumentenrechtelijke regels is er veelal een directer verband tussen de overtreding en schade, maar ook dan is lang niet altijd duidelijk wie schade heeft geleden en hoe groot die schade is. In dit verband wijzen VNO-NCW en MKB-Nederland op de Staatsloterijzaak, waarin de Staatsloterij wordt verweten dat de winstkansen en uitkeringspercentages in sommige maanden lager waren dan wettelijk verplicht en dan de Staatsloterij deed voorkomen. Inmiddels is een stichting loterijverlies.nl opgericht en heeft deze stichting de Staatsloterij door middel van een collectieve actie voor de rechter gedaagd. Vraag is wel wie nu door de vermeende onrechtmatige handelwijze is gedupeerd en welke schade een individu heeft geleden.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn een groot tegenstander van een systeem waarbij een deel van een toegekende schadevergoeding of een opgelegde boete wordt uitgekeerd aan consumentenorganisaties. Dit geeft volgens hen deze organisaties een verkeerde *incentive* om acties tot het verkrijgen van een schadevergoeding te starten. Immers, je gaat de begroting van de politie ook niet koppelen aan uitgeschreven boetes en de begroting van de Voedsel en Warenautoriteit ook niet aan de kosten voor keuringen en opgelegde boetes.

Voorts waarschuwen zij voor te vergaande bevoegdheden voor consumentenorganisaties om namens een onbekende groep gedupeerden een vordering tot schadevergoeding te kunnen instellen. Zij wijzen in dit verband op een collectieve procedure die de Franse consumentenbond is gestart tegen een telecombedrijf voor door dat bedrijf veroorzaakte strooischade. De insteek was: er is een gigantische collectieve schade (+/- 10 miljoen gedupeerden), bereken de schade globaal en keer de schadevergoeding aan ons uit, dan verdelen wij deze weer over de gedupeerden. Het aantal gedupeerden dat zich bij de bond heeft gemeld, bleef echter zeer gering, zo om en nabij de 5000. Ook daar blijkt sprake van een inerte consument, als het gaat om strooischade. Kennelijk vonden consumenten compensatie in dit geval niet zo belangrijk.

VNO-NCW en MKB-Nederland merken hierbij op dat zij overigens wél liever zien dat representatieve organisaties als de Consumentenbond collectieve acties voeren tot het verkrijgen van schadevergoedingen, dan dat advocaten met no cure- no pay- achtige motieven dit doen, nu in dat laatste geval de consument uiteindelijk minder krijgt.

Is de insteek niet zozeer het compenseren van gedupeerden, maar het afromen van overwinsten die zijn gemaakt door gedragingen die strooischade veroorzaken, dan menen VNO-NCW en MKB-Nederland dat daarin langs publiekrechtelijke weg kan – en ook al wordt – voorzien. Een boete kan worden beschouwd als een instrument waarmee onrechtmatige overwinst aan een bedrijf wordt ontnomen. De vaststelling van de (maximale) hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de proportionaliteit en effectiviteit van de boete. Wil een boete proportioneel en effectief zijn, dan zal deze ten minste moeten opwegen tegen het voordeel dat met het te bestraffen gedrag is behaald. Overigens is het volgens VNO-NCW en MKB-Nederland een fictie dat bedrijven overwinsten zouden genieten door handelen dat strooischade veroorzaakt. Zou daar echter al structureel sprake van zijn, dan kan daar met de bestaande middelen effectief tegen worden opgetreden. VNO-NCW en MKB-Nederland merken hierbij wel op dat het, als het gaat om de rol van toezichthouders, het een of het ander is: óf de toezichthouder legt een boete op als sanctie, óf de toezichthouder houdt zich bezig met het compenseren van gedupeerden. Het kan echter niet zo zijn dat bijvoorbeeld de Consumentenautoriteit én een maximale boete kan opleggen én redres van gedupeerden afdwingt.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn geen voorstander van het schrappen van de beperking van artikel 3:305a lid 3, laatste zin, waardoor het vorderen van schadevergoeding in geld in een collectieve actie wordt uitgesloten. Zij vinden deze uitsluiting, die volgens hen moet worden gezien binnen het totale spectrum van mogelijkheden tot het verhaal van schade, een goede zaak. Zou de uitsluiting worden geschrapt, dan wordt daarmee de deur voor de al eerder genoemde 'Amerikaanse toestanden' volgens hen geopend. Voldoende is dat men een schadeveroorzaker via een collectieve actie kan dwingen tot het erkennen van aansprakelijkheid, waarna het Wcam-traject kan worden ingeslagen om de schade af te wikkelen.

Koninklijke Horeca Nederland**Over Koninklijke Horeca Nederland**

Koninklijke Horeca Nederland (KHN) is een brancheorganisatie voor ondernemers in de horeca. KHN telt zo'n 20.000 leden en is daarmee één van de grootste brancheorganisaties van Nederland. KHN behartigt, zowel collectief als individueel, de belangen van zijn leden.

Zakelijke weergave gesprek KHN

Gesprekspartner: dhr. mr. J. Kant (jurist)

Koninklijke Horeca Nederland (KHN) is momenteel in onderhandeling met bierbrouwers over een regeling naar aanleiding van de door de Europese Commissie vastgestelde kartelafspraken tussen de vier grote bierbrouwers. Om de loop van deze onderhandelingen niet te beïnvloeden, wenst Koninklijke Horeca Nederland op dit moment niet concreet op het verloop daarvan in te gaan. Bovendien brengt dit mee dat zij ook terughoudend is met het verkondigen van standpunten over de (toereikendheid van) mogelijkheden om strooischade, in het bijzonder strooischade geleden als gevolg van overtreding van mededingingsrechtelijke regels, te verhalen of het daardoor genoten onrechtmatig voordeel aan de overtreder te ontnemen.

In algemene zin merkt KHN op dat het veel moeite en kosten vergt om een groot aantal gedupeerden die individueel een geringe schade hebben geleden zo te organiseren, dat een collectieve actie in of buiten rechte richting een schadeveroorzaker kan worden gestart. De hoge kosten daarvan afgezet tegen het veelal geringe voordeel dat elke individuele gedupeerde van een collectieve actie zou kunnen hebben indien deze succes heeft, speelt KHN daarbij parten. Daar komt bij dat de kosten voor een collectieve actie gemaakt moeten worden, terwijl op voorhand onzeker is of de collectieve actie succes zal hebben. Als een branchevereniging als KHN dan moet bepalen waar zij de beperkte middelen waarover zij beschikt inzet, is de kans groot dat met die middelen voor de door haar vertegenwoordigde ondernemers meer bereikt kan worden als zij niet voor het voeren van een collectieve actie worden aangewend.

KHN constateert dat de geleden schade wel de aanleiding voor een collectieve actie tegen de veroorzaker kan zijn, maar dat vergoeding van die schade in onderhandelingen met de veroorzaker naar de achtergrond verdwijnt, en het accent verschuift naar afspraken voor de toekomst. Dit zal mede te maken hebben met de omstandigheid dat de door iedere individuele ondernemer geleden schade gering is en de daadwerkelijke omvang van de geleden schade veelal moeilijk is vast te stellen.

Als voorbeeld noemt KHN de Interpay-kwestie, waarbij KHN tezamen met Platform Detailhandel optrok tegen de Banken die via Interpay een kartel vormden. Nadat de NMa de Banken hiervoor een boete had opgelegd, is tussen de Banken, KHN en Platform Detailhandel een akkoord bereikt, dat enkel voorzag in afspraken voor de toekomst. KHN noemt het boetebesluit van de NMa het breekijzer dat nodig was om de Banken tot een dergelijk akkoord te bewegen. Dit besluit bepaalde de startpositie van gedupeerden in de onderhandelingen met de Banken over de afwikkeling van deze kwestie. Hoewel NMa geen partij was bij de onderhandelingen met de Banken, heeft zij een cruciale rol gespeeld door de totstandkoming van het akkoord een rol te laten spelen bij de heroverweging in bezwaar, in die zin dat dit heeft bijgedragen aan een verlaging van de boetes. Omdat de NMa duidelijk was over het feit dat zij een akkoord zou kunnen laten meewegen, was hiermee voor de schadeveroorzakers een incentive gegeven om tot een akkoord te komen. De KHN waardeert deze aanpak van de NMa. Daarmee laat de NMa volgens KHN zien dat het haar primair om het waarborgen van een eerlijke marktwerking gaat, en niet alleen om door middel van boetes 'tikken' uit te delen en geld binnen te halen. Anderzijds wijst KHN op het gevaar dat het opgelegde boetes die de schadeveroorzakers daadwerkelijk 'pijn doen', de onderhandelingsbereidheid van die veroorzakers over schadevergoedingen of maatregelen voor de toekomst die geld kosten kleiner kan maken.

KHN heeft niet de illusie dat het zal lukken om in gevallen waarin door overtreding van mededingingsregels strooischade is veroorzaakt, deze schade vergoed te krijgen. In het white-paper van Kroes wordt wel gesteld dat de mogelijkheden hiertoe verruimd moeten worden, maar bij echte 'kruimelschade' zal de moeite om de (omvang van de) schade te bewijzen nooit opwegen tegen de baten. De KHN ziet het als een probleem dat veroorzakers van strooischade om deze reden hun aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade gemakkelijk kunnen ontlopen. Anderzijds is KHN van mening dat het ook niet te gemakkelijk moet zijn om strooischades te verhalen, teneinde te voorkomen dat de kosten die worden gemaakt voor de behandeling van claims niet opwegen tegen de impact van de schades waarvoor verhaal wordt gezocht.

Reclame Code Commissie**Over de Reclame Code Commissie**

De Reclame Code Commissie (RCC) is een onafhankelijk klachtenorgaan dat oordeelt of reclame-uitingen in overeenstemming zijn met de Nederlandse Reclame Code. De Reclame Code Commissie wordt in stand gehouden door de Stichting Reclame Code (SRC). Deze Stichting bevordert dat in Nederland op verantwoorde wijze reclame wordt gemaakt, zowel in het belang van de consument als de adverteerder. Hiertoe zijn na overleg met consumentenorganisaties, de overheid en NGO's door het bedrijfsleven, diverse branche organisaties en SRC regels opgesteld waaraan reclame moet voldoen: de Nederlandse Reclame Code.

Zakelijke weergave gesprek Reclame Code Commissie

Gesprekspartner: mevr. mr. P.E.C. Ancion (directeur)

Om een klacht over reclame in te kunnen dienen bij de Reclame Code Commissie is niet vereist dat klager schade heeft geleden of bijvoorbeeld zélf is misleid. In zoverre is er dan ook geen directe relatie tussen 'strooischade' en de taken van de Reclame Code Commissie. De klacht kan niet alleen betrekking hebben op een overschrijding van objectieve grenzen (zoals een oneerlijke handelspraktijk, misleidende reclame), maar ook op een overschrijding van subjectieve grenzen (goede smaak, fatsoen). Acht de Commissie een klacht gegrond, dan geeft zij een aanbeveling om in het vervolg niet meer de reclame te maken waarop de klacht betrekking had.

De Reclame Code Commissie houdt toezicht op de naleving van het algemene deel van de Reclame Code, dat betrekking heeft op onder meer normen van goed fatsoen en goede smaak. Daarnaast houdt de Reclame Code Commissie toezicht op de naleving van branchespecifieke reclamecodes, zoals de Reiscode en de Tabakscodes.

Aan het indienen van een klacht zijn voor de klager geen noodzakelijke kosten verbonden; een klacht kan per e-mail worden ingediend.

Mevrouw Ancion merkt op dat het laten vaststellen dat een reclame misleidend is, een neutraliserend effect kan hebben op de 'ergernis' die een consument van die reclame heeft ondervonden. Om die reden waarschuwt zij voor het kapitaliseren van 'ergernis'. Daarbij merkt zij op dat een korte termijn voordeel door misleidende reclame kan omslaan in een lange termijn nadeel, doordat het bedrijf dat misleidende reclame maakt een kwade reuk krijgt. Naming en shaming werkt in het algemeen erg goed, ook om het bewustzijnsniveau van consumenten omhoog te brengen.

Verder laat de praktijk zien dat veel bedrijven bereid zijn een consument die zich door reclame misleid of anderszins ongelukkig voelt, op enigerlei wijze te compenseren. Veelal wenst de adverteerder de relatie met de consument goed te houden. Hoe vaak dit voorkomt, kan mevrouw Ancion niet zeggen, nu dit zich doorgaans aan het zicht van de Reclame Code Commissie onttrekt. Wél ziet zij soms dat een tegemoetkoming van het bedrijf waarover wordt geklaagd voor de klager reden is om zijn klacht in te trekken.

Mevrouw Ancion merkt voorts op dat de consument sommige producten in stand houdt, ook al weet hij dat hij 'voor het lapje wordt gehouden'. In dat verband wijst zij op reclame voor cosmeticaproducten die 'veroudering' tegen gaan. Iedereen weet dat daarbij gebruik wordt gemaakt van gebruikelijke overdrijving, omdat iedereen beseft dat het proces van ouder worden niet gestopt kan worden. Mensen willen vaak ook wel graag geloven dat het wel werkt, ook als ze eigenlijk weten dat dat niet zo is. Mevrouw Ancion vraagt zich af of er dan sprake is van strooischade en of, als dat al zo zou zijn, je daar tegen moet willen optreden.

Daarnaast merkt mevrouw Ancion op dat bij misleidende reclame of aanbiedingen er niet altijd sprake is van vooropgezette misleiding. Soms kan een aanbieding bijvoorbeeld niet daadwerkelijk worden aangeboden door problemen met de bevoorrading. Is er dan sprake van strooischade, en moet je ook daartegen dan kunnen optreden? Niet zelden is er sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

In de praktijk blijkt 91% van de adverteerders ten aanzien van wie de Reclame Code Commissie een klacht gegrond verklaart, de aanbeveling van de Commissie op te volgen. Deze vorm van zelfregulering tegen misleidende of onfatsoenlijke reclame werkt volgens mevrouw Ancion dan ook aardig.

SRK Rechtsbijstand

Over SRK Rechtsbijstand

SRK Rechtsbijstand verzorgt de rechtshulp voor de verzekerden van 11 Nederlandse verzekeraars. SRK Rechtsbijstand doet dit onafhankelijk. Zij heeft meer dan 300 juristen en advocaten in dienst.

Zakelijke weergave gesprek met SRK Rechtsbijstand

Gesprekspartner: mevr. mr. A. van Waesberghe

Omdat SRK Rechtsbijstand voor verzekerden een franchise hanteert van € 250,-- worden 'strooischadeclaims' door haar doorgaans niet in behandeling genomen. Strooischade speelt echter soms ook een rol bij claims die de franchise overstijgen. Vooral op de terreinen energie en telecom bereiken SRK nogal eens verzoeken om 'aanvullende strooischade' in de claim te betrekken. Te denken valt dan aan de kosten die consumenten hebben gemaakt om met het energie- of telecombedrijf tot een afwikkeling van hun klacht te komen, bestaande in bijvoorbeeld de kosten voor service-nummers met een niet regulier tarief waar een consument vaak minutenlang in de wacht wordt gezet. Ergernis hierover brengt nogal eens mee dat gedupeerden vragen om ook deze kosten in de vordering mee te nemen. Veelal raken deze kosten echter weer uit zicht, als met het schadeveroorzakende bedrijf een akkoord wordt bereikt over vergoeding van de hoofdsom van de schade. Daarbij speelt een rol dat het bewijs van die kosten vaak meer moeite vergt dan baten oplevert.

Houdt een verzekerde ook dan vast aan de aanspraak op vergoeding van de kosten die hij in verband met de behandeling van zijn klacht heeft gemaakt, dan koopt SRK deze aanspraak doorgaans af, door ze aan de verzekerde uit te keren.

SRK Rechtsbijstand start zelf eigenlijk nooit collectieve acties. Verzekerden hebben op basis van de polisvoorwaarden een vrije advocaatkeus. Veelal worden claims van verzekerden 'getriggerd' door media aandacht voor het veronderstelde schadeveroorzakende handelen, en vaak is op dat moment ook al een advocaat of stichting in beeld die een collectieve actie zal starten. SRK wordt dan benaderd met verzoeken om deelname in de collectieve actie te vergoeden. SRK doet dat als zij meent dat de collectieve actie een redelijke kans van slagen heeft. Omdat al een collectieve actie is gestart, bestaat er voor SRK doorgaans geen aanleiding meer om zelf namens haar verzekerden een collectieve actie te initiëren.

Als voorbeeld van een geval van mogelijke strooischade waar SRK vrij onlangs meldingen over heeft gekregen, noemt SRK de handelwijze van de Staatsloterij, waarbij in het geval het getrokken 'winnende lot' nog niet is verkocht, geen nieuwe

trekking volgt. Inmiddels is een Stichting opgericht die een collectieve actie is gestart. Mensen die menen dat zij gedupeerd zijn, kunnen zich hierbij tegen betaling van een relatief geringe vergoeding aansluiten.

mr. P.V.F. Bos (advocaat bij Barents Krans)**Over mr. P.V.F. Bos**

De heer Bos is als advocaat bij kantoor Barents Krans regelmatig betrokken bij schadevergoedingsacties als vervolg op mededingingsbesluiten. De heer Bos is onder meer Nederlandse correspondent voor de European Competition Law Review en lid van de redactie van Markt & Mededinging.

Zakelijke weergaver gesprek met dhr. Bos*Omvang strooischade*

De heer Bos merkt op dat er tot nog toe zeer weinig gerechtelijke procedures zijn gevoerd over de vergoeding van (strooi)schade die is veroorzaakt door kartelgedrag. Uit Amerikaanse ervaringen is evenwel bekend dat kartelgedrag aanzienlijke schade kan veroorzaken. Daar wordt aangenomen dat het onrechtmatig voordeel dat met kartelgedrag via opslag op de prijsvorming wordt behaald door de bank genomen uitkomt op 15% van de omzet van een kartellist. Dit is ook eigenlijk een kwestie van gezond verstand. Een kartellist wil nu eenmaal verdienen aan een kartel. Verondersteld mag worden dat indien het voordeel dat daarmee kan worden behaald kleiner zijn dan 10%, een onderneming daar niet aan begint. De totale omvang van de schade door kartelgedrag zou je dus best kunnen benaderen, als je bekend bent met het aantal kartels. Het veelal door bedrijven gevoerde verweer dat het kartel in de praktijk niet werkte en geen prijsopdrijvend effect had, is doorgaans weinig geloofwaardig. Bovendien is het enkele feit dat een onderneming kartelafspraken wilde maken al fout, ongeacht het effect op de prijzen en het daarmee behaalde voordeel. Bij een overtreding van consumentenrechtelijke regels is het wellicht moeilijker om de omvang van de daardoor veroorzaakte (strooi)schade te schatten.

Huidige mogelijkheden en knelpunten bij optreden tegen strooischade

De heer Bos stelt dat de kern van het probleem bij het optreden tegen strooischade niet schuilt in het recht, of in de juridische vaktechniek, maar in (1) de financiering van dat optreden en (2) de organisatie daarvan.

In dit verband merkt de heer Bos op dat er veel wordt gediscussieerd over 'opt in'- en 'opt out'-acties, maar dat het commercieel gezien altijd gaat om de vraag of een gedupeerde wil 'instappen' in een juridische (collectieve) actie, hoe het ook juridisch is geregeld. De financier van een (collectieve) actie wil voldoende volume hebben; hij berekent wat de kosten van een actie zijn, wat de mogelijke beloning is, neemt een investeringsbeslissing en gaat dan de boer op om klanten (gedupeerden) te zoeken.

Op deze wijze gaat ook het Belgische CDC (Cartel Damages Claims) te werk. Dit kantoor verzamelt de claims van gedupeerden van een kartel en bundelt deze om in collectieve actie namens de gedupeerden een schadevergoeding te eisen van de kartellisten. Daartoe werft het kantoor nadrukkelijk gedupeerden voor de actie. Middels een speciaal daarvoor opgericht procesvehikel, dat als formele eiser in rechte zal optreden, worden de vorderingen van gedupeerden opgekocht en overgedragen, al dan niet onder uitgestelde betaling tot aan het moment waarop een schadevergoeding is toegekend. Op dit moment gaat CDC bijvoorbeeld op deze wijze te werk in de Hydrogene Peroxide-zaak in Duitsland, waarbij grote, industriële afnemers weliswaar individueel enorme schades hebben geleden als gevolg van het kartelgedrag van de producenten van Hydrogene Peroxide, maar die schades voor de afnemers, gelet op hun omzet, toch te gering zijn om daar zelfstandig werk van te maken. Voor deze partijen is het daarentegen wel aantrekkelijk om hun vorderingen op de kartellisten over te dragen aan een derde, die vervolgens voor eigen rekening en risico probeert deze te gelde te maken.

Het valt de heer Bos op dat de Europese Commissie tot op heden geen aandacht schenkt aan het probleem van financiering van acties tot het verhaal van collectieve schade. Dit terwijl daar volgens hem als gezegd juist de crux van het probleem zit. Om een zaak te hebben, zul je een onderhandelingspositie moeten opbouwen tegenover de schadeveroorzaker en daarvoor is geld nodig. Dat betekent immers dat je moet zorgen dat genoeg gedupeerden zich bij de actie aansluiten en dat je deze organiseert. Alleen als je genoeg gedupeerden vertegenwoordigt, ben je tegenover de schadeveroorzaker een commercieel geloofwaardige onderhandelingspartner. Een 3:305a BW stichting zal dus voldoende 'body' moeten hebben, in de vorm van steun van gedupeerden of brancheverenigingen, om tegenover de schadeveroorzaker een vuist te kunnen maken. Is die 'body' er, dan zal de kartellist in de regel op een gegeven moment wel willen erkennen dat er een probleem is en ook zelf een oplossing daarvan wenselijk vinden. Daarvoor is doorgaans voldoende dat het merendeel van de gedupeerden bij de actie betrokken is. In de Dexia-zaak bleek dat het voor Dexia bijvoorbeeld voldoende was dat de collectieve regeling zich uitstrekte tot zo'n 70% van de polishouders. In dit verband wijst de heer Bos erop dat het in Amerika wel voorkomt dat advocaten die voornemens zijn namens gedupeerden op te treden eerst bij de schadeveroorzaker langs gaan, met het bericht dat deze een probleem heeft dat zij voor hem kunnen regelen, waarbij de collectieve actie vervolgens wordt gefinancierd uit een voorschot op een schadevergoeding.

Naast de kosten van de organisatie van een collectieve actie, brengt ook het opbouwen van een schadetheorie kosten met zich. Ook daarvoor is dus geld nodig. Te denken valt dan aan de kosten van deskundigen om de hoogte van de schade te laten berekenen en het 'kopen' van informatie.

De moeilijkheden rond de financiering brengen mee dat ook representatieve organisaties als de Consumentenbond eigenlijk niets kunnen uithalen als het om optreden tegen strooischade gaat, ook al zouden zij dat graag willen.

De heer Bos verwerpt de stelling dat in het geval gedupeerden niet bereid zijn de kosten van een collectieve actie te betalen, zij het verhaal van hun schade kennelijk niet belangrijk genoeg vinden. Je kunt de zaak immers ook omdraaien: waarom geven kartellisten het geld dat ze met een kartel hebben verdiend niet uit eigen beweging terug aan de gedupeerden? Los van het recht is hier toch zeker ook sprake van een fatsoensnorm die hen daartoe moreel verplicht. Je kunt kartelgedrag beschouwen als een vorm van 'witte borden'-criminaliteit. Het gaat om stiekem gedoe met het oogmerk er zelf beter van te worden door anderen te benadelen. Je hoort ondernemers ook niet zeggen dat een kartel geen schade veroorzaakt, dat wordt doorgaans niet principieel ontkend. Tegen dit soort schade moet dan ook effectief kunnen worden opgetreden. Dat geldt ook als is vastgesteld dat een bedrijf opzettelijk consumentenrechtelijke regels overtreedt, waardoor consumenten schade lijden. De vraag is wie dit oppakt. Zolang de financiering van een collectieve actie echter dusdanige barrières opwerpt, dat een dergelijke actie veelal niet haalbaar is, is het recht op toegang tot de rechter in zekere zin illusoir en bestaat er een 6 EVRM-probleem.

In dit verband merkt de heer Bos op dat de Europese Commissie sinds enige tijd weliswaar heel consequent gedupeerden oproept tot het verhaal van de schade die zij als gevolg van een kartel hebben geleden op de kartellisten, maar dat de beschikkingen van de Commissie waarin kartelgedrag wordt vastgesteld, voor private enforcement veelal onvoldoende steun geven, bijvoorbeeld omdat daarin de schade die het kartel heeft veroorzaakt niet wordt becijferd. Toegang tot het dossier dat aan de beschikking ten grondslag ligt – waarover nu veel wordt gediscussieerd – zou gedupeerden dan ook wellicht niet eens zoveel verder helpen. Daarnaast bestaan naar nationaal recht wellicht voldoende mogelijkheden om de omvang van de schade goed te kunnen benaderen. Je kunt erachter komen wat de prijzen waren voor het kartel, tijdens het kartel en erna. Zo is van het Fietsenkartel bekend dat de prijs per fiets daardoor ongeveer 50 gulden hoger lag, dan zonder kartel het geval zou zijn geweest. Als je op basis van deze feiten een schadebedrag stelt, is het aan de kartellist om zich daartegen te verweren en – op basis van een verzwaarde motiveringsplicht – tot op zekere hoogte aan te tonen dat het schadebedrag onjuist is. Voorts biedt ook de exhibitieplicht van artikel 843a Rv mogelijkheden om informatie te verkrijgen die nodig is om een goede schadeberekening te kunnen maken.

De heer Bos merkt voorts op dat er op dit moment een soort onlogisch verband is tussen artikel 3:305a BW en de Wcam. Tussen beide instrumenten ligt een niemandsland. Hoewel de Wcam op zichzelf goed werkt, komt het vaak niet tot toepassing daarvan, omdat een collectief optreden in de aanloop daar naar toe vaak al

stukloopt op het financierings- en/of organisatieprobleem. Lukt het niet om een onderhandelingspositie op te bouwen, waarvoor als gezegd nodig is dat een zo groot aantal gedupeerden in de actie wordt betrokken, dat het voor de schadeveroorzaker interessant wordt om aan de onderhandelingstafel plaats te nemen, dan kom je niet aan het gebruik van de Wcam toe.

De heer Bos is van mening dat in gevallen waarin niet exact kan worden vastgesteld wie hoeveel schade heeft geleden, abstracte schadeberekening uitkomst kan bieden. In Amerika is hier al veel ervaring mee opgedaan; de economische techniek daarvoor is dan ook voorhanden. Dat geldt, in geval van kartelschade, doorgaans ook voor de gegevens die nodig zijn voor een dergelijke abstracte schadeberekening en de daarbij te hanteren verdeelsleutels voor verdeling van de schade tussen directe en indirecte gedupeerden. In dit verband wijst hij op een vitaminekartelzaak in Australië, waarbij de rechter op basis van een abstracte schadeberekening en causaliteitsaannames een schadevergoedingsregeling heeft vastgesteld, waarbij volgens bepaalde verdeelsleutels aan directe en indirecte benadeelden schade vergoed diende te worden. Potentieel benadeelden – in dit geval veehouders – werden via media en door bezoeken opgeroepen om zich bij de actie aan te sluiten. Om voor vergoeding in aanmerking te komen, hoefden de gedupeerden niet sluitend bewijs te leveren dat zij schade hadden geleden, en in welke omvang. Voldoende was dat zij voldeden aan bepaalde criteria, bijvoorbeeld konden aantonen dat zij in een bepaalde periode een veehouderij hadden van een bepaalde omvang.

Voorts wijst de heer Bos erop dat voor gevallen waarin op voorhand niet bekend is wie de benadeelden van een onrechtmatige, collectieve schadeveroorzakende gedraging zijn, gedacht kan worden aan een mogelijkheid om namens een collectiviteit een procedure te voeren die uitmondt in een (door de rechter vastgestelde) regeling, waarvoor gedupeerden zich kunnen aanmelden. Het probleem van onbekendheid van de groep gedupeerden staat dan niet in de weg aan de vaststelling van een schaderegeling, maar wordt verlegd naar de uitvoering van de schaderegeling. Dan zal een gedupeerde moeten kunnen aantonen dat hij op grond van die schaderegeling als gedupeerde voor een schadevergoeding in aanmerking komt.

Publiekrechtelijke mogelijkheden

De heer Bos is geen voorstander van het creëren van publiekrechtelijke mogelijkheden om het onrechtmatig voordeel dat is genoten door overtreding van consumentenrechtelijke of mededingingsrechtelijke regels aan de schadeveroorzaker te ontnemen, nu een dergelijke voordeelsontneming niet (direct) aan gedupeerden ten goede komt. Om die reden druist een publiekrechtelijke voordeelsontneming – als alternatief voor compensatie van gedupeerden – naar zijn mening tegen privaatrechtelijke principes in, die hier uitgangspunt zouden moeten zijn. Om die zelfde redenen heeft de heer Bos bezwaar tegen een stelsel waarbij een deel van een

opgelegde boete wordt gestort in een fonds, waaruit privaatrechtelijke acties tot verhaal van schade gefinancierd kunnen worden. Liever ziet de heer Bos dan dat publiekrechtelijke mogelijkheden worden gecreëerd om een strooischadeveroorzaker aan te pakken, waarvan gedupeerden wél direct profiteren. Te denken valt dan aan bijvoorbeeld een gedwongen verlaging van prijzen, al zal dat volgens hem snel stuiten op uitvoeringstechnische problemen.

In verband met het voorgaande vraagt de heer Bos aandacht voor de vraag wie beslist over het omslagpunt van civielrechtelijke acties tot verhaal van schade naar daarop gerichte publiekrechtelijke acties. Wanneer gaat een autoriteit zich met schadeafwikkeling door de schadeveroorzaker bemoeien, als voor gedupeerden ook privaatrechtelijke acties gestart kunnen worden tot verhaal van die schade? Voorts moet onder ogen worden gezien dat je te maken kunt hebben met concurrerende eisende partijen; de ene gedupeerde wil dit, de andere wil dat. Welke keuze maakt de toezichthouder dan, en hoe werkt dit door in de mogelijkheden van gedupeerden om hun schade privaatrechtelijk te verhalen?

Mogelijkheden tot verbetering

Volgens de heer Bos is de juridische gereedschapskist met instrumenten om op te treden tegen strooischade op zichzelf goed gevuld. Het probleem zit hem echter in de mogelijkheid om van die instrumenten gebruik te kunnen maken, gelet op onder meer de daaraan verbonden kosten en benodigde organisatie.

Het financieringsprobleem kan niet worden opgelost door artikel 3:305a BW te hervormen. Wat volgens Bos wel kan helpen is het wegnemen van barrières voor investeerders die bereid zijn met eigen geld in een collectieve actie te stappen. Het voor advocaten geldende *no cure, no pay*-verbod staat er momenteel aan in de weg dat advocaten dit doen. Het gevolg daarvan is er geen goede controle mogelijk is op de *no cure, no pay* constructies die nu worden opgezet om een collectieve actie te financieren. Tot op heden probeert men het netjes te doen, met Raden van Toezicht en dergelijke, maar de weg staat ook open voor minder nette 'clubjes'. Zou *no cure, no pay* ook voor advocaten mogelijk zijn, dan kan daar ten minste via de Orde van Advocaten en het tuchtrecht toezicht op worden uitgeoefend. In ieder geval zou er een keuze moeten worden gemaakt over wie in dit soort zaken namens gedupeerde mag optreden. Voorstelbaar is ook dat de gefinancierde rechtshulp of verzekeraars dit doen.

Hoewel de financieringsproblematiek volgens de heer Bos het belangrijkste knelpunt is, is hij niettemin ook een voorstander van het schrappen van de uitsluiting in artikel 3:305a lid 3 BW, op basis waarvan in een collectieve actie geen schadevergoeding te betalen in geld kan worden gevorderd. Naar zijn inschatting is Nederlandse rechter er inmiddels ook wel aan toe om in collectieve acties schadevergoeding in geld toe te

kennen, als die mogelijkheid daartoe juridisch-technisch wordt geopend. In dit verband wijst hij erop dat de lijdelijkheid van de civiele rechter inmiddels een achterhaalde notie is, en dat de rechter zeer actief kan zijn in het instrueren van een zaak, onder meer door gebruik te maken van de bevoegdheid om inlichtingen op te vragen in het kader van de comparitie na antwoord. Van belang is voorts dat de mogelijkheden van artikel 843a Rv recentelijk eigenlijk zijn 'herontdekt', en dat ook met gebruikmaking daarvan gedupeerden de nodige gegevens boven tafel kunnen krijgen om een schadetheorie op te stellen. Niettemin zouden de mogelijkheden voor gedupeerden om toegang te verkrijgen tot de informatie die zij nodig hebben om een vordering te onderbouwen, volgens de heer Bos verruimd moeten worden.

Volgens de heer Bos is ook bij schrapping van de uitsluiting van artikel 3:305a lid 3 BW geen gevaar van 'Amerikaanse toestanden'. De excessen die zich bij Amerikaanse class actions voordoen, hebben volgens hem veel meer te maken met de Amerikaanse wijze van procederen, dan met de mogelijkheid om namens een collectief schadevergoeding in geld te kunnen vorderen. Anders dan in Nederland, kun je in Amerika immers een procedure starten met een zeer summier onderbouwde dagvaarding. Daarna start een omvangrijke discovery-procedure buiten rechterlijk toezicht om, om al het mogelijk relevante bewijs boven tafel te krijgen. In Nederland moet een vordering echter al bij de inleidende dagvaarding worden gesubstantieerd. Vervolgens vindt de bewijslevering onder toezicht van de rechter plaats. Voor uitgebreide fishing-expeditions is in ons processtelsel dan ook geen ruimte. In dit opzicht laat het Nederlandse stelsel zich beter vergelijken met het Engelse stelsel, waarin de discovery ook onder zware controle van de rechter staat, dan met het Amerikaanse stelsel.

mr. F. Leeftang (advocaat bij Boekel De Nerée)

Over mevrouw Leeftang

Mevrouw Leeftang staat als advocaat van kantoor Boekel De Nerée regelmatig ondernemingen bij die zijn gedupeerd door verboden kartelafspraken in gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures. Van januari 1998 tot maart 1999 was zij tijdelijk werkzaam bij de juridische dienst van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Mevrouw Leeftang publiceert regelmatig over (private enforcement van) het mededingingsrecht.

Zakelijke weergave gesprek met mevrouw Leeftang

Ervaringen en knelpunten bij optreden tegen strooischade veroorzakende kartels

Mevrouw Leeftang merkt op dat de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (private enforcement) op dit moment nog in de kinderschoenen staat en zeer kostbaar, strategisch lastig, juridisch inhoudelijk lastig en organisatorisch en procedureel ingewikkeld is. Zo zal om te beginnen een procesvehikel moeten worden opgezet waarin gedupeerde partijen participeren. De advocaat die een dergelijke zaak oppakt, zal goede kennis moeten hebben van meerdere rechtsgebieden, in het bijzonder van het mededingingsrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het vennootschapsrecht.

Mevrouw Leeftang wijst voorts op het passing-on defense dat veelal in zaken waarin gedupeerden verhaal zoeken voor schade die is veroorzaakt door kartelafspraken door de aangesproken partij wordt opgeworpen. De veroorzaker werpt dan aan de gedupeerden tegen dat in het geheel niet duidelijk is of zij schade hebben geleden, omdat zij dit mogelijk weer hebben afgewenteld op hun afnemers. Doorgaans weerhoudt dit gedupeerde ondernemingen – of brancheverenigingen van ondernemingen – evenwel niet ervan om schadevergoeding te vorderen, nu hogere (inkoop)prijzen veelal niet volledig aan afnemers worden doorberekend. Mevrouw Leeftang heeft ervaren dat het verweer in schikkingsonderhandelingen doorgaans ook geen rol meer speelt.

Het passing-on defense kan bovendien worden gepareerd door ook de andere schakels in de keten tussen de kartellist en de afnemer in de actie tegen de kartellist te betrekken, maar dit vergt wederom de nodige organisatie. Zo hebben de 48 woningcorporaties die schadevergoeding vorderen van de liftenfabrikanten die volgens de Europese Commissie verboden kartelafspraken maakten huurverenigingen bij hun claim betrokken. In de onderhandelingen die momenteel namens Koninklijke Horeca Nederland worden gevoerd met de bierbrouwers die volgens de Europese Commissie

verboden kartelafspraken maakten, zijn consumenten(organisaties) geen partij, maar is genoegdoening richting de consument onderdeel van de onderhandelingen.

Daar komt bij dat er niet zelden sprake is van een duurzame leveranciersrelatie tussen een kartellist en een gedupeerde afnemer. Niet zelden laat een gedupeerde het belang van een goede relatie met de kartellist zwaarder wegen dan zijn aanspraak op een schadevergoeding. Mevrouw Leeftang merkt in dit verband op dat bijvoorbeeld supermarkten niet snel bereid lijken te procederen tegen kartellisten. Zo is bijvoorbeeld niet tegen de kartellisten van het Bananenkartel opgetreden, omdat de afnemers van bananen de verstandhouding met de kartellisten niet wensten te verliezen.

De hiervoor genoemde omstandigheden brengen volgens mevrouw Leeftang mee dat veel ondernemingen ervoor terugschrikken om zonnig in rechte verhaal te zoeken voor kartelschade. Zaken waarin kartellisten worden aangesproken tot vergoeding van de schade die door het kartel is veroorzaakt, komen niet veel voor. Slechts enkele onderneming met lef durven dit aan. In dit verband merkt zij op dat voor zover aan haar bekend slechts één horeca-ondernemer een claim bij een bierbrouwer heeft ingediend voor de schade die hij als gevolg van de kartelafspraken tussen bierbrouwers stelt te hebben geleden.

Ook wijst zij in dit verband op de nasleep van het Bitumenkartel, waarbij sprake was van een horizontaal en verticaal kartel. Nadat de Europese Commissie aan de producenten van bitumen – oliemaatschappijen – en zes grote wegenbouwbedrijven boetes had opgelegd voor het maken van verboden prijsafspraken – en daarbij zelfs in de beschikking stelde dat de kartellisten het oogmerk hadden om concurrenten – die voor de bitumen een hogere prijs moesten betalen – nadeel te berokkenen, heeft geen van de 'buitengesloten' bouwbedrijven het aangedurfd de bouwbedrijven die deelnamen aan het kartel aan te spreken. Daarnaast heeft Rijkswaterstaat de oliemaatschappijen aangesproken, voor de schade die zij, als opdrachtgever voor de aanleg van wegen, heeft geleden als gevolg van het kartel. Daarbij zag RWS af van verhaal op de bouwbedrijven, omdat de Collectieve Regeling Bouwnijverheid, afgesloten naar aanleiding van de Bouwfraude, daaraan in de weg zou staan.

Mevrouw Leeftang ervaart het organiseren van gedupeerden in haar praktijk niet als een groot struikelblok. Zij merkt daarbij op dat er in de gevallen waarin zij namens gedupeerden optrad wel sprake was van een 'momentum' dat kon worden benut, doordat de NMa of Europese Commissie een overtreding constateerde en dit de 'druppel was die de emmer deed overlopen.'

Wel denkt zij dat die organisatie veel kosten met zich meebrengt die wellicht vermijdbaar zijn als geen ingewikkelde procesvehikels hoeven te worden opgetuigd om toegang tot de rechter te krijgen. Ook lukt het in haar praktijk doorgaans wel om de

schadeveroorzakende partijen aan tafel te krijgen, ook al ontbreekt daartoe aanvankelijk de bereidheid aan de kant van de veroorzaker van de schade. Daarvoor moet echter wel omwegen worden bewandeld waarmee de druk op de veroorzaker om te onderhandelen wordt opgevoerd. In de zaak van het bierkartel (zie hierna) was het bijvoorbeeld nodig om de bestuursleden van de betrokken bierbrouwers persoonlijk op te roepen om in een voorlopig getuigenverhoor te getuigen over de verboden prijsafspraken. In de Interpay-kwestie (zie hierna) heeft men 6000 aansprakelijkstellingen bij Interpay afgeleverd met de eis dat Interpay deze claims zou oplossen. Mevrouw Leeftang kan zich voorstellen dat met een betere stok achter de deur – in de vorm van een eenvoudiger toegang tot de rechter – dergelijke omwegen niet of minder bewandeld hoeven worden.

Mevrouw Leeftang wijst er voorts op dat in het geval kartelgedrag via een keten van tussenpersonen uiteindelijk de consument heeft benadeeld, het voor de consument veelal zeer lastig is om daar tegen op te treden. In die gevallen zou de keten als geheel de kartellist echter (moeten) kunnen aanspreken.

Mevrouw Leeftang merkt op dat in de praktijk gedurende een onderhandelingsproces over de compensatie voor de schade die door een kartel is veroorzaakt veelal verschuift van een initiële focus op schadevergoeding, naar een focus op afspraken die voor de toekomst een betere marktwerking moeten garanderen. Een besluit van de Europese Commissie of de NMa biedt aldus een aangrijppunt om marktverhoudingen te kantelen en van de kartellist marktbevorderende maatregelen af te dwingen.

Dat is ook het geval bij de Bierkartel-zaak, waarbij zij Koninklijke Horeca Nederland bijstaat. De onderhandelingen die thans met de bierbrouwers plaatsvinden, zijn bijvoorbeeld onder meer gericht op het afdwingen van technische aanpassingen aan tapinstallaties, zodat deze niet enkel bruikbaar is voor het bier van één bierbrouwer, zoals nu het geval is. Daarnaast wordt bijvoorbeeld ingezet op een duidelijke scheiding van de rol van bierbrouwers als leverancier van bier, verpachter van horeca etablissementen en financier, en wordt ingezet op een transparantere prijs voor de door de brouwers geleverde producten. Nu is het immers nog zo dat een horeca-ondernemer betaalt voor een pakket (deels soms ongewenste) diensten dat hij van de brouwer betreft, en niet enkel voor het geleverde bier. Ten slotte ziet Horeca Nederland graag dat brouwers bijdragen aan een Horeca Investeringsfonds, waaruit startende horeca-ondernemers financiering kunnen verkrijgen.

Mevrouw Leeftang merkt op dat dit soort 'creatieve' maatregelen, die niet (enkel) betrekking hebben op een vergoeding van geleden schade, ook als een compensatie voor veroorzaakte schade kunnen worden beschouwd. Dergelijke maatregelen worden immers ook als een vorm van genoegdoening ervaren.

Rol toezichthouder

Mevrouw Leeftang merkt op dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit ervoor kan zorgen dat voor kartellisten een *incentive* bestaat om met gedupeerden tot een compensatieregeling te komen. In het geval de NMa een boete heeft opgelegd, kan zij bij een heroverweging in bezwaar betekenis toekennen aan de omstandigheid dat een dergelijke regeling tot stand is gekomen en daarin aanleiding zien de opgelegde boetes te verlagen.

Mevrouw Leeftang wijst in dit verband op de Bouwfraudeaffaire, waarin de NMa zware druk heeft uitgeoefend op de bouwbedrijven om een compensatieregeling met gedupeerden te treffen. De NMa stelde de bouwbedrijven daarbij een korting op de boete in het vooruitzicht bij de beslissing op bezwaar, indien de bedrijven een dergelijke regeling zouden hebben getroffen. Deze pressie heeft geleid tot het Akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid van 24 juni 2005 tussen vertegenwoordigers van Bouwend Nederland en betrokken overheden als opdrachtgevers. Met dit Akkoord werd een einde gemaakt aan alle lopende civiele procedures om bij bouwbedrijven schade te verhalen vanwege vermeende prijsafspraken. In het Akkoord is overeengekomen dat Bouwend Nederland ter compensatie voor de veroorzaakte schade een bedrag van € 50 miljoen betaalde. Zonder de druk van de NMa zou een dergelijke compensatie waarschijnlijk niet tot stand zijn gekomen.

Als ander voorbeeld waarin het optreden van de NMa de doorslag gaf voor het totstandkomen van een compensatieregeling noemt mevrouw Leeftang de Interpay-zaak. De NMa beboette in 2004 het door acht banken opgericht bedrijf Interpay voor misbruik van haar machtspositie, door voor PINtransacties excessieve tarieven aan detailhandelaren te berekenen. De in het besluit geconstateerde overtredingen van de kartelwetgeving impliceerden dat alle toonbankinstellingen (ongeveer 3 miljoen) gedurende een aantal jaar een te hoge prijs hadden betaald. Daarbij ging het om zeer gevarieerde groep benadeelden; van de grote supermarkten tot de 'bloemenwinkel op de hoek'.

De verontwaardiging bij de retailers over het kartel was zo groot dat men besloot om nu een vuist te maken. De ergernis over Interpay werd daarbij mede gevoed door een toen ook al slepend geschil tussen Platform Detailhandel en de Nederlandse Vereniging van Banken over het terugdringen van contante betalingen. Het besluit van de NMa was de spreekwoordelijke druppel die de emmer deed overlopen.

Nadat de Banken, onder druk van de al eerder genoemde 6000 aansprakelijkheidstellingen, zich bereid toonden om met gedupeerden (verenigd in o.m. Platform Detailhandel, Koninklijke Horeca Nederland, de Bovag en de Belangenvereniging Tankstations) aan de onderhandelingstafel plaats te nemen, is tussen Banken en gedupeerden een compensatieregeling tot stand gekomen. Onderdeel van die compensatieregeling was dat banken € 10 miljoen stortten in een innovatiefonds ter stimulering van een efficiënt(er) betalingsverkeer in Nederland. Een

ander onderdeel van de regeling hield in dat elke onderneming die pinnen als betaalmogelijkheid aanbiedt, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2005 ten minste 1 eurocent per transactie korting kreeg op het pintarief.

Bij de beslissing op het bezwaar van de banken en Interpay werd de overtreding van het kartelverbod bevestigd, maar trok de NMa de opgelegde boete voor het misbruik van machtspositie wegens het rekenen van excessieve tarieven in, mede omdat tussen de banken en gedupeerden een compensatieregeling tot stand was gekomen.

Mogelijke verbeteringen

Algemeen gesproken vormen de kosten van een procedure volgens mevrouw Leeftang de belangrijkste hobbel voor benadeelden om kartellisten aan te pakken. Zouden die kosten omlaag gebracht kunnen zijn, dan zou zij dat toejuichen. Dat zou immers ook voor minder bedeelde benadeelden de weg openen om tegen de schade die door kartelgedrag wordt veroorzaakt op te treden. Nu bemerkt zij nog veel terughoudendheid juist vanwege de hoge kosten van een procedure. Ook zouden de mogelijkheden om namens een collectiviteit te procederen, vereenvoudigd kunnen worden, zodat daarvoor niet een ingewikkeld, kostbaar procesvehikel hoeft te worden opgetuigd. Daarbij merkt zij op dat dit in haar zaken geen probleem was, omdat zij te maken had met partijen voor wie 'de maat vol was' en die om die reden een sterke wil hadden om de kartellisten aan te pakken. In gevallen waarin er sprake is van een meer versnipperde groep gedupeerden met een minder sterke ruggengraat, zal een collectieve actie echter al snel bij het verenigen van gedupeerden moeilijkheden ondervinden.

Mevrouw Leeftang betwijfelt of de mogelijkheid om door middel van een opt in-actie collectief schadevergoeding te kunnen vorderen, helpt om verhaal voor schade als gevolg van de overtreding van mededingingsregels te vergemakkelijken. Vaak zal de vaststelling van de (omvang van de) schade problematisch blijven, en zullen benadeelden vooral ook herstel van een eerlijke markt bereiken. Wellicht zou het nut kunnen hebben als 'stok achter de deur', waarmee de veroorzaker van de schade kan worden bewogen plaats te nemen aan de onderhandelingstafel. Daarbij merkt zij op dat in de zaken waar zij als advocaat namens gedupeerden optrad, zij daartoe wellicht omwegen heeft bewandeld die niet bewandeld hadden hoeven worden, als er sterkere wettelijke instrumenten zouden zijn om de kartellisten aan te pakken. Als risico noemt mevrouw Leeftang het gevaar dat een opt in-actie wordt aangespannen door niet-representatieve of ondeskundige personen, waardoor de actie uiteindelijk niet tot het gewenste resultaat leidt.

Ten slotte wijst mevrouw Leeftang erop dat in het kader van de toekenning van schadevergoeding door de rechter gedacht zou kunnen worden aan mogelijkheden om deze te baseren op abstracte schadeberekeningen. Een andere belangrijke

mogelijkheid dat een schadevergoeding ten goede komt aan een bepaald fonds waaruit, in het geval van kartelschade, marktstimulerende activiteiten kunnen worden bekostigd. Dit sluit volgens haar aan bij het gegeven dat het benadeelden veelal in de eerste plaats te doen is om een eerlijkere, beter werkende markt in de toekomst. Bovendien worden kartelschades nu ook al vaak op die manier afgewikkeld.

Consumentenautoriteit

Over de Consumentenautoriteit

De Consumentenautoriteit heeft op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) de bevoegdheid om op te treden tegen overtredingen van consumentenregels uit het Burgerlijk Wetboek, de Prijzenwet en de Colportagewet. In het bijzonder kan de Consumentenautoriteit bijvoorbeeld optreden tegen onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden, misleidende reclame, gebrekkige informatievoorziening bij koop op afstand of agressieve verkoopmethoden. Voorwaarde voor de bevoegdheid om op te treden is dat collectieve belangen van consumenten in het geding zijn. Daarvan is sprake als de belangen van een aantal consumenten door een inbreuk zijn of kunnen worden geschaad. De Consumentenautoriteit is niet bevoegd op te treden in geschillen tussen een individuele consument en een aanbieder

Zakelijke weergave gesprek met de Consumentenautoriteit

Gesprekspartners: mevr. drs. M.E. Hulshof (de 'Consumentenautoriteit') en dhr. mr. S.W. Ammerlaan (senior adviseur Strategie & Internationale zaken)

'Strooischade'

De Consumentenautoriteit krijgt via de website ConsuWijzer, die zij samen met de NMa en Opta in het leven heeft geroepen, veel meldingen van gevallen die zich laten kwalificeren als 'strooischades'.

De Consumentenautoriteit vraagt aandacht voor de definiëring van het begrip 'strooischade'. Zij wijst erop dat het in het consumentenrecht niet alleen gaat om schades als gevolg van non conformiteit van duurzame gebruiksgoederen, maar ook om transactieschades, dat wil zeggen schades als gevolg van bijvoorbeeld misleiding bij de verkoop, ongevraagde toezendingen en ongewenste abonnementen.

Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen directe schade en indirecte schade. De directe schade is de schade die direct gerelateerd is aan (gebreken in) een product. Deze schade kan veroorzaakt worden door een duidelijk, gemakkelijk aan te tonen gebrek, zoals bijvoorbeeld een technisch defect, maar kan ook onduidelijk en ongemakkelijk aan te tonen zijn. Te denken valt dan aan de 'schade' die wordt geleden als gevolg van een onterechte switch van leverancier ('slamming'). Mogelijk is de nieuwe leverancier goedkoper dan de oude, maar toch is er sprake van misleiding en voelt de consument zich benadeeld, bijvoorbeeld omdat hij veel vertrouwen had in zijn oude leverancier. Ook een overtreding van de wettelijke 'zichttermijn' leidt niet tot

schade in vermogensrechtelijke zin, maar kan niettemin als een ernstige overtreding worden beschouwd.

De indirecte schade is de schade die samenhangt met de afhandeling van een klacht over een product of pogingen om een misstand recht te zetten. Tot de 'strooischade' die consumenten als gevolg van overtredingen van consumentenrechtelijke regels lijden, kunnen ook de administratieve kosten worden gerekend die consumenten maken bij pogingen tot verhaal van deze schade, alsook de ergernis die dit soort schades bij consumenten veroorzaakt en de tijd die besteed wordt om misstanden recht te zetten.

De Consumentenautoriteit ziet dat juist veel over de emotionele aspecten wordt geklaagd: het 'gedoe', de irritatie en de frustratie over kafkaëske toestanden die de overtreding van consumentenregels en pogingen om daartegen iets te ondernemen met zich brengen.

De Consumentenautoriteit merkt op dat overtredingen die strooischade veroorzaken waartegen niet effectief kan worden opgetreden, het basale vertrouwen van consumenten in het handelsverkeer en instituties aantasten.

Voorbeelden van strooischade uit de praktijk van de Consumentenautoriteit

De Consumentenautoriteit noemt misleiding in reclame een grote bron van gevallen van strooischade. Omdat reclame-uitingen in de regel niet tot een of meer bepaalde individuen zijn gericht, maar tot een collectief, veroorzaken misleidende mededelingen daarbij ook voor collectieve schade.

Bij wijze van voorbeeld van gevallen die als strooischade door misleiding beschouwd kunnen worden, noemt de Consumentenautoriteit 'van-voor'- en '3 halen 2 betalen'-aanbiedingen die niet helemaal kloppen, en dus misleidend zijn, maar slechts een geringe individuele benadeling veroorzaken, terwijl daar wel een potentieel groot voordeel voor de supermarkt tegenover staat.

Voorts wijst de Consumentenautoriteit op een aantal voorbeelden van ongevraagde toezending van producten en of ongewenste abonnementen, als gevolg van misleidende informatieverstrekking bij de verkoop. Ook de daardoor veroorzaakte inbreuken en schades hebben veelal een collectief karakter.

De ervaringen van de Consumentenautoriteit met vormen van strooischade zijn legio. De Consumentenautoriteit rekent het aanpakken van overtredingen die strooischade veroorzaken tot haar 'core business'. In het gesprek noemde de Consumentenautoriteit bij wijze van voorbeeld de volgende gevallen:

- Ongevraagd geleverde sms-diensten, zoals abonnementen op ringtones, spelletjes en valentijnskaarten. De Consumentenautoriteit heeft hiervoor boetes opgelegd. In deze gevallen is aan de hand van de administratie van de overtreder en de gedupeerde goed vast te stellen wie schade heeft geleden en wie de schade heeft veroorzaakt.
- Ongevraagde toezendingen, bijvoorbeeld van een mediabox gekoppeld aan een – veelal ongewenst – abonnement op digitale televisie, en serie-aankopen van vitaminenpreparaten, en bijvoorbeeld munten, waarbij na de aanvaarding van een eerste aanbieding of een gratis welkomstpakket) de consument gehouden wordt tot vervolgafnames waarvoor moet worden betaald. De Consumentenautoriteit noemt een geval waarbij aan 4 miljoen huishoudens in verband met de invoering van de euro door een bedrijf een Europa-enquete werd toegestuurd. De consumenten die deze enquete invulden, zouden een kadootje ontvangen. Vervolgens stelde het bedrijf dat deze consumenten door het invullen en retourneren van de enquete een abonnement op de toezending van 'bijzondere' munten waren aangegaan.
- Aanbiedingen waarbij 'gratis' niet gratis is, omdat er allerlei additionele kosten, bijvoorbeeld verzendkosten, in rekening worden gebracht.
- Misleidende healthclaims.
- Dure servicenummers.

Voor een indruk van de omvang van de schade die door dit soort inbreuken op consumentenrechtelijke regels wordt geleden, verwijst de Consumentenautoriteit naar haar onderzoek inzake Oneerlijke Handelspraktijken (OHP). Daarin heeft zij aan oneerlijke handelspraktijken genoemd in de Wet OHP op basis van enquetes bedragen gekoppeld. Op basis daarvan schatte de Consumentenautoriteit de jaarlijkse schade als gevolg van oneerlijke handelspraktijken op zo'n € 579 miljoen. Daarbij gaat het in de regel om 'strooischades'.

Strooischade in relatie tot bevoegdheden Consumentenautoriteit

De omvang van de (strooi)schade die een overtreding van consumentenrechtelijke regels veroorzaakt, speelt een belangrijke rol bij de inzet van de bevoegdheden van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit streeft ernaar daar op te treden, waar de consument de Consumentenautoriteit het meest nodig heeft. Doorgaans gaat het dan om gevallen waarin een grote groep consumenten een individueel gezien weinig substantiële schade heeft geleden. In die gevallen zijn de drempels om individueel op te komen tegen de overtreding voor consumenten doorgaans te hoog; de kosten en het 'gedoe' wegen dan niet op tegen de omvang van de individueel

geleden schade. Daarbij constateert de Consumentenautoriteit dat collectieve acties tot verhaal van dit soort schades vrij zeldzaam zijn. Gevolg is dat, als de Consumentenautoriteit niet optreedt, de gedragingen die dit soort schade veroorzaken, 'ongestraft' blijven.

De Consumentenautoriteit merkt hierbij op dat in de regel de groep getroffen kleiner wordt, naarmate de omvang van de individueel geleden schade groter is. Omdat de Consumentenautoriteit zich juist richt op gevallen waarin grote groepen consumenten schade hebben geleden, betreffen de overtredingen waartegen zij optreedt veelal overtredingen die 'strooischade' veroorzaken.

De omvang van de totale (strooi)schade die een praktijk toebrengt aan consumenten is één van de criteria die de Consumentenautoriteit hanteert bij de vaststelling aan welke (soort) zaken zij prioriteit geeft. Ook spelen o.m. de ernst van de overtreding en een inschatting van de 'haalbaarheid' van de zaak een belangrijke rol in de afweging welke zaken wel en welke zaken niet aan te pakken.

De omvang van de schade en het gerealiseerde voordeel spelen voorts geen expliciete rol bij de vaststelling van de hoogte van een boete. Ook deze is immers primair gerelateerd aan de ernst van de overtreding in het licht van de aard van de geschonden norm. De Consumentenautoriteit merkt in dit verband op dat relatering van de hoogte van de boete aan de omvang van de schade of het genoten voordeel haar voor bewijsvragen stelt ten aanzien van de omvang van die schade of dat voordeel. Impliciet kunnen de omvang van de schade en het voordeel wel een rol spelen, doordat bij de bepaling van de hoogte van de boete ook acht wordt geslagen op ernst van de overtreding en de vraag hoe lang de geconstateerde overtreding heeft voortgeduurd.

De Consumentenautoriteit merkt op dat zij voor haar een belangrijke taak ziet weggelegd om consumenten door het verstrekken van informatie 'weerbaarder' te maken. Een 'goed geïnformeerde' consument is een middel tot preventie van strooischade. De website ConsuWijzer is op dit idee gebaseerd. De website had in 2008 1 miljoen bezoekers. Afgelopen jaar heeft de Consumentenautoriteit 94.000 meldingen / vragen via ConsuWijzer binnengekregen. Voor voorbeelden van vragen / meldingen verwijst de Consumentenautoriteit naar de halfjaarberichten van ConsuWijzer.

De Consumentenautoriteit ziet voor zichzelf geen taak weggelegd om zich te mengen in individuele zaken.

De Consumentenautoriteit merkt op dat zij – gelet op de beschikbare capaciteit – 'de trap van bovenaf schoonveegt'. De ernstigste overtredingen worden aangepakt;

minder ernstige zaken moet zij laten liggen. De afgelopen jaren heeft de Consumentenautoriteit honderden inbreuken beëindigd (ook informele naleving).

Daarbij heeft de Consumentenautoriteit nog geen dossiers hoeven sluiten omdat zij de (het bewijs in de) zaak niet rond krijgt. Is er sprake van verboden handeling en is de Consumentenautoriteit bevoegd om er tegen op te treden, dan lukt het naar haar ervaring wel om met succes tegen de overtreding op te treden. De Consumentenautoriteit wijst er daarbij wel op dat zij niet tegen alle soorten handelingen kan optreden die door politiek of pers vanuit het oogpunt van consumentenbescherming onwenselijk worden geacht. Zo is de Consumentenautoriteit bijvoorbeeld niet bevoegd op te treden tegen de doorverkoop van online-tickets.

De Consumentenautoriteit schat dat 80 tot 90 % van de overtredingen waartegen zij optreedt 'informeel', dat wil zeggen zonder daadwerkelijke besluiten tot oplegging van boetes of lasten onder dwangsom, wordt afgedaan. Uitgangspunt van de Consumentenautoriteit is dat overtredingen worden gestaakt. Het gaat in de eerste plaats om een gedragsverandering van de overtreder. In gevallen waarin de Consumentenautoriteit een groot aantal overtreders voor een soortgelijke overtreding wenst aan te pakken, ligt het in de rede deze overtreders niet allemaal te beboeten, maar in ieder geval eerst op basis van een systematische aanpak een sommatie te sturen. Als voorbeeld noemt de Consumentenautoriteit haar activiteiten om webwinkels tot normconform gedrag te bewegen.

In 2008 heeft de Consumentenautoriteit 5 boetes opgelegd, terwijl in een paar honderd zaken een geconstateerde overtreding op andere wijze is beëindigd.

Schadevergoeding door de overtreder speelt voor de Consumentenautoriteit geen rol, in de zin dat zij er niet op is gericht de overtreder daartoe te bewegen met haar toezichtsbevoegdheden als 'stok achter de deur', juist ook omdat dan de vraag aan de orde komt wat de omvang van de schade is, de omvang van het door de overtreding genoten voordeel en de vraag welke compensatie adequaat is. Wel kan het feit dat een overtreder in een zeer vroeg stadium een schadevergoeding heeft aangeboden aan gedupeerden een boeteverlangende omstandigheid opleveren.

Collectieve actie

De Consumentenautoriteit ziet dat pogingen tot collectief verhaal van strooischades door overtreding van consumentenrechtelijke regels veelal stranden op het feit dat de geleden schades onderling sterk van elkaar verschillen. Als voorbeeld noemt de Consumentenautoriteit de schade die werd veroorzaakt door een internet + bellen-product. De klachten van consumenten over dit product liepen uiteen van klachten over administratieve fouten, gebrekkige werking van het product tot klachten over monteurs die niet op de afgesproken tijd aanwezig waren. Deze diversiteit aan

klachten en soort schades maken collectief verhaal van die schade bijzonder lastig, ook al ligt de oorzaak van al deze schades in hetzelfde gebrekkige product.

De Consumentenautoriteit heeft een bijzondere bevoegdheid / taak in het kader van de Wcam. Bij een collectieve actie dienen marktpartijen het voortouw te nemen en tot een schikking te komen, die vervolgens op verzoek van betrokken partijen algemeen verbindend kan worden verklaard. Lukt het marktpartijen niet om tot een schikking te komen, dan kunnen consumenten zich op grond van de Wcam tot de Consumentenautoriteit richten met het verzoek om met het schadeveroorzakende bedrijf een overeenkomst te sluiten, die vervolgens algemeen verbindend kan worden verklaard. Langs deze weg zou de Consumentenautoriteit een directe bijdrage kunnen leveren aan een proces dat leidt tot vergoeding van strooischade.

De Consumentenautoriteit merkt op dat zij in dit proces een geheel andere rol heeft, dan de rol die zij als toezichthouder vervult. Het uitonderhandelen van een schadevergoeding is immers iets geheel anders dan het vaststellen van een overtreding. Gelet hierop zal de Consumentenautoriteit terughoudend omgaan met haar Wcam-bevoegdheden. De uitoefening daarvan mag niet storen met de uitoefening van de toezichtsbevoegdheden.

Tot op heden heeft de Consumentenautoriteit nog geen verzoek bereikt om gebruikmaking van deze bevoegdheid en liggen volgens de Consumentenautoriteit, voor zover zij kan overzien, ook nog geen verzoeken in het verschiet. Daarbij merkt de Consumentenautoriteit op zij zich kan voorstellen dat de zaak van de ongewenste sms-diensten zich goed voor een collectieve actie zou lenen, nu in dat geval aan de hand van administraties duidelijk kan worden vastgesteld is wie de veroorzaker is, wie gedupeerd is en voor welk bedrag.

De Consumentenautoriteit wijst er voorts op dat consumenten een besluit van de Consumentenautoriteit waarmee handhavend wordt opgetreden, zouden kunnen gebruiken ter ondersteuning van een (collectieve) claim tot vergoeding van de door de overtreding veroorzaakte schade.

Nederlandse Zorgautoriteit

Over de Nederlandse Zorgautoriteit

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) belast met onder meer het vaststellen van condities voor marktwerking in de gezondheidszorg en de handhaving daarvan. De NZa ziet daarbij toe op de transparantie van de zorgmarkt, de keuzevrijheid, toegang tot zorg en de kwaliteit daarvan. Komt op een bepaalde deelmarkt als gevolg van aanmerkelijke marktmacht van één of enkele partijen geen daadwerkelijke concurrentie tot stand, dan is de NZa bevoegd daartegen op te treden. Voorts stelt de NZa voor een deel van de gezondheidszorg tarieven of prestatiebeschrijvingen vast en houdt zij toezicht op de zorgverzekeraars en de zorgkantoren.

Zakelijke weergave van het gesprek met de Nederlandse Zorgautoriteit

Gesprekspartners: dhr. mr. R. van Donk (Juridische Zaken) en dhr. drs. L.M. Hoppen (programmamanager Toezicht en Handhaving)

'Strooischade' en het werkteerrein van de NZa

Het voorkomen van of optreden tegen overtredingen die strooischade veroorzaken is in de toezichtspraktijk van de NZa geen 'core business'. Niettemin houdt de NZa ook toezicht op regelgeving die, bij niet naleving, strooischade kan veroorzaken. Als voorbeeld daarvan noemt de NZa de bevoegdheid om op te treden tegen overschrijdingen van gereguleerde maximumtarieven die zorgaanbieders in rekening mogen brengen. De NZa ontvangt regelmatig meldingen over tariefoverschrijdingen. Als voorbeeld noemt zij internetapotheken die onder de noemer 'bezorgkosten' meer in rekening brengen dan op grond van de op hen van toepassing zijnde regelgeving is toegestaan. De NZa kan voor dit soort overtredingen een boete opleggen.

Naast het toezicht op de tarieven, houdt de NZa toezicht op de zorgverzekeraars. Ook in dat verband kan er sprake zijn van strooischade veroorzakende overtredingen waartegen de NZa bevoegd is op te treden. Zo houdt de NZa bijvoorbeeld toezicht op de informatie die zorgverzekeraars aan zorgafnemers geven over de tarieven en voorwaarden van de door hen aangeboden verzekeringen. Komt de informatie die de zorgverzekeraars geven overeen met de polissen, met de rechten van de verzekerden? Het komt nog wel eens voor dat een verzekeraar bijvoorbeeld suggereert dat bepaalde behandelingen op grond van de basisverzekering 100% worden vergoed, terwijl dat in werkelijkheid 80% is, en voor 100% vergoeding een aanvullende verzekering nodig is. Een ander voorbeeld is de suggestie dat 'wachtlijstbemiddeling' een extra service is waarvoor van een consument een extra premie kan worden verlangd; wachtlijstbemiddeling is immers onderdeel van het basispakket.

Uitoefening van toezichts- en handhavingsbevoegdheden in relatie tot strooischade

Bij het toezicht op de tarieven gaat de NZa tot op heden signaalgedreven te werk. Bij het toezicht op de zorgverzekeraars treedt de NZa proactief op door ook uit eigen beweging onderzoek uit te voeren. Daarbij is de NZa in de loop der jaren ook steeds directiever geworden. In dat verband wijst zij op de Richtsnoeren informatieverstrekking zorgverzekeraars aan consumenten. Een overweging daarbij is dat de individuele consument waarschijnlijk niet snel zelf tegen overtredingen op dit gebied zal optreden.

De NZa merkt dat de signalen over verkeerde informatieverstrekking teruglopen, wellicht als gevolg van het door de NZa uitgeoefende toezicht, terwijl de signalen over overschrijding van maximumtarieven toenemen. Per jaar ontvangt de NZa nu zo'n vijftig signalen over overschrijding van de maximumtarieven en zo'n 30 signalen over overtredingen door zorgverzekeraars. Twee jaar geleden lag dat laatste aantal rond de 200.

De NZa pakt in beginsel elk signaal op. De ernst van de overtreding speelt wel een rol bij de prioritering van de aanpak van signalen. Is een overtreding naar het oordeel van de NZa zeer ernstig, dan zal de NZa een signaal daarover eerder onderzoeken dan een signaal over een minder ernstige overtreding. Of verondersteld kan worden dat de consument zelf verhaal zal zoeken voor de schade die hij als gevolg van een overtreding heeft geleden, speelt bij de prioritering als zodanig geen rol. De NZa hanteert niet als uitgangspunt dat haar optreden het meest gewenst is waar de 'private enforcement' moeilijk of onmogelijk is. Wel speelt de impact van een overtreding op het belang van de consument een belangrijke rol bij de prioritering. Op grond van artikel 3 lid 4 van de Wet marktordening gezondheidszorg is de NZa verplicht bij de uitoefening van haar taken het algemeen consumentenbelang voorop te stellen.

De impact van een boete op het belang van consumenten speelt ook een rol bij de bepaling van de hoogte van een eventuele boete, zowel in abstracto (tot uitdrukking komend in de wettelijke boetemaxima), als in concreto. Bij de beoordeling van de impact in concreto wordt bijvoorbeeld gezien of er sprake is van een incidentele of systematische overtreding. Is dat laatste het geval, dan is de impact op het belang van de consumenten doorgaans groter. Bij de beoordeling van de impact zou de NZa ook rekening kunnen houden met de vraag of de consument de door de overtreding geleden schade zelf makkelijk kan verhalen of niet. Tot nog toe heeft de NZa dit evenwel niet laten meewegen bij de beoordeling van de impact van een overtreding op het belang van consumenten.

De NZa mengt zich in het kader van de uitoefening van haar toezichts- en handhavingsbevoegdheden niet in de afwikkeling van de schade die consumenten door een overtreding hebben geleden. Wel kan het feit dat een overtreder gedupeerden schadeloos heeft gesteld, een boetematigende omstandigheid opleveren.

Ook de vraag of de (strooi)schade die door een overtreding wordt veroorzaakt al dan niet verzekerde schade is – bijvoorbeeld omdat ook het hoger dan toegestane tarief door de verzekeraar wordt vergoed – speelt voor de NZa geen rol bij de uitoefening van haar toezichts- en handhavingsbevoegdheden.

De NZa merkt op dat het tot nog toe niet handhavend optreden tegen zorgverzekeraars is gekomen, omdat de zorgverzekeraar in dergelijke gevallen veelal uit 'coulance' de verzekerden toch de extra dekking geeft. In het algemeen geldt dat het handhavend optreden van de NZa vooral is gericht op het redresseren van overtredingen voor de toekomst. Is door een verzekeraar coulance toegezegd bij de afhandeling van claims die verband houden met een onjuiste voorlichting, dan controleert de NZa ook of die coulance daadwerkelijk wordt betracht. Vaak past een zorgverzekeraar de voorlichting ook aan, naar aanleiding van de mededeling van de NZa dat er in haar ogen iets aan schort. Veelal is er niet eens sprake van een bewuste misleiding, maar is de onjuiste voorlichting het gevolg van een interne ruis in de communicatie tussen de marketingafdeling van de zorgverzekeraar en de afdeling die verantwoordelijk is voor de inhoud van de aangeboden verzekeringen.

De NZa merkt op dat informele handhaving een effectief instrument blijkt. Met relatief beperkte middelen, lukt het doorgaans om het beoogde doel, te weten een gedragsverandering waardoor een overtreding wordt beëindigd, te bewerkstelligen. De zorgverzekeraars weten dat de NZa formele sanctiemogelijkheden achter de hand heeft. Een gesprek of een brief van de NZa waarin de zorgverzekeraar wordt gewezen op de (mogelijke) overtreding is dan ook veelal voldoende om daaraan een eind te maken. Bij het toezicht op de maximumtarieven is dat wel eens anders, vermoedelijk omdat het daar niet, zoals bij de zorgverzekeraars, gaat om een zeer beperkte groep ondertoezichtgestelden die, gelet op de slag om de consument, belang hebben bij een goede naam. De NZa merkt op dat formele handhaving zeer intensief is en heel erg veel tijd en capaciteit in beslag neemt.

De NZa heeft geen wettelijke basis om het voordeel dat een overtreder door de overtreding heeft genoten, te ontnemen. Daarbij merkt de NZa op dat in het geval van een overtreding van de maximumtarieven het genoten onrechtmatig voordeel nog te becijferen zou zijn. Gaat het om voordeel genoten door misleidende voorlichting over de inhoud van een verzekering, dan wordt dat een stuk lastiger. In een rapport van overtreding tracht de NZa overigens wel het voordeel dat de overtreder van de overtreding heeft gehad, in beeld te brengen. De NZa is evenwel niet geëquipeerd om uit te zoeken wat het netto-voordeel is dat de overtreder heeft genoten als gevolg van

de overtreding. De NZa zou ook niet willen dat een handhavingstraject wordt belast met een discussie over de precieze omvang van het onrechtmatig genoten netto-voordeel.

Op dit moment is de NZa doende richtsnoeren op te stellen waarin haar boetebeleid wordt vastgelegd. Een mogelijkheid is dat daarin wordt neergelegd dat bij de boeteoplegging rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat een overtreder het door zorgafnemers teveel betaalde heeft terugbetaald. Het boetebeleid van de NZa leunt tot op heden sterk op de Boetecode van de NMa. De NZa achtte het wenselijk eerst een zekere praktijk te ontwikkelen bij het opleggen van boetes, alvorens het beleid in richtsnoeren vast te leggen.

Tot slot is van belang dat de mogelijkheden van 'naming and shaming' voor de NZa op grond van de artikelen 80 en 81 Wet marktordening gezondheidszorg beperkt zijn. De NZa is slechts bevoegd om een openbare kennisgeving te geven van een overtreding als de overtreder niet binnen een bepaalde termijn aan een door haar gegeven aanwijzing voldoet. Daarbij is de openbare kennisgeving een alternatief voor toepassing van bestuursdwang. Past de NZa bestuursdwang toe, dan mag zij niet óók een openbare kennisgeving uitbrengen.

De Nederlandse Mededingingsautoriteit

Over de Nederlandse Mededingingsautoriteit

De NMa houdt toezicht op de naleving van de mededingings-, energie- en vervoerswetten. Op grond van de Mededingingswet kan de NMa optreden tegen kartels, zoals prijsafspraken tussen ondernemingen, en misbruik van economische machtsposities. In het kader van het aan haar opgedragen toezicht op de naleving van energiewetten ziet de NMa er onder meer op toe dat de toegang tot de elektriciteits- en gasnetten wordt gewaarborgd, dat de energiemarkten voldoende transparant zijn doordat essentiële informatie voor alle betrokkenen beschikbaar is en dat de consument wordt beschermd tegen mogelijk misbruik van de (inherente) machtspositie van aanbieders. In het kader van het aan haar opgedragen toezicht op de spoorsector, de luchthaven Schiphol, het overig openbaar vervoer en het Loodswezen, ziet de NMa toe op de naleving van wettelijke normen en verplichtingen met betrekking tot de dienstverlening in de vervoersector.

Zakelijke weergave gesprek Nederlandse Mededingingsautoriteit

Gesprekspartners: dhr. prof. dr. R. Smits (Juridisch adviseur, RvB) , mw.mr. A.S.M.L. Prompers (Juridische Dienst), mw. S.E. O'Keeffe (afd. Strategie & Communicatie) en mw. mr. H. de Krom (Energiekamer, cluster consumentenmarkt).

Uitoefening van toezichts- en handhavingsbevoegdheden in relatie tot strooischade

De NMa richt zich bij haar toezichthoudende en handhavende taak niet op compensatie van schade. Compensatie van schade valt buiten de bevoegdheid van de NMa. Ook heeft de NMa op dit moment geen bevoegdheid tot voordeelsontneming, zoals in bijvoorbeeld Duitsland wel mogelijk is.

Het bestaan van strooischade vormt bij de (macro-economische) afweging om al of niet handhavend op te treden een ondergeschikte rol. Wel kan strooischade, via het consumentenbelang, een factor in deze afweging zijn. Het consumentenbelang is naast het economische belang, de ernst van de overtreding en de doelmatigheid van de overtreding, één van de criteria is voor de prioritering van onderzoeken.

Mogelijkheden en instrumenten

In de boetecode 2007 van de NMa is als één van de boeteverlagende omstandigheden opgenomen de omstandigheid dat de overtreder uit eigen beweging degene(n) aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

Zo heeft de NMa in de Groenvoorzieningsbesluiten bij de bepaling van de hoogte van de boete rekening gehouden met het feit dat door de overtreder(s) compensatie van de schade was gegeven voordat de boete was opgelegd.

Een nieuwe mogelijkheid is het verzoek om een zogenaamd toezeggingsbesluit, waarin de NMa de toezegging van een onderneming zich (verder) te onthouden van mededingingsbeperkend gedrag bindend kan verklaren. De NMa zal vervolgens onder voorwaarden afzien van het instellen van een onderzoek of een lopend onderzoek beëindigen. Dit is echter alleen mogelijk als er geen sprake is van zogenoemde 'hard-core' overtredingen.

De Energiekamer probeert te sturen op het afdwingen van gedragingen via zelfregulering (gedragcodes) door brancheorganisaties. Kanttekening daarbij is dat geschilbeslechting zonder opleggen van een sanctie of de zogenaamde 'informele handhaving' geen door NMa gewenste instrumenten zijn.

Hoewel iedereen een klacht kan indienen is de NMa alleen verplicht de klachten van belanghebbenden in behandeling te nemen. Consumenten worden in het algemeen niet gezien als belanghebbenden. Consumenten kunnen wel meldingen van overtredingen van de Mededingingswet doen bij de NMa. Deze meldingen kunnen voor de NMa een reden zijn voor een eigen onderzoek, waarbij dezelfde overwegingen een rol spelen als bij de prioritering ten aanzien van de ingediende klachten.

De klachten die binnenkomen via de website "Consuwijzer" worden door de Energiekamer gebruikt om problemen te signaleren, maar pas bij structurele problemen zal de Energiekamer tot actie overgaan.

Verder beschikt de Energiekamer over het instrument van de tariefregulering. Dit instrument is echter geen middel voor schadevergoeding of preventie van (strooi)schade.

Praktijkvoorbeelden van overtredingen waardoor strooischade is ontstaan

Bierkartel

De branchevereniging Koninklijke Horeca Nederland (KHN) probeert de schade die horecaondernemers hebben geleden als gevolg van prijsafspraken (bierkartel), via de nationale rechter te verhalen op Bavaria, Grolsch en Heineken. KHN heeft in eerste instantie de bierbrouwers benaderd voor overleg met als primaire doelstellingen schadeloosstelling van horecaondernemers en verlaging van de inkooprijzen. De benadeelde consument zal echter niet de tijd en moeite nemen om naar de rechter te stappen en de Consumentenbond beschikt niet over de middelen om een collectieve schikking af te dwingen.

Interpay

De banken hadden Interpay ingericht als een centraal verkoopkantoor waardoor Interpay de enige aanbieder was van netwerkdiensten voor pinbetalingen. Daarmee hadden de banken de onderlinge concurrentie op deze markt uitgeschakeld. Nadat de NMa boetes had opgelegd, hebben vertegenwoordigers van detaillisten die pinbetalingen aan consumenten aanbieden en de betrokken banken een compensatieregeling getroffen.⁴⁵³ Daarnaast is gebleken dat de markt van netwerkdiensten voor pinbetalingen is verbeterd. Het is nu niet meer Interpay, maar zijn het de afzonderlijke banken die in onderlinge concurrentie pindiensten aan detaillisten aanbieden. Hierdoor zijn de gemiddelde pintarieven substantieel gedaald. Gezien deze ontwikkelingen heeft de NMa afgezien van nader onderzoek.

⁴⁵³ In dit 'Convenant Betalingsverkeer 2005' is afgesproken dat elke onderneming die pinnen als betaalmogelijkheid aanbiedt, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2005, ten minste 1 eurocent per transactie korting krijgt op het individueel tussen bank en onderneming uitonderhandelde pintarief (gemiddeld 5 eurocent per transactie). Ondernemingen die na 1 januari 2005 pinnen aanbieden, krijgen eveneens de minimale korting.

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit**Over de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit**

De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) houdt als toezichthouder op de post- en telecommunicatiemarkt onder andere toezicht op de volgende, in de Telecommunicatiewet genoemde, gebieden: internetveiligheid (verbod op spam en spyware); telemarketing; nummerportabiliteit (behoud nummer bij switch aanbieder of abonnement); transparantie van tariefinformatie; verplichtingen telecomaanbieders bij wijziging contractsvoorwaarden in nadeel klant; aansluitplicht telecomaanbieder bij een Geschillencommissie; betaalde informatienummers (voorkomen misbruik en misleidende informatie). Daarnaast is OPTA belast met de regulering van de communicatiemarkten, die tot doel heeft dat concurrerende markten ontstaan. In dat verband is OPTA bevoegd om aan aanbieders die naar haar oordeel aanmerkelijke macht op een bepaalde communicatiemarkt hebben verplichtingen op te leggen.

Zakelijke weergave gesprek OPTA

Gesprekspartners: mevr. mr. I.M.A. van der Hart (plv. afdelingshoofd Consument, Nummers en Bestuur en drs. S.P.M. de Vries BA (projectleider misbruik betaalnummers

Opta heeft een aantal wettelijke taken op het gebied van consumentenbescherming. Zo ziet Opta toe op veilig internet (spam- en spywareverbod), telemarketing, nummerportabiliteit (behoud nummer bij switch aanbieder of abonnement), transparantie van tariefinformatie, verplichtingen van de telecomaanbieders bij wijziging van contractsvoorwaarden, de aansluitplicht van telecomaanbieders bij een Geschillencommissie en het gebruik van betaalde informatienummers. Dit zijn terreinen waar een overtreding van de regels veelal strooischade tot gevolg heeft.

Opta kan zich vinden in een definitie van strooischade die zich ook tot ergernis uitstrekt. Opta ervaart dat voor consumenten juist die ergernis zwaar weegt.

Als voorbeeld van een al jarenlang bestaande bron van strooischade noemt Opta het onjuist gebruik van betaalnummers. Het gaat dan om informatiediensten waarvoor de consument via de telefoonrekening betaalt. Van onjuist gebruik is bijvoorbeeld sprake als voorafgaand aan de oproep onjuiste informatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld over de totale kosten van de oproep of bellers aan de lijn worden gehouden zonder dat zij uiteindelijk iemand te spreken krijgen of zonder dat er een dienst wordt geleverd.

Voor het gebruik van betaalnummers golden van meet af aan wettelijke verplichtingen. In de jaren negentig heerste echter een zelfreguleringsklimaat, waarbij erop werd vertrouwd dat de telecomsector zelf voldoende zou optreden om onjuist gebruik van betaalnummers aan te pakken en te voorkomen. De zelfregulering kreeg gestalte in de vorm van een klachtenloket voor schade door informatiediensten. Gaandeweg bleek de zelfregulering echter onvoldoende te werken en is de regelgeving naar aanleiding van voortdurende grote hoeveelheden klachten (al jarenlang een onderwerp in consumententelevisieprogramma's als Kassa en Rader) over onjuist gebruik van betaalnummers stapsgewijs aangescherpt. Resultaat van de aanscherping van de regelgeving is dat nu de overheid de consument betere bescherming biedt tegen onjuist gebruik van betaalnummers.

Opta merkt hierbij op dat voor gedupeerde consumenten al jarenlang de mogelijkheid bestaat om privaatrechtelijk tegen onjuist gebruik van betaalnummers te ageren. Aan Opta is echter geen enkel geval bekend waarin iemand langs die weg zijn recht heeft gehaald. In dit verband wijst Opta erop dat het verhaal van schade veelal niet eenvoudig is, nu er doorgaans sprake is van een keten aan partijen, waardoor de gebruiker van het betaalnummer niet rechtstreeks aansprakelijk is.

Meldingen over onjuist gebruik van betaalnummers bereiken Opta veelal via de website ConsuWijzer. Opta heeft geen inschatting gemaakt van de omvang van de schade die consumenten jaarlijks door het onjuist gebruik van betaalnummers lijden. In dit verband merkt Opta op dat bij de bepaling van de omvang van de schade niet alleen de naar de 'telefoontikken' zou moeten worden gekeken, maar tevens naar de ergernis die het onjuiste gebruik veroorzaakt en de schade die aan het consumentenvertrouwen wordt toegebracht. Het is echter de vraag hoe deze schadeposten in geld uitgedrukt moeten worden.

Opta tekent daarbij aan dat boetes niet altijd geïnd kunnen worden. Dat is veelal het geval als de beboete partij een criminele partij is. Van de boete gaat in die gevallen echter wel een signaal uit naar de samenleving en potentiële overtreders.

Opta wijst erop dat zij sinds kort een speciale bevoegdheid heeft om bij misbruik van een betaalnummer de betaling aan het nummer te laten opschorten, het nummer te laten afsluiten en de naam van de nummergebruiker te publiceren in de Staatscourant, waarmee alle aanbieders van elektronische communicatiediensten die kosten in rekening brengen voor het bellen naar dit nummer, verplicht worden de kosten voor bellen naar dit nummer niet meer in rekening te brengen en aan bellers terug te storten (zie artikel 7.3c Tw). Wordt niet aan deze verplichting voldaan, dan kan Opta wegens de overtreding daarvan een boete opleggen.

Door deze bevoegdheid uit te oefenen kan Opta een verplichting doen ontstaan om gedupeerden van nummERMISbruik schadeloos te stellen. De verplichting tot

schadeloosstelling wordt overigens niet opgelegd aan de overtreder (degene die misbruik van het nummer maakte), maar aan de telecomaanbieder die de kosten voor het gebruik van de nummer bij de consument heeft geïnd. Zij zijn weliswaar niet de veroorzaker van de schade, maar profiteren wél van het onjuiste gebruik van betaalnummers en hebben daar volgens Opta ook jarenlang vrijwel ongestoord van kunnen profiteren, doordat zij geruime tijd vrijwel nooit enige compensatie hebben geboden voor de schade die door het misbruik van betaalnummers werd veroorzaakt. De enkele gevallen waarin dit via het op basis van zelfregulering in het leven geroepen klachtenloket wél is geschied, zijn slechts het topje van een ijsberg aan gevallen waarin schade door misbruik is veroorzaakt.

Gevraagd of Opta knelpunten ziet in verband met het vóórkomen van strooischade, merkt Opta op dat de consument wat haar betreft nog wel beter beschermd zou mogen worden. Daarbij wijst zij erop dat bij bepaalde nummers de consument nog geen bescherming wordt geboden. Een stap vooruit is dat per 1 juli 2009 alle nummergebruikers die meer dan 2,5 cent per minuut in rekening brengen wettelijk verplicht zijn zich bij een geschillencommissie aan te sluiten.

Bijlage 2 Literatuurlijst

Abas en Van Zijst 2005

Abas, P., en Van Zijst, M., 'Regeling van massaschade via een vaststellingsovereenkomst?' *NTBR* 2005, p. 14-17.

Andrews 2001

Andrews, N., 'Multi-party proceedings in England: representative and group actions', *Duke J. of Comp. & Int. Law* 2001, p. 249-267.

<http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int%27+L.+249>

Antunes 2007

Antunes, H.S., *Class action, group litigation and other forms of collective litigation (Portuguese report presented at 'The Globalization of Class Actions' conference December 2007, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, England)*, 2007.

http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Portugal_National_Report.pdf

Asser, Groen, Vranken, Tzankova 2006

Asser, W.D.H., Groen, H.A., Vranken, J.B.M., Tzankova, I.N., *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Baetge 2009

Baetge, D., 'Germany', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 125-137.

<http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/622/1/125>

Barendrecht en Tzankova 2007

Barendrecht, M., Tzankova I.N., 'Massaschade: coördinatie gevraagd' *NJB* 2007, 2125.

Bauw en Hartendorp 2005

Bauw E. en Hartendorp, R.C., 'Kantonrechter of Geschillencommissie in consumentenzaken', *NJB* 2005, 44.

Van den Bergh en Visscher 2008

Van den Bergh, R., en Visscher, L., 'The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law', *Erasmus Law Review* 2008, p. 5-30.

<http://ssrn.com/abstract=1101377>

Van den Bergh 2007

Van den Bergh, R., "Should Consumer Protection Law be Publicly Enforced?" in: Willem H. van Boom en Marco Loos (ed.), *Collective Enforcement of Consumer Law - Securing*

Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 179-203.

Bethlem 2009

Bethlem, Ch. E., 'Consument en rechter: losse eindjes of nieuw begin?' *TvC* 2009-1.

Van den Biggelaar en Loos 2007

Van den Biggelaar, P.J.M. en Loos, M.B.M. 'Concentratie rechtsbijstand in massaschade loont' , *NJB* 2007, 2131..

De Boer 1990

De Boer, A.N.A.G., *Beslechting van consumentengeschillen naar Nederlands recht*, Kluwer, Deventer 1990.

Van Boom 2006

Van Boom, W.H., *Efficacious Enforcement in Contract and Tort (inaugural lecture EUR)*, The Hague BJU 2006.

http://www.professorvanboom.org/pdf_files/VanBoom_oratie_EUR_2006_ELL5.pdf

Boos 2003

Boos, Ph., 'Die Beteiligung von Verbraucherschutzverbänden im Kartellverfahren', *Verbraucher und Recht* 2003, p. 333-341.

Van den Borne

Van den Borne, C.H.D.W., ' Wetsvoorstel, massaschade, oplossing voor collectieve acties?' *Bb* 2004, 68.

Brenninkmeijer, Van Ewijk en Van der Werf 2002

Brenninkmeijer, A., Van Ewijk M., en Van der Werf C., *Aard en omvang van arbitrage en bindend advies in Nederland*, Leiden, 2002

Calais-Auloy en Steinmetz 2003

Calais-Auloy, J., en Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, Paris: Dalloz 2003.

Ten Cate en Van Regteren Altena 2005

Ten Cate, M., Van Regteren Altena, P.N., ' Collectieve actie en collectieve afwikkeling, samen uit samen thuis?' *AA* 2005, 235.

Civic Consulting en Oxford Economics 2008

Civic Consulting en Oxford Economics, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin, 2008.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf

Civil Justice Council 2008

Civil Justice Council, *Reform of Collective Redress in England and Wales: a Perspective of Need*, Londen, 2008

Croiset van Uchelen, Hermans, Lemstra en Lunsingh Scheurleer 2007

Croiset van Uchelen, A., Hermans, R., Lemstra J., en Lunsingh Scheurleer, D., 'Mission statement' van een gelegenheidscoalitie - naar een effectievere afwikkeling van massaschade', *NJB* 2007, 41.

Croiset van Uchelen 2008

Croiset van Uchelen, A.R.J., 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 6772/798.

Van Dam 2006

Van Dam, C.C., *Aansprakelijkheid van Toezichthouders* vanwege het British Institute of International and Comparative Law, 2006

Danopoulos 2009

Danopoulos, A., *Geschilbeslechting door de OPTA: Een voorbeeld voor geschilbeslechting in het bestuursrecht?*, diss. EUR, Nijmegen 2009.

Dayagi-Epstein 2006

Dayagi-Epstein, 'Representation of Consumer Interests by Consumer Associations - Salvation for the Masses?' *Competition Law Review* 2006, p. 209-249.

<http://ssrn.com/abstract=1018629>

Dorhout Mees 2008

Dorhout Mees, T.J., 'Tien vogels in de lucht?' *AV&S* 2008, 24.

Edwards 2006

Edwards, J., 'Accountability in the consumer movement', *Consumer Policy Review* 2006, p. 20-25.

Eindrapport 2006

Asser W.D.H., Groen H.A. en Vranken J.B.M., m.m.v. Tzankova I.N., *Uitgebalanceerd: Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 2006.

Eisenberg en Miller 2004

Eisenberg, Th., en Miller, G.P., 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *Vanderbilt L.Rev.* 2004, p. 1529-1567.

<http://ssrn.com/paper=528146>

Van Elk, Mosselman, Regter, Van der Valk en Van der Zeijden 2004

Van Elk, J.J., Mosselman, M., Regter, G., Van der Valk, W.D.M., en Van der Zeijden, P.Th. *Consumentenklachten en collectieve acties* onderzoek vanwege het Ministerie van Economische Zaken 2004.

Van Erp 2008

Van Erp, J., 'Naming en shaming in het contractenrecht? Het reputatie-effect van schadevergoedingen tussen ondernemingen', in: W. van Boom, I. Giesen en A. Verheij (red), *Gedrag en Privaatrecht, over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, 2008.

Eshuis 2003

Eshuis R.J.J., *Claims bij de Rechtbank*, onderzoek vanwege het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie (WODC), 2003

Frenk 1994

Frenk, N., *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Recht en Praktijk 81, Deventer, 1994.

Frenk 2003

Frenk, N. 'Nieuwe wetgeving: Herziening van de regeling van de consumentenkoop', AA (52) 2003/12.

Frenk 2005

Frenk N., De wet collectieve afwikkeling massaschade en de aandelenlease-affaire, *WPNR* 2005, 6630.

Frenk 2005

Frenk, N., Vie d'Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht, *NTBR* 2005, p. 296-300.

Frenk 2007

Frenk, N., 'Massaschade: de Nederlandse benadering' *AV&S* 2007 nr. 5, p. 214 e.v.

Frenk 2007

Frenk, N., 'In der minne geschikt!', *NJB* 2007, 2129.

Frenk en Tzankova 2009

Frenk, N., Tzankova, I.N., 'Massaschade en idealen', *NJB* 2009, 1.

Garoupa 2001

Garoupa, N., 'Optimal law enforcement when victims are rational players', *Economics of Governance* 2001, p. 231-242.

<http://dx.doi.org/10.1007/PL00011027>

Gaudet 2009

Gaudet, R., Jr., 'Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience', *E.C.L.R.* 2009, issue 3.

Giesen 2007

Giesen, I., 'De rol van de rechter bij massaschade: maatwerk of partijautonomie? Een noot van een scepticus', *NJB* 2007, 2128.

Gilles en Friedman 2006

Gilles, M., en Friedman, G.B., 'Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers', *U.Penn.L.Rev.* 2006, p. 103-164.

<http://ssrn.com/paper=992852>

Haak en VerLoren van Themaat 2005

Haak M.F.J., VerLoren van Themaat, I.W. (red.), *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van mededingingsregels in Nederland, Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken*, onderzoek vanwege het Ministerie van Economische Zaken door Houthoff Buruma, Amsterdam, 2005

Halfmeier 2006

Halfmeier, A., *Popularklagen Im Privatrecht : zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Hartlief 2007

Hartlief T., 'Massaschade in Nederland. Een ramp?' *AV&S* 2007 nr. 5, p. 207.

Hartlief 2007

Hartlief, T., 'De twee werelden van massaschade', *NJB* 2007, 2124.

Hefermehl, Köhler en Bornkamm 2009

Hefermehl, Köhler en Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, München: Beck 2009.

Hodges 2008

Hodges, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems - A New Framework for Collective Redress in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2008.

Houthoff Buruma 2005

Haak M.F.J., en VerLoren van Themaat I.W. (red.), *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005.

Howells en Weatherill 2005

Howells G. G., en Weatherill, S., *Consumer Protection Law*, Aldershot: Ashgate 2005.

Huver e.a. 2007

Huver R.M.E., e.a., *Slachtoffers en Aansprakelijkheid*, onderzoek vanwege het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Ministerie van Justitie (WODC), 2007

Interimrapport 2003

Asser W.D.H., Groen H.A. en Vranken J.B.M., m.m.v. Tzankova I.N., *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom 2003.

Jacobs 1998

Jacobs, W.A., *Alternatieve geschillenbeslechting van consumentenklachten*, diss. Utrecht, Deventer, 1998.

Jones en Beard 2002

Jones, A., en Beard, D., 'Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally speaks', *European Competition L.Rev.* 2002, p. 246-256.

Keßler 2007

Keßler, J., 'Cui bono? Schadenersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht', *Verbraucher und Recht* 2007, p. 41-47.

Kilian 2008

Kilian, M., 'Das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren', *NJW* 2008, p. 1905-1910.

Kocher 2007

Kocher, E., *Funktionen der Rechtsprechung - Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Komninos 2002

Komninos, A.P., 'New prospects for private enforcement of EC competition law: *Courage v. Crehan* and the Community right to damages', *CML Rev.* 2002, p. 447-487.

Kortmann 2008

Kortmann, J., *The Tort Law Industry*, oratie UvA, Amsterdam, 2008.

Krans 2005

Krans, H.B., 'Een nieuwe aanpak van massaschade', *NTBR* 2005, p. 2-13.

Krans 2006

Krans, H.B., 'Collectieve afwikkeling van massaschade door de Consumentenautoriteit: vragen over bevoegdheid en representativiteit', *WPNR* 6673/521.

Krans 2007

Krans, H.B., 'DES en Dexia: de eerste ervaringen met collectieve afwikkeling van massaschade', *NJB* 2007, 2126.

Krans 2008

Krans H.B., 'Toegang tot het recht bij massaschade', *TCR*, 2008, p. 131.

Kroes 2008

Kroes, Chr.F., 'The beauty and the beast? Over 'class action', de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter' *NTBR* 2008, 36, p. 266.

Kroes 2008

Kroes, Chr.F., 'Collectieve actie', *NJB* 2008, 552.

Kroeze 2009

Kroeze M.J., 'Een Duitse collectieve actie voor beleggers', *Ondernemingsrecht* 2005, 172.

Landes en Posner 1975

Landes W. M., en Posner, R. A., 'The private enforcement of law', *J. Legal Stud.* 1975, p. 1-46.

Leicht 2009

Leicht, M., *Gewinnabschöpfung bei Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel*, Baden-Baden: Nomos 2009.

Leijten 2005

Leijten, A.F.J.A., 'De betekenis van de Wet collectieve afwikkeling massaschade voor corporate litigation', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 498-506.

Lemstra 2005

Lemstra, J.H., 'De (on)begrensde mogelijkheden van collectieve acties in het ondernemingsrecht' in: G. van Solinge (red.), M. Holtzer (red.), A.F.J.A. Leijten (red.),

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer: Kluwer, 2005, p. 299-310.

Lemstra 2007

Lemstra, J.H., 'De Wet handhaving consumentenbescherming : een impuls voor het collectieve actierecht?' in: D.J. Oranje (red.), M. Holtzer (red.) A.F.J.A. Leijten, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 127-138.

Van der Linden 2008

Van der Linden, J., *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, RvR: Den Haag, 2008.

Linssen 2001

Linssen, J.G.A., *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking (een rechtsvergelijkende beschouwing)*, Den Haag: Boom 2001.

Lodder 2004

Lodder, A.R., 'De toekomst van geschillenoplossing', *NJB* 2004, 79(16).

Loos 2008

Loos M.B.M., *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – country report The Netherlands*, 2008.

Magnier 2009

Magnier, V., 'France', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 114-124.

<http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/622/1/202>

Martius 2005

Martius, R.M.L.A., 'Collectieve afwikkeling van massaschade volgens de Wet collectieve afwikkeling massaschade: daadwerkelijk collectieve afwikkeling van massaschade?' *PP* 2005, p. 190-199.

Meijer 2007

Meijer, R.S., 'Massaschade', *AA* 2007, 748.

Meller-Hannich 2008

Meller-Hannich, C., (ed.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008.

Mickitz 2007

Mickitz, H.-W., "Collective private enforcement of consumer Law: the key questions", in: Willem van Boom en Marco Loos (ed.), *Collective Enforcement of Consumer Law - Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 13-36.

Mickitz en Stadler 2006

Mickitz H.-W., en Stadler, A., 'The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure', *European Business Law Review* 2006, p. 1473-1503.

Micklitz 2008

Micklitz, H.-W., "Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union - Country report Austria", in: Civic Consulting en Oxford Economics (ed.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008, p. 1 ff.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/au-country-report-final.pdf

Micklitz en Stadler 2003

Mickitz H.-W., en Stadler, A., *Unrechtsgewinnabschöpfung - Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadenersatzanspruches im UWG*, Baden-Baden: Nomos 2003.

Micklitz en Stadler 2005

Mickitz H.-W., en Stadler, A., (ed.), *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, Münster: Landwirtschaftsverlag 2005.

Møgelvang-Hansen 2008

Møgelvang-Hansen, P., "Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union - Country report Denmark", in: Civic Consulting en Oxford Economics (ed.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008, p. 1 ff.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/au-country-report-final.pdf

Monti 2002

Monti, G., 'Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages', *E.L.Rev.* 2002, p. 282-302.

Mulder 2007

Mulder, C.W.M., 'Biedt de Wet collectieve afwikkeling massaschade een goede oplossing voor de afwikkeling van privaatrechtelijke massaclaims?' *PP* 2007, p. 131.

Neuberger 2006

Neuberger, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Odudu en Edelman 2002

Odudu, O., en Edelman, J., 'Compensatory damages for breach of Article 81', *E.L.Rev.* 2002, p. 327-339.

Overeem 1992

Overeem, R., 'Advocaat en bindend adviseur in zaken voor geschillencommissies. Een bespiegeling', in: *De rechter aan de kant*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.

Papeveld en Silvertand 2009

Papeveld, J., Silvertand R., 'Civiele pseudowetgeving? Een praktische brug te ver', *NJB* 2009, 700.

Picod en Chevrier 2008

Picod, Y., en Chevrier, E., *Code de la Consommation Commenté*, Paris: Dalloz 2008.

Picod en Davo 2005

Picod, Y., en Davo, H., *Droit de la consommation*, Paris: Armand Colin 2005.

Polak 2006

Polak, M.V., 'Iedereen en overal? Internationaal privaatrecht rond 'Massaschadeclaims'', *NJB* 2006, 1813.

Poot 2006

Poot M.F., 'Internationale afwikkeling van massaschade met de Wet Collectieve afwikkeling massaschade', in: M. Holtzer, A.J.F.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging corporate litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 169-202.

Puttfarken en Franke 1999

Puttfarken, H.-J., en Franke, N., "Die action civile der Verbände in Frankreich", in: J. Basedow, K.J. Hopt, H. Kötz en D. Baetge (ed.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, p. 149-211.

Van Raay 2007

Van Raay, A., 'Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG: Erste Schritte', *Verbraucher und Recht* 2007, p. 47-53.

Van Regteren Altena en Ten Cate 2005

Van Regteren Altena, P.N., Ten Cate, M., 'Collectieve actie en collectieve afwikkeling, samen uit samen thuis? AA 2005, p. 235-242.

Veenstra 2007

Veenstra, H.M., 'Uitleg van een collectieve regeling tot vergoeding van massaschade', *NTBR* 2007/1.

Voet 2008

Voet, S., 'Class actions en aanverwante instrumenten inzake collectief procederen in Europa: een procesrechtelijke status questionis', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement*, 2008/2.

Van der Wiel 2009

Van der Wiel, B., 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht: Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', *NJB* 2009, 12.

Schäfer 2000

Schäfer, H.-B., 'The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations', *European Journal of Law and Economics* 2000, p. 183-213.

Schaumburg 2006

Schaumburg, E., *Die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2006.

Scheltema en Scheltema 2009

Scheltema A.H., en Scheltema, M., *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Preadvies voor de Vereniging van Effectenrecht 2009, p. 71/72.

Schilken 2008

Schilken, E., "Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz", in: Caroline Meller-Hannich (ed.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 21-52.

Schirmeister 2005

Schirmeister, F.C., 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *AA* 2005, p. 824-832.

Schonewille 2007

Schonewille, W.M., 'De financiering van collectieve acties' *NJB* 2007, 2132.

Seeliger 2008

Seeliger, D., "Kollektiver Rechtsschutz im Kartell- und Wettbewerbsrecht", in: Caroline Meller-Hannich (ed.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 73-92.

Shavell 1982

Shavell, S., 'The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in A Costly Legal System', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 333-339.

Shavell 1985

Shavell, S., 'Criminal Law and the Optimal use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent', *Columbia Law Review* 1985, p. 1231-1262.

Shavell 1993

Shavell, S., 'The optimal structure of law enforcement', *J. of Law and Economics* 1993, p. 255-287.

Sorabji, Napier en Musgrove 2008

Sorabji, J., Napier, M., en Musgrove, R., *Improving Access to Justice through Collective Actions - Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions*, Civil Justice Council 2008.

http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving_Access_to_Justice_through_Collective_Actions.pdf

Stuyck, Terryn, Colaert, Van Dyck, Hoekx en Tereszkiewicz 2007

Stuyck, J., Terryn, E., Colaert, V., Van Dyck, T., Hoekx, N., en Tereszkiewicz, P., *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings - Final Report*, Leuven: Katholieke Universiteit Leuven 2007.

http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf

Tortell 2008

Tortell, L., "Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union - Country report Portugal", in: Civic Consulting en Oxford Economics (ed.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Berlin: 2008, p. 1 ff.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/au-country-report-final.pdf

Tzankova 2005

Tzankova, I. N., *Strooischade - Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005.

Tzankova 2007

Tzankova, I.N., *Toegang tot het recht bij massaschade (thesis Tilburg)*, Deventer: Kluwer 2007.

Tzankova 2007

Tzankova, I.N., 'Toegang tot het recht bij Europese massaschade', *NJB* 2007, 2133.

Tzankova 2008

Tzankova, I.N., 'Ik weet dat ik niets weet': reflectie op massaschade en empirie' *TCR*, 2008, p. 98.

Tzankova 2009

Tzankova, I.N., 'Op glad ijs? Beschouwingen over de kredietcrisis, massaschade en beleidsvorming', *FR* 2009, nr. 2/3

Da Cruz Vilaça, Metello de Nápoles en Choussy 2004

Da Cruz Vilaça, J. L., Metello de Nápoles, P., en Choussy, D., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules - National Report Portugal*, Brussels: Ashurst 2004.

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/portugal_en.pdf

Vermeij 2005

Vermeij, P.J., 'Class action' gaat Europees, *Advocatenblad*, september 2005.

Vorwerk en Wolf 2007

Vorwerk, V., en Wolf, C, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug) Kommentar*, München: Beck 2007.

De Vries e.a. 1995

De Vries H.H. e.a., 'Het maatschappelijk belang van geschillencommissies (Samenvatting rapport)', *TvC* 1995, p. 299-300.

Wagner 2006

Wagner, G., 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?' *Archiv für die civilistische Praxis* 2006a, p. 352-476.

Wansink 2007

Wansink, J.H., 'De directe actie ex art. 7:954 BW bij rampschade' *AV&S* 2007 nr. 5, p. 228 e.v.

Van Wassenaeer 2004

Van Wassenaeer, G.M., 'Collectieve afwikkeling van massaschade, een nieuwe horizon?' *VR* 2004, p. 165-168.

Werlauff 2009

Werlauff, E., 'Class Actions in Denmark', *Annals of The American Academy of Political and Social Science* 2009, p. 202-208.

<http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/622/1/202>

Wils 2008

Wils, W.P.J., 'The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles', *World Competition* 2008, p. 335-352.

Wils 2009

Wils, W.P.J., 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages', *World Competition* 2009, p. 3-26.

Van Zeeland, Barendrecht, Kamminga en Tzankova 2004

Van Zeeland, C.M.C., Barendrecht, J.M., Kamminga Y.P. en Tzankova, I.N., *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?* Tilburg: Universiteit van Tilburg 2004

Viitanen 2007

Viitanen, K., 'Enforcement of consumers' collective interests by regulatory agencies in the Nordic countries' in: W.H. van Boom, M.B.M. Loos (red.), *Collective enforcement of consumer law*, Groningen 2007, p. 83 e.v.

Bijlage 3 Geraadpleegde bronnen

Groenboeken en witboeken van de Europese Commissie

Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (2005).

Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels van de Europese commissaris Kroes (mededinging) (2008).

Groenboek over collectief verhaal voor consumenten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (2008).

Commission Staff Working Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, 2008.

Resolutie van het Europees Parlement van 25 april 2007 over het groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels.

Beleidsstukken en evaluaties

Afwikkeling letselschade brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal, 7 juli 2005, reactie op het onderzoek *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?*

Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal, *Tweede Kamer 2008 – 2009, 31 762, nr. 1.*

Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels.

Commentaar op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels vanwege studiekering "Eurogroep" van de Nederlandse Raad voor de rechtspraak (2008).

Nederlandse reactie op het Groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels.

Visie van de Adviescommissie Mededingingsrecht Nederlandse Orde van Advocaten inzake het Groenboek van de Europese Commissie betreffende Schadevorderingen wegens schending van de communautaire mededingingsregels (2006).

BEUC (European Consumers Association), Group Action: the missing tool, BEUC answer on the Green paper on consumer collective redress, 9 maart 2009.

Consumentenbond Answer to the public consultation on the green paper on collective redress, Consumentenbond 2009.

Wet- en regelgeving

Europese Unie

- Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (bemiddelingsrichtlijn), Pb EU L136.
- Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (oneerlijke handelspraktijken), Pb EU L166.
- Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, Pb EU L199.
- Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, Pb EU L364.

Nederland

- Wet collectieve afwikkeling massaschade, Wet van 23 juni 2005, Stb. 2005, 340.
- Wet handhaving consumentenbescherming, Wet van 29 december 2006, Stb. 2006, 591.
- Wet personenvervoer 2000, Wet van 6 juli 2000, Stb. 1987, 175.
- Telecommunicatiewet, Wet van 19 oktober 1998, Stb. 610
- Elektriciteitswet 1998, Wet van 2 juli 1998, Stb. 1998, 427.
- Mededingingswet, Wet van 22 mei 1997, Stb. 242.
- Wet marktordening gezondheidszorg, Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 415.
- Gaswet, Wet van 22 juni 2000, Stb. 2000, 305.
- Voorontwerp Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad
- Aanwijzing voor de Consumentenautoriteit inzake het sluiten van massaschade-overeenkomsten, Stcrt 2007, 107, p. 9.
- Erkenningsregeling Geschillencommissies consumentenklachten, Stcrt. 1996, nr. 248, p. 8

- Handhavingsbeleid NMa, Stcrt. 2009, 63, p. 1.
- Boetecode NMa, Stcrt 2007, 123, p. 41.

Duitsland

- Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2840).
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. Juli. 2005 (BGBl. I S. 2114).
- Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG). vom 24. April 1998 (BGBl I S. 730).
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414).
- Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788).
- Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 16. August 2005 (BGBl. I S. 2437).

Engeland en Wales

- Civil Procedure Rules and Practice Directions for civil litigation 1999.
- Multi-Party Action Arrangements 2000.
- Competition Act 1998.
- Enterprise Act 2002.
- Financial Services and Markets Act 2000.
- Guidance for bodies seeking designation as super-complainants.

Oostenrijk

- Österreichische Zivilprozessordnung (ÖZPO).

Portugal

- Wet 83/95 van 31 augustus 1995.

Denemarken

- Retsplejelovens 2007.

Verenigde Staten

- Federal Rules of Civil Procedure.

Kamerstukken

Kamerstukken 21 504

Wet tot verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties ('Pluk ze' wetgeving)

Kamerstukken 22 486

Regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen

Kamerstukken 26 352 nr. 19

Beleidsbrief ADR 2000-2002, 'Meer wegen naar het recht'

Kamerstukken 29 414

Wet collectieve afwikkeling massaschade

Kamerstukken 29 702

Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht

Kamerstukken 30 411

Wet handhaving consumentenbescherming

Kamerstukken 30 928

Aanpassing BW in verband met implementatie van richtlijn oneerlijke handelspraktijken

Kamerstukken 31 762

Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade

Jurisprudentie

Europese Unie

HvJEG gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi e.a.*, Jur. 2006, p. I-6619

HvJEG zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, Jur. 2001, p. I-6297

Nederland

ABRvS 1 oktober 2008, nr. 200801150/1

ABRvS 10 mei 2006, *AB* 2006, 230

ABRvS 13 maart 1996, *AB* 1996, 458

ABRvS 13 maart 2001, *JB* 2001, 95

ABRvS 22 oktober 2008, *AB* 2008, 350

ABRvS 24 december 2003, *AB* 2004, 117

ABRvS 8 december 2004, *BR* 2005, p. 433

AGRvS 1 juni 1992, *AB* 1992, 458

CBb 17 januari 2008, *LJN* BC 3552

CBb 4 september 2003, *AB* 2004, 14

Hof 's-Gravenhage 24 februari 2005, *LJN* AS9694 (*Accel/NMa*)

Hof Amsterdam, 25 oktober 2007, *LJN* BB6504

HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 529 (*Vie d'Or*), m.nt. Van Dam
 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, m.nt. CJHB
 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 (*Nieuwe Meer*)
 HR 28 november 1995, *NJ* 1996, 383
 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535
 Rb. 's-Gravenhage 8 mei 2007, *LJN* BA4603 (*Pretium/Consumentenautoriteit*)
 Rb. Rotterdam 15 juli 2002, *JB* 2002, 289
 Rb. Rotterdam 2 september 2005, *LJN* AU9056
 Rb. Rotterdam 22 januari 2009, AWB 08/1018 TELEEC
 Rb. Rotterdam 3 december 2004, *LJN* AS3852
 Rb. Rotterdam 3 oktober 2003, *Telecommunicatie* 2004, 196
 Vrزر. CBb 27 april 2005, *LJN* AT6100
 Vrزر. Rb. Zutphen, 22 mei 2009, *LJN* BI3783

Duitsland

OLG Stuttgart 2-11-2006, 2 U 58/06, VuR 2007/2
 LG Heilbronn 23-2-2006, 23 O 136/05 KfH, VuR 2007/2

Engeland en Wales

Gouriet v. Union of Post Office Workers [1978] A.C. 435 (HL)
 Consumers' Association vs. JJB Sports plc. Case no. 1078/7/9/07
 Judgment on Assessment of Costs (Competition Appeal Tribunal [2009] CAT 2 per Lord Carlile of Berriew QC d.d. 30 januari 2009)
 Abbey National plc and others vs. OFT [2009] EWCA Civ 116

Oostenrijk

BGHS Wien 29.8.2008, 14 C 1162/05t-14 C 2043/05a

Overig

Van recht hebben naar recht krijgen, Beleidsnotitie Consumentenbond 2003.

Oneerlijke handelspraktijken, meldingen van Consumenten, Consumentenbond maart 2007.

Samenvattend Rapport Uitvoering Zorgverzekeringswet 2007 van de NZa, oktober 2008.

Jaarverslag 2007, Consumentenautoriteit

Onderzoeksrapport Oneerlijke Handelspraktijken (OHP's) in Nederland, Consumentenautoriteit, november 2008.

Terugblik 2008, Consumentenautoriteit.

Agenda 2009, Consumentenautoriteit.

Jaarverslag 2008, Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.

Consumentenklachten en collectieve acties, Ministerie van Economische Zaken, EIM, mei 2004.

An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings, final report, Study Centre for Consumer Law, Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, januari 2007.

Bijlage 4 Leden begeleidingscommissie

Ministerie van Economische Zaken

Mevr. mr. D.A.N. Dekkers

DG Economische Politiek, Directie Europa, Mededinging en Consumenten

Mevr. drs. D. Kusters

DG Economische Politiek, Directie Europa, Mededinging en Consumenten

Dhr. mr. drs. J.J.F. Versluijs

DG Economische Politiek, Directie Europa, Mededinging en Consumenten

Ministerie van Justitie

Dhr. prof. mr. N. Frenk

Raadadviseur