

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Handhaving van het consumentenrecht

*Een verslag van de jaarvergadering van de
Vereniging voor Burgerlijk Recht
d.d. 19 april 2010.*

I. Greveling & I. van der Zalm

*Published in
NTBR 2010/7, nr. 33, p. 264-270.*

Inleiding

Op 19 april 2010 vond de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats met als onderwerp: 'handhaving van het consumentenrecht'. Prof. mr. M.B.M. Loos (Universiteit van Amsterdam) heeft de individuele handhaving voor zijn rekening genomen, waarbij het gaat om het belang van één consument en prof. mr. W.H. van Boom (Erasmus Universiteit Rotterdam) de collectieve handhaving, waarbij het gaat om de belangen van meer dan één consument. Op deze plaats doen wij verslag van deze vergadering, die werd voorgezeten door de scheidend voorzitter prof. mr. J.H. Nieuwenhuis (Universiteit Leiden). De preadviezen zijn reeds eerder op deze plaats besproken.¹ Hieronder eerst verslag van de korte toelichting op de preadviezen, zoals gegeven door de preadviseurs Loos en Van Boom, waarna het verslag van de bijdragen van de interveniënten volgt.

Toelichting op de preadviezen

I. Individuele handhaving van het consumentenrecht

Als eerste gaf Loos een korte toelichting op zijn preadvies over de individuele handhaving in het consumentenrecht. Hij ging in op een achttal problemen. Ten eerste gaf hij aan dat om te komen tot individuele handhaving er sprake moet zijn van bereidheid tot klagen. Ten tweede ontbreekt het bij de consument (maar ook bij de handelaren) vaak aan kennis van de rechten en plichten. Ten derde is er een probleem met de bekendheid van geschillenbeslechting. Slechts twee op de drie consumenten is bekend met de mogelijkheid een geschil voor te leggen aan de burgerlijke rechter en er is bij een kwart van de consumenten geen bekendheid met de mogelijkheid van geschilbeslechting door geschillencommissies. Ten vierde kan de taal een probleem opleveren (juridische jargon). Ten vijfde kunnen de wijze waarop een geschil moet worden aangebracht (een formele dagvaarding) en de daarbij behorende vormvoorschriften een probleem opleveren. Ten zesde noemde Loos als probleem het formele karakter van de procedure. Het zevende door Loos aangestipte probleem is de duur van de procedure, die met name zou spelen wanneer er bijvoorbeeld een getuigenverhoor of deskundigenonderzoek nodig is. Vervolgens gaf Loos aan dat de *kosten* van de procedure (en de eventuele proceskostenveroordeling) als het grootste probleem moeten worden gezien. In veel gevallen is het belang van de consument te gering om te procederen, waardoor de kosten van de juridische procedure afschrikwekkend werken.

Ten slotte ging Loos in op de mogelijke oplossingen. Hij noemde de Europese betalingsbevelprocedure en de Europese small claims procedure. Deze regelingen beperken zich echter tot grensoverschrijdende procedures. Nederlandse initiatieven (zoals verhoging van de competentiegrens bij de kantonrechter (dat zou ervoor zorgen dat zaken met betrekking tot consumentenkoop veelal bij de kantonrechter komen),

¹ C. Cauffman, 'Efficiënt handhaven van consumentenrechten. Een bespreking van de preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010', *NTBR* 2010/3, p. 78-90.

vereenvoudiging van de procedure voor geringe vorderingen en beperking van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie) bieden geen oplossing voor het probleem van de proceskostenveroordeling.

Naast het aanhangig maken van een procedure bij de rechter gaf Loos aan dat het ook mogelijk is om naar een geschillencommissie te stappen. De voordelen hiervan zijn dat de procedure informeel van aard, goedkoop en sneller is. De snelheid zit met name in het feit dat er geen hoger beroep mogelijk is en er geen bewijsopdrachten gegeven worden. Maar ook hierbij noemde Loos een aantal problemen. Ten eerste is de bevoegdheid gebaseerd op een overeenkomst met de daarbij behorende algemene voorwaarden. Dit houdt in dat partijen hierover overeenstemming moeten hebben bereikt. Ten tweede zijn er vragen omtrent de nakoming van het bindend advies en ten derde is er geen internationaal opererende geschillencommissie. Als laatste punt noemde Loos dat het consumentenrecht zo onttrokken zou worden aan de 'gewone' rechter, waardoor er geen prejudiciële vragen gesteld kunnen worden aan het Hof van Justitie in Luxemburg.

II. Collectieve handhaving van het consumentenrecht

Het onderwerp van Van Booms preadvies is de collectieve handhaving van het consumentenrecht. Van Boom vat dit begrip breed op. Van collectieve handhaving is in zijn ogen sprake wanneer de belangen van meer dan één consument bij de zaak betrokken zijn, waaronder dus vormen van handhaving vallen die het belang van een concrete zaak overstijgen. Het begrip collectieve handhaving is lastig te onderscheiden van individuele handhaving, omdat het voegen van een aantal individuele procedures tegen dezelfde partij in zekere zin al een vorm van collectieve handhaving is. Zijn preadvies heeft het karakter van een caleidoscoop, van zuiver juridisch betoog naar beleidsrelevante overwegingen of meer economische inzichten. Van Boom gaf verder een toelichting op de Consumentenautoriteit en besprak de recente ontwikkelingen van civielrechtelijke claims die aan de rechter voorgelegd worden. Het gaat hierbij niet om de individuele consument die naar de rechter stapt, maar om de claims van al die individuen die bij elkaar zijn genomen, de zogenaamde gecumuleerde claims. Van Boom kijkt daarbij hoe de verantwoordelijkheden van het collectief afgebakend zijn ten opzichte van die van het individu. Hoe zit het bijvoorbeeld met het oproepen van alle getuigen? En zal een beroep op een wilsgebrek stranden, zeker waar het gaat om dwaling? Gemakkelijker zou een onrechtmatigedaadsactie kunnen zijn. Na een bespreking van enige rechtspraak, zoals de effectenlease-arresten en het World Online-arrest, komt Van Boom tot de conclusie dat er door de Hoge Raad welwillend wordt gekeken naar het toestaan van dergelijke vorderingen in het geval van collectieve acties. Ook bespreekt Van Boom in zijn preadvies de problematiek rondom bagatel- en strooischade. Hij verwijst daarbij naar het model van de Amerikaanse class action, welke we in Nederland niet kennen. Het in het Nederlandse recht nog het meest hiermee te vergelijken instrument is de WCAM (Wet collectieve afwikkeling massaschade).

Van belang hierbij zijn de derde en vierde stelling van Van Boom, die met elkaar samen hangen.² Bij het collectief maken van de individuele claims zou het lastig zijn dat er geen

² Stelling 3 luidt: "Het wettelijk model van de WCAM-schikking met een veroorzaker van massaschade gaat er van uit dat aan de zijde van de belangenorganisaties soepele coördinatie en convergerende belangen aanwezig zijn. Bij toenemende competitie tussen private belangenorganisaties in hun acties uit art. 3:305a

voorrangsrecht bestaat met betrekking tot het opstarten van een stichting. Een stichting is makkelijk op te richten en dus kunnen er veel verschillende stichtingen worden opgericht die met elkaar de competitie aangaan. Van Boom maakt hierbij de vergelijking met Amerika, waar wel een dergelijk voorrangsrecht bestaat. Vanwege de vele stichtingen is het voor de aansprakelijk gestelde partij niet duidelijk met wie hij de onderhandelingen aan moet gaan. Op dit punt dient volgens Van Boom meer coördinatie plaats te vinden.

Verder merkte Van Boom op dat de kern waar het preadvies om draait te vinden is in de eerste twee stellingen.³ Door de komst van de Consumentenautoriteit ligt het momentum van handhaving bij de bestuursrechter (boetes) in plaats van bij de civiele rechter. De Wet oneerlijke handelspraktijken bevat open normen die nu door de bestuursrechter ingevuld dienen te worden. Dit zorgt ervoor dat de scheiding tussen publiek- en privaatrecht wordt afgebrokkeld en dat is volgens Van Boom de reden dat dit onderwerp zo interessant is.

Discussie: de interveniënten en de repliek van de preadviseurs

Prof. mr. E.H. Hondius

De eerste interveniënt (prof. mr. E.H. Hondius, Universiteit Utrecht) richtte zich met name op het preadvies van Loos. Ten eerste stelde hij dat het goed is dat wij in Nederland proberen het consumentenrecht zoveel mogelijk te integreren in het privaatrecht. Het is zijns inziens goed dat het consumentenrecht in het BW blijft staan en niet in een apart consumentenwetboek wordt opgenomen. Hij gaf hiervoor twee redenen. De eerste reden is dat het merkwaardig zou zijn om de consumentenrechten apart te regelen. Consumentenrechten hebben vaak betrekking op de meest voorkomende transacties. Daarnaast is ons BW gestoeld op de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij. Dit zorgt ervoor dat ons BW ook de ruimte biedt die er nodig is om de consumentenrechten te regelen.

Ten tweede merkte Hondius op dat we door de verschillende constructies heen moeten kijken naar de werkelijkheid. Het is bijvoorbeeld onjuist om de geschillencommissie als alternatief te zien voor de rechtbank, vanwege de mogelijkheid van proceskostenveroordeling. Hiermee viel hij Loos enigszins aan. Van de zaken die voor een geschillencommissie worden gebracht zal namelijk een groot deel nooit voor de rechter komen in verband met de mogelijkheid om in de kosten veroordeeld te worden. Om die reden wordt er vaak voor gekozen naar een geschillencommissie te gaan. Hondius stelde dat Loos de procedure bij de rechter zou willen openstellen voor iedereen, maar dan zit je met de vraag wat te doen met andere consumentenzaken;

BW en art. 7:907 BW komt dat model onder spanning te staan en zal de roep om meer toezicht op het onderhandelingsproces toenemen." En stelling 4 luidt: "Zolang 305a-stichtingen kunnen voortkomen uit een simpel businessmodel van een advocaat, een internetexpert en een organisatiedeskundige en de governance-structuur van stichtingen zo zwak blijft zoals ze momenteel is, is het aan te raden om in art. 3:305a en 7:907 BW nadere eisen te stellen aan de 'governance' van 305a-stichtingen of ze te vervangen door een beter gekwalificeerde rechtsvorm." Zie ook p. 207-208 van het preadvies.

³ Stelling 1 luidt: "Collectieve handhaving van consumentenrecht is niet alleen een kwestie van (burgerlijk) procesrecht maar is ook een nieuwe bron van beïnvloeding en verandering van het materiële burgerlijk recht." En stelling 2 luidt: "Als ergens de grensposten tussen privaatrecht en publiekrecht c.q. tussen burgerlijk procesrecht en bestuursrecht in rap tempo weggehaald worden dan is het in het consumentenrecht."

niet in elke zaak kan afgezien worden van een proceskostenveroordeling. De procedure bij de rechter zou daarentegen wel gespecificeerd kunnen worden voor consumenten. Ook ging Hondius in op een ander punt van Loos dat volgens hem in strijd is met de werkelijkheid, namelijk dat ondernemers zouden moeten kunnen worden gedwongen zich aan te sluiten bij de geschillencommissie. Dit zou in strijd zijn met de grondwet. Ten derde gaf Hondius aan dat hij het eens is met Loos wanneer deze stelt dat de rechtspraak van geschillencommissies transparant zou moeten zijn en dat veel meer uitspraken gepubliceerd zouden moeten worden. Hij vermoedt dat er momenteel een keerpunt is: de Geschillencommissie wordt transparanter en daarbij helpt ook de mogelijkheden die internet biedt.

Ten aanzien van Van Booms preadvies, stelde Hondius dat het naar zijn mening te veel van het goede is om een Consumentenombudsman te introduceren naast de Consumentenbond en de Consumentenautoriteit. Ten aanzien van de internationale samenhang gaf Hondius aan dat het idee van Loos om het stellen van prejudiciële vragen door geschillencommissies mogelijk te maken te ver gaat. Het is een hele klus om die vragen goed te formuleren en zijns inziens kan er in het kader van geschillencommissies beter niet aan begonnen worden. Wat betreft de procestaal stelde hij dat met een goede voorzitter de procedure prima in een andere taal gevoerd worden.

Loos onderschreef Hondius' opmerking dat het consumentenrecht zoveel mogelijk in het BW zou moeten blijven staan. Wat betreft het punt dat ondernemers verplicht lid zouden moeten worden van een geschillencommissie was Loos het eens met Hondius dat dit op gespannen voet lijkt te staan met de vrijheid voor een ieder om voor beslechting van een geschil door de rechter te kiezen, zoals gegarandeerd in de Grondwet. Dat neemt niet weg dat een verplicht lidmaatschap voor energieleveranciers en financiële dienstverleners nu al is opgenomen in wetgeving. Daarnaast worden de bezwaren tegen verplicht lidmaatschap geringer naarmate de geschillencommissies beter zijn opgetuigd en ingericht. Ook zouden de geschillencommissies tot de rechterlijke macht kunnen gaan behoren. Loos gaf aan de bezwaren die daartegen zijn te begrijpen, vandaar dat hij voorstelde om het stellen van prejudiciële vragen voor de geschillencommissies mogelijk te maken. Ook was Loos het met de opmerking van Hondius over de transparantie en de procestaal eens. Internet biedt hier mogelijkheden. Of daar alle uitspraken op zullen komen, is de vraag. Over de procestaal zou inderdaad niet te moeilijk gedaan moeten worden, maar toch kan dit soms problemen opleveren. Engels is relatief makkelijk, maar wat te denken van bijvoorbeeld Turks, Arabisch of Chinees? Daarnaast is het misschien niet makkelijk te verenigen met de andere rechtsgebieden; waarom zou een procedure in een andere taal wel mogelijk moeten zijn in een civiele procedure, maar niet in het bestuurs- of strafrecht niet? Hierbij spelen ook argumenten met betrekking tot de openbare orde een rol.

Vervolgens gaf Van Boom aan dat zij wat betreft de Consumentenombudsman niet op een lijn zitten en dat hij de komst daarvan zeker van belang acht. Voor de Consumentenombudsman zou een rol weggelegd zijn die de Consumentenautoriteit niet kan vervullen. De Consumentenautoriteit heeft een rol die moeilijk te verenigen is met de coördinerende rol die de Consumentenombudsman zou moeten aannemen, aldus Van Boom. Daarbij heeft de Consumentenautoriteit niet de *tools* om dwingend op te treden in het kader van de WCAM, om een schikking aan te gaan. De Consumentenautoriteit is immers onafhankelijk. Wanneer er naar het buitenland gekeken wordt,

is te zien dat veelal een aparte figuur bestaat die alle claims bij elkaar brengt en helpt bij de totstandkoming van een WCAM-schikking. Dit is de coördinerende rol die voor de Consumentenombudsman is weggelegd. De Consumentenombudsman kan dan als partij bij de WCAM-schikking optreden. Loos plaatste hierbij de opmerking dat de Consumentenombudsman een nuttig instituut kan zijn, zolang gebruikmaking van het instrument door consumenten op vrijwillige basis geschiedt. De verplichte inschakeling van een ombudsman, zoals bij het KiFiD (Klachteninstituut Financiële Dienstverlening), als partijen juist een uitspraak willen, is zijns inziens alleen maar vertragend.

Prof. mr. J.G.J. Rinkes

Prof. mr. J.G.J. Rinkes (Open Universiteit en Universiteit Maastricht) merkte op dat de preadviezen zich op een wat braakliggend terrein bevinden, maar dat beiden laten zien dat er een mooie snelweg in aanbouw is. Anders dan Hondius vroeg hij zich af of het niet eenvoudiger is voor de consument wanneer deze niet het hele BW door hoeft, maar zelf een geschil kan oplossen door te kijken in een begrijpelijk consumentenwetboek. Het feit dat het consumentenrecht uit zowel civiel recht als bestuursrecht bestaat, kan ook als argument gezien worden om juist wel een apart consumentenwetboek te maken. Daarnaast vroeg hij zich af wat de plaats is van alternatieve geschilbeslechting in ons rechtsbestel. Beter zou het zijn de vraag wat nu een consumentengeschil is eerst te beantwoorden, alvorens er een heel gebeuren wordt opgetogen. Er dient aandacht te zijn voor waar het om gaat, de geschillen, en niet in de eerste plaats voor het toevoegen van nog een laag aan het huidige bestel.

Geschillencommissies zouden beter moeten *rechtspreken*, met name wanneer het gaat om geschilbeslechting. Rinkes stelde geen problemen te hebben met klachtenbehandeling op een ander niveau. Een extra geschilbeslechtigslaag zou niet nodig zijn in Nederland. De vraag is alleen hoe kunnen we bereiken dat het geschil onafhankelijk en op een juiste wijze wordt beslecht? Verder merkte Rinkes nog op dat het hem opvalt dat ondernemers best vertrouwd zijn met alternatieve geschilbeslechting en dat dat wel goed gaat. Dit in tegenstelling tot financiële dienstverleners. Er is dus op dit punt een kloof tussen beide en hij vroeg zich af of dit iets is om zich zorgen om te maken. Ten slotte stelde Rinkes de vraag hoe er moet worden omgegaan met bewijs in verband met de klachtplicht van art. 7:23 BW.

In reactie op Rinkes gaf Loos nogmaals aan dat hij van mening is dat er geen apart consumentenwetboek moet komen, mede omdat daardoor de eenheid van het civiele recht en het bestuursrecht wordt versplinterd. Misschien dat het voor de gemiddelde burger eenvoudiger zou zijn als er een consumentenwetboek komt, maar het is waarschijnlijk niet haalbaar om het consumentenrecht begrijpelijk te maken voor alle consumenten. Een consumentenwetboek leidt slechts tot schijn duidelijkheid. Vervolgens gaf Loos aan dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen klachten en geschillen. Een geschil ontstaat nadat een minnelijke schikking mislukt is en partijen bereid zijn om juridische actie te ondernemen. Uit WODC-onderzoek blijkt dat dit maar om een beperkte groep gaat. Slechts zo'n 5% van de klachten leidt tot een geschil. Daarna is er de bereidheid van ondernemers voor deelname aan geschillenbeslechting. Loos gaf aan dat ondernemers veelal bereidwillig zijn om deel te nemen aan alternatieve geschillenbeslechting omdat zij van ontevreden klanten veel schade kunnen verwachten. Ten slotte reageerde Loos op de vraag met betrekking tot de klachtplicht.

Hij gaf aan dat het niet zozeer gaat om de bewijslast (die meestal bij de consument komt te liggen), maar vooral om de stelplicht. Van de consument wordt iets tegennatuurlijks verwacht: hij dient niet alleen aan te geven dat hij niet tevreden is, maar ook te stellen dat hij dat op tijd heeft gezegd. Het niet tijdig klagen door de consument is meer een verweermiddel aan de zijde van de ondernemer en het ligt dus voor de hand dat de ondernemer dit naar voren zou moeten brengen. Niet de consument.

Vervolgens reageerde Van Boom. Hij ging in op de positie van de ondernemers. Aan de ene kant is er de geschillencommissie. Het voorleggen van een geschil aan de geschillencommissie is een uitvloeisel van overleg of van een overeenkomst. Dit is meer een soort zelfreguleringsverhaal. Aan de andere kant zijn er de toezichthouders zoals de AFM. In zekere zin zitten het KiFiD en de geschillencommissie Energie & water hier tussenin, omdat ondernemers verplicht zijn deel te nemen aan deze geschillencommissies. Rinkes gaf aan dat het KiFiD momenteel zwaar onder druk staat en dat is mede daardoor verklaarbaar.

Mr. Dr. L.M. Coenraad

Mr. Dr. L.M. Coenraad (universitair hoofddocent VU Amsterdam) reageerde voornamelijk op het preadvies van Loos en dan met name vanuit een procesrechtelijk perspectief. Zij stelde de toegang tot de rechter centraal en richtte zich daarbij in de eerste plaats op de stellingen 1, 2 en 7.⁴ Zij vroeg zich met name af hoe de verhouding is tussen de voorgestelde eenvoudige procedure en de kantonrechtprocedure. Daarnaast vroeg zij zich af hoe het zit met de zaken die individueel een te gering belang hebben, maar die ook niet voor collectieve actie in aanmerking komen (de zaken tussen servet en tafellaken). In het voorstel van Loos bestaat voor deze gevallen niet de mogelijkheid om te procederen. Vervolgens beschouwde Coenraad ook stelling 3 in het licht van de toegang tot de rechter.⁵ Coenraad vond deze stelling redelijk ver gaan en sloot niet uit dat deze in strijd kan komen met de EHRM-rechtspraak omtrent toegang tot de rechter, zij betwijfelde of deze stelling Straatsburg-proof is. De stelling heeft immers ook tot gevolg dat er een naar haar smaak niet te rechtvaardigen onderscheid wordt gemaakt tussen draagkrachtigen en minder-draagkrachtigen.

Ook merkte Coenraad nog op dat in de klachtfase mediation misschien kan bijdragen aan het oplossen van de klacht. Loos merkte op dat hij zich heeft beperkt tot de geschilfase en dat hij van mediation in de klachtenfase te weinig afweet. Het preadvies ziet daar dan ook niet op. Vervolgens ging hij in op de verhouding tussen de eenvoudige

⁴ Deze stellingen luiden als volgt: (1) "Voor de beslechting van consumentengeschillen dient een eenvoudige procedure te worden ingericht overeenkomstig het model van de Europese small claims procedure." (2) "De proceskostenveroordeling dient zo te worden aangepast dat consumenten die een procedure bij de kantonrechter verliezen (behoudens gevallen van misbruik van de procedure) niet de kosten voor rechtsbijstand van de wederpartij hoeven te vergoeden." (7) "Effectieve handhaving van de aan consumenten toekomende rechten vereist een goed functionerende collectieve procedure voor zaken met een gering financieel belang."

⁵ Deze stelling luidt "Consumenten zouden niet in aanmerking moeten komen voor een toevoeging wanneer zij er zelf voor kiezen om een geschil niet voor te leggen aan een geschillencommissie, maar aan de burgerlijke rechter."

procedure en de kantonrechtprocedure. Hij gaf aan dat het niet goed denkbaar is om een gehele nieuwe procedure op te tuigen naast de kantonrechtprocedure. Deze moeten zoveel mogelijk geïntegreerd worden. Het probleem zit nu vooral bij de zaken tussen servet en tafellaken, waar procederen effectief niet mogelijk is: voor deze zaken zou de eenvoudige procedure eventueel een oplossing kunnen bieden. Ten slotte ging Loos in op de vraag of de derde stelling wel Straatsburg-proof is. Hij gaf aan dat het EHRM in de jurisprudentie heeft aangegeven dat het aanbrengen van drempels voor de toegang tot de rechter is toegestaan, mits de drempels de toets doorstaan die het hof daarvoor heeft aangelegd. Hij gaf aan dat de verplichting om eerst een geschil voor te leggen aan een geschillencommissie alvorens een consument in aanmerking zou kunnen komen voor een toevoeging, gezien kan worden als drempel voor de toegang tot de rechter en dat het inderdaad de vraag is of die drempel de toets kan doorstaan. Hij dacht dat dit wel het geval zou zijn.

Mr. J.H. Lemstra

Lemstra (advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn) ging vooral in op het preadvies van Van Boom. Zijn eerste punt had betrekking op de uitspraak van Van Boom over het World Online-arrest. Van Boom concludeerde dat het bij een collectieve actie niet mogelijk is om een beroep te doen op de wilsgebreken om vernietiging te vorderen. Lemstra was het hier niet mee eens. Hij was van mening dat dit afhankelijk is van het type zaak en de desbetreffende feiten. Een collectieve actie is mogelijk als de misleiding een *conditio sine qua non*-verband heeft met de beleggingsbeslissing. Daarnaast was Lemstra het niet eens met de stelling van Van Boom dat schadevergoeding niet kan worden gevorderd in het kader van een 3:305a-vordering. Volgens Lemstra was het onder omstandigheden mogelijk om een verklaring voor recht ten aanzien van schadevergoeding te vorderen. Hij stelde dat het *Vie d'Or* arrest door velen te restrictief wordt gelezen. Daarnaast meende Lemstra net als Hondius dat de introductie van een Consumentenombudsman als derde persoon te veel van het goede zou zijn. Er zou eerst eens goed gekeken moeten worden wat met het huidige stelsel bereikt kan worden. Voorbeeld hierbij is art. 3:305b BW, dat (te) weinig zou worden toegepast en publiekrechtelijke personen een algemene belangenactie biedt. Lemstra vroeg zich af of bijvoorbeeld de AFM voor gevallen met grote maatschappelijke onrust een verklaring voor recht kan vorderen dat er sprake is van onrechtmatig handelen? Hij dacht daarbij aan een soort aandelenlease-achtige situaties waarin er geen stichtingen zijn die iets doen, bijvoorbeeld wegens financiële problemen.

Lemstra stemde er wel mee in dat het goed zou zijn wanneer er iets gedaan zou worden aan de wildgroei aan stichtingen: enige regulering op dit punt zou welkom zijn. Er zouden bijvoorbeeld minimumeisen aan de stichting gesteld kunnen worden en stichtingen zouden misschien onderworpen kunnen worden aan een soort keurcode. Daarnaast is er het idee om in geval van conflicterende acties van verschillende stichtingen de meest representatieve stichting voorrang te geven. Lemstra vroeg zich af hoe dit zou kunnen worden vormgegeven. Een ander punt waar Lemstra vraagtekens bij plaatste, is Van Booms pleidooi voor een algemene transparantieplichting voor 305a-stichtingen. Lemstra had hier vraagtekens bij. Van Boom stelt in het preadvies dat het nu voor consumenten veelal niet duidelijk is of het nodig is om zich, tegen betaling van een paar tientjes,

aan te sluiten bij een stichting om uiteindelijk schadevergoeding te ontvangen. Ook zonder aangesloten te zijn bij de stichting kan er geprofiteerd worden van hetgeen bereikt is.

Van Boom stelde daarom dat een stichting duidelijk zou moeten maken dat aansluiting niet noodzakelijk is, maar dat er ook als freerider afgewacht kan worden op de uitkomst. Een soort waarschuwing, zoals 'Pas op, aansluiting is niet noodzakelijk', zou welkom zijn. Lemstra vroeg zich af of hiermee de stichtingen niet weggejaagd worden, omdat deze het immers moeten hebben van de consumenten die zich tegen betaling bij de stichting aansluiten.

Van Boom reageerde eerst op de mogelijkheid van een collectieve actie met betrekking tot wilsgebreken. Naar de letter van de wet zou dit weliswaar mogelijk moeten zijn, maar het is het causaliteitselement in dwaling dat het lastig maakt: dit is persoonsgebonden. Anders dan bijvoorbeeld in de Wet Oneerlijke Handelspraktijken, is er tot nu toe geen gebruik gemaakt van een geobjectiveerde maatman als referentiekader op dit punt, hetgeen een dergelijke actie zou vergemakkelijken. Voor de introductie van een maatman als toetssteen, is echter steun van de Hoge Raad nodig en die lijkt er tot op heden niet echt te zijn. Wel kan schadevergoeding verkregen worden wegens een gepleegde onrechtmatige daad, waarbij dus gebruik van de maatman mogelijk is. Het tweede punt is het Vie d' Or arrest. Deze uitspraak dient bekeken te worden in het licht van latere rechtspraak. Wanneer de uitspraak op zichzelf wordt bekeken brengt deze met zich mee dat het verbod van art. 3:305a BW (het verbod van het vorderen van een verklaring voor recht) niet ontlopen kan worden. Van Boom was het met Lemstra eens dat er geconstateerd kan worden dat het World Online-arrest de aarzelingen uit het Vie d'Or-arrest wegneemt. Vie d'Or is dus streng, maar dit is in isolatie bekeken.

Op de andere opmerkingen gaf Van Boom kort een reactie. Toezichthouders zouden inderdaad niet in moeten gaan op problemen uit het verleden, maar vooruit moeten kijken (tenzij zij als doel hebben om gedragsveranderingen te bewerkstelligen: fouten uit het verleden kunnen hierbij helpen). Verder onderschreef Van Boom dat art. 3:305b BW meer zou moeten worden gebruikt. Wat betreft de regelgeving omtrent welke stichting voorrang zou moeten krijgen (representativiteit), zou gekeken moeten worden naar de kwaliteit. Wie er aan de onderhandelingstafel mag gaan zitten dient daarvan af te hangen. Stichtingen die geen zicht hebben op de kwaliteit en alleen met veel bombarie consumenten aan zich proberen te binden – die dan uiteraard wat geld inleggen – zouden hier geen voorrang moeten krijgen. Tot slot constateerde Van Boom dat Lemstra en hij het oneens zijn op het punt van de waarschuwing. Van Boom stelde dat stichtingen, door consumenten niet te waarschuwen dat aansluiting niet nodig is, de indruk wekken dat aansluiten wel nodig is. Stichtingen zouden essentiële informatie aan consumenten onthouden wanneer zij doen voorkomen dat aansluiten – en dus betalen – nodig is. Dit zou zelfs een misleidende handelspraktijk kunnen zijn. Van Boom was van mening dat het wrang is dat je na betaling hetzelfde krijgt als de buurman die niet heeft betaald. Wel zag ook hij dat er een probleem is: met deze 'pas op' haal je een deel van het fundament onder het vrijwillige model weg. Het model werkt nu juist goed omdat een deel van de consumenten niet weet dat aansluiten niet nodig is. Daarbij is het vanuit een ander oogpunt ook prettig: op deze manier is er beter zicht op het aantal consumenten. Zo kunnen bedrijven (de aansprakelijk gestelde partij) in één keer tot een slotuitkering komen om van het 'probleem' af te zijn.

Mr. P. van den Biggelaar

Mr. P. van den Biggelaar (Raad voor Rechtsbijstand) constateerde dat Loos terecht signaleerde dat de hoogte van de kosten te vaak een drempel zijn voor de consument om hun rechten te handhaven. Ook gaf hij aan dat uit het jaarverslag van de geschillencommissie blijkt dat sprake is van een afname van het aantal klachten en dat ondernemers waardering hebben voor de geschillencommissie. Vervolgens ging Van den Biggelaar in op stelling 2, 3 en 4.⁶ Met de derde stelling kon hij het eens zijn, mits het wel mogelijk is om een toevoeging te krijgen bij de geschillencommissie. Tussen stelling twee en vier zag hij een verband. Hij was van mening dat proceskostenveroordeling niet mogelijk zou moeten zijn indien de ondernemer niet aangesloten is bij een geschillencommissie.

Loos gaf aan dat hij sterk voorstander is van de mogelijkheid van een toevoeging (rechtsbijstand) en dat het geven van een toevoeging bij de geschillencommissie past bij de gedachte dat procederen voor de geschillencommissie voor iedereen mogelijk zou moeten zijn. Daarbij komt dat de geschillencommissie goedkoper is voor alle betrokken partijen.

Daarnaast vond Loos het verband tussen stelling twee en vier een mooie gedachte. Ten slotte merkte Van den Biggelaar nog op dat er goede prikkels gegeven moeten worden om het gebruik van de geschillencommissie te stimuleren.

Mr. P. van der Grinten

Mr. P. van der Grinten (Ministerie van Justitie) merkte ten aanzien van stelling twee van het preadvies van Loos op dat bij het Ministerie wordt nagedacht over het idee om ondernemers die weigeren zich aan te sluiten bij een geschillencommissie een proceskostenveroordeling te onthouden. Ten aanzien van stelling vier merkte zij op dat in de herziene richtlijn consumentenrechten zou kunnen worden gepleit voor een bepaling dat elke ondernemer een klachtenregeling moet hebben. Zij vroeg of Loos denkt dat dit kan helpen. Ten aanzien van preadvies van Van Boom gaf zij net als Hondius aan niet gecharmeerd te zijn van het idee van een Consumentenombudsman. Daarnaast ging zij, net als Lemstra, in op het probleem van freeriders vs. waarschuwing: zij vond dat 'het niets zeggen' door een belangenbehartiger niet misleidend hoeft te zijn en dat consumenten hun inleg bij een succesvolle actie veelal vergoed zien. Dat zou er dan ook bij vermeld kunnen worden.

Loos gaf aan dat een klachtenregeling inderdaad kan helpen, maar dan moet er ook een geschillencommissie zijn. Daarnaast vond hij het positief dat er nagedacht wordt over de proceskostenveroordeling. Van Boom benadrukte dat het terugkrijgen van de inlegkosten alleen speelt bij succesvolle procedures en dat er ook veel procedures zijn waarbij consumenten dus niet hun geld terugkrijgen.

⁶ Stelling 2 en 3 zijn reeds hiervoor weergegeven, stelling 4 luidt als volgt: "Ondernemers die opereren op een gereguleerde markt of op een markt waar de concurrentie gering is, zouden zo veel mogelijk wettelijk verplicht moeten worden om zich aan te sluiten bij een erkende geschillencommissie."

Vervolgens gaf hij aan het denkbaar is dat er meer regelingen komen zoals de regeling uit de Energiewet en dat de Consumentenombudsman nodig is.

Prof. mr. W.J. Slagter

Prof. mr. W.J. Slagter (emeritus hoogleraar, Erasmus Universiteit Rotterdam) merkte op dat er op het gebied van de individuele handhaving weinig is gebeurd, in tegenstelling tot het gebied van de collectieve handhaving waar veel is gebeurd de afgelopen tijd. Wat betreft het gebied van de individuele handhaving merkte hij op dat hij het oneens is met het niet geven van een proceskostenvergoeding, omdat daarmee het niet betalen van rekeningen zou worden gestimuleerd. Hij stelde ook voor om bij het stellen van prejudiciële vragen de Hoge Raad tussen te schuiven als een soort zeef omdat er anders een grote toestroom van vragen komt bij het Hof van Justitie. Op het gebied van de collectieve handhaving had hij een tweetal vragen. De eerste vraag was de verhouding tussen art. 305a BW en de regeling van de collectieve massaschade: hoe zou die juiste verhouding eruit moeten zien? Zou het verbod uit art. 305a BW voor het vragen van schadevergoeding geschrapt moeten worden? Of moet er eerst een 305a-verklaring gevraagd worden en vervolgens een procedure worden gestart om schadevergoeding te krijgen?

Loos merkte op dat indien de consument niet betaalt zonder daar een inhoudelijke grond voor te hebben, de proceskostenveroordeling wel mogelijk moet blijven. Zijn voorstel betreft gevallen waarin een geschil tussen partijen bestaat, en dat is hier niet het geval. Daarnaast was hij blij met de ondersteuning van zijn pleidooi voor de mogelijkheid voor geschillencommissies tot het stellen van prejudiciële vragen; hij vond het een goed idee om de Hoge Raad als zeef tussen te schuiven bij de prejudiciële vragen. Van Boom gaf aan dat het nog niet zo eenvoudig is om art. 305a lid 3 BW zomaar te schrappen en dat hij van het schrappen geen voorstander is. De 305a-actie kan immers een goede bodem leggen voor stevige WCAM-onderhandelingen. Indien lid 3 wordt weggehaald beginnen de problemen pas omdat de lagere rechters dan moeten oordelen over de achterliggende, niet-verschijnende, getuigen.

Prof. mr. A.L.M. Keirse

Tot slot vroeg prof. mr. A.L.M. Keirse (Universiteit Utrecht) zich af waar de grens ligt tussen het ene en het andere preadvies, of, met andere woorden, wanneer gaat de individuele handhaving over naar collectieve handhaving. Waar ligt de grens? Daarbij moet in acht worden genomen het risico dat de kosten niet meer opwegen tegen de baten. Daarnaast vroeg zij Loos of hij de afschaffing van het hoger beroep bij consumentengeschillen nader kan motiveren.

Van Boom beantwoordde de eerste vraag. Hij gaf aan dat deze vraag in de beide preadviezen niet wordt beantwoord. Hij was geen voorstander van exclusiviteit van collectieve claims maar was van mening dat het vooral aankomt op coördinatie. Loos beantwoordde de tweede vraag. Hij gaf aan dat de procedure bij de gewone rechter onwaarschijnlijk lang duurt en dat is zeker bij consumentengeschillen onwenselijk. De afschaffing van hoger beroep is een mogelijkheid om de duur te verkorten.

Afsluiting

Aan het eind van deze vergadering werd het voorzitterschap van de VBR overgedragen van prof. mr. J.H. Nieuwenhuis aan prof. mr. W.H. van Boom.