

Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent

Academiejaar 2015-2016

**DE COLLECTIEVE VORDERING: EEN NUTTIG
INSTRUMENT VOOR DE SLACHTOFFERS VAN
ONRECHTMATIGE BEDINGEN?**

Masterproef van de opleiding ‘Master in de rechten’

Ingediend door

Céline van Aalst

(studentennr. 01101719)

Promotor: Prof. Dhr. R. Steennot

Commissaris: Dhr. R. van der Bruggen

Dankwoord

Ik wil hierbij gebruik maken van de gelegenheid om een aantal mensen te bedanken voor de steun en de hulp bij het schrijven van deze masterproef.

Ten eerste wil ik mijn promotor, professor Steennot, bedanken voor het begeleiden van de thesis. Toen ik hieraan begon vertelde hij mij dat hij "niet meewerkt aan de 'verkleuring' van het onderwijs", en zelf het initiatief moest nemen als ik hulp nodig had. Dit bleek voor mij de perfecte werkwijze. Ik kon ook altijd terecht bij hem voor advies en kreeg steeds een hele sterke begeleiding.

Vervolgens wil ik mijn ouders bedanken voor het blijvende vertrouwen en het nalezen van de gehele thesis.

Ten slotte wil ik Frie Meneve bedanken. Zij was de grootste steun en toeverlaat die ik me kon wensen tijdens het schrijven van deze thesis. Bijna twee jaar lang heeft ze geduldig en met interesse geluisterd naar alles wat ik maar te vertellen had over collectieve vorderingen en onrechtmatige bedingen.

1. Inleiding	6
2. Situering	7
2.1. Collectieve vordering	7
2.1.1. Geschiedenis	7
2.1.2 Vraag naar collectieve vordering.....	9
2.1.3 Resultaat.....	12
2.1.4 Actualiteit.....	13
2.2. Onrechtmatige bedingen	15
2.2.1 Geschiedenis	15
2.2.2 Toepassingsgebied.....	16
3. Problematiek	17
3.1. Onrechtmatige bedingen in het verleden	17
3.1.1 Rechtspraak	17
3.1.2 Commissie voor Onrechtmatige Bedingen	19
3.1.3 Bedenkingen	20
3.2. Onrechtmatige bedingen en het gemeen recht	22
3.2.1 Schade.....	22
A. Strooischade en substantiële massaschade.....	22
B. Strooischade, sluipende schade en gefixeerde schade	24
3.2.2 Wat zijn de gemeenrechtelijke opties?.....	25
A. Individuele Vordering.....	25
B. Samenvoegen.....	27
C. Tussenkost	28
D. Lastgeving	29
E. Vereniging	30
3.2.3 Conclusie	31
3.3 Onrechtmatige bedingen en de collectieve vordering	32
3.3.1 Collectieve vordering procedure	32
3.3.2 Toepassing.....	36
A. Rol Test-Aankoop.....	36
B. Eenzijdige Prijsverhoging.....	38
C. Schadebeding	50
D. Eenzijdige wijziging van de kenmerken van de overeenkomst.....	63
E. Beperking van bewijsmiddelen.....	71
F. Exoneratiebeding voor lichamenlijk letsel	78
G. De onderneming	81
H. Collectieve nietigheidsvordering.....	88
I. Conclusie	89
4. Evaluatie	90
4.1. De collectieve vordering versus het gemeen recht	90
4.1.1. Overzicht	90
4.1.2. Criteria	91
A. Schade	91
B. Partijen	93
C. Toekomst	95
D. Conclusie.....	97
4.2. Voor- en nadelen van de collectieve vordering	99
4.2.1 Algemeen.....	99
A. Consumenten.....	99
B. Ondernemingen	100
C. Gerechtelijke apparaat.....	101
D. Test-Aankoop	101
4.2.2 Aanpassingen	102
4.2.3 Vergelijking met Nederland	104

4.3 Alternatieven	107
4.3.1 Alternative Dispute Resolution (ADR)	107
4.3.2 Websites	108
5. Conclusie	109
6. Bibliografie	111
6.1 Rechtspraak.....	111
6.2 Rechtsleer	113
6.3 Wetgeving.....	117
6.4 Andere	119
7. Bijlagen	121
7.1 Bijlage 1: Angry buyers.....	121
7.2 Bijlage 2: Roche en Novartis	122
7.3 Bijlage 3: Camping DeVillage	122
7.4 Bijlage 4: Telenet korting	123
7.5 Bijlage 5: Algemene voorwaarden Basic-Fit.....	123

1. Inleiding

1. Dit onderzoek is gericht op het evalueren van de volgende vraag “In hoeverre is de collectieve vordering een nuttig instrument voor geschillen inzake onrechtmatige bedingen?”. Om hierop een antwoord te vinden zal er eerst worden gekeken naar welke bedingen er in het verleden aanleiding gaven tot schade en wat de bestaande gemeenrechtelijke mogelijkheden zijn om hiertegen op te treden. Vervolgens zullen er een aantal bedingen van naderbij worden bekeken en behandeld onder het systeem van de collectieve vordering. Op basis hiervan zullen de positieve punten, maar ook de pijnpunten van de procedure duidelijk worden. Deze zullen worden gebruikt om tot een aantal criteria te komen die toelaten een beoordeling te maken van welke schadegevallen zich lenen tot een collectieve vordering. In dit kader zal het nut van de collectieve vordering ook worden bekeken vanuit het standpunt van de verschillende actoren. Ten slotte zal er worden gekeken naar het bestaande systeem in Nederland, en de vergelijking gemaakt met het Belgische. Dit zal dan leiden tot een comprehensieve evaluatie van de collectieve vordering en het nut ervan, specifiek toegespitst op onrechtmatige bedingen.

2. Dit onderzoek doen, is relevant omdat de collectieve vordering nog maar recent is ingevoerd in België, en er dus nog maar weinig zicht is op het nut van dit nieuwe instrument binnen het consumentenrecht. Test-Aankoop heeft de eerste stappen gezet ondertussen, maar nog niet binnen de onrechtmatige bedingen. De collectieve vordering is op het ogenblik van dit schrijven nog niet onderzocht in het kader van de problematiek van de onrechtmatige bedingen en daarom is dit een wetenschappelijk relevant onderzoek. Verder is dit onderzoek ook maatschappelijk relevant, aangezien dit een antwoord zal geven op een reëel probleem en zal aantonen in hoeverre de collectieve vordering een alternatief biedt voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen. Zoals doorheen dit onderzoek duidelijk wordt, hebben de schadelijders van onrechtmatige bedingen vaak geen efficiënte mogelijkheden om herstel te bekomen in het gemeen recht. De collectieve vordering belooft hier wel een oplossing te bieden. In hoeverre de procedure deze belofte waarmaakt, zal hier dan ook worden onderzocht.

2. Situering

2.1. Collectieve vordering

2.1.1. Geschiedenis

3. Op 1 september 2014 is boek XVII van het wetboek van economisch recht (WER) in werking getreden¹. Dit boek bevat de mogelijkheid tot het instellen van een rechtsvordering tot collectief herstel, ook wel collectieve vordering of *class action* genoemd². Met betrekking tot deze laatste term, dient te worden vermeld dat deze term niet verkeerd is, maar eerder zal verwijzen naar het equivalent van de collectieve vordering, en dan vooral het systeem in de Verenigde Staten. Er zijn in dit kader grote verschillen tussen de Amerikaanse class action en de nieuw ingevoerde Belgische rechtsvordering tot collectief herstel, maar dat zal niet worden besproken in dit onderzoek³. Daarom zal in het kader van dit werk de voorkeur worden gegeven aan de collectieve vordering als terminologie.

4. De collectieve vordering is er in België gekomen, naar aanleiding van een aanbeveling van de Europese Commissie⁴. In deze aanbeveling, die niet bindend is, heeft de Europese Commissie de richting aangegeven voor de collectieve rechtsvordering in de lidstaten van de Europese Unie, zodat er sprake kan zijn van een coherente aanpak⁵. Verder werden de lidstaten ook aangespoord om tegen 26 juni 2015 de aanbeveling toe te passen, en stappen te ondernemen om “*de horizontale aanpak in deze mededeling en in de aanbeveling [...] te consolideren en te versterken.*”⁶ De aanbeveling ziet dit in beginsel ook breder dan enkel de

¹ Wet 28 februari 2013 tot invoering van het wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013;

² Art. XVII.37 – XVII.69 wetboek economisch recht (WER);

³ Zie voor meer info hierover: M., PIERS, “Class actions. Verenigde Staten v. Europa. Rechtsvergelijkende beschouwingen naar aanleiding van de Wal-Martzaak”, *NJW* 2007, afl. 171, 825;

⁴ Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU, 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten, betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *PB.L.* 126 juli 2013, afl. 201, 60;

⁵ D. DEHASSE, H. BOULARBAH, M. GILLIS, “Verslag van de lunchcauserie van 15 oktober 2014 “De onderneming voor consument(en): collectieve rechtsvorderingen, vorderingen tot staking, bemiddeling. Is het wetboek van economisch recht een revolutie van de consumentengeschillen?”, *DAOR* 2015, afl. 114, 116;

⁶ Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU, 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten,

consumentenbescherming, en vermeldt verder ook zaken zoals concurrentie en bescherming van persoonsgegevens.

In deze aanbeveling stelt de Europese Commissie dat het collectief tot de rechter wenden van consumenten “*een beter middel [kan] zijn om zich tot de rechter te wenden*” en dit zeker als de kosten anders de consumenten weerhouden om een individuele vordering in te stellen⁷. Het doel van de aanbeveling is dan ook de toegang tot de rechter te vergemakkelijken en de lidstaten aan te zetten tot het voorzien van vorderingen tot collectief herstel om hiervoor te zorgen. De Commissie vraagt verder dat de lidstaten zorgen voor procedurele waarborgen, met name dezelfde als de bestaande voor de civiele vorderingen en enkele andere specifiek aangehaald in de aanbeveling⁸. In dit kader adviseert ze de lidstaten om onder andere de punitieve schadevergoeding, *pre-trial discovery* en *jury awards* te vermijden, temeer daar deze onbestaande zijn in de meeste lidstaten als systemen.

Verder haalt de commissie enkele mogelijke pijnpunten aan. Ze spreekt opeenvolgend over het instellen van een procedure voor alternatieve geschillenbeslechting naast een gerechtelijke procedure; instanties die de vordering mogen instellen; de financiering; de ontvankelijkheidsvoorwaarden en de rol van de rechter⁹.

5. In België is de vordering tot collectief herstel van boek XVII WER er gekomen naar aanleiding van een wetsvoorstel van minister van Economie, Consumenten, Johan Vande Lanotte, ingediend bij de kamer op 4 juli 2013¹⁰. De Europese aanbeveling werd sterk gevolgd hierin.

Volgens de memorie van toelichting is er een centrale reden achter het invoeren van een mogelijkheid tot collectieve vordering in het Belgische recht. Deze reden bestaat eruit een

betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *P.B.L.* 126 juli 2013, afl. 201, 60;

⁷ Considerans (9), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU;

⁸ Considerans (15), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU;

⁹ Considerans (17) - (21), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU;

¹⁰ Voorontwerp van wet (J. VANDE LANOTTE) tot invoering van titel 2 “De rechtsvordering tot collectief herstel” in een boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoering van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001;

mogelijkheid te geven aan de consument om hun rechten effectief te kunnen uitoefenen¹¹. Er wordt namelijk opgemerkt dat de consument vaak geen gebruik kan maken van de mogelijkheid tot het instellen van een individuele rechtsvordering. Dit is het gevolg van een gebrek aan kennis ter zake en de hoge kosten verbonden aan het uitoefenen van deze individuele rechtsvordering. Deze gedachte wordt ook verder teruggevonden in de eigenlijke regeling met betrekking tot de collectieve vordering, waar bijvoorbeeld in de ontvankelijkheidsvereisten wordt verwezen naar dat deze “meer doelmatig [is] dan een rechtsvordering van gemeen recht”¹². Ook met betrekking tot de kosten, is er rekening gehouden met de toegankelijkheid voor de consument. Het is namelijk zo dat deze zullen toevallen aan de groepsvertegenwoordiger indien de vordering onontvankelijk wordt verklaard of ten gronde afgewezen¹³. Dit zijn maar twee voorbeelden van hoe efficiëntie voor de consument centraal staat in de collectieve vordering. De ratio legis van de collectieve vordering in het Wetboek Economisch Recht is met andere woorden een alternatief te bieden voor de klassieke gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden voor de consumenten die geen voldoening vinden of kunnen vinden met de individuele vorderingsmogelijkheden.

6. In deze thesis zal er worden gekeken of die centrale vraag naar een efficiëntere oplossing voor consumenten dan de individuele rechtsvordering specifiek ook speelt voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen, en in hoeverre.

2.1.2 Vraag naar collectieve vordering

7. De vraag naar een collectieve vordering speelt al langer bij Belgische auteurs. Zo schreven onder andere auteurs De Baere¹⁴ en Voet¹⁵ al over de mogelijkheid tot het creëren van een Belgische class action, of collectieve rechtsvordering.

¹¹ MvT, Wetsontwerp van wet tot invoeging van titel 2 “De rechtsvordering tot collectief herstel” in een boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 5;

¹² Art. XVII.36, 3° WER;

¹³ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 13;

¹⁴ E. DE BAERE, “Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht”, *TPR* 2007, 7;

¹⁵ S. VOET, “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering. Vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, 682;

De rechtsleer stelde al langer vast dat de gemeenrechtelijke mogelijkheid tot het instellen van een individuele rechtsvordering vaak niet voldoende mogelijkheden bood aan consumenten om voldoening te vinden en om hun schade vergoed te zien. De meest aangehaalde problemen in de rechtsleer zijn het initiatief en de afwikkeling van de kosten. Dit ligt in de lijn van de ratio legis voor de huidige regeling voor een collectieve vordering, zoals besproken in de memorie van toelichting¹⁶.

8. Voet heeft een aantal jaren geleden een voorstel uitgewerkt voor hoe hij een Belgische class action zag¹⁷. Hij heeft bijzondere aandacht voor de initiatiefnemer en voor wie de uiteindelijke kosten moet dragen. Met betrekking tot het initiatief en de leiding van de eigenlijke class action, stelt hij voor een beroep te doen op een vereniging of een overheidslichaam. Hierdoor speelt er geen belangenconflict. In dezelfde lijn wordt de problematiek van de financiering besproken. Deze wordt in het voorstel ook bij de vereniging of het overheidsorgaan gelegd, die het initiatief zou moeten nemen. Deze oplossingen komen dus vrij sterk overeen met de in 2014 ingevoerde regeling in boek XVII WER.

De ontvankelijkheidstoets die de rechter moet doorvoeren in het kader van de regeling van het wetboek economisch recht, komt ook sterk overeen met deze die door Voet werd voorgesteld. Hij stelde voor om, onder andere, een soort doelmatigheidstoets door te voeren en zo te bepalen of de class action het best aangepast middel was voor het instellen van de vordering. Vervolgens wilde hij bijzondere rekening houden met de geschiktheid van de groepsleider. De regeling van boek XVII WER heeft dit laatste opgelost door een limitatieve lijst van groepsleiders in te schrijven.

9. De Orde van de Vlaamse Balies heeft zich in het verleden ook opgesteld als vragende partij voor het creëren van een mogelijkheid tot het instellen van een class action in België¹⁸. In dit kader stelde de Orde een voorstel met daarin de krijtlijnen van hoe de Belgische class action er volgens hen kon uitzien. Ze hadden daarin vooral aandacht voor het bestaande Angelsaksische model en de onverenigbaarheden van dat systeem met het Belgische

¹⁶ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001,5;

¹⁷ S. Voet, een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action, RW 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 682;

¹⁸ P. HOFSTROSSLER, Waarom een 'class action' in België? Krijtlijnen van het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies, Orde van de dag 2011, afl. 54, 95;

rechtsstelsel. Dit voorstel verschilt sterk van de eigenlijke regeling van de collectieve vordering die werd ingevoerd in het wetboek economisch recht.

In dit voorstel zou een individu die een vordering instelt namelijk het initiatief moeten nemen om aan de rechter te vragen om de procedure als class action te mogen voeren. De arrondissementsrechtbank zou dan bevoegd zijn om door het volgen van een certificeringsprocedure dit al dan niet toe te staan¹⁹. Hierop zou de rechter een advocaat als gerechtelijk mandataris moeten aanstellen om dan de class action effectief te leiden en de procedure in handen te nemen. De samenstelling van de class zou kunnen gebeuren met een *opt-in* of *opt-out* procedure afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geding. De *opt-in* procedure, of het optie systeem met inclusie, is een manier om de groep samen te stellen door alle slachtoffers die deel uit willen maken van de groep zich te laten aanmelden²⁰. De *opt-out* procedure, of het optie systeem met exclusie, gaat ervan uit dat alle slachtoffers deel uitmaken van de groep, tenzij ze uitdrukkelijk kennis geven geen deel uit te willen maken hiervan

De Orde ziet verder ook het probleem van de kosten en geeft de rechter in die materie veel vrijheid om te beslissen hoe de financiering moet gebeuren. De OVB stelt voor dit eventueel te doen door een fonds of door bijdragen van de belanghebbenden. Er wordt wel gewaarschuwd over belangenvermenging indien men zich te veel zou beroepen op institutionele spelers²¹.

10. Dit voorstel zou, mijns inziens, de twee grootste problemen voor consumenten die slachtoffer zijn geworden van onrechtmatige bedingen, niet hebben opgelost. De rationele apathie en onwetendheid over de rechten voor een consument worden hier maar in de marge opgelost. Consumenten zullen namelijk geen actieve houding aannemen, en zich dus met name eerder apathisch opstellen. Deze houding is volkomen rationeel, in de economische zin, aangezien de kosten van een actieve houding, uitgedrukt in informatie- en transactiekosten, niet zullen opwegen tegen de te behalen baten ermee. Een consument zal hier de

¹⁹ P. HOFSTROSSLER, Waarom een ‘class action’ in België? Krijtlijnen van het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies, Orde van de dag 2011, afl. 54, 99;

²⁰ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001; Art. I.21, 5° WER en Art. XVII.38, 1°, b WER;

²¹ P. HOFSTROSSLER, Waarom een ‘class action’ in België? Krijtlijnen van het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies, Orde van de dag 2011, afl. 54, 102;

initiatiefnemer moeten zijn, voor een initiële vordering en ook voor de vraag naar een class action. Dit vereist dus een actief optreden en grondige kennis van de vorderingsmogelijkheden in het consumentenrecht. Ook het probleem van de kosten is hiermee niet opgelost. De initiatief nemende consument zal nog steeds bereid moeten zijn de kosten van de initiële individuele vordering te willen dragen. Verder is er ook geen rechtszekerheid voor latere leden van de class over hoe de kosten van de rest van het geding zouden worden gedragen.

2.1.3 Resultaat

11. In België is er dan uiteindelijk een collectieve vordering ingesteld in het wetboek economisch recht. Het eindresultaat lijkt weinig op het voorstel van de OVB, met exceptie van de mogelijkheid tot of een *opt-out* of *opt-in* procedure afhankelijk van de concrete omstandigheden. De regeling in boek XVII lijkt wel sterk op het voorstel van Voet. Er wordt namelijk op vrij gelijkaardige wijze omgegaan met de problemen van de kosten en het initiatiefrecht, al worden de mogelijkheden beperkt door een limitatieve lijst van mogelijke groepsvertegenwoordigers, waar Voet dit ruimer zag. Ten slotte komt ook de ontvankelijkheidstoets op bepaalde punten overeen.

12. De Europese invloed is verder ook duidelijk in de uiteindelijke regeling voor de collectieve vordering in België. De Belgische wetgever heeft er namelijk voor geopteerd om geen *punitive damages* en dergelijke in te voeren. Ook werd er ingegaan op de vraag van de Europese Commissie om voldoende procedurele waarborgen in te bouwen voor de consument, rekening houdend met de bestaande in de normale civiele procedure. Dit is duidelijk te merken door de grote rol die de rechter speelt, met name in de keuze tussen een *opt-in* of *opt-out* procedure en de vereiste homologatie van akkoorden tussen partijen.

13. Het verloop van de uiteindelijk vastgestelde procedure zelf, zal verder in dit onderzoek worden besproken en verduidelijkt.

2.1.4 Actualiteit

14. De laatste maanden is de collectieve vordering meermaals in de media gekomen, en werden er voor het eerst ook een aantal collectieve vorderingen ingesteld door de consumentenorganisatie Test-Aankoop. Hoewel er nog geen collectieve vordering is ingesteld die specifiek betrekking heeft op onrechtmatige bedingen, kunnen er voor deze problematiek toch een aantal relevante opmerkingen worden gemaakt en is het nuttig deze kort te overlopen. Hier zal verder in deze bespreking ook worden op teruggekomen.

Test-Aankoop heeft de allereerste groepsvordering ingesteld tegen Thomas Cook, waarvoor het verzoekschrift werd neergelegd op 2 oktober 2015²². In deze vordering vraagt Test-Aankoop de vergoeding van passagiers van een vlucht van Tenerife naar Brussel, aangezien deze lang moesten wachten op een vervangtoestel toen hun vliegtuig een botsing had met een mobiele ‘ambulift’.

De tweede collectieve vordering van Test-Aankoop werd ingesteld tegen de NMBS, met een verzoekschrift neergelegd op 23 november 2015²³. Het voorwerp van deze vordering is het bekomen van een vergoeding van de abonneeshouders voor de stakingsdagen van het NMBS personeel, waarbij deze abonneeshouders van de NMBS schade hebben opgelopen. Hoewel er een interne procedure bestaat om een vergoeding te bekomen, klaagt Test-Aankoop deze procedure ook aan door te stellen dat deze te complex is en niet voldoende mogelijkheid biedt aan de abonneeshouders om effectief compensatie te bekomen. Daarom vraagt de consumentenorganisatie ook een vereenvoudiging van diezelfde voornoemde procedure²⁴.

²²J.V.T., B.V.B., “Overwinning voor passagiers als Thomas Cook betaalt”, *De Standaard* 2 oktober 2014,
http://m.standaard.be/cnt/dmf20151002_01898417?_section=61572020&utm_source=standaard&utm_medium=newsletter&utm_campaign=middagmail&M_BT=299057155051&adh_i=&imai=5eefbb04-2415-48b2-8645-a6ff96a78751;

²³S.V.G., “Test-Aankoop: ‘Wij vragen 40 euro schadevergoeding voor alle treinreizigers’”, *De Standaard* 9 december 2015,
http://m.standaard.be/cnt/dmf20151209_02012313?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_term=dso&utm_content=article&utm_campaign=seeding;

²⁴X, “Treinstaking? Reizigers, laat ons samen opeisen wat ons toekomt!”, 9 oktober 2015,
<http://www.test-aankoop.be/auto-fiets/auto-s/nieuws/u-hebt-rechten>;

15. In beide zaken is het verzoekschrift neergelegd, en is er nu eerst een verplichte onderhandelingsfase ingelast, waarbinnen de partijen nog kunnen onderhandelen en kunnen proberen tot een minnelijke oplossing te komen²⁵. Deze bedraagt minimum drie en maximum zes maanden²⁶. Indien hieruit een akkoord voortkomt, kan dit door de rechter worden gehomologeerd, zo niet, dan wordt de procedure ten gronde aangevat.

16. Op het ogenblik van dit schrijven blijkt uit de *app* van Test-Aankoop, genaamd *Angry Buyers*, dat er nog drie andere groepsacties lopende zijn²⁷. Het is niet duidelijk uit de omschrijvingen af te leiden of Test-Aankoop hiermee een collectieve vordering beoogt, of dat de organisatie eerder beoogt gezamenlijk actie te ondernemen op een buitengerechtelijke wijze.²⁸

De eerste van deze groepsacties speelt tegen Roche en Novartis, voor zogenaamd ‘onethisch gedrag’²⁹. In reactie hierop, heeft Test-Aankoop een klacht ingediend bij de Belgische mededingingsautoriteit, omdat ze wilt dat er een boete wordt betaald in België nadat er in het verleden al een boete betaald moest worden in Italië. De zaak draait rond het tegenhouden van een goedkoper geneesmiddel (Avastin) voor *natte maculaire degeneratie* zodat een duurder product (Lucentis) op de markt kan blijven. Om dit te verwezenlijken hebben de firma’s Roche en Novartis afspraken gemaakt. Alhoewel een inbreuk op de mededingingsregels onder het toepassingsgebied van de Belgische collectieve vordering valt³⁰, lijkt het op het eerste zicht niet het doel van Test-Aankoop om een collectieve procedure op te starten. Via de website kan men zich namelijk niet registreren hiervoor; enkel via de *app* kan men deelnemen aan de groepsactie. Tot hiertoe staat de teller hiervoor op amper 9 deelnemers.

De tweede groepsactie speelt tegen Camping DeVillage, een Braziliaanse camping die de belofde luxe niet leverde aan de Rode Duivels-supporters die daar verbleven tijdens het

²⁵ Art. XVII.45 WER;

²⁶ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 33;

²⁷ Zie bijlage 1;

²⁸ Sinds het schrijven van dit onderzoek is er nog een collectieve procedure ingesteld tegen doorverkoopwebsites voor concerttickets. Voor meer informatie hierover zie: X, “Voor € 3000 naar Adele? Stop de woekerprijzen!”, 28 april, 2016, <http://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/voor-3000-naar-adele-stop-de-woekerprijzen>;

²⁹ Zie bijlage 2; en X, “Klacht tegen onethisch gedrag van Roche en Novartis”, 26 november 2014, <http://www.test-aankoop.be/gezondheid/geneesmiddelen/nieuws/klacht-tegen-onethisch-gedrag-van-roche-en-novartis>;

³⁰ Art. XVII.37, °1, b WER;

Wereldkampioenschap Voetbal³¹. Noch de camping zelf, noch de Belgische Voetbalbond, noch Sun Reizen hebben gereageerd op klachten of getracht een billijke schadevergoeding te voorzien. Test-Aankoop heeft daarop voor de 150 slachtoffers een ingebrekestelling gestuurd, en daarna een door de gerechtsdeurwaarder bezorgd ontwerp van dagvaarding. De zaak zou verder worden gezet in de rechtbank.

De derde groepsactie speelt tegen Telenet, en de prijsverhogingen die deze doorvoert vanaf 25 januari 2016. Hierdoor zou de provider een van de duurste van België worden voor klanten met een beperkt gebruik³². In dit kader biedt Test-Aankoop zijn leden de mogelijkheid om prijzen te vergelijken en om makkelijk over te schakelen. Bij de overschakeling biedt de organisatie zelfs een korting aan van 40 euro³³. Hier lijkt het doel dus niet het voeren van een collectieve procedure te zijn, maar eerder informeren. Enkel de benaming van groepsactie en de mogelijkheid zich aan te sluiten als deelnemer zijn verwarrend. Op dit ogenblik zijn er 28 deelnemers, via de app.

17. Uit deze zaken is het nuttig conclusies te trekken over de rol van Test-Aankoop, als een van de instanties aan wie het wettelijk is toegestaan om een collectieve vordering in te stellen. Verder kan er ook specifiek worden gekeken naar de manier waarop slachtoffers worden aangesproken en geïnformeerd worden door de consumentenvereniging. Ten slotte speelt de vraag in hoeverre het initiatief uit gaat van de consument, en ook hiervoor zijn de acties van Test-Aankoop een goed voorbeeld om te bestuderen. Dit zal later in dit onderzoek aan bod komen.

2.2. Onrechtmatige bedingen

2.2.1 Geschiedenis

18. De relevante wet is hier terug te vinden in het wetboek economisch recht, in boek VI, dat in werking is getreden op 31 mei 2014³⁴. Dit boek is er gekomen door een omzetting van

³¹ Zie bijlage 3;

³² X, “Een prijsverhoging bij Telenet voor Valentijn;”, 10 februari 2016, <http://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/na-proximus-nu-ook-prijsverhoging-voor-telenet-klanten>;

³³ Zie bijlage 4;

³⁴ Boek VI, Wetboek economisch recht;

de Europese Richtlijn Consumentenrechten en is dus een harmonisatie van Europees recht³⁵. Deze richtlijn is gebaseerd op de minimale harmonisatie, waardoor de lidstaten een opgelegd minimum aan bescherming moet eerbiedigen maar daarboven wel strengere regels mogen opleggen³⁶.

19. De regeling inzake onrechtmatige bedingen voor consumenten is terug te vinden in boek VI van het wetboek economisch recht, in hoofdstuk 6, artikelen VI.82 tot VI. 87 WER³⁷. De definitie van een onrechtmatig beding is terug te vinden in artikel I.8, 22° WER, dat stelt dat *“elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst [is] tussen een onderneming en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument”*³⁸.

2.2.2 Toepassingsgebied

20. Dit hoofdstuk is dus van toepassing op consumenten, en dit volgens de definitie van artikel I.1, 2° WER die stelt dat een consument *“iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen”* is³⁹. Verder moet het gaan om een onderneming, die handelt met deze consument, ook onder de definitie van artikel I.1, 1° WER waarin wordt bepaald dat een onderneming *“elke natuurlijke persoon of rechtspersoon [is] die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft [...]”*⁴⁰. Vervolgens moeten de bedingen betrekking hebben op producten, in de zin van artikel I.1, 5° WER. Dit begrip omvat *“goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”*, dus de facto alles buiten onlichamelijke roerende zaken⁴¹. Ten slotte moet het gaan om een overeenkomst, en zal het dus in de praktijk vaak gaan om algemene

³⁵ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB. L.* van 21 april 1993, 29;

³⁶ S. GEIREGAT, Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen, *TBBR* 2015, afl. 3, 154;

³⁷ Wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013;

³⁸ Art. I.8, 22° WER;

³⁹ Art. I.1. 2° WER;

⁴⁰ Art. I.1. 1° WER;

⁴¹ Art. I.1, 4° en Art. I.1, 5° en 6° WER;

voorwaarden. Dit is niet noodzakelijk het geval, daar het in België niet relevant is of de bedingen al dan niet individueel zijn bedongen.

21. Opdat de bedingen kunnen worden getoetst aan de regels inzake de onrechtmatige bedingen, moeten ze wel bindend zijn voor de consument. Er moet met andere woorden een redelijke mogelijkheid tot kennisname zijn geweest, voorafgaand aan de totstandkoming en er moet een uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding zijn geweest⁴². Dit wordt in het kader van dit onderzoek niet verder in detail uitgewerkt⁴³.

22. In het kader van dit onderzoek zal er vooral worden gefocust op de zwarte lijst van artikel VI.83 WER. Dit artikel beschrijft 33 bedingen in een contract of omstandigheden waarin het beding sowieso onrechtmatig is. Er zal bovendien ook worden gekeken naar de open norm, die terug te vinden is door artikel VI.82 WER samen te lezen met de definitie in artikel I.8, 22° WER. Dit laatste artikel is de algemene norm inzake onrechtmatige bedingen en kan worden toegepast op clausules die niet in de zwarte lijst voorkomen, maar wel een onevenwicht creëren tussen de consument en de onderneming⁴⁴. Volgens artikel VI.84 WER zullen deze onrechtmatige bedingen bij miskennis nietig zijn. Het probleem dat zich hier namelijk stelt, is dat de schade die volgt uit een inbreuk op deze artikels vaak eerder beperkt is, en niet voldoende zal zijn om een individuele rechtsvordering voor in te stellen. De wetgever heeft onder andere hier uitkomst willen bieden door de optie tot collectieve vordering in te stellen.

3. Problematiek

3.1. Onrechtmatige bedingen in het verleden

3.1.1 Rechtspraak

23. Onrechtmatige bedingen hebben in het verleden al meermaals aanleiding gegeven tot procedures, dit via de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden. Bij het bestuderen hiervan zijn er een aantal bedingen die vaker het voorwerp van een vordering uitmaken dan andere.

⁴² R. VAN DER BRUGGEN, noot onder Brussel (16° k.) 23 maart 2012, *DCCR* 2013, 99, 49;

⁴³ Voor een verdere bespreking hiervan, zie: R. VAN DER BRUGGEN, noot onder Brussel (16° k.) 23 maart 2012, *DCCR* 2013, 99, 49;

⁴⁴ R. STEENNOT, Algemene bepalingen betreffende de verkopen van producten en diensten aan consumenten, *TPR* 2009, afl. 1, 272;

Het is interessant een beknopt overzicht te schetsen van deze bestaande rechtspraak. De zaken worden hier niet in detail besproken, omdat er later in dit onderzoek concreet wordt gekeken naar enkele toepassingen. Daar zal verder op de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden en het verloop van dergelijke procedures worden ingegaan.

24. In de loop der jaren zijn er een aantal procedures gevoerd ten gevolge van een (beweerde) inbreuk op toegelaten exoneratiebedingen voor de onderneming. De onderneming ging namelijk proberen zijn wettelijke aansprakelijkheid te beperken. Dit is in strijd met het huidige artikel VI.83 25° WER of artikel VI.83 30° WER, naargelang het schadegeval. Zo waren er een aantal zaken waarbij aannemers probeerden hun tienjarige aansprakelijkheid (artikel 1792 BW) te beperken of zelfs geheel weg te bedingen⁴⁵. In het geval van de meeste van deze zaken was er wel sprake van vrij substantiële schadebedragen, en speelde er dus geen probleem inzake een wanverhouding tussen de kosten van een procedure en het mogelijks te halen herstel.

25. Een ander beding dat vaak tot procedures leidt, is een beding dat voorziet in bovenmatige of niet-wederkerige schadebedingen. Dit is een inbreuk op artikel VI.83, 17° of 24° WER respectievelijk. Deze clausules moeten onderscheiden worden van de opzeggingsbedingen van artikel VI.83, 27° WER, die ook op hun beurt aanleiding geven tot het voeren van procedures⁴⁶. Het is nuttig op te merken dat de vergoedingen in deze zaken meestal ook weer relatief substantiële bedragen uitmaken.

26. Een volgend beding dat aanleiding geeft tot procedures is de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst met onredelijk lange opzegtermijn, in strijd met het huidige artikel VI.83, 20° WER⁴⁷. De meeste problemen in dit kader bestaan rond het vaststellen vanaf wanneer een opzegtermijn onredelijk lang wordt.

⁴⁵ Zie onder andere S. GUILIAMS, “Beding waarin een architect zijn in-solidum-gehoudenheid uitsluit, is ongeoorloofd in zoverre het ook betrekking heeft op zijn tienjarige aansprakelijkheid”, *NJW* 2015, afl. 316, 109; en Cass. (1e k.) AR C.13.0395.N, 5 september 2014, M.B. / M. V. L., R.M., KBC Verzekeringen nv e.a., *RW* 2014-15, afl. 17, 668;

⁴⁶ Zie onder andere Gent 1 juni 2011, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 229, noot CAMBIE, P.; Vred. Beveren-Waas 21 april 2015, *T.Vred.* 2015, afl. 9-10, 484, noot STEENNOT, R.; en Vred. Waver, nr. 14 A 130, 18 februari 2014, *T.Vred.* 2015, afl. 9-10, 384, noot JACQUEMIN, H.;

⁴⁷ Onder andere: Gent 1 juni 2011, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 229, noot CAMBIE, P.;

27. In het bekijken van de rechtspraak inzake onrechtmatige bedingen moet er wel mee rekening worden gehouden dat er veel rechtspraak mogelijks niet gepubliceerd wordt. Dit betekent dat het beeld dat hier wordt geschetst van de meest gevoerde procedures niet noodzakelijk een waarheidsgetrouw beeld geeft. Bovendien is het ook zo dat de rechtsleer sneller zal schrijven over bedingen die aanleiding geven tot problemen, en niet over de procedures die geen of weinig interpretatieproblemen veroorzaken.

3.1.2 Commissie voor Onrechtmatige Bedingen

28. Aangezien een bespreking van de rechtspraak alleen niet noodzakelijk een volledig waarheidsgetrouw beeld geeft van de bestaande procedures inzake onrechtmatige bedingen, dient er ook te worden gekeken naar andere bronnen, zoals de adviezen van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen. Deze Commissie neemt volgens artikel VI.86, §1 WER “*kennis van de bedingen en voorwaarden die in tekoopaanbiedingen en in verkopen van producten van ondernemingen aan consumenten voorkomen*”⁴⁸. Volgens de eigen website, gaat de Commissie voornamelijk na in welke mate er onrechtmatige bedingen worden gebruikt in concrete algemene voorwaarden en standaardcontracten⁴⁹.

29. Zo heeft het recentste advies van de Commissie bijvoorbeeld betrekking op de algemene voorwaarden van sociale netwerksites⁵⁰. In dit advies alleen al, is er sprake van meerdere onrechtmatige bedingen, gaande van de zogenaamde “*inperking van dwingrechtelijke vereisten*”, tot “*eenzijdige wijziging van voorwaarden*” (artikel VI.83, 4° WER), en “*bedingen die de aansprakelijkheid beperken en vrijwaringsbedingen*” (artikel VI.83, 22° en 24° WER)⁵¹. In dit advies wordt ook rechtspraak aangehaald, maar deze lijkt vrij beperkt voor de specifieke sfeer van de sociale netwerksites.

30. Doorheen de adviezen, en de sectoren, zijn er een aantal clausules die telkenmale terugkomen als zijnde problematisch. Dit gaat vaak om bedingen inzake de aansprakelijkheid

⁴⁸ Art. VI.86 WER;

⁴⁹ “Commissie voor Onrechtmatige Bedingen”, http://economie.fgov.be/nl/fod/structuur/Commissions_Raden/Commissie_onrechtm_bedingen/#.VvjcR8diSf4;

⁵⁰ COMMISSIE VOOR ONRECHTMATIGE BEDINGEN (C.O.B.) *Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites*, 16 december 2015, nr. 38;

⁵¹ C.O.B., *Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites*, 16 december 2015, nr. 38, 29;

van de onderneming, waarbij die wordt beperkt⁵². Ook schadebedingen geven vaak aanleiding tot onrechtmatigheid, volgens de Commissie⁵³. Verder blijkt ook de bewijslast een regelmatig voorkomende onrechtmatigheid⁵⁴. In een enkel advies wordt er gesproken van onrechtmatige bedingen met als voorwerp prijswijzigingen⁵⁵.

31. In het kader van deze adviezen moet een gelijkaardige bedenking worden gemaakt als bij de rechtspraak. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen zal enkel onderzoek doen naar een aantal concrete sectoren, en dit zal dus ook maar een beperkt overzicht geven van de problematiek inzake onrechtmatige bedingen. Een aantal bedingen lijken wel meermaals terug te komen in de adviezen, en verdienen dus zeker meer aandacht, verder in dit onderzoek. Hier valt ook op dat een aantal van de bedingen die hier aan bod komen, ook in het kader van de rechtspraak aanleiding geven tot problemen.

3.1.3 Bedenkingen

32. Samenvattend zijn de rechtspraak en de adviezen van de Commissie, omtrent onrechtmatige bedingen te groeperen in vijf grote delen. Het gaat om vijf onrechtmatige bedingen die klaarblijkelijk aanleiding zijn voor meerdere procedures. In het merendeel van de gepubliceerde rechtspraak blijkt het wel te gaan om schade die vrij substantieel is, en aanleiding heeft gegeven tot toekenning van hoge herstelbedragen. Het gaat hier om:

- Bedingen die de aansprakelijkheid beperken of exoneratiebedingen⁵⁶
- Schadebedingen, zij het niet wederkerig of bovenmatig⁵⁷
- Opzeggingsvergoedingen die niet wederkerig zijn⁵⁸
- Bedingen die de bewijslast omkering of verzwaring beogen⁵⁹

⁵² Onder andere in C.O.B., *Advies inzake de reglementen van de distributienetbeheerders*, 26 november 2014, nr. 36;

⁵³ Onder andere in C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30;

⁵⁴ C.O.B., *Advies inzake bedingen omtrent de bewijslast in omniumverzekeringen*, 20 november 2013, nr. 34;

⁵⁵ C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30;

⁵⁶ Art. VI.83, 13° of 25° WER;

⁵⁷ Art. VI.83, 17° of 24° WER;

⁵⁸ Art. VI.83, 27° WER;

⁵⁹ Art. VI.83, 21° WER;

- Eenzijdige prijswijzigingsbedingen⁶⁰

33. Van bepaalde bedingen is er weinig of geen sprake van in deze bronnen. Zoals al werd vermeld, betekent dit niet dat er geen gedingen over werden gevoerd, het kan namelijk zijn dat deze buitengerechtelijk werden afgehandeld of gewoon niet werden gepubliceerd. Het zou natuurlijk ook kunnen dat andere bedingen die aanleiding tot schade geven, vanwege de aard van de schade of de grootte ervan, niet efficiënt kunnen worden afgewikkeld met de klassieke procedure mogelijkheden. Het kan ook gewoon zijn dat bepaalde bedingen geen problemen veroorzaken en geen aanleiding geven tot aansprakelijkheid.

34. Kijkend naar de hierboven aangehaalde rechtspraak en adviezen, en de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen zelf, zijn er een aantal bepalingen die prima facie goede kandidaten lijken voor een collectieve vordering. Deze zijn in de rechtspraak en de adviezen van de Commissie amper of niet aan bod gekomen, en men kan daarbij de vraag stellen of dit komt doordat de klassieke procedures problemen geven om schadevergoeding te bekomen, of dat er weinig inbreuken gebeuren. Bedingen die een schadevergoeding opleggen aan de consument bij wanprestatie zonder een gelijkwaardige vergoeding te voorzien in hoofde van de onderneming⁶¹ of bedingen die ontbinding bij overmacht onderwerpen aan een schadevergoeding voor de consument⁶² lijken bijvoorbeeld goede voorwerpen voor een groepsvordering. Deze zullen verderop in meer detail worden geëvalueerd.

35. De tegengestelde oefening kan ook worden gemaakt, door te kijken naar de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen en een aantal bepalingen te bekijken die prima facie niet in aanmerking lijken te komen voor een collectieve procedure, of die eventueel beter kunnen worden afgehandeld door middel van een klassieke procedure. In dit kader kan er bijvoorbeeld worden verwezen naar het beperken van de bewijsmiddelen van de consument of het verplaatsen van de bewijslast⁶³. Een tweede voorbeeld is een beding dat de instemming van de consument op onweerlegbare wijze gaat vaststellen voor clausules waarvan de consument geen kennis heeft kunnen nemen⁶⁴. Ook dergelijke bedingen waarvoor de

⁶⁰ Art. VI.83, 2° of 3° WER;

⁶¹ Art. VI.83, °17 WER;

⁶² Art. VI.83, °12 WER;

⁶³ Art. VI.83, °21 WER;

⁶⁴ Art. VI.83, °26 WER;

collectieve vordering mogelijkwijze geen nuttig instrument zal blijken, zullen verder worden bekeken in dit onderzoek.

3. 2. Onrechtmatige bedingen en het gemeen recht

3.2.1 Schade

36. De schade die zich voordoet bij onrechtmatige bedingen zal verschillend zijn afhankelijk van welke bepaling van de zwarte lijst wordt overtreden. Het kan gaan om geldelijke schade, zoals bijvoorbeeld bij een eenzijdige prijsverhoging in strijd met artikel VI.83, 2° of 3° WER of bij onevenredige schadevergoeding in strijd met artikel VI.83, 24° WER. Het kan daarentegen ook gaan om schade die niet in geld waardeerbaar is, zoals bij het eenzijdig wijzigen van de leveringstermijn door de onderneming in strijd met artikel VI.83, 5° WER.

37. Binnen het onderscheid van de in geld waardeerbare schade en eventuele andere, zal de consument die in geld waardeerbare schade vergoed wilt zien stuiten op de meeste problemen, indien hij gebruik maakt van de klassieke mogelijkheden om een procedure in te stellen. Het zal vaak namelijk gaan om de hierna genoemde strooischade, en dus kleine bedragen per individuele consument, waarbij de kosten van een klassieke procedure mogelijks niet opwegen tegen de te vorderen vergoeding. Bij de schade die niet in geld waardeerbaar is, kan een klassieke procedure eventueel wel uitkomst bieden.

A. Strooischade en substantiële massaschade

38. De schade die in geld waardeerbaar is, zal ook nog onder te verdelen zijn in verschillende soorten schade. Voet maakt een onderscheid tussen strooischade en substantiële massaschade.⁶⁵ Beide soorten schade zijn volgens hem het gevolg van massaschade. Strooischade omschrijft hij als schade die verdeeld is over verschillende slachtoffers op zodanige wijze dat de potentiële baten van een procedure niet opwegen tegen de kosten ervan op niveau van het individu. Bij substantiële massaschade zouden de baten er wel tegen opwegen, aangezien de schade groter zou zijn per individueel slachtoffer. Hij werkt dit onderscheid verder uit door te stellen dat men bij strooischade vooral beoogt het onrechtmatig

⁶⁵ S. VOET, “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 683;

bekomen voordeel van de tegenpartij terug te krijgen, terwijl men bij de substantiële massaschade eerder focust op het vergoeden van de geleden schade. Ook andere auteurs maken een gelijkaardig onderscheid tussen strooschade en andere, zware schade⁶⁶.

In het kader van dit onderscheid kan dan de vraag worden gesteld of de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve vordering nuttig is voor beide soorten schade. Voet stelt die vraag en overweegt dat in de gevallen van strooschade de collectieve vordering kan helpen om het onevenwicht in de kosten te verhelpen⁶⁷. In de gevallen van substantiële massaschade is de collectieve vordering niet nodig vanuit het oogpunt van de kosten, maar eerder vanuit een proceseconomisch standpunt. Het is namelijk zo dat de rechter bij gebruik van een collectieve vordering de verschillende vorderingen die gebaseerd zijn op dezelfde feiten, in één keer kan afhandelen. Dit vermindert de werklast, de kosten en voorkomt het risico op tegenstrijdige uitspraken. Hieruit kan dan ook worden besloten dat een collectieve vorderingen in beide soorten van massaschade nuttig is.

39. Een voorbeeld van strooschade die zich kan voordoen bij onrechtmatige bedingen is de schade die consumenten ondervinden bij een onrechtmatige clause die de onderneming toelaat een eenzijdige prijsverhoging door te voeren⁶⁸. Dit kan gaan om kleine bedragen per individueel contract, waardoor de schade per individueel slachtoffer te beperkt is om een vordering in te stellen.

Een voorbeeld van substantiële schade kan zich voordoen bij miskenning van art. VI.83, 28° WER waarbij de onderneming het recht heeft om *“betaalde voorschotten te behouden ingeval de onderneming zelf de overeenkomst opzegt.”*⁶⁹

In beide gevallen zal het nog steeds gaan om massaschade, aangezien deze bepalingen meestal deel uitmaken van een standaard contract, en dus een grotere groep van consumenten het slachtoffer worden van het beding en de daaruit volgende schade.

⁶⁶ Waaronder P. HOFSTROSSLER, *Waarom een ‘class action’ in België? Krijtlijnen van het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies, Orde van de dag 2011*, afl. 54, 95; en I. VRANCKEN, “Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht”, *TBBR* 2014, afl. 9, 428;

⁶⁷ S. VOET, “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 684;

⁶⁸ Art. VI.83, 2° of 3° WER;

⁶⁹ Art. VI.83, 28° WER;

B. Strooischade, sluipende schade en gefixeerde schade

40. Taelman en Thion maken een andere opdeling tussen verschillende soorten schade, door respectievelijk strooischade, sluipende schade en gefixeerde schade te onderscheiden. Het gaat hier drie keer over massaschade.⁷⁰ Massaschade wordt niet in absolute termen gedefinieerd door deze auteurs, maar eerder omschreven als schade die qua omvang de rechterlijke macht voor een zogenaamd ‘verwerkingsprobleem’ plaatst. Deze woordkeuze doet al vermoeden dat de klassieke vorderingsmogelijkheden niet altijd volstaan om de schade vergoed te krijgen als slachtoffer. Dit zal in dit onderzoek verder worden onderzocht.

De omschrijving van strooischade is overwegend dezelfde als die van Voet en komt neer op kleinere schade per slachtoffer dan de kosten die deze zou moeten maken om vergoeding te bekomen. Sluipende schade wordt omschreven als schade die ontstaat in de loop van verschillende gebeurtenissen en na een bepaalde duur, waarbij het niet duidelijk is welke gebeurtenis de schade heeft doen ontstaan⁷¹. Dit is een begrip dat vooral toepassing kent in milieuzaken en minder toepasselijk lijkt in het kader van de onrechtmatige bedingen. De derde soort schade is de gefixeerde schade. Dit type van schade volgt uit een enkele gebeurtenis, die een grote groep slachtoffers maakt⁷².

41. Uit deze omschrijvingen volgt dat consumenten die het slachtoffer worden van onrechtmatige bedingen overwegend zullen te maken krijgen met de gefixeerde schade en de strooischade. Dezelfde opmerking kan worden gemaakt als hierboven. Voor beide gevallen zal de collectieve vordering op het eerste zicht een nuttig instrument lijken voor de verhaling van deze schade. Voor de strooischade zal dit het probleem van de onevenwichtige kosten verhelpen, en voor de gefixeerde schade zal dit vanuit proceseconomisch oogpunt zijn. Verder halen Taelman en Thion ook aan dat bij gefixeerde schade het risico bestaat dat het vermogen van de veroorzaker van de schade ontoereikend kan zijn om alle schade te vergoeden.⁷³ Dit

⁷⁰ P. Taelman, P. Thion, “Bundeling van vorderingen”, *TPR* 2003, afl. 4, 1517;

⁷¹ G. Van de Walde, “Conflictafhandeling bij collectieve schade: op zoek naar herstel”, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 10;

⁷² G. Van de Walde, “Conflictafhandeling bij collectieve schade: op zoek naar herstel”, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 10;

⁷³ P. Taelman, P. Thion, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, afl. 4, 1518;

zou in hoofde van de consument leiden tot een problematische ‘*first come, first serve*’ situatie, indien men enkel gebruik kan maken van individuele vorderingen.

42. Een voorbeeld van gefixeerde schade in het kader van onrechtmatige bedingen is het bestaan van een schadebeding dat niet voorziet in een wederkerige verplichting in hoofde van de onderneming. Dit is dan in strijd met artikel VI.83, 24° WER. De schadevergoeding zal dan contractueel zijn vastgesteld, eventueel als een percentage op de prijs van de overeenkomst. Eens het schadebeding dat onrechtmatig is, werd betaald door de consument, zal de schade, gelijk aan de onrechtmatig betaalde vergoeding, gefixeerd zijn, en niet verder meer evolueren.

3.2.2 Wat zijn de gemeenrechtelijke opties?

43. Voordat er kan worden gekeken naar welke schade er niet kan worden vergoed in het kader van de bestaande gemeenrechtelijke procedures, dienen deze procedures eerst van nader bij te worden bekeken.

A. Individuele Vordering

44. Men kan natuurlijk als slachtoffer de gewone burgerrechtelijke weg volgen en een individuele vordering instellen. Het grootste probleem dat hier speelt, is dat de gemiddelde consument niet altijd op de hoogte is van zijn rechten, en dit des te meer in het kader van de onrechtmatige bedingen in het consumentenrecht. Dit probleem wordt ook meermaals vermeld in het kader van de ratio legis in de parlementaire voorbereidingen van boek XVII WER⁷⁴. Vele consumenten zullen niet op de hoogte zijn van het bestaan van een onrechtmatig beding in hun contracten, en zelfs als ze dit zijn, is het niet altijd geweten wat ze daartegen kunnen ondernemen. Hier speelt bovendien ook nog het probleem van de kosten⁷⁵.

45. Een vordering instellen zal aanleiding geven tot het maken van een hoop kosten, die voor een individuele consument snel zullen oplopen tot een bedrag dat de geleden schade overschrijdt. Er is dan geen sprake meer van enig economisch nut voor het instellen van de vordering, wat een belangrijke ontmoediging uitmaakt om rechtsherstel of schadevergoeding

⁷⁴ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 5;

⁷⁵ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 5;

te vragen. Volgens artikel 1017 Ger. W. zullen de uiteindelijke kosten gedragen worden door de “in het ongelijk gestelde partij.”⁷⁶ Een overzicht van deze kosten wordt gemaakt in artikel 1018 Ger. W.⁷⁷ De consument zal deze kosten zelf wel eerst moeten dragen, tot aan het afsluiten van de procedure, en dat kan een zware last bedragen. Een aantal van de kosten zijn de kosten van dagvaarding, de kosten van een advocaat en de rolrechten. Alhoewel sommige consumenten gebruik kunnen maken van de (gehele of gedeeltelijke) rechtsbijstand, ten gevolge van hun vermogenstoestand, zal dit zeker niet het geval zijn voor alle consumenten⁷⁸.

Bovendien speelt er vanuit een rechtseconomisch standpunt ook een informatiekost voor de consument. Deze zal namelijk de tijd moeten nemen om zich te informeren over zijn rechten en de vorderingsmogelijkheden. De te investeren tijd en moeite zal mogelijks de te halen genoegdoening overschrijden.

46. Tenslotte is het ook vanuit een proceseconomisch standpunt niet nuttig om gebruik te maken van de individuele vorderingsmogelijkheden in het kader van onrechtmatige bedingen. In veel gevallen zal het onrechtmatig beding namelijk deel uitmaken van een standaard contract of de algemene voorwaarden van een onderneming, waardoor er veel consumenten het slachtoffer zijn geworden van dergelijk beding. Indien zij allemaal een individuele vordering instellen, zal dit een grote werklast veroorzaken bij de rechter, die telkenmale een gelijkaardig geval zal moeten behandelen van begin tot einde. Mede in het kader van de gerechtelijke achterstand in België, is een alternatief aan deze individuele vordering dan ook gewenst.

47. Voorafgaand aan de collectieve vordering, was er geen mogelijkheid tot het gezamenlijk instellen van een vordering. Indien slachtoffers van een zelfde schadeverwekkend feit samen wilden procederen, dan moesten ze gebruik maken van een andere techniek.

⁷⁶ Art. 1017 Ger. W.;

⁷⁷ Art. 1018 Ger. W.;

⁷⁸ Art. 664 Ger. W en verder;

B. *Samenvoegen*

48. De eerste techniek die kon worden gebruikt hiervoor, was het samenvoegen, of de cumulatie van vorderingen. In artikel 701 Ger. W. bestaat de mogelijkheid om samenhangende vorderingen bij dezelfde akte in te stellen⁷⁹. Deze cumulatie kan gaan over meerdere vorderingen voor een procespartij, of meerdere procespartijen in een akte, respectievelijk objectieve en subjectieve cumulatie genoemd⁸⁰. Dit laatste onderscheid wordt door sommige auteurs verbonden aan meerdere voorwaarden, maar die zouden dit onderzoek te ver leiden en worden in dit kader dus niet verder besproken⁸¹.

49. Deze cumulatie kan gebeuren in het begin van de procedure, namelijk bij het instellen van de vordering, maar ook tijdens de procedure. De voorwaarde opdat dit kan gebeuren, is dat deze samenhangend zijn. Dit begrip wordt verduidelijkt in artikel 30 Ger. W. waarin staat dat vorderingen samenhangend zijn als ze *“onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer zaken afzonderlijk worden berecht.”*⁸² Of dat er sprake is van vorderingen die voldoende nauw verbonden zijn om te worden samengevoegd, zal door de rechter worden beoordeeld in een concreet geschil⁸³.

Over wat al dan niet als samenhangende vorderingen moet worden beschouwd, is er al veel inkt gevloeid in beide de rechtsleer en de rechtspraak⁸⁴. De essentie ligt in de vraag of het niet samenvoegen van de vorderingen zou leiden tot onverenigbare uitspraken. In het kader van de vorderingen ingesteld ten gevolge van een onrechtmatig beding, lijkt er op het eerste gezicht voldaan aan deze voorwaarde. Indien men de vorderingen dan niet samenvoegt, dan bestaat het risico dat de aangezochte rechter(s) tot verschillende uitspraken zouden komen. De samenvoeging zal dus een mogelijkheid zijn voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen die individueel een vordering hebben ingesteld.

⁷⁹ Art. 701 Ger. W.;

⁸⁰ E. DE BAERE, “Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht”, *TPR* 2007, 14;

⁸¹ P. TAELEMAN, P. THION, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, afl. 4, 1495;

⁸² Art. 30 Ger. W.;

⁸³ P. TAELEMAN, P. THION, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, afl. 4, 1497;

⁸⁴ Waaronder: P. TAELEMAN, P. THION, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, afl. 4, 1500;

50. Deze gemeenrechtelijke techniek lijkt op het eerste zicht een voldoende mogelijkheid te bieden voor slachtoffers van onrechtmatige bedingen om op proceseconomische wijze samen te procederen. Dit kan inderdaad het geval zijn, maar er zijn een aantal pijnpunten.

Ten eerste is het zo dat dit systeem goed werkt als er een overzichtelijk aantal vorderingen is dat moet worden samengevoegd, maar vanaf dat dit over grote getallen gaat, zal dit de facto onmogelijk worden⁸⁵. Ten tweede zal een cumulatie enkel mogelijk zijn als er een duidelijk omliggende groep slachtoffers is, die allen optreden en een vordering instellen. Bij onrechtmatige bedingen zal dit niet vaak het geval zijn, daar de schade mogelijks beperkt zal zijn per individuele consument en deze mogelijks niet op de hoogte zijn van hun rechten⁸⁶. Ook speelt hierbij het probleem van rationele apathie, waarbij consumenten bewust kiezen niet op te treden bij beperkte schade, en dus geen vordering in te stellen. Het zal dan ook onmogelijk blijken om alle slachtoffers te cumuleren in een vordering en zo samen genoegdoening te vinden. Ten derde is het zo dat de rechter nog steeds apart uitspraak zal moeten doen voor elke partij in de onderscheiden zaken, al mag hij ze wel samen behandelen⁸⁷. Dus ook vanuit proceseconomisch standpunt zal een samenvoeging van zaken niet voldoende soelaas bieden.

C. Tussenkost

51. De samenvoeging van verschillende vorderingen van verschillende personen moet worden onderscheiden worden van de tussenkost in een lopend geding. In dit kader kan men andere partijen in een lopend geding vrijwillig of gedwongen laten participeren. Deze mogelijkheid is terug te vinden in artikel 15 Ger. W⁸⁸. De tussenkost moet, volgens artikel 16 Ger. W. gebeuren op initiatief van een van de procespartijen.

Om een tussenkost te kunnen doen in een lopend geding, moet er wel een beperkte samenhang aanwezig zijn tussen de hoofdvordering en de vordering van de tussenkostende

⁸⁵ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 17;

⁸⁶ Zoals ook aangehaald in *MvT, Parl. St., Kamer 2013-2014, 3300/001, 5*;

⁸⁷ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 17;

⁸⁸ Art. 15 Ger. W.;

partij⁸⁹. Bij vorderingen van slachtoffers in het kader van eenzelfde onrechtmatig beding zal deze voorwaarde waarschijnlijk niet voor veel problemen zorgen. Verder haalt Taelman ook aan dat de tussenkommende vordering de hoofdvordering niet mag vertragen. Dit is waar het grootste probleem zich zal voordoen bij een groep slachtoffers van een onrechtmatig beding, aangezien dit er mogelijks velen zijn. Ten slotte speelt hier het probleem van de rechten van verdediging. Taelman en Thion halen aan dat deze moeten gerespecteerd worden, en ten gevolge daarvan de tussenkommende partijen niet alle gedane onderzoeksverrichtingen moeten aanvaarden als ze voelen dat ze zich hier niet inhoudelijk over hebben kunnen uitspreken. Bij tussenkomsten van meerdere slachtoffers, geeft dit mogelijks aanleiding tot enorme vertragingen en dubbel onderzoek.

52. Hier spelen dus dezelfde problemen als bij de mogelijkheid tot samenvoeging. De tussenkomst zal aan effectiviteit inboeten naarmate het aantal slachtoffers toeneemt. Bijkomend speelt hier ook het probleem dat er een slachtoffer het initiatief moet nemen om een zaak in te stellen en daarna alle andere slachtoffers moet opsporen en, al dan niet gedwongen, laat tussenkomen. Dit vereist een grote investering van die partij, in kosten, maar ook in tijd, en het zal niet snel gebeuren dat een slachtoffer met beperkte schade deze taak op zich zal willen nemen. Verder zal het lopende geding enorm worden vertraagd en sterk gecompliceerd door een veelheid van partijen.

D. Lastgeving

53. Een derde mogelijkheid die bestond voorafgaand aan de collectieve vordering was om gebruik te maken van de lastgeving⁹⁰. Slachtoffers van een onrechtmatig beding (of een ander schade verwekkend feit) konden dan allemaal individueel een volmacht geven aan een lasthebber om in hun naam en voor hun rekening in rechte op te treden⁹¹.

54. Het voordeel hier is dat de lasthebber een enkele uitspraak kan verkrijgen die zal bindend zijn voor alle slachtoffers van wie hij een mandaat heeft gekregen⁹². Het nadeel is

⁸⁹ P. Taelman, P. Thion, Bundeling van vorderingen, *TPR* 2003, afl. 4, 1506;

⁹⁰ E. De Baere, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 26;

⁹¹ Art. 1984 BW en verder, en Art. 17 Ger. W.;

⁹² K., Broeckx, Vertegenwoordiging in rechte en naamgeving in het geding, *RW* 1994-95, 248;

gelijklopend aan het nadeel voor de hierboven besproken tussenkomst en samenvoeging. Elk slachtoffer zal individueel een volmacht moeten geven aan de lasthebber, wat ook weer heel onoverzichtelijk zal zijn bij grote aantallen. Bovendien vallen de slachtoffers die geen kennis hebben van de schade op het ogenblik van het instellen van de vordering, of rationeel apathisch afwachten, ook bij deze techniek uit de boot. Ten slotte speelt hier ook een probleem met betrekking tot de vraag wie de kosten gaat dragen, daar dit in alle waarschijnlijkheid niet de lasthebber zelf gaat zijn. De lastgevers zullen bij kleine schade ook niet snel geneigd zijn om deze zelf te dragen, en een verdeling is ook weer enorm onoverzichtelijk.

E. Vereniging

55. Er kan geargumenteed worden dat een vierde mogelijkheid voor slachtoffers het oprichten van een vereniging of een vennootschap met rechtspersoonlijkheid is, die dan in hun plaats in rechte kan optreden voor het bekomen van een schadevergoeding⁹³. Deze vereniging zal rechtspersoonlijkheid moeten bezitten opdat ze in rechte kan optreden, aangezien dit in beginsel niet is toegestaan voor een feitelijke vereniging⁹⁴. Een vzw lijkt hier de meest aangewezen vorm.

56. Het grootste probleem dat speelt hier is het aantonen van het vereiste belang om een vordering in te stellen, volgens artikel 17 Ger. W⁹⁵. Men kan als vereniging niet optreden in het algemeen belang, want dan stelt men een *actio popularis* in, wat verboden is in België⁹⁶. Om aan de vereiste voorwaarde van belang te voldoen, kan een vereniging optreden in het eigen persoonlijk belang van de vereniging. Dit wordt aanvaard in België⁹⁷. Maar in het geval van schade bij een groep van consumenten die lid zijn, zal de vereniging eerder optreden in het belang van zijn individuele leden. Of dit laatste mogelijk is, wordt betwist in de Belgische rechtsleer. De meerderheid van auteurs argumenteert dat er in dat geval niet is voldaan aan de

⁹³ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 21;

⁹⁴ K. MORTIER, Toegang tot rechter voor feitelijke verenigingen, *NJW* 2008, afl. 191, 810;

⁹⁵ Art. 17 Ger. W.;

⁹⁶ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 23;

⁹⁷ M. L. STORME, "S'il y a action, il y a intérêt". Over de vorderingsbevoegdheid van (milieu)verenigingen", in X., *Vorderingsbevoegdheid van milieuverenigingen*, 3;

vereiste van artikel 17 Ger. W omdat het enkel zou gaan om een opsomming van de individuele belangen, en geen persoonlijk belang voor de vereniging⁹⁸.

Een minderheid daarentegen argumenteert dat dit wel onder het vereiste belang valt. Storme is een van de auteurs die stelt dat er sprake is van belang, indien de vereniging de belangen van de leden verdedigd aan gezien ze op die wijze deze belangen ook tot een persoonlijk belang van de vereniging verheft⁹⁹. Hierdoor is voldaan aan wat wordt geaccepteerd als een belang in de Belgische jurisdictionele traditie. Opdat deze vereenzelviging van belangen duidelijk kan worden aangetoond, dient het statutair doel van de vereniging dit wel aan te tonen volgens Storme. Ook zou het statutair doel een optreden in rechte moeten voorzien.

57. In het geval dat een rechter zou aanvaarden dat een vereniging met slachtoffers als leden in rechte zou optreden, en dus de vordering ontvankelijk zou verklaren, is dit dan een volwaardig alternatief voor een collectieve vordering?

Dit is zeker niet het geval. Het grootste voordeel van deze techniek lijkt het feit dat niet alle slachtoffers vanaf het begin al moeten lid zijn van de vereniging, en dat deze dus nog later kunnen intreden naarmate de schade of de gevolgen maar zichtbaar zouden worden. Het nadeel is dat hierdoor mogelijks een *free rider* probleem ontstaat waarbij slachtoffers eerst de uitspraak afwachten en dan mee willen profiteren door op het laatste ogenblik lid te worden van de vereniging. Ook met betrekking tot de kosten stelt zich hier het probleem dat deze waarschijnlijk zullen worden gedragen door de initiatief-nemende leden van de vereniging met ook weer *free riders*.

3.2.3 Conclusie

58. Zoals ook Thion en Taelman al opmerkten, bestond er in België voorafgaand aan de collectieve vordering, ingevoerd bij boek XVII WER geen mogelijkheid om te procederen in zaken van collectieve belangen.¹⁰⁰ De bestaande klassieke verhaalmiddelen brengen allemaal hun respectievelijke nadelen mee, aangezien ze niet zijn voorzien op vorderingen op zodanig

⁹⁸ Waaronder E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht", *TPR* 2007, 24;

⁹⁹ M. L. STORME, "S'il y a action, il y a intérêt'. Over de vorderingsbevoegdheid van (milieu)verenigingen", in X., *Vorderingsbevoegdheid van milieuverenigingen*, 3;

¹⁰⁰ P. TAELEMAN, P. THION, "Bundeling van vorderingen", *TPR* 2003, afl. 4, 1491;

grote schaal als zich bij onrechtmatige bedingen kunnen voordoen. Op het eerste zicht lijkt de collectieve vordering dus een noodzakelijk instrument in dit kader. Of dit inderdaad het geval is, in welke mate, en voor welke bedingen, zal verder in dit onderzoek worden bekeken.

3.3 Onrechtmatige bedingen en de collectieve vordering

3.3.1 Collectieve vordering procedure

59. Vooraleer er kan worden gekeken naar de toepassing van de collectieve vordering op onrechtmatige bedingen, dient de procedure eerst te worden overlopen. Verder kan er ook worden benadrukt waar de verschillen liggen met de klassieke procedures en mogelijkheden, die hierboven reeds werden overlopen.

60. De collectieve vordering zal kunnen ingesteld worden door een groepsvertegenwoordiger. Om te kunnen optreden als groepsvertegenwoordiger, moet men vallen onder een van de drie omschrijvingen van artikel XVII.39 WER. Het kan gaan om een vereniging ter verdediging van de consumentenbelangen (1°); een door de minister erkende vereniging met rechtspersoonlijkheid en relevant maatschappelijk doel (2°); of de Consumentenombudsdienst van artikel XVI.5 WER, maar dan enkel voor de onderhandeling van een akkoord tot collectief herstel (3°). Deze vertegenwoordiger zal de groep leiden, de procedure voeren en ook de kosten, al dan niet voorlopig, dragen tot het einde van de procedure.

De vordering zal worden ingesteld bij de rechtbanken of hoven te Brussel, die de exclusieve bevoegdheid hebben volgens artikel XVII.35 WER. Dit kan de rechtbank van eerste aanleg zijn, maar ook de rechtbank van koophandel. Hierop start dan de ontvankelijkheidsfase. De rechter zal dan onderzoeken of de vordering ontvankelijk is, volgens de in artikel XVII.36 en XVII.37 WER bedoelde voorwaarden, en na voorlegging van de in artikel XVII.42 WER opgesomde zaken, bij het verzoekschrift. De rechter zal dan binnen de twee maanden een beslissing nemen over de ontvankelijkheid, evenals een aantal andere formaliteiten, genoemd in artikel XVII.43 WER.

De groep zelf zal worden samengesteld uit de slachtoffers van een inbreuk op een van de in artikel XVII.37 WER vernoemde regels of wetgevingen. Dit kan gebeuren via een *opt-in* procedure of een *opt-out* procedure. De keuze hiertussen zal in beginsel vrij zijn en door de

rechter worden bepaald tijdens de ontvankelijkheidsfase¹⁰¹. De groepsvertegenwoordiger zal wel in zijn verzoekschrift een voorstel mogen doen hierover¹⁰². Enkel indien er sprake is van lichamelijke schade, of morele collectieve schade, zal men moeten gebruik maken van de *opt-in* procedure¹⁰³.

Na de indiening van het verzoekschrift zal de rechter een termijn vaststellen tijdens dewelke de groepsvertegenwoordiger en de tegenpartij moeten onderhandelen om te zien of ze al dan niet tot een akkoord kunnen komen. Indien dit niet lukt tijdens deze periode, zal de procedure verder gaan naar het onderzoek ten gronde of een verlenging van de termijn toekennen voor de onderhandelingen¹⁰⁴. Indien de partijen wel tot een akkoord komen, moet dit voldoen aan de formaliteiten van artikel XVII.45, §3 WER. De rechter zal dit akkoord dan moeten homologeren¹⁰⁵.

De volgende stap, bij ontstentenis van een akkoord of homologatie hiervan, zal de procedure ten gronde aanvangen¹⁰⁶. Dit zal gebeuren binnen een maand, zoals bepaald in artikel XVII.53 WER. Na de behandeling van de zaak ten gronde, zal de rechter een beslissing moeten uitvaardigen, die voldoet aan de voorwaarden van artikel XVII.54 WER. De rechter zal hier onder andere moeten beslissen over de schadeafwikkeling en de kosten. Tijdens deze fase van het proces kunnen de partijen steeds nog tot een akkoord komen en de rechter vragen dit te homologeren¹⁰⁷.

Nadat de beslissing definitief is, zal de door de rechter aangeduide schadeafwikkelaar zijn opdracht starten. Dit zal iemand moeten zijn die werd opgenomen op een lijst door de bevoegde rechtbank, en behorende tot de beroepsgroep van advocaten, gerechtelijke mandatarissen of de ministeriële ambtenaren. Ze moeten voldoende waarborgen bieden over hun bekwaamheid voor dit mandaat te houden¹⁰⁸. De schadeafwikkelaar zal dan een voorlopige lijst opstellen van de slachtoffers, en deze onderzoeken om uit te maken wie in

¹⁰¹ Art. XVII.43, §2, 3° WER;

¹⁰² Art. XVII.42, 3° WER;

¹⁰³ Art. XVII.43, §2, 3° WER;

¹⁰⁴ Art. XVII.45, §1 WER;

¹⁰⁵ Art. XVII.49 en verder WER;

¹⁰⁶ Art. XVII.52 WER;

¹⁰⁷ Art. XVII.56 WER;

¹⁰⁸ Art. XVII.57 WER;

aanmerking komt voor schadevergoeding¹⁰⁹. Deze lijst zal worden neergelegd op de griffie, waarna de tegenpartij en de schadeafwikkelaar zelf groepsleden kunnen toevoegen of verwijderen van deze lijst. Deze wijzigingen kunnen dan ook weer worden betwist. Uiteindelijk zal er uitspraak worden gedaan over een definitieve lijst, na oproeping door de rechter. De schadeafwikkelaar zal dan de slachtoffers op de lijst verwittigen. Hij zal dan verslagen moeten overmaken over het verloop van het eigenlijke afwikkeling van de schade, en een eindverslag zodra zijn opdracht helemaal is afgerond¹¹⁰.

Indien er een saldo overblijft, dan zal de rechter hierover beslissen. Dit kan de verweerder terug toekomen, of de rechter kan opleggen aan de verweerder om dit te investeren in een fonds, of een andere investering te doen gelinkt aan het schadegeval¹¹¹. De verweerder kan bijvoorbeeld een groepskorting toestaan aan alle consumenten die een overeenkomst hebben gesloten met de onderneming waarin het onrechtmatig beding voorkwam.

61. Het belangrijkste verschil met de klassieke vorderingsmogelijkheden ligt hier bij de groepsvertegenwoordiger. Deze rol is door de wetgever voorbehouden voor bepaalde instanties, om op die manier waarborgen in te bouwen tegen belangenvermenging en voor voldoende financiering van het geding¹¹². De consumenten zullen zelf de kosten niet moeten dragen voor het procederen, en er zal geen risico bestaan dat de groepsleider zijn eigen belangen boven die van de groep in het geheel stelt. Het gevaar van belangenvermenging is namelijk reëel als de leider van de groep, die zelf ook schade heeft geleden, de procedure zal voeren. Hij zal namelijk in de eerste plaats zijn eigen schade vergoed willen zien, en niet die van de groep in het geheel. Verder is het ook zo dat een groepsvertegenwoordiger in de zin van artikel XVII.39 WER, een eerder professionele vereniging zal zijn, en dus ook zal bezitten over de middelen om het initiatief te nemen voor het instellen van een collectieve vordering. Bij de klassieke vorderingsmogelijkheden moet hiervoor uitsluitend worden vertrouwd op de slachtoffers zelf.

Een tweede verschil is de wijze waarop de slachtoffers samen kunnen optreden. In de klassieke procedure, moeten ze allemaal afzonderlijk het initiatief nemen om een vordering in

¹⁰⁹ Art. XVII.58 WER;

¹¹⁰ Art. XVII.59 en XVII.61 WER;

¹¹¹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 42 en Art. XVII.61, §2 WER;

¹¹² MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 25;

te stellen, opdat deze kunnen tussenkomen of worden samengevoegd. Ook als er met een vereniging wordt gewerkt, buiten de collectieve vordering om, zal er van de slachtoffers een vrij actieve rol worden gevraagd om te kunnen deelnemen. In het systeem van de collectieve vordering, is dit minder het geval en zal de groepsvertegenwoordiger het voortouw nemen.

Ten derde zijn er in de collectieve procedure duidelijk onderscheiden en welomlijnde fases voorzien voor het verloop van het geding. De ontvankelijkheidsfase wordt eerst gevoerd, gevolgd door een onderhandelingsperiode om tot een akkoord te komen, met dan optioneel nog een fase ten gronde en een schade-afwikkelingsfase. De periode die de rechter oplegt om te proberen tot een akkoord te komen, is in dit kader ook sterk verschillend van de klassieke procedure. Men geeft de partijen hier de kans om vrij te onderhandelen, zonder dat daardoor het geding wordt vertraagd door het moeten bekomen van uitstel, of dat de zaak ondertussen gewoon wordt gevoerd.

Een vierde verschil met de klassieke vorderingsmogelijkheden, is dat men pas op een later tijdstip in de procedure gaat vaststellen wie de slachtoffers zijn. Men gaat pas in de laatste fase, deze van de afwikkeling van de schade, de lijst van slachtoffers bekijken en deze aanpassen, om zo tot een definitieve lijst te komen¹¹³. De *opt-in* of *opt-out* procedures, naargelang het soort schade of de keuze van de rechter, zullen wel al vroeger in het geding worden afgesloten. De slachtoffers zullen dus wel voorafgaand aan de behandeling ten gronde zich kenbaar moeten maken (optiesysteem met inclusie) of moeten vragen om te worden uitgesloten (optiesysteem met exclusie). De groepsvertegenwoordiger zal enkel de registratie hiervan moeten volgen, het eigenlijke onderzoek naar wie van de leden van de groep in aanmerking komt voor een schadevergoeding, zal pas na de uitspraak gebeuren. Dit onderzoek zal dus niet vertragend werken of een overmatige druk leggen op de vertegenwoordiger tijdens het lopen van het geding.

Ten slotte zal ook de uitvoering van de uitspraak van de rechter verschillen van de klassieke procedures. Bij deze laatste is het namelijk zo dat men als slachtoffers mogelijks zelf nog een beroep moet doen op een gerechtsdeurwaarder om uitvoering van de uitspraak te verkrijgen. Dit brengt weer kosten mee, en zal bij een grote groep slachtoffers zeer complex worden. In het geval van de collectieve vordering, heeft de wetgever een regeling voorzien voor de

¹¹³ Art. XVII.58 WER;

afwikkeling. Er zal specifiek een schadeafwikkelaar worden aangesteld om dit af te handelen, en dit zal gebeuren op basis van de opgestelde lijsten om dit zo efficiënt mogelijk te laten verlopen¹¹⁴. De slachtoffers zullen dus zelf geen actieve rol moeten spelen in het bekomen van de hun toegekende schadevergoedingen.

3.3.2 Toepassing

62. Om te evalueren of en zo ja, in hoeverre, de besproken collectieve vordering een verbetering van de situatie uitmaakt voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen, en of het dus een nuttig instrument is, dient er toepassing te worden gemaakt van de regels op concrete situaties. Op het ogenblik van dit schrijven zijn er nog maar twee zaken ingesteld voor behandeling door middel van een collectieve vordering, en geen van deze speelt zich af in de sfeer van de onrechtmatige bedingen. Bovendien zijn beide deze zaken nog maar in een beginfase, en is er dienaangaande nog niet voldoende voortgang in de zaken om concrete conclusies daaruit te trekken.

63. In het kader van dit onderzoek zullen er daarom een aantal hypothetische procedures worden doorlopen, voor een aantal concrete bedingen. De onderwerpen zullen onder andere komen uit vroegere rechtspraak, adviezen van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen en de actualiteit. Voor deze laatste categorie zal er worden gekeken naar bestaande contracten met daarin problematische clausules, die (nog) niet het voorwerp zijn geweest van een rechtszaak. Ten slotte zullen een aantal bedingen uit de zwarte lijst die zich prima facie perfect lenen voor een collectieve procedure worden overlopen, evenals een aantal bedingen die prima facie net problematisch zijn. Tijdens het doorlopen van de procedures, zal er een contrast worden gemaakt met de klassieke procedure die men bij gebrek aan een collectieve procedure zou doorlopen.

A. Rol Test-Aankoop

64. Vooraleer er dieper wordt ingegaan op concrete zaken en bedingen, is het nuttig om de rol van Test-Aankoop in de collectieve vordering van naderbij te bekijken. Test-Aankoop als representatieve consumentenvereniging, is een van de verenigingen die volgens artikel

¹¹⁴ Art. XVII.57 en verder WER;

XVII.39, °1 WER mag optreden als groepsvertegenwoordiger. Het is ook de enigste vereniging die sinds het ontstaan van de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve vordering het initiatief heeft genomen om gebruik te maken van deze optie. De twee zaken die hierboven werden vermeld, namelijk deze tegen Thomas Cook¹¹⁵ en tegen de NMBS¹¹⁶, zijn beiden op initiatief en onder leiding van Test-Aankoop. Dat deze organisatie de rol van groepsvertegenwoordiger zou verwelkomen was te verwachten. De vereniging treedt traditioneel namelijk consistent op ter verdediging van de belangen van consumenten en schrikt daarbij niet weg van het voeren van een rechtszaak. Hiermee wordt vaak geprobeerd in een bepaalde sector een principes-arrest te bekomen. De collectieve vordering is zeker een uitbreiding van de mogelijkheden voor het voeren van dergelijke principes-zaken, en op dat vlak een sterk middel.

65. Het is interessant om te kijken naar de wijze waarop Test-Aankoop het initiatief neemt, en de consumenten informeert en aanspreekt over het voeren van een collectieve vordering. Om een groep samen te stellen, moet de informatie bij de consument geraken, die zelf vaak onwetend is van zijn rechten en zich rationeel apathisch opstelt¹¹⁷. In de twee lopende zaken heeft Test-Aankoop zichzelf dan ook een erg actieve rol aangemeten om de consument aan te spreken¹¹⁸. Ze hebben hiertoe verschillende middelen.

66. Ten eerste heeft de website van Test-Aankoop duidelijke reclame en links naar de relevante artikels en de eisen van de vereniging¹¹⁹. Als men deze volgt, dan komt men ook direct op een invulformulier uit waarmee men zich kan aansluiten bij de groepsvordering tegen de NMBS. Vervolgens gaat de organisatie ook rechtstreeks hun leden aanspreken via e-mail. Als men zich namelijk inschrijft als lid, dan kan men maandelijks een e-mail verwachten waarin wordt verwezen naar de opbouw van de groepsvordering tegen de NMBS, en de vraag om zich in te schrijven indien men voldoet aan de voorwaarden. Indien men zich inschrijft voor de groepsvordering, dan volgen er van tijd tot tijd korte e-mails met de stand van zaken.

¹¹⁵ *Supra*, 8, nr. 14;

¹¹⁶ *Supra*, 8, nr. 14;

¹¹⁷ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 5;

¹¹⁸ *Supra*, 8, nr. 14;

¹¹⁹ X., “Treinstaking? Reizigers, laat ons samen opeisen wat ons toekomt!”, 9 oktober 2015, <http://www.test-aankoop.be/auto-fiets/auto-s/nieuws/u-hebt-rechten/>;

Ten slotte biedt Test-Aankoop ook de mogelijkheid aan om als consument problemen aan te geven, in het algemeen, maar ook inzake contracten en gronden voor een collectieve vordering. Dit kan via de website, via een telefoonlijn, maar ook via een *app* voor de smartphone¹²⁰. Deze *app* noemt “Angry Buyers” en geeft in de beschrijving zelfs aan dat men door het instellen van een klacht “aan de wieg kan staan van een gemeenschappelijke klacht” en Test-Aankoop kan helpen om “een collectieve juridische actie [te] ondernemen om op te komen voor [de indiener van de klacht] en alle andere consumenten.”¹²¹

De laatste schatting van het aantal deelnemers aan de geplande NMBS collectieve vordering circuleert rond de 20.000 deelnemers, en dit nummer stijgt nog steeds. Het is ook duidelijk te zien aan de ‘*comments-pagina*’ dat er nog steeds veel verkeer is op de pagina voor de groepsvordering tegen de NMBS.

67. Test-Aankoop maakt dus dankbaar gebruik van de haar geboden mogelijkheid om op te treden als groepsvertegenwoordiger om de consumenten te beschermen en te helpen met het verkrijgen van schadevergoeding. De bedenking die hier kan worden gemaakt is of Test-Aankoop er in zal slagen om alle slachtoffers van een onrechtmatig beding, of een andere inbreuk die valt onder artikel XVII.37 WER, te bereiken. De middelen die de organisatie inzet om slachtoffers te bereiken en te informeren lijkt namelijk sterk gericht op de leden van Test-Aankoop, en niet consumenten in het algemeen. Het is gelukkig niet zo dat enkel leden zich kunnen inschrijven.

68. In dit kader zullen er nu verder een aantal bedingen, die voordien ter sprake kwamen, worden uitgelicht en behandeld alsof ze het voorwerp zouden uitmaken van een collectieve vordering. Op deze manier zal er geprobeerd worden te evalueren waar eventuele pijnpunten, maar ook voordelen zitten ten opzichte van de klassieke procedure.

B. Eenzijdige Prijsverhoging

69. Een eerste beding dat hier zal worden behandeld, is een beding inzake het recht van de onderneming om de prijs van een overeenkomst van onbepaalde duur eenzijdig te wijzigen. Dit beding zal geldig zijn indien de consument de mogelijkheid krijgt om de overeenkomst

¹²⁰ Zie bijlage 1;

¹²¹ X., “Angry Buyers”, <http://www.test-aankoop.be/applicaties#angrybuyers>;

kosteloos op te zeggen voordat de nieuwe prijs van kracht wordt¹²². De consument moet om dit opzegrecht te kunnen uitoefenen ook verwittigd worden van de prijsverhoging via een individueel aan hem gerichte mededeling, waarin het opzegrecht ook uitdrukkelijk wordt vermeld¹²³. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen haalt als voorbeeld de volgende clause aan uit een overeenkomst tussen energieleveranciers en consumenten¹²⁴:

“[...] *Wijzigingen van de voorwaarden in uw nadeel en/of verhogingen van de prijzen zullen wij u per post of per e-mail meedelen. [...]*”;

“[...] *Als mededeling geldt onder meer de melding per brief, op de factuur of per e-mail [...]*”

Deze clause is onrechtmatig, en maakt een inbreuk uit op artikel VI.83, °2 WER, door na te laten uitdrukkelijk te verwijzen naar het kosteloos opzegrecht van de consument¹²⁵. De clause geeft aan de consument niet duidelijk zijn rechten weer en laat dus na hem voldoende te informeren¹²⁶. Ten gevolge hiervan zal het beding nietig zijn¹²⁷.

In het kader van dit voorbeeld zal ervan worden uitgegaan dat de onderneming een prijsverhoging heeft doorgevoerd, en dat deze clause toen de enigste was die betrekking had op die situatie in de overeenkomst.

70. De schade die de consument lijdt zal hoogstwaarschijnlijk gelijk zijn aan het prijsverschil tussen de oude en de verhoogde prijs. Maar deze kan ook bestaan uit het verschil tussen de oude betaalde prijs en de prijs van een concurrent, waarbij de consument zich had kunnen aansluiten indien hij op de hoogte zou zijn geweest van het kosteloos opzegrecht. Ten gevolge hiervan is het meer dan waarschijnlijk dat de geleden schade geen groot bedrag zal uitmaken. Aangezien het beding uit een standaard overeenkomst komt van

¹²² Art. VI.83, °2 WER;

¹²³ C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30, 38 en 41;

¹²⁴ C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30, 40;

¹²⁵ C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30, 40;

¹²⁶ HvJ (1e k.) 26 april 2012, nr. C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság / Invitel Távközlési Zrt, *Jaarboek Marktpraktijken 2012*, 243;

¹²⁷ Art. VI.84, §1 WER;

energieleveranciers, zal dit beding aanwezig zijn in meerdere overeenkomsten, waardoor een groot aantal consumenten dezelfde schade zal lijden. Het zal dus een toepassing zijn van strooischade¹²⁸.

71. Indien de consument zijn schade graag wil verhalen op de onderneming, dan kan deze opteren voor de klassieke vorderingsmogelijkheden. In dit kader zal het probleem spelen van de kost van deze opties, daar de geleden schade waarschijnlijk lager zal zijn dan de kost van de procedure. De consument zal hier vaak dus rationeel apathisch gaan optreden, en verkiezen de schade niet te verhalen, omdat de kost van het instellen van de procedure in verhouding te hoog ligt. Deze bezorgdheid werd ook beschreven in de memorie van toelichting¹²⁹. Bovendien is het zo dat vele consumenten niet eens op de hoogte zijn van hun rechten en het feit dat deze clausule onrechtmatig is, en ten gevolge daarvan nietig.

72. Kijkende naar de rol die een collectieve vordering hier kan spelen, kan er worden opgemerkt dat dit een beding lijkt dat onder het toepassingsgebied kan vallen. De eerste stap in de collectieve procedure is de ontvankelijkheidsfase, en de toepassing van artikel XVII.42 WER. In dit kader zal men een verzoekschrift moeten neerleggen op de griffie.

73. De collectieve vordering zal mogelijk zijn voor dit beding aangezien het valt onder artikel XVII.37, 1° c WER. Het gaat namelijk om een onrechtmatig beding. Dit werd uitdrukkelijk besproken in het advies van de Commissie¹³⁰. In het kader van de ontvankelijkheidstoets van artikel XVII.36 WER, zal er hierdoor al aan de eerste voorwaarde voldaan zijn. De tweede voorwaarde heeft betrekking op het aanstellen van een groepsvertegenwoordiger die voldoet aan de voorwaarden van artikel XVII.39 WER en die door de rechter geschikt wordt bevonden. Test-Aankoop lijkt in aanmerking te komen voor deze rol, en zoals hierboven is besproken, lijkt deze rol ook te willen omarmen. Dus ook de tweede voorwaarde geeft geen problemen. De derde voorwaarde is het doelmatigheidscriterium. In dit kader moet de rechter nagaan of de vordering tot collectief herstel beter is aangepast dan de klassieke vorderingsmogelijkheden. Een prima facie beoordeling doet vermoeden dat het antwoord op deze vraag overwegend positief zal zijn,

¹²⁸ *Supra* 15, nr. 38;

¹²⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 5;

¹³⁰ C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30;

vanwege de beperkte schade veroorzaakt door het beding, en de grote groep consumenten die waarschijnlijk werden geraakt door de clause. De rechter zal ook dus met betrekking tot de derde voorwaarde voor de ontvankelijkheid weinig problemen ondervinden.

74. De volgende stap in artikel XVII.42 WER, zal de beschrijving van de collectieve schade zijn. Collectieve schade wordt gedefinieerd als “*het geheel van alle individuele schade die een gemeenschappelijke oorzaak heeft en die de leden van een groep hebben geleden*”¹³¹. In dit concrete voorbeeld zal de gemeenschappelijke oorzaak de onrechtmatige prijsverhogingsclausule zijn in de contracten van de energieleverancier. De individuele schade hier is de schade die elke consument lijdt ten gevolge van het niet vermelden van de uitdrukkelijke mogelijkheid tot kosteloze opzegging. Hierboven is al kort aangehaald waaruit deze zou kunnen bestaan.

75. Vervolgens moet er een optiesysteem worden voorgesteld, en dit moet worden gemotiveerd. Men heeft hier de keuze tussen het optiesysteem met inclusie, of het optiesysteem met exclusie. In dit voorbeeld lijkt het optiesysteem met exclusie het best aangewezen te zijn voor de collectieve vordering. Het gaat hier namelijk om strooischade, waarbij een groot aantal consumenten, elk een klein bedrag aan schade lijden. De rationele apathie die hier dan zal spelen, zal bij een systeem met inclusie er mogelijks toe leiden dat maar een klein aantal schadelijders actief de stap gaat zetten om zich aan te sluiten bij de collectieve vordering. Bovendien is het systeem van de collectieve vordering nog niet geheel ingeburgerd in België, daar het maar een recent ingevoerde mogelijkheid is. Dit brengt ook een informatiekost mee voor consumenten die zich zouden willen aansluiten en mogelijks een extra terughoudendheid. In de memorie van toelichting gaat men zelfs uitdrukkelijk vermelden dat bij strooischade, het optiesysteem met exclusie aangewezen lijkt. Dit biedt namelijk “*een antwoord op de onwetendheid of de apathie van de consument in termen van gerechtelijke stappen*.”¹³² De rechter zal overeenkomstig artikel XVII.38, §1 a WER een termijn bepalen in de ontvankelijkheidsbeslissing tot het einde waarvan de consumenten de tijd hebben om gebruik te maken van de *opt-out* mogelijkheid, en om uitdrukkelijk uit de groep te stappen.

¹³¹ Art. I.21, 1° WER;

¹³² MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 29;

76. De vierde en laatste stap die moet worden gevolgd in het verzoekschrift, is de beschrijving van de groep die wordt vertegenwoordigd in de collectieve procedure¹³³. Een groep is gedefinieerd als “*het geheel van consumenten die individueel benadeeld zijn door een collectieve schade en worden vertegenwoordigd in de rechtsvordering tot collectief herstel.*”¹³⁴ In dit geval zal de groep bestaan uit alle consumenten die een overeenkomst hadden gesloten met de betreffende energieleverancier, waarbij het onrechtmatige beding in het contract stond en tegenover wie een prijsverhoging werd doorgevoerd.

De groepsvertegenwoordiger moet proberen te ramen hoeveel consumenten er zullen zitten in de groep, en dit zo nauwkeurig mogelijk, rekening houdend met subcategorieën. In casu zal de raming bijvoorbeeld gemaakt kunnen worden door te kijken naar klantenlijsten van de energieleverancier. Indien deze niet beschikbaar zijn, of niet ter beschikking worden gesteld, dan kan de groepsvertegenwoordiger een schatting maken op basis van bijvoorbeeld statistische gegevens. Met betrekking tot de onderverdeling in subgroepen, kan hier worden gedacht aan de datum van het sluiten van de overeenkomst. Hierdoor kan men rekening houden met al dan niet verschillende opeenvolgende prijsverhogingen. Men kan ook gaan indelen naargelang het verbruik, en de daardoor al dan niet verschillende bedragen van prijsverhoging. Ook deze stap lijkt relatief weinig problematisch.

77. De volgende stap is dat de rechter beslist of de ingestelde collectieve vordering ontvankelijk is. De rechter heeft hiervoor twee maanden en moet nagaan of aan alle vereisten is voldaan. Hij moet in zijn beslissing alle elementen van artikel XVII.43, §2 WER vermelden. Indien de rechter beslist tot de ontvankelijkheid, zal hij een verplichte periode tot onderhandelen opleggen. In het kader van dit voorbeeld wordt de hypothese gevolgd dat de vordering ontvankelijk wordt verklaard en er geen akkoord wordt bereikt¹³⁵. De volgende fase zal dan aanbreken, namelijk de beslissing ten gronde.

78. De rechter zal in deze fase een beslissing nemen, en deze zal minstens de in artikel XVII.54 WER vermelde elementen moeten bevatten. Een aantal van deze elementen werden al besproken in het kader van de ontvankelijkheidsfase, maar een aantal andere dienen nog naderbij te worden bekeken.

¹³³ Art. XVII.42, §1, 4° WER;

¹³⁴ Art. I.21, 2° WER;

¹³⁵ Art. XVII.52, lid 2 WER;

79. De rechter zal ten eerste uitspraak moeten doen over het bedrag van het herstel en de modaliteiten hiervan¹³⁶. In dit voorbeeld zal er sprake zijn van geldelijke schade, zoals hierboven werd geconcretiseerd. Met de term geldelijke schade wordt hier financiële schade bedoeld, in tegenstelling tot schade in natura. De rechter zal dus tot een schadevergoeding kunnen beslissen, waarvan het bedrag gelijk zal zijn aan de geleden schade hier. Het is mogelijk dat de rechter besluit dat er schadevergoeding bij equivalent nodig zal zijn, omdat het exacte bedrag van de schade niet kan worden berekend, rekening houdend met de verloren kans om een ander contract te sluiten. De rechter zal dan moeten kiezen tussen enerzijds het vaststellen van een globaal schadevergoedingsbedrag en anderzijds een geïndividualiseerd bedrag per schadelijder. Dit laatste kan de rechter doen door een formule op te stellen, die kan worden ingevuld naargelang de concrete omstandigheden van de schadelijdende consument. In dit voorbeeld is er sprake van strooischade, en lijkt het dus aangewezen om gebruik te maken van een globaal bedrag, aangezien anders de kosten van uitvoering onevenredig zouden zijn¹³⁷. De focus van het herstel ligt hier eerder op het afnemen van het onrechtmatige voordeel van de verweerder, ten gevolge van de prijsverhoging¹³⁸.

De verweerder zal waarborgen moet stellen, en het is aan de rechter om uit te maken wat deze moeten zijn. Deze dienen enkel om de solvabiliteit te waarborgen¹³⁹. Aangezien de verweerder in dit voorbeeld een energieleverancier is en de totale schade beperkt in bedrag, lijkt dit opnieuw niet problematisch. De rechter kan dus bijvoorbeeld vragen eenvoudigweg een voorziening aan te leggen, of een escrow te voorzien. In geval van een escrow zal de onderneming een geblokkeerde rekening openen en daarop een bedrag vastzetten als zekerheid voor een schuld die zich in de toekomst kan voordoen, ten voordele van de groep schadelijders¹⁴⁰. In casu zal de onderneming dus een bedrag op die escrow rekening storten, die dan wordt beheerd door een onafhankelijke derde, namelijk de escrow-agent.

¹³⁶ artikel XVII.54, °7 WER;

¹³⁷ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 38;

¹³⁸ Cfr. De stelling van S. Voet, *Supra* 15, nr. 38;

¹³⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 39;

¹⁴⁰ C. DEHOUCK, “Kan escrow een alternatief voor documentair krediet vormen?”, *DAOR*, 2004/69, 10;

80. De rechter zal hierna een schadeafwikkelaar moeten aanstellen die behoort tot de in de wet bepaalde lijst¹⁴¹. Aangezien er nog geen collectieve vordering tot dit punt is geraakt in de realiteit, is het moeilijk om een oordeel te maken over wie er zal worden aangesteld hiervoor. Volgens de memorie van toelichting, is deze regeling geïnspireerd op de afwikkeling van faillissementen. Aangezien er bij faillissementen al wel sprake is van een substantiële hoeveelheid jurisprudentie, kan er daar worden gekeken om te bepalen wie er mogelijks zal worden aangesteld als schadeafwikkelaar. Dit zal vaak een advocaat-curator zijn.

81. Ervan uitgaande dat de uitspraak van de rechter de groep gelijk geeft en een schadevergoeding toekent, en er bovendien geen rechtsmiddel wordt ingesteld, zal de volgende fase aanbreken. De uitvoering van de beslissing ten gronde zal dan volgen. De schadeafwikkelaar zal hier dan de voorlopige lijst moeten opmaken van de consumenten die niet uitdrukkelijk hebben kennisgegeven uit de groep te stappen en die in aanmerking komen voor een schadevergoeding. Hij kan hier ook weer gebruik maken van klantenlijsten. Vervolgens moet de schadeafwikkelaar kijken of hij personen op de lijst wilt betwisten, en dit met voldoende motivering¹⁴². Hier lijkt het weinig problematisch om uit te maken of een consument in aanmerking komt voor herstel. Men kan namelijk gaan kijken naar de datum van het sluiten van de overeenkomst met de energieleverancier, en als dusdanig gaan kijken of de consument al klant was ten tijde van de doorvoering van prijsverhogingen. Groepsleden waarbij er niet is voldaan aan deze voorwaarde, kunnen van de lijst worden geschrapt met de motivering dat ze geen schade hebben geleden. De lijst moet eventueel ook worden ingedeeld aan de hand van subcategorieën, en dit kan, mijns inziens, best of volgens datum van het sluiten van de overeenkomst, of volgens verbruik. Dit werd hierboven reeds nader toegelicht.

Nadat de schadeafwikkelaar de lijst heeft opgesteld en deze niet meer betwist, zal hij deze overmaken aan de rechter, de groepsvertegenwoordiger (in dit voorbeeld Test-Aankoop), en de verweerder (hier de energieleverancier)¹⁴³. Test-Aankoop en de leverancier kunnen dan ook de lijst aanvullen of consumenten die daarvan deel uitmaken betwisten. Dit moet ook worden gemotiveerd. In tegenstelling tot de betwisting van de schadeafwikkelaar zal dit dan niet alleen worden vermeld op de lijst, maar zal het betrokken groepslid op de hoogte moeten worden gesteld. De consumenten zelf kunnen op deze manier zelf reageren op de betwisting.

¹⁴¹ Art. XVII.54, §2 WER;

¹⁴² Art. XVII.58, §1 WER;

¹⁴³ Art. XVII.58, §2 WER;

Alle belanghebbenden krijgen zo de kans om gehoord te worden indien ze dat wensen. Dat was het doel van de wetgever achter deze regeling¹⁴⁴. Hierna zal de rechter alle belanghebbenden oproepen voor een zitting, waarna hij de definitieve lijst zal vastleggen¹⁴⁵.

Ook in deze stap lijken er weinig problemen, aangezien de criteria om deel uit te maken van de lijst kunnen worden geobjectiveerd. Men moet namelijk een contract hebben gesloten met de energieleverancier, waarin het onrechtmatig beding stond, en men moet schade hebben geleden door een prijsverhoging. Er kan dus simpelweg worden gekeken naar de data van het sluiten van het contract en de prijsverhoging die aanleiding heeft gegeven tot de schade. Hier zou dus niet al te veel betwisting moeten spelen, nadat de voorlopige lijst werd opgesteld op basis van deze objectieve criteria en eventuele klantenlijsten. Een mogelijk probleem dat hier kan spelen, zou zijn dat de energieleverancier niet meewerkt en geen informatie wilt verstrekken over de klanten die schade hebben geleden door het onrechtmatig beding. Het is nochtans voordeliger voor de onderneming om een snelle afhandeling te bekomen van het geschil, aangezien de kosten gemaakt door de schadeafwikkelaar voor het vereffenen van de schade ten laste van de verliezende partij zullen zijn, hier dus de energieleverancier¹⁴⁶. Deze kosten zullen logischerwijze oplopen als de schadeafwikkelaar een lange periode bezig is met het samenstellen van de voorlopige lijst. De dreiging van hoog oplopende kosten zal hopelijk voldoende zijn om de medewerking van de energieleverancier te garanderen hier. Indien dit niet het geval is, is er geen specifieke procedure voorzien, noch in de wet, noch in de memorie van toelichting. Mijns insziens zal de schadeafwikkelaar zo nodig de rechter kunnen aanspreken om overlegging van relevante stukken te doen bevelen, in zoverre dat dit in het geding ten gronde (of de ontvankelijkheidsfase) zelf nog niet is gebeurd.

82. De laatste stap is dan eindelijk aangebroken, waar de schadeafwikkelaar de beslissing zal gaan uitvoeren. Hij zal hierbij een periodiek verslag moeten overmaken aan de rechter, evenals een eindverslag op het einde. De uitvoering zal hier bestaan uit het verdelen van de toegekende schadevergoeding over de consumenten op de definitieve lijst. Dit proces zal maar een beperkte tijd in beslag nemen, en er zullen normaal geen hoge uitvoeringskosten aan verbonden zijn.

¹⁴⁴ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 41;

¹⁴⁵ Art. XVII.58, §5 WER;

¹⁴⁶ Na goedkeuring van het eindverslag door de rechter, volgens Art. XVII.61, §2, lid 2 WER;

Op het einde zal er mogelijks een saldo overblijven. Dit kan doordat de consumenten die strooischade hebben geleden, ook in deze fase van het geschil nog rationeel apathisch zullen blijven en dus niet bewust gaan proberen de hen toegekende schadevergoeding op te eisen. Dit noemt men een “*geringe take-up-rate*” in de memorie van toelichting¹⁴⁷. De rechter kan dan beslissen om het saldo of terug aan de verweerder te laten toekomen, of de verweerder het saldo te laten gebruiken voor een soort “*compenserende vergoeding*”¹⁴⁸. In dit voorbeeld, lijkt het aangewezen om het saldo te gebruiken voor het toekennen van een tijdelijke korting op de facturen van de klanten van de veroordeelde energieleverancier. Zo zullen ook de consumenten die apathisch zijn gebleven toch nog voordeel ondervinden van de gevoerde collectieve procedure. Hiermee zal dan de collectieve procedure zijn afgesloten.

Alle leden van de groep zijn gebonden door de uitspraak, en ten gevolge van het gekozen optiesysteem met exclusie, zullen dit de facto bijna alle schadelijders zijn. Hier bestaat een uitzondering op in artikel XVII.54, §5 WER. Het zal gaan om consumenten die wel deel uitmaken van de groep, maar kunnen aantonen dat ze geen kennis hebben kunnen nemen van de ontvankelijkheidsbeslissing, en de daarin vervatte termijn om gebruik te maken van hun *opt-out* rechten. Deze zullen dan niet gebonden zijn door de uitspraak van de rechter. Dit is een bescherming voor de consumenten, opdat ze niet zouden gedwongen worden om deel uit te maken van een collectieve vordering tegen hun zin, en zonder de mogelijkheid om uit de groep te stappen¹⁴⁹.

83. Het is in het kader van mogelijke latere individuele rechtsvorderingen ten slotte ook belangrijk rekening te houden met de regels inzake verjaring. Deze zijn wel enkel relevant voor vorderingen die gebruik maken van het optiesysteem met exclusie. In artikel XVII.63 WER wordt bepaald dat als men verkiest geen deel uit te maken van de groep voor de collectieve vordering, en men toch individueel een vordering kiest in te stellen, dat deze zal zijn geschorst vanaf de ontvankelijkheidsverklaring tot het moment dat deze wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en de consument heeft kunnen kennis geven van zijn bedoeling niet deel te nemen aan de collectieve procedure.

¹⁴⁷ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 42;

¹⁴⁸ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 42;

¹⁴⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 39;

Indien een consument, in het geval van een optiesysteem met exclusie niet gevraagd heeft van de lijst te worden verwijderd, of in het geval van een optiesysteem met inclusie wel heeft kennis gegeven dat hij wenst te worden opgenomen in de groep, dan is er nog een andere hypothese die bekeken moet worden in dit kader. Als deze schadelijder wordt uitgesloten van de voorlopige lijst en dus niet op de definitieve lijst terecht komt, dan zal hij mogelijks nog steeds willen optreden tegen de verweerder om alsnog herstel te proberen bekomen. De verjaring van zijn individuele vordering zal dan geschorst zijn gedurende de periode tussen de publicatie van de ontvankelijkheidsbeslissing in het Belgisch Staatsblad en tussen het moment dat de griffie hem op de hoogte heeft gebracht van de beslissing tot uitsluiting van de definitieve lijst.

In dit voorbeeld gaat het om strooischade en zal er dus weinig kans op individuele vorderingen achteraf, maar de mogelijkheid wordt toch vermeld om compleet te zijn.

84. De gemeenrechtelijke procedure zal op een aantal punten sterk afwijken van de collectieve vordering. In het kader van dit specifiek voorbeeld, dienen een aantal stappen van de procedure te worden benadrukt. Hierna kan een beknopte evaluatie worden gemaakt over de meer efficiënte keuze van vordering voor dit specifieke voorbeeld.

85. In dit voorbeeld was er sprake van strooischade, waardoor de meerderheid van de schadelijdende consumenten geen initiatief zal nemen om een vordering in te stellen, ervan uitgaande dat ze zelfs op de hoogte zijn van hun rechten. Een vordering ingesteld krijgen, is dan al het eerste grote obstakel van de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden. Dit probleem zal spelen of men nu kijkt naar de individuele vorderingsmogelijkheid, de tussenkomst of dan wel de samenvoeging¹⁵⁰. Als men de gemeenrechtelijke weg wenst te volgen met een vereniging of een lastgeving, dan kan men vandaag de dag beter die grijze zone achterwege laten en ineens opteren voor de collectieve vordering, tenzij er geen op de lijst toegelaten groepsvertegenwoordiger wil optreden. Maar zoals al werd aangehaald, lijkt Test-Aankoop, althans op het moment van dit schrijven, de rol van groepsvertegenwoordiger te omarmen.

¹⁵⁰ *Supra* 18, nr.48;

Als er dan toch een individuele vordering wordt ingesteld, door iemand die er bijvoorbeeld een principes-zaak van wilt maken, dan speelt nog het probleem van de vele andere slachtoffers. Zij kunnen eventueel tussenkomen, maar zullen dat niet vrijwillig doen vanwege de onevenredige kosten van de procedure met de te verhalen schade. Er kan dan over worden gegaan tot een gedwongen tussenkomst, maar dit zal leiden tot een enorme belasting van het gerechtelijk apparaat, zeker omdat het in dit voorbeeld gaat om een energieleverancier die toch vaak duizenden klanten heeft¹⁵¹. Er zijn dus potentieel duizenden slachtoffers. Bovendien is het praktisch onmogelijk om deze allemaal op te sporen. Een andere optie is dat de zaken worden samengevoegd, maar dit geeft weer dezelfde problemen met betrekking tot de apathische houding van consumenten en de overbelasting van de rechter.

Eventueel kan men wachten tot de eerste zaak is afgehandeld, en dan hopen dat bij het toekennen van de schadevergoeding dit een voldoende signaal geeft naar de andere schadelijders toe om zelf een vordering in te stellen. Maar ook hier speelt dezelfde rationele apathie een rol, en zal er ook weer overbelasting van het gerechtelijk apparaat spelen.

86. Tijdens de behandeling van het geding, zal de rechter ten gronde weinig afwijkend moeten beoordelen ten opzicht van de collectieve vordering. Het is wel zo dat de ontvankelijkheid samen zal behandeld worden in het uiteindelijke vonnis, en niet in een aparte fase¹⁵². Dit zorgt er voor dat de afhandeling mogelijks wel sneller zal gebeuren. Ook speelt er geen verplichte onderhandelingsfase, wat in dit voorbeeld geleid had tot een vertraging, aangezien er toch geen akkoord was bereikt. De snelle afhandeling, in de hypothese dan dat het gaat om een enkele consument, en geen tussenkomende of samengevoegd, is een voordeel dat de gemeenrechtelijke procedure hier kent.

87. Het volgende probleem zal zich voordoen bij de afwikkeling van de schade. Bij de collectieve vordering werd hiervoor beroep gedaan op de schadeafwikkelaar, die daarvoor bijzonder geplaatst is¹⁵³. In de gemeenrechtelijke hypothese, zal dit aan de consument zelf zijn om stappen te ondernemen. Hier zullen dan ook weer extra kosten spelen, zoals die van de gerechtsdeurwaarder. Alhoewel deze uiteindelijk ten laste zullen vallen van de partij die in het ongelijk wordt gesteld, zal de consument deze zelf eerst nog moeten dragen.

¹⁵¹ *Supra* 19, nr. 51;

¹⁵² Zoals in Art. XVII.42 en verder WER voor de collectieve vordering;

¹⁵³ Art. XVII.57 WER;

88. Ook met betrekking tot de kosten is de gemeenrechtelijke vordering niet evident. De schadelijder moet deze allemaal voorschieten, en zal zelfs indien hij de procedure wint, niet al zijn kosten kunnen verhalen op de energieleverancier. Er zal een rechtsplegingsvergoeding worden toegekend, maar deze zal vaak de reële advocatenkosten niet dekken, daar het een forfaitair bedrag is¹⁵⁴. De consument zal dus in dit voorbeeld meer kosten moeten maken dan hij kan vergoed zien met een schadevergoeding.

89. Als de vergelijking dan wordt gemaakt tussen de hier doorlopen procedure en de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden, springen er een aantal zaken in het oog.

Ten eerste is het zo dat er al meermaals is gesproken van de rationele apathie van de consument. In dit voorbeeld is apathie een logische houding, aangezien er sprake is van beperkte schade, in de vorm van strooischade. Dit is de grote uitdaging bij deze zaak, aangezien het economisch gezien logisch is om geen actie te ondernemen. De kosten, onder andere om te procederen, maar ook al de loutere informatiekost op zich, wegen namelijk niet op tegen de mogelijke vergoeding voor de geleden schade. De schade is ook maar beperkt, dus veel consumenten gaan die gewoon aanvaarden en niet geneigd zijn actie te ondernemen.

Bij een collectieve vordering worden deze eerste stappen en het grootste deel van de kosten, inclusief de informatiekost, uit handen genomen van de consument en bij een vereniging gelegd, zoals Test-Aankoop, die wel beschikt over de middelen en de wil om op te treden. De wetgever heeft de rol van groepsvertegenwoordiger in dit kader bewust gelegd bij actoren met wiens doel dit optreden overeenstemt. Dit zal leiden tot de mogelijkheid tot deelname van meerdere schadelijders, en zal zo een middel zijn tegen de gevreesde apathie. Specifiek voor de in dit voorbeeld geleden strooischade, zal de collectieve vordering dus voordelig zijn.

90. Ten tweede is het zo dat er in dit voorbeeld werd gekozen voor het optiesysteem met exclusie. Dit is het meest aangewezen systeem om een groep samen te stellen indien het gaat om strooischade¹⁵⁵. De apathische schadelijders zullen namelijk ook deel uitmaken van de groep en herstel voor hun schade bekomen. Kiezen voor het optiesysteem met inclusie zou de apathie hier niet verhelpen. Het voordeel van de kant van de onderneming is dat alle

¹⁵⁴ A. VANDERHAEGHEN, “Rechtsplegingsvergoeding”, *NJW* 2008, afl. 189, 747;

¹⁵⁵ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 29;

groepsleden zullen zijn gebonden door de uitspraak en dat ze geen grote hoeveelheid aan andere rechtszaken moeten verwachten; er speelt een grote rechtszekerheid¹⁵⁶. Volgens de memorie van toelichting is er wel een nadeel verbonden aan de keuze voor een *opt-out* systeem¹⁵⁷. Dit nadeel zal erin bestaan dat de exacte samenstelling van de groep pas helemaal aan het einde van de procedure zal kunnen worden bepaald. Dit zal pas op het ogenblik van de eigenlijke beslissing ten gronde zijn in dit voorbeeld. Dit kan de bepaling van een globaal schadevergoedingsbedrag moeilijker maken, omdat er niet kan worden rekening gehouden met de samenstelling van de groep.

91. De vergoeding die aan de consument dient te worden betaald ten gevolge van het onrechtmatige beding, kan worden bekeken in het licht van de plicht tot restitutie bij nietigheid. Het beding dat de prijsverhoging toeliet, is namelijk onrechtmatig en zal daarom nietig zijn¹⁵⁸. Ten gevolge van deze nietigheid zal het verschil tussen de oorspronkelijke prijs en de verhoogde prijs moeten worden gerestitueerd door de onderneming aan de slachtoffers.

92. In het kader van dit specifieke voorbeeld, is er ten slotte geopteerd voor het niet verder bespreken van de verplichte onderhandelingsfase en eventuele akkoorden die daaruit kunnen voortkomen. Dit zal wel verderop in dit onderzoek in een ander voorbeeld worden besproken en geëvalueerd.

C. Schadebeding

93. Een volgend voorbeeld dat kan worden besproken is een onrechtmatig schadebeding, ten gevolge van een inbreuk op artikel VI.83, 17° WER. Het zal hier gaan om een beding dat een vergoeding oplegt aan de consument die een wanprestatie begaat, zonder dat de onderneming bij eigen wanprestatie ook aan een gelijkwaardige vergoeding is onderworpen. Uit de rechtsleer blijkt dat het in deze context niet moet gaan om identiek dezelfde forfaitaire vergoeding¹⁵⁹. Men moet daarentegen kijken naar de voorzienbare schade in functie van elke partij. De mogelijke schade kan verschillen voor elke partij.

¹⁵⁶ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 29 en *Infra* 56, nr. 143;

¹⁵⁷ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 30;

¹⁵⁸ Art. VI.84 WER;

¹⁵⁹ Antwerpen 31 oktober 2011, *NJW* 2012, afl. 265, 473, noot STEENNOT, R.;

94. Concreet zal de volgende clausule worden gebruikt als het voorbeeld hier:

“Wanneer een persoon een optie of koopcontract tekende voor een nieuwe of tweedehandswagen en deze verbreekt, hebben wij de keuze ofwel de uitvoering van het contract te vorderen ofwel de koop-verkoop als verbroken te aanzien en een schadevergoeding te eisen welke overeenkomstig wordt bepaald op 20 % van de koopsom.¹⁶⁰”

Dit beding is een schadebeding volgens Brulez, die hiermee ingaat tegen de rechtspraak van het hof van beroep te Gent dat stelde dat het een opzegbeding betrof¹⁶¹. Brulez motiveert dit door te stellen dat de consument hier de keuze krijgt om de overeenkomst al dan niet uit te voeren. Dit is niet hetzelfde als een eenzijdig opzeggingsrecht in zijn hoofde toe te kennen, maar voorziet eerder ineens de situatie van wanprestatie en een vergoeding hiervoor. Het gaat hier dus om een schadebeding volgens hem, en mijns inziens is dit de correcte redenering. Aangezien er hier geen sprake is van een wederkerige vergoeding in hoofde van de onderneming, zal het hier ook ineens gaan om een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.83, 17° WER.

95. Deze clausule lijkt op het eerste zicht wat artificieel gekozen, aangezien er niet veel klanten bij dezelfde verkoper hiermee worden geconfronteerd. Bovendien zal de consument in principe de verwerende partij zijn in een geding met betrekking tot deze clausule. De reden voor de keuze voor deze specifieke clausule zal duidelijk worden in de loop van de behandeling van het voorbeeld. Dit voorbeeld wordt dus bekeken vanuit de hypothese dat dit voorbeeld wel een groot aantal consumenten schade doet lijden, en dat de consumenten optreden als eisende partij. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waar na een individuele vordering van de autoverkoper tegen een consument waarbij de rechter de nietigheid van het beding uitsprak, een groep andere slachtoffers samen optreedt om ook de nietigheid te bekomen van hun reeds betaalde schadebedingen.

96. Dit voorbeeld komt uit de rechtspraak, en was het onderwerp van een individuele vordering. De verkoper vorderde hier 3.500 euro ten gevolge van de niet-uitvoering van de

¹⁶⁰ Gent 19 november 2014, *NJW* 2016, afl. 338, 225, noot BRULEZ, P.;

¹⁶¹ P. BRULEZ, “Kwalificatie schadebeding of opzegbeding”, *NJW* 2016, afl. 338, 227;

overeenkomst door de koper, en baseerde zich daarvoor op deze clause. Het hof van beroep oordeelde dat het ging om een opzegvergoeding, waardoor dit bedrag eventueel in aanmerking kwam om te matigen op basis van artikel 1231 BW. Aangezien we in dit voorbeeld de stelling van Brulez volgen en de clause kwalificeren als een schadebeding, kan de rechter hier niet matigen. De clause moet wel nietig worden verklaard op basis van een inbreuk van artikel VI.83, 17° WER¹⁶². De rechter zal dit ambtshalve moeten doen.

Het betreft hier ook een beding met in geld waardeerbare schade, of een in geld waardeerbare vordering, net zoals het vorige voorbeeld van de clause voor eenzijdige prijsverhoging. Het essentiële verschil zit hier bij de grootte van de schade per consument. In het vorige voorbeeld was deze beperkt, waardoor het ging om strooischade. In dit geval gaat het eerder om substantiële massaschade. Hierboven werd reeds vermeld dat onder andere Voet stelt dat het doel van een vordering bij dit soort schade verschilt van de vordering bij strooischade¹⁶³. Bij deze laatste wil men eerder het onrechtmatig bekomen voordeel van de tegenpartij terugkrijgen, terwijl men bij de substantiële massaschade eerder de geleden schade wilt vergoeden. Dit onderscheid lijkt te kloppen als we de twee concrete voorbeelden vergelijken. Bij de prijsverhoging had de onderneming namelijk een hogere prijs kunnen doorrekenen, zonder dat de consument wist dat hij beschikte over een kosteloos opzegrecht. In dit voorbeeld inzake het schadebeding, zal de consument het betaalde bedrag willen vergoed zien, daar het onrechtmatig was. Voet en Tsankova stelden verder dat het grootste nut van het instellen van een collectieve vordering bij deze substantiële massaschade overwegend proceseconomisch is. Het onevenwicht in de kosten verhelpen, zoals bij strooischade, zal namelijk geen rol meer spelen¹⁶⁴.

97. Een consument die wordt geconfronteerd met dergelijk onrechtmatig beding, zal niet rationeel apathisch blijven vanwege de relatief grote kost in deze concrete zaak. Het zal gaan om een voldoende hoog bedrag waardoor de kosten van de vordering en alles dat daarbij hoort, in verhouding is met de te halen schadevergoeding of het herstel. In deze concrete zaak

¹⁶² Art. VI.84 WER;

¹⁶³ S. VOET, “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 683;

¹⁶⁴ I.N. TSANKOVA, “Class actions in the Netherlands”, 24 september 2007, <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-netherlands>, 3; en S. VOET, “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 684;

was de vordering ingesteld door de verkoper tegen de koper, om de betaling te eisen van de vergoeding van 3.500 euro.

98. De mogelijkheid tot het instellen van een collectieve vordering speelt hier dan bij andere consumenten die hetzelfde contract hebben gesloten met de verkoper, ervan uitgaande dat het gaat om een grote verkoper met vele klanten. Deze zullen kunnen optreden om de nietigheid van het beding te bekomen. Dit kan belangrijk zijn indien ze het contract niet hadden uitgevoerd voordien en dus de schadevergoeding moesten betalen. Bovendien kunnen consumenten ook optreden voor de nietigverklaring in se, om dan in geval van wanprestatie terug te moeten vallen op wat er in het gemeen recht wordt bepaald. Dit zal dan de reële schade zijn.

99. In het geval dat consumenten gebruik maken van de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden, zullen er zich bepaalde problemen voordoen. In het geval van deze clause, zoals al werd vermeld, zal meestal de verkoper het initiatief nemen, aangezien het meestal zal gaan om consumenten die het schadebeding miskennen en niet betalen. In dit voorbeeld, omwille van de aard van dit onderzoek wordt er vertrokken van de hypothese dat er consumenten zijn die als eisende partij optreden. Dit kan in navolging van een reeds gevoerde individuele procedure zijn bijvoorbeeld. Dit is mogelijk aangezien de kosten van de schadevergoeding voldoende hoog zijn, waardoor consumenten die schade hebben geleden ten gevolge van dit onrechtmatige schadebeding een actieve rol zullen willen aannemen. Ook zal het dragen van de kosten initieel opwegen tegen het te behalen herstel of resultaat.

De verschillende schadelijders zullen wel individueel moeten optreden, of via tussenkomst of samenvoeging. Dit is nog steeds niet ideaal in het geval van grote aantallen. Maar het kan wel zijn dat een individuele behandeling telkens wel voordeliger is voor de consumenten, omdat er met de concrete omstandigheden kan rekening worden gehouden.

Het grootste nadeel van de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden ligt in een grote hoeveelheid schadelijders die het gerechtelijke apparaat kunnen overbelasten en leiden tot dubbel werk, door het telkenmale moeten behandelen van dezelfde clause. De vraag stelt zich of dit enkele nadeel voldoende is om te besluiten dat de collectieve vordering de betere

optie is voor dit concrete voorbeeld, of niet. Dit lijkt dus een grotendeels proceseconomisch probleem te zijn, zoals werd voorspeld door Voet¹⁶⁵.

100. In het geval dat de consumenten opteren voor een collectieve vordering zal hier nogmaals de procedure worden overlopen om eventuele moeilijkheden bloot te leggen.

101. Eerst zullen de ontvankelijkheidsvoorwaarden weer overlopen dienen te worden¹⁶⁶. Deze clause zal, als onrechtmatig beding van de zwarte lijst, vallen onder het toepassingsgebied van de collectieve vordering¹⁶⁷. De volgende stap zal dan het aanstellen van een groepsvertegenwoordiger die voldoet aan artikel XVII.39 WER. In het voorgaande voorbeeld, was er geopteerd voor Test-Aankoop, omdat deze vereniging in de actualiteit al heeft aangegeven deze rol graag te willen opnemen. Deze rol is niet enkel voorbehouden aan Test-Aankoop, maar op het eerste zicht zijn er geen andere groepsvertegenwoordigers die in aanmerking lijken te komen.

De derde stap in artikel XVII.36 WER is om te gaan kijken of de rechtsvordering tot collectief herstel hier voldoet aan het doelmatigheidscriterium. De beoordeling hiervan zal minder gemakkelijk gaan dan bij het voorbeeld van de eenzijdige prijsverhoging, aangezien er daar sprake was van strooischade die niet efficiënt kon worden verhaald met gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden. In dit geval is er sprake van substantiële massaschade, en is een klassieke procedure wel mogelijk. In de memorie van toelichting worden een paar richtlijnen gegeven die kunnen worden gevolgd bij de beoordeling van dit criterium¹⁶⁸. De eerste indicatie van een meer doelmatige collectieve procedure, wordt gegeven door de omvang van de groep.. De verkoper handelt in auto's en zal dus waarschijnlijk een grote afzetmarkt hebben, met veel kopers en veel standaardcontracten die dit beding bevatten. De meeste kopers zullen wel de auto effectief afnemen, en niet geconfronteerd worden met het schadebeding, waardoor de groep schadelijders beperkt zal zijn in alle waarschijnlijkheid. Zoals reeds werd opgemerkt, is het voorbeeld in deze zin eerder artificieel gekozen.

¹⁶⁵ S. VOET, "Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action", *RW* 2012-13, nr 18, 29 december 2012, 684;

¹⁶⁶ Art. XVII.42 WER en XVII.36 WER;

¹⁶⁷ Art. XVII.37, 1^o, c WER;

¹⁶⁸ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 21;

Een tweede element dat kan meespelen is “*het bestaan van individualiseerbare schade die voldoende gelinkt is aan het schadegeval.*”¹⁶⁹ Er moet dus worden gekeken of de schade per schadelijder bepaalbaar is, en of deze uit hetzelfde schadegeval voort springt. Indien dit niet het geval is, zal ze niet tijdens eenzelfde procedure kunnen worden behandeld, en dus ook niet in aanmerking komen voor een collectieve afhandeling. In dit voorbeeld is er voldaan aan dit idee. Ten derde kan er door de rechter ook worden rekening gehouden met het eventueel bestaan van een meerderheid aan individuele oorzaken, en de complexiteit en inefficiëntie die dit meeneemt. Hierboven werd reeds opgemerkt, dat er in dit kader wel eens een probleem kan zitten bij deze clause. Of dit al dan niet het geval blijkt te zijn, zal verderop pas echt duidelijk worden, maar voor de bespreking in het kader van dit onderzoek te bevorderen, zal er hier worden besloten tot de doelmatigheid.

102. De volgende stap is de beschrijving van de collectieve schade¹⁷⁰. Om te bepalen welke deze schade is, zal er moeten worden gekeken naar het geheel van de schade met gemeenschappelijke oorzaak. Dit kan in dit concrete voorbeeld mogelijks problematisch zijn. De oorzaak van een vordering is de feiten die aanleiding hebben gegeven tot het instellen van de rechtsvordering¹⁷¹. Verschillende schade, die gelinkt is aan eenzelfde onrechtmatig beding kan dus wel voortkomen uit dezelfde oorzaak. Men kan daarentegen ook argumenteren dat een groep consumenten die schade ondervonden ten gevolge van de niet-uitvoering van hun contract en het hierop in werking tredende schadebeding, dit doen uit een andere oorzaak dan consumenten die optreden tijdens het lopen van de overeenkomst. De beoordeling van de rechter in dit geval zal afhangen van de concrete omstandigheden van de zaak waarschijnlijk, en moeilijk te voorspellen zijn. Mijns insziens is het veiliger om de collectieve vordering in te stellen voor een van de beschreven groepen apart, of beiden apart, dan de twee samen. Hierdoor zal er zeker zijn voldaan aan de gemeenschappelijke oorzaak.

In het kader van dit voorbeeld zal de eerste groep van schadelijders, namelijk deze die het schadebeding al hebben betaald, verder worden gebruikt om de procedure te doorlopen. De andere groep zal worden achterwege gelaten.

¹⁶⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 21;

¹⁷⁰ Art. XVII.42, 2° WER en Art. I.21, 1° WER;

¹⁷¹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 8;

De collectieve schade zal dan bestaan uit het geheel van de schadebedingen die de consumenten, die hun overeenkomst niet meer wilden uitvoeren, hebben betaald. Voor de concrete consument van de originele rechtszaak was dit 3.500 euro. De clause legt het bedrag op 20% van de koopsom, dus dit zal verschillen voor elke koper.

103. De volgende stap om een ontvankelijk verzoekschrift in te stellen, is een optiesysteem voorstellen en deze keuze motiveren¹⁷². Aangezien er hier sprake is van substantiële massaschade lijkt een optiesysteem met inclusie hier het best aangewezen. Zo kunnen consumenten uitdrukkelijk laten weten dat ze willen deelnemen aan de vordering, of dat ze liever individueel een vordering instellen. Bovendien zal men een actieve houding nodig hebben van de schadelijders om de individueel geleden schade effectief te berekenen¹⁷³. Deze is namelijk afhankelijk van de koopprijs en verschilt per consument.

104. Vervolgens moet er een beschrijving van de groep worden opgemaakt in het verzoekschrift¹⁷⁴. In dit voorbeeld zullen dit alle consumenten zijn die een contract hadden gesloten, als koper, met de verkoper van auto's waar deze clause in stond, en die een wanprestatie hebben begaan of de overeenkomst niet hebben uitgevoerd. Zij zullen het de schadevergoeding hebben moeten betalen aan de verkoper, op basis van het beding dat later onrechtmatig is gebleken¹⁷⁵. Het kan dat dit ook hier weer maar een beperkte groep is, aangezien de meeste consumenten deze betaling niet vrijwillig zouden doen, waardoor de verkoper waarschijnlijk een procedure zal instellen. Het is mogelijk nochtans dat er wel een aantal consumenten zijn die in de situatie terecht komen waar ze vrijwillig gebruik maken van het schadebeding, aangezien de verkoper dit beding voorstelt als een mogelijkheid om het contract op te zeggen tegen een beperkte vergoeding, eerder dan een schadebeding. In deze beschrijving zal de groepsvertegenwoordiger ook moeten proberen het aantal slachtoffers te ramen. Dit kan moeilijk zijn, en is ook een van de redenen voor het kiezen van een *opt-in* systeem. Men kan hier ook weer proberen kijken naar klantenlijsten van de verkoper voor een schatting, of statistieken van de auto sector om een algemene schatting van contracten te maken. Dit laatste zal jammer genoeg geen zicht geven op hoeveel consumenten hun contract

¹⁷² Art. XVII.42, 3° WER;

¹⁷³ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 30;

¹⁷⁴ Art. XVII.42, 4° WER en Art. I.21, 2° WER;

¹⁷⁵ Gent 19 november 2014, *NJW* 2016, afl. 338, 225, noot BRULEZ, P.;

hebben beëindigd, hiervoor zal informatie van de verkoper nodig zijn. Er zullen geen subcategorieën gevormd moeten worden, aangezien deze groep al een afsplitsing is¹⁷⁶.

105. Er zijn nu een aantal belangrijke aspecten van het in te dienen verzoekschrift voor de ontvankelijkheidsfase uitgelicht en besproken. Hierbij kwam het aan het licht dat in dit geval het moeilijk zal zijn om een duidelijke groep af te bakenen, ten gevolge van de vereiste gemeenschappelijke oorzaak van collectieve schade. Bovendien zal het ook moeilijk zijn om een groep af te bakenen, daar er weinig gegevens toegankelijk zullen zijn, buiten de dossiers van de verkoper, die een indicatie kunnen geven van het aantal slachtoffers. De *opt-in* procedure gaat hier helpen, omdat men zich uitdrukkelijk zal moeten registreren en lid maken van de collectieve vordering, zodat uiteindelijk een duidelijk overzicht zal gemaakt kunnen worden.

106. Er wordt opnieuw vanuit gegaan dat de vordering ontvankelijk is verklaard door de rechter, ondanks de besproken obstakels. De verplichte onderhandelingsfase zal dan hierna worden aangevat, voor de periode die door de rechter werd bepaald in de ontvankelijkheidsbeslissing¹⁷⁷. Net zoals in het eerste voorbeeld, zal hier verder niet op worden ingegaan, en de procedure verder worden overlopen alsof de onderhandelingen niet zijn geslaagd. Hierdoor zal dan de fase van de beslissing ten gronde aanvatten¹⁷⁸.

107. De griffier zal de verweerder en de groepsvertegenwoordiger dan oproepen om te verschijnen op de zitting¹⁷⁹. Na deze zitting en de nodige termijnen voor onderzoek, en om tot een beslissing te komen, zal de rechter uitspraak doen¹⁸⁰. In deze uitspraak moeten er een aantal elementen verplicht worden vermeld, een aantal waarvan van naderbij dienen te worden bekeken.

Het eerste onderdeel dat van naderbij zal bekeken worden, is het bedrag en de modaliteiten voor de schadevergoeding of het herstel dat de rechter kan toekennen¹⁸¹. Er zal hier een duidelijk afgelijnd schadebedrag per consument te berekenen zijn, en er zal daarom niet

¹⁷⁶ *Supra* 38, nr, 102;

¹⁷⁷ Art. XVII.43, §2, 9° WER en Art. XVII.45 en verder WER;

¹⁷⁸ Art. XVII.52 WER;

¹⁷⁹ Art. XVII.53 WER;

¹⁸⁰ Art. XVII.53 WER;

¹⁸¹ Art. XVII.54, §1, 7° WER;

moeten overgegaan worden tot het vaststellen van herstel bij equivalent. De schade zal sterk verschillen per koper, afhankelijk van de koopprijs. Bovendien gaat het om vrij substantiële bedragen, en zal de extra kost van de individuele afwikkeling zeker proportioneel zijn met de toe te kennen bedragen van schadevergoeding of herstel. De modaliteiten zullen hier dus bestaan uit de terugbetaling van het bedrag bepaald in de onrechtmatige schadebedingen, namelijk 20% van de koopsom.

Terzijde kan de vraag worden gesteld, of de onderneming ten gevolge van de nietigverklaring dan geen enkel recht heeft op een vergoeding ten gevolge van de nietigverklaring van dit beding. Ten gevolge van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zal de onderneming geen beroep meer kunnen doen op nalatigheidsinteressen of andere vergoedingen toegekend in het gemeen recht¹⁸². Hier zal niet verder op ingegaan worden in het kader van dit onderzoek.

108. Vervolgens zal de rechter eventueel moeten beslissen over de waarborgen die de verweerder zal moeten stellen¹⁸³. In het vorige voorbeeld, was er geen grote nood aan waarborgen, aangezien de schade beperkt was tot strooischade, en de energieleverancier solvabel genoeg zou zijn voor de betaling van de schadevergoedingen. In dit voorbeeld, zal een waarborg wel nodig zijn om de solvabiliteit van de verkoper te waarborgen. Er speelt namelijk een vrij hoge substantiële massaschade, bij meerdere slachtoffers, en dit kan een grote druk leggen op het vermogen van de verkoper. De memorie van toelichting geeft geen indicatie over wat als waarborg kan worden gebruikt, maar vermeldt enkel dat het niet verplicht moet gaan om zakelijke of persoonlijke zekerheden¹⁸⁴. Mijn insziens lijkt in dit geval een bedrag vastzetten op een escrow rekening of het vragen om een bankgarantie een voldoende waarborg voor de groepsleden van de collectieve vordering.

109. De rechter moet ook weer een schadeafwikkelaar gaan aanstellen. Hier wordt niet dieper op ingegaan, want dit al gebeurd bij het voorbeeld van het onrechtmatige prijswijzigingsbeding¹⁸⁵.

¹⁸² HvJ (1e k.) 21 januari 2015, nr. C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, Unicaja Banco, S.A. / José Hidalgo Rueda e.a., <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-482/13>;

¹⁸³ Art. XVII.54, §1, 9° WER;

¹⁸⁴ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 39;

¹⁸⁵ *Supra* 30, nr. 81;

110. Deze beslissing van de rechter zal alle leden van de groep binden, dus in dit voorbeeld elke schadelijder die heeft aangegeven deel te willen uitmaken van de groep, via het optiesysteem met inclusie¹⁸⁶.

111. Na de uitspraak, indien deze positief is, volgt dan weer de uitvoeringsfase. In dit geval is ede clause uit de rechtspraak gehaald, waarin de rechter oordeelde dat het ging om een onrechtmatig beding. De rechter die zal oordelen in de collectieve procedure over dit beding, zal dus ook beslissen tot de onrechtmatigheid van het beding, en herstel toekennen. De schadeafwikkelaar zal weer een voorlopige lijst opmaken, deze openstellen voor commentaar en dan ten slotte een definitieve lijst opstellen met alle slachtoffers die vergoed dienen te worden.

112. Aangezien er al een individuele vordering was ingesteld voorafgaand aan de collectieve, is het nuttig om te kijken wat er in de wet op de collectieve vordering bepaald is in verband met andere procedures¹⁸⁷. In de wet wordt bepaald wat er gebeurt indien er een strafrechtelijke procedure wordt gevoerd, met al dan niet burgerlijke partijstelling¹⁸⁸. Ook het voeren van een buitengerechtelijke regeling, en de verhouding tot de collectieve vordering, wordt geregeld in de wet¹⁸⁹. In dit voorbeeld spelen die gevallen niet, en zullen die regels dus ook niet nader worden besproken. Het is wel belangrijk om te kijken naar eventuele lopende individuele rechtsvorderingen van consumenten die zich ook hebben aangesloten bij de groep hier¹⁹⁰.

Indien er een individuele vordering loopt op het moment dat er een uitspraak is bij de collectieve procedure, zal deze lopende vordering zonder voorwerp zijn. Dit is vanzelfsprekend enkel het geval indien het gaat om een zaak tegen dezelfde verkoper in dit geval, en met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak als de collectieve vordering. In casu zou de vordering dan moeten gaan over het vragen van herstel voor betaling van de schadevergoeding op basis van het onrechtmatige schadebeding. Indien het groepslid tegen de verkoper een vordering heeft lopen gebaseerd op een andere grond, zelfs indien het een ander

¹⁸⁶ Art. XVII.54, §5 WER;

¹⁸⁷ Art. XVII.67 en verder WER;

¹⁸⁸ Art. XVII.67 WER;

¹⁸⁹ Art. XVII.68 WER;

¹⁹⁰ Art. XVII.69 WER;

beding van dezelfde overeenkomst is, dan zal dit niet problematisch zijn¹⁹¹. Deze regel in de wet is ter bescherming van het ‘*non bis in idem*’ beginsel. Als men deel uitmaakt van een groep en tegelijkertijd aan het lopen van de collectieve procedure alsnog een individuele vordering wilt instellen, dan zal deze individuele vordering ter bescherming van hetzelfde principe onontvankelijk zijn¹⁹².

In dit kader dient kort nog te worden verwezen naar recente rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁹³. In deze zaak stelde het Hof namelijk dat een rechter waarbij een individuele procedure aanhangig is, deze niet zomaar mag schorsen zodra er een collectieve procedure is ingesteld. De rechter moet eerst beoordelen of deze schorsing “*relevant*” is voor de bescherming van de consument. De consument mag ook niet uit de groep van de collectieve vordering stappen terwijl de rechter hierover oordeelt. Het ging in deze zaak wel om een collectieve procedure gevoerd met betrekking tot de onrechtmatigheid “*in overeenkomsten van hetzelfde type, van soortgelijke bedingen als het beding waarop de individuele vordering betrekking heeft*”¹⁹⁴. Aangezien de wetgever in de collectieve vordering van boek XVII enkel de schorsing voorziet voor dezelfde oorzaak en hetzelfde voorwerp, lijkt deze rechtspraak voor weinig problemen te zorgen. Het zal namelijk relevant zijn voor de bescherming van de consument om in een zaak omtrent dezelfde feiten geen risico te lopen op tegenstrijdige uitspraken. Het zal zelfs in het belang zijn van de consument dat er voorrang wordt gegeven aan de collectieve procedure, in de Belgische wet, aangezien dit de kosten van het procederen bij de groepsvertegenwoordiger legt.

113. Zoals hierboven al werd aangehaald, zal ook de verjaring hier meespelen. Indien men bij de *opt-in* keuze had aangegeven deel te willen uitmaken van de groep voor de collectieve procedure, maar men uiteindelijk niet op de definitieve lijst wordt toegevoegd, dan zal de verjaringstermijn van zijn individuele vordering zijn geschorst tussen de bekendmaking van de ontvankelijkheidsbeslissing en de kennisgeving van de uitsluiting van de definitieve

¹⁹¹ Art. XVII.69, lid 2 WER;

¹⁹² Art. XVII.69, lid 3 WER;

¹⁹³ HvJ (1e k.) 14 april 2016, nr. C-381/14, C-385/14, Jorge Sales Sinués / Caixabank SA; Youssouf Drame Ba / Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA), <http://curia.europa.eu> 14 april 2016, concl. SZPUNAR, M.;

¹⁹⁴ HvJ (1e k.) 14 april 2016, nr. C-381/14, C-385/14, Jorge Sales Sinués / Caixabank SA; Youssouf Drame Ba / Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA), <http://curia.europa.eu> 14 april 2016, concl. SZPUNAR, M.;

lijst¹⁹⁵. De consument zal dan nog steeds door middel van een individuele vordering herstel kunnen halen.

114. In conclusie over dit voorbeeld inzake een onrechtmatig schadebeding kunnen we enkele zaken opmerken in het algemeen, evenals enkele punten onderscheiden van het voorbeeld van het beding voor eenzijdige prijsverhoging.

In het algemeen moet er vooreerst worden opgemerkt dat er in dit voorbeeld, en bij dit concrete beding mogelijks een probleem kon spelen inzake het bestaan van verschillende oorzaken. Dit probleem is nergens in de memorie van toelichting besproken en er is verder ook weinig informatie te vinden in de regels aangaande de collectieve vordering zelf. Het is nochtans best mogelijk dat eenzelfde onrechtmatig beding aan de oorsprong ligt van verschillende soorten schade, die zich voordoen ten gevolge van andere feiten. Hierdoor kan eenzelfde beding aanleiding geven tot verschillende oorzaken voor schade. Dit geeft een probleem aan voor het instellen van een collectieve procedure.

Een mogelijke oplossing lijkt eventueel om de verschillende oorzaken gebruiken om de schadelijders op te delen in categorieën¹⁹⁶. In dit voorbeeld werd daar niet voor gopteerd, omdat het niet zeker is in hoeverre een rechter dit zal accepteren. Men kan dus om het zekere voor het onzekere te nemen, ook kiezen om enkel de schadelijders die hun vordering baseren op eenzelfde oorzaak onder te brengen in een groep en eenzelfde collectieve procedure. De andere schadelijders kan men dan helpen herstel te bekomen door een andere collectieve vordering in te stellen. Waar de rechter in het gemeenrecht dan alsnog zou kunnen beslissen om deze twee vorderingen samen te voegen, is dit uitdrukkelijk verboden voor de collectieve vordering. Dit kan worden afgeleid door het samenlezen van het verbod op het uitbreiden of wijzigen van de collectieve vordering en het verbod op het samenvoegen van een collectieve vordering en een individuele¹⁹⁷.

115. Vervolgens is het belangrijk dit voorbeeld van het schadebeding te vergelijken met het eerste voorbeeld inzake de eenzijdige prijsverhoging¹⁹⁸. Het eerste voorbeeld betrof

¹⁹⁵ Art. XVII.63, §3 WER;

¹⁹⁶ Art. XVII.38, §2 WER;

¹⁹⁷ Art. XVII.64 WER en Art. XVII.66 WER;

¹⁹⁸ *Supra* 26, nr. 69;

strooischade, met verspreide kleine hoeveelheden schade, terwijl het hier ging om substantiële massaschade, met grote schade per consument. Dit verschil heeft ook een aantal gevolgen in het kader van de collectieve procedure.

Ten eerste zal het zo zijn dat er bij de strooischade een rationele apathie zal spelen in hoofde van de schadelijders, aangezien de geleden schade minimaal zal zijn en niet proportioneel aan de kosten die ze moeten dragen moesten ze volgens het gemeen recht een vordering instellen om tot een genoegdoening of schadevergoeding te komen. Bij de substantiële massaschade zal deze apathie niet spelen, aangezien de kosten lager zullen liggen dan het mogelijks te halen herstel. Denk maar aan de reeds gevoerde procedure waar de schadevergoeding op basis van het schadebeding 3.500 euro betrof. Dit leidt tot de conclusie dat een collectieve vordering bij strooischade mogelijks de enigste manier is voor de economisch rationele consument om een schadevergoeding te bekomen, terwijl bij de substantiële massaschade de consument twee opties heeft, een individuele vordering of een collectieve vordering.

Deze redenering leidt ook naar een tweede onderscheid tussen de voorbeelden. In het eerste geval was er geopteerd voor het optiesysteem met exclusie, terwijl er bij het tweede was gekozen voor het optiesysteem met inclusie, als manier om de groep samen te stellen. De keuze was gebaseerd op de bedenkingen geformuleerd in de memorie van toelichting¹⁹⁹. Bij strooischade zal dit alle schadelijders de kans geven om deel uit te maken, en houdt het rekening met hun apathische houding, door niet te verwachten dat ze zich actief aan aansluiten bij de groep. Met betrekking tot de kosten kan het namelijk dat zelfs de informatiekost hier te hoog zal zijn. Bij het tweede voorbeeld was dit geen probleem en was een *opt-out* systeem dus niet langer noodzakelijk. Een *opt-in* systeem gaf daarbij nog eens het voordeel dat dit de registratie van groepsleden makkelijker zou maken, aangezien er geen duidelijke aflijning van de groep mogelijk was. Het feit dat er in beide voorbeelden kon worden rekening gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak en de vordering daarop kon worden aangepast, toont een van de grote voordelen van het Belgische systeem. De collectieve vordering in België laat veel ruimte voor flexibiliteit en een aanpassing aan wat de meest efficiënte of effectieve wijze van het bekomen van herstel is. De bedenking die kan worden gemaakt is of dit flexibele systeem de bijwerking heeft dat er minder

¹⁹⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 30;

rechtszekerheid speelt, maar dit lijkt op het eerste zicht niet op te wegen tegen het voordeel van de extra flexibiliteit.

116. Er kan dus worden besloten dat waar de collectieve vordering noodzakelijk was als optie voor de schadelijders in het eerste voorbeeld, dat dit niet het geval was voor de kopers in het tweede voorbeeld. Deze consumenten konden namelijk ook nog een beroep doen op de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden en eventueel via individuele vorderingen herstel of schadevergoeding bekomen. Het enige echte voordeel van de collectieve vordering bij het schadebeding met de substantiële massaschade, speelt bij grote aantallen consumenten. Zodra het gaat om een grote groep schadelijders, zal het de rechter namelijk een stuk minder belasten als al deze vorderingen worden gevoerd in de vorm van een collectieve vordering. Indien het gaat om een beperkte groep, zou er ook gebruik kunnen worden gemaakt van de gemeenrechtelijke mogelijkheid van de samenvoeging, maar dat is praktisch moeilijk vanaf dat het gaat om een iets uitgebreidere groep consumenten. Proceseconomisch gesproken zal dus bij het tweede voorbeeld de collectieve vordering nuttig zijn als instrument voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen, daar het de kosten drukt en ene grote belasting van het gerechtelijk apparaat vermijdt. Zodra de groep kleiner zou zijn, bij substantiële massaschade, verdwijnt dit voordeel en lijkt de gemeenrechtelijke optie even nuttig. Het kan worden geargumenteed dat de gemeenrechtelijke optie zelfs voordeliger zal zijn dan, aangezien deze een snellere afwikkeling van de schade mogelijk maakt voor de consument. De verplichte onderhandelingsfase zal wegvallen en de ontvankelijkheid en zaak ten gronde zullen ook samen worden beoordeeld. Bovendien is de consument dan niet beperkt tot de rechtbanken en hoven in Brussel voor het instellen van de vordering, en kan hij kiezen voor een rechter nabij zijn woonplaats. Ten slotte moet men dan ook geen groepsvertegenwoordiger zoeken die bereid is om de vordering te leiden.

D. Eenzijdige wijziging van de kenmerken van de overeenkomst

117. In dit voorbeeld zal er worden gefocust op het doorlopen van de verplichte onderhandelingsfase binnen de collectieve procedure, en een mogelijk akkoord dat daaruit kan voortkomen. Er zal dan verder worden gekeken naar de homologatie van dit akkoord. Ten slotte zal deze procedure vergeleken worden met de mogelijkheden tot onderhandelen en het bekomen van een akkoord in de gewone gemeenrechtelijke procedures.

Om dit te evalueren zal er gebruik gemaakt worden van een concrete clausule met betrekking tot een inbreuk op artikel VI.83, 4° WER.

De clausule die hier zal worden besproken als voorbeeld, komt uit een advies van de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, en werd besproken in het kader van de overeenkomsten tussen consumenten en sociale netwerksites²⁰⁰.

“We zijn voortdurend bezig onze Services aan te passen en te verbeteren. We kunnen functies of mogelijkheden toevoegen of verwijderen. Ook kunnen we een Service opschorten of zelfs volledig stopzetten.”

Dit beding laat de onderneming toe om eenzijdig de kenmerken van de overeenkomst te wijzigen. Er wordt in dit kader geen mededeling aan de gebruiker van de sociale netwerksites voorzien, noch een opzegrecht. Dit laatste recht zal uitdrukkelijk aan de consument moeten worden meegedeeld, ook al zal het gaan om een sociale netwerksite waar dit kosteloos is²⁰¹.

Dit zal dan een onrechtmatig beding zijn volgens de Commissie. Er moet nog wel worden geëvalueerd of het hier gaat om een kenmerk dat van wezenlijk belang is voor de consument²⁰². Om te beoordelen of het kenmerk dat de netwerksite mag veranderen wezenlijk is, moet worden geoordeeld rekening houdend met het ofwel normaal en voorzienbaar gebruik, ofwel het door de consument uitdrukkelijk kenbaar gemaakt gebruik. Voor deze overeenkomst en het gebruik van een sociale netwerksite zullen de verschillende functies waarschijnlijk zeer belangrijk zijn, en zal de eenzijdige wijziging, of het volledige verdwijnen ervan, een wezenlijke verandering uitmaken in hoofde van de gebruiker.

118. Ook bij dit derde voorbeeld zal eerst de collectieve procedure worden doorlopen, en daarna de gemeenrechtelijke.

²⁰⁰ C.O.B., *Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites*, 16 december 2015, nr. 38;

²⁰¹ C.O.B., *Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites*, 16 december 2015, nr. 38, 32;

²⁰² STEENNOT, R., Art. 74.4 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, in X. *Marktpraktijken*, 2;

Bij het aanvangen van de collectieve procedure zullen de ontvankelijkheidsvoorwaarden eerst moeten worden voldaan. Het gaat ook in dit voorbeeld weer over een inbreuk op de bepaling voorzien in artikel XVII.37, 1° c WER. Vervolgens zal men ook weer een geschikte groepsleider moeten vinden, zoals bijvoorbeeld Test-Aankoop die een geschikte organisatie lijkt om op te treden tegen een netwerksite.

In het kader van dit voorbeeld is het nuttig om te kijken naar artikel XVII.39, 3° WER dat ook toelaat de autonome openbare dienst van artikel XVI.5 WER als groepsvertegenwoordiger te laten optreden. Artikel XVI.5 WER verwijst naar de oprichting van de Consumentenombudsdienst, met specifiek een contactpunt en een dienst voor buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen. Het optreden van deze dienst, kan dan enkel tijdens de verplichte onderhandelingsfase. De memorie van toelichting verantwoordt deze beperking door te verwijzen naar de gebruikelijke taken van de autonome openbare dienst, die zich situeren in individuele dossiers in het kader van een bemiddelende functie tussen consumenten en ondernemingen²⁰³. Deze taken worden ook verder omschreven in artikel XVI.6 WER. De onderhandelingen voor een akkoord tot collectief herstel voeren, zal hier als taak nog bij aansluiten, maar de procedure ten gronde niet. Daarom zal bij het niet komen tot een akkoord, een andere groepsvertegenwoordiger de procedure ten gronde verder zetten.

119. Hier zal dan, als derde stap van artikel XVII.36 WER, ook weer moeten worden gekeken naar of de collectieve vordering meer doelmatig is dan de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden. Rekening houdend met de grote groep van schadelijders bij sociale netwerksites, met vaak honderd duizenden gebruikers alleen al in België, en de grote kans op strooischade, zal de vordering zeker voldoende doelmatig zijn.

Vervolgens moet de collectieve schade worden omschreven²⁰⁴. De individuele schade zal hier bestaan uit de kost van het moeten zoeken van een alternatieve sociale netwerksite. Zeker indien het om een betalende dienst gaat, zal dit niet enkel een informatiekost of transactiekost opleveren, maar ook een geldelijke kost van opzegging of aangaan van een nieuw abonnement. De collectieve schade zal dan het geheel zijn van deze kosten geleden door de gebruikers van de netwerksite.

²⁰³ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 26;

²⁰⁴ Art. XVII.42, §1, 2° WER;

Ten derde moet het optiesysteem worden gekozen en gemotiveerd²⁰⁵. Het gaat hier weer om een geval van strooischade, evenals een hele grote groep van slachtoffers. Dezelfde redenering volgend als in het voorbeeld inzake het eenzijdige prijswijzigingsbeding, zal een optiesysteem met inclusie hier de beste keuze zijn²⁰⁶. Hierbij aansluitend zal de groep moeten worden beschreven, en de leden ervan worden geraamd in aantallen. Dit zal hier heel moeilijk zijn, maar men kan beroep doen op statistieken die eventueel worden vrijgegeven door de sociale netwerksite. Er lijkt geen reden te zijn om subcategorieën aan te duiden in de groep.

120. De rechter zal hierna dan een beslissing moeten nemen over de ontvankelijkheid²⁰⁷. Dit werd ook al in de twee voorgaande voorbeelden besproken. In deze beslissing zal de rechter onder andere ook een termijn moeten vaststellen voor de verplichte onderhandelingen²⁰⁸. Deze termijn zal maar beginnen lopen nadat de termijn tot het uitoefenen van de *opt-out* mogelijkheid een einde heeft genomen. De ratio hierachter is om speculatie op de uitkomst van de onderhandelingen tegen te gaan. De periode voor het onderhandelen zal minimum 3 maanden bedragen en maximum 6, met de mogelijkheid tot een eenmalige verlenging van 6 maanden als beide partijen dit gezamenlijk verzoeken²⁰⁹.

De partijen kunnen tijdens die termijn ofwel ervoor kiezen om samen te onderhandelen en te proberen tot een akkoord te komen, ofwel gezamenlijk aan de rechter vragen om een erkend bemiddelaar aan te stellen om hen hierbij te begeleiden²¹⁰. In dit concrete geval lijkt het een goed idee om een bemiddelaar in te schakelen, als er voor Test-Aankoop is gekozen als de groepsvertegenwoordiger. Het zal namelijk gaan om sociale netwerksite, waarvan velen vandaag de dag geen hoofdzetel in België hebben, en dus er mogelijk baat bij hebben de onderhandelingen begeleid te zien door een bemiddelaar die een kader kan aanbieden. Indien de autonome openbare dienst werd gekozen als groepsvertegenwoordiger is het aanstellen van een bemiddelaar mogelijk niet meer nodig, aangezien deze dienst veel ervaring heeft met bemiddelen en zelf een aangepast kader kan bieden, waar de verweerder zich ook in kan vinden.

²⁰⁵ Art. XVII.42, §1, 3° WER;

²⁰⁶ *Supra* 28, nr. 75;

²⁰⁷ Art. XVII.43 WER;

²⁰⁸ Art. XVII.43, §2, 8° WER;

²⁰⁹ Art. XVII.45, §1, lid 2 WER;

²¹⁰ Art. XVII.45, §2, lid 1 WER;

Het feit dat de aanbieder van de sociale netwerksite mogelijks buitenlands is, zal ook betekenen dat een akkoord een sterke kans op slagen heeft. De verweerder zal namelijk verkiezen de onzekerheid van een proces in een voor hem onbekend rechtsstelsel te vermijden, en liever proberen een akkoord te bereiken. Hiermee zal bovendien ook de media-aandacht beter kunnen beperkt blijven en zal deze eventuele andere consumenten in andere landen ook niet aanzetten tot het nemen van een gelijkaardige actie. Voor de groep schadelijders en Test-Aankoop als groepsleider zal onderhandelen ook zekerheid bieden op schadevergoeding, en dit binnen een relatief kortere periode dan na het voeren van de volledige procedure. In dit concrete geval hebben de partijen dus een sterke motivatie om tot een akkoord te komen.

121. In de hypothese dat de partijen naar de rechter zouden gaan voor een beslissing ten gronde en het onrechtmatig beding nietig wordt verklaard, volgens artikel VI.84 WER, zal de schade worden begroot op een globaal forfaitair bedrag of worden geïndividualiseerd. Bij het onderhandelen en proberen bekomen van een akkoord kunnen de partijen dit vrij gaan invullen. Ze kunnen dus ook kiezen tussen deze beide systemen, en de modaliteiten van het herstel gaan invullen. Aangezien het hier gaat om strooischade, die bovendien moeilijk te berekenen valt, lijkt een globaal schadevergoedingsbedrag het beste in dit voorbeeld. Men kan in dit akkoord eventueel ook onderhandelen over andere mogelijkheden, zoals het opnieuw toevoegen van eventueel verwijderde essentiële functies, als herstel in natura, in plaats van het vragen van een geldelijke schadevergoeding. Het is makkelijker om hierover samen te onderhandelen, dan dit te proberen verwezenlijken in een procedure voor de rechter. Beide partijen kunnen dan trachten tot de oplossing te komen die voor hen het beste uitkomt en die inspeelt op hun persoonlijke verwachtingen. De schadelijders zullen bijvoorbeeld veel liever opteren voor het opnieuw toevoegen van bepaalde functies, dan een beperkte schadevergoeding. Dit kan voor de sociale netwerksite mogelijks ook veel voordeliger uitkomen en dus ook voor en de beste uitkomst zijn.

122. Bij het onderhandelen over de schadevergoeding, moet er voor ogen worden gehouden dat de kosten van de groepsvertegenwoordiger niet mogen afgetrokken worden van het uiteindelijke bedrag van schadevergoeding. Dit volgt uit het verbod op een “*pactum de quota litis*”²¹¹. De vergoeding en de kosten zullen apart moeten onderhandeld en opgenomen in het

²¹¹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 34;

akkoord. Dit zal vooral gaan over de advocatenkosten. Om deze te berekenen moet men kijken naar de verslagen van de groepsvertegenwoordiger en zich ook strikt enkel daarop baseren²¹². Het bedrag dat hiervoor wordt toegekend mag namelijk niet hoger liggen dan de werkelijk gemaakte kosten²¹³.

123. Het akkoord tot collectief herstel zal een aantal elementen verplicht moeten bevatten, volgens artikel XVII.45, §3 WER. Deze elementen zullen een hoop zaken van de ontvankelijkheidsbeslissing herhalen, en verder bovendien sterk lijken op de zaken die in een beslissing van de rechter over de grond van de zaak ook zullen moeten vermeld worden. Zo zullen onder andere de modaliteiten en de inhoud van het herstel hier ook in moeten beschreven worden.

124. Indien deze onderhandelingen dan uiteindelijk tot een akkoord leiden, moet men dit door de rechter laten homologeren. De meest gereede partij zal het akkoord met dit doel aan de rechter voorleggen, en de andere partij hierover verwittigen. Hij zal hiertoe ook de juiste datum vermelden.

Het is belangrijk te benadrukken dat het sluiten van een akkoord niet betekent dat de verweerder zijn aansprakelijkheid toegeeft. Dit is vooral belangrijk in het kader van eventuele individuele vorderingen die nog kunnen volgen of lopende zijn voor niet-groepsleden²¹⁴.

De rechter zal om het akkoord te kunnen homologeren, moeten onderzoeken of het neergelegde akkoord alle verplichte vermeldingen van artikel XVII.45 WER bevat²¹⁵. Indien dit niet het geval is, kan de rechter niet homologeren en zal hij het akkoord terugzenden naar de partijen. Deze krijgen dan de kans om het akkoord aan te vullen, zodat het wel voldoet aan de wettelijk verplichte vermeldingen.

Indien het akkoord wel volledig is, kan de rechter de homologatie alsnog weigeren in vier gevallen²¹⁶. Dit kan ten eerste als het gaat om een onredelijk akkoord voor de groep schadelijders, of een subcategorie daarvan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de

²¹² MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 34;

²¹³ Art. XVII.45, 8° WER;

²¹⁴ Art. XVII.46 WER;

²¹⁵ Art. XVII.49, §1, lid 1 WER;

²¹⁶ Art. XVII.49, §2 WER;

vergoeding kennelijk te laag is om de schade te vergoeden, of als deze een subcategorie van schadelijders met bijvoorbeeld beperktere schade benadeelt ten opzichte van de anderen. De rechter kan verder ook nog weigeren bij kennelijke onredelijkheid van de termijn die wordt toegekend aan de schadelijders om hun herstel te bekomen, zoals bepaald in artikel XVII.45, §3, 7° WER. Dit geldt enkel voor het optiesysteem met exclusie. Ten derde zullen eventuele aanvullende bekendmakingsmaatregelen ook bekeken worden door de rechter en een grond zijn voor de weigering van homologatie indien ze kennelijk onredelijk zijn. Ten slotte zal de rechter kijken naar de kosten van de groepsvertegenwoordiger, zoals opgenomen in het akkoord volgens artikel XVII.45, §3, 8° WER. De rechter kan de homologatie weigeren in zoverre deze kosten de werkelijk gedragen kosten overschrijden. Hier speelt dus ook weer het verbod op een “*pactum de quota litis*.” De rechter die op basis van een van deze vier gronden weigert te homologeren, zal de partijen een termijn kunnen toekennen om het akkoord te herzien, zodat er geen kennelijke onredelijkheid meer speelt.

De rechter zal de homologatie doen in een beschikking, waarin hij ook de schadeafwikkelaar aanduidt²¹⁷. Deze beschikking zal de gevolgen hebben van een vonnis²¹⁸. De homologatie zal niet inhouden dat de aansprakelijkheid van de verweerder wordt erkend²¹⁹.

Na deze homologatie zal de uitvoering geschieden zoals hierboven reeds twee maal werd besproken²²⁰.

125. In het kader van deze collectieve vordering, bestaat wel de mogelijkheid om in de loop van het hele geding een akkoord te sluiten en dit te laten homologeren²²¹. Deze mogelijkheid blijft dus niet beperkt tot de verplichte onderhandelingsfase. De collectieve procedure laat dus de bestaande mogelijkheden onder het gemeen recht om tot een akkoord te komen, intact, maar voegt daar een extra mogelijkheid aan toe.

Het is bovendien ook mogelijk om voorafgaand aan de procedure een akkoord te sluiten en dit in te dienen, in plaats van het eenzijdig verzoekschrift dat hier telkens werd besproken in de

²¹⁷ Art. XVII.49, §3 WER;

²¹⁸ Art. XVII.49, §4 WER;

²¹⁹ Art. XVII.51 WER;

²²⁰ Art. XVII.57 en verder WER;

²²¹ Art. XVII.56 WER;

voorbeelden²²². Dit akkoord zal dan moeten worden gehomologeerd door de rechter²²³. Opdat de rechter dit kan doen, zal dit akkoord moeten voldoen aan zowel de ontvankelijkheidsvoorwaarden en als de voorwaarden voor de homologatie van een akkoord.

126. In de gemeenrechtelijke procedure zal er geen verplichte onderhandelingsperiode worden voorzien voor de partijen. Dit betekent natuurlijk niet dat er geen onderhandelingen kunnen plaatsvinden, of dat er geen akkoord kan gesloten worden. Dit zal dan gewoon moeten gebeuren tijdens dat de zaak lopende is. Men kan ook vragen voor uitstel met het oog op het krijgen van meer tijd zodat men rustig kan onderhandelen.

Het voordeel hiervan is dat er minder tijdsdruk staat op de partijen, binnen dewelke ze moeten proberen tot een akkoord te komen. Het dient wel opgemerkt te worden in dit kader dat in de collectieve procedure men in de loop van de hele geding nog een akkoord kan sluiten. De drempel hiervoor zal waarschijnlijk hoger liggen, indien er al onderhandelingen zijn gevoerd en deze niet waren geslaagd, desgevallend zelfs niet na verlenging van de onderhandelingstermijn. Deze mentale drempel bestaat niet in de gemeenrechtelijke procedures.

Een nadeel van de gemeenrechtelijke procedure is dat de onderhandelingen zullen plaatsvinden tussen de individuele consument langs de ene kant en de onderneming langs de andere kant, en dat kan een vrij ongelijk startpunt opleveren. De consument zal zich namelijk in een relatief kwetsbare positie bevinden ten opzichte van de grote onderneming, die financieel sterker staat. Er zal ook een serieuze informatieasymmetrie zijn tussen de sociale netwerksite provider en de gebruiker. Deze verhouding zal onderhandelingen moeilijker maken, omdat er niet als gelijken rond de tafel kan worden gezeten, en dit zeker niet als het gaat om de strooischade van dit voorbeeld. Bij een collectieve vordering zal er worden onderhandeld met de groepsvertegenwoordiger, en zal dit meer evenwicht geven tussen de partijen. De vertegenwoordiger zal namelijk een hele groep consumenten vertegenwoordigen, en zal de afschrikkende werking van het voortzetten van de procedure ten gronde, met eventuele verdere kosten en reputatieschade voor de verweerder, achter zich hebben.

²²² Art. XVII.42, §2 WER;

²²³ Art. XVII.42, §2 WER;

Een tweede nadeel van onderhandelingen en een akkoord binnen de klassieke vorderingsmogelijkheden is dat de rechter geen grondige controle ter homologatie uitoefent zoals bij de collectieve vordering. Dit zal een extra bescherming van de consument als schadelijder geven bij de collectieve procedure, die ze niet heeft bij het gemeen recht.

127. De conclusie die hieruit kan worden getrokken is dat de mogelijkheid tot onderhandelen binnen de collectieve vordering beter aangepast is dan het onderhandelen binnen de gemeenrechtelijke vordering. De consument zal daar steviger staan, als groepslid, vertegenwoordigd door de groepsvertegenwoordiger, en beide partijen zullen een sterke motivatie hebben om te gaan onderhandelen. In de klassieke procedure zal er een groot onevenwicht spelen.

Op zichzelf bekeken, is de verplichte onderhandelingsfase binnen de collectieve procedure mogelijk een fase die de procedure lang kan vertragen. Nochtans is een collectieve vordering een procedure waar het bereiken van een akkoord, mijns insziens, een grote slaagkans heeft, en is het daarom positief dat de rechter dit heeft ingelast. Door een maximum termijn te voorzien in de wet, en een maximum verlenging ook, heeft de wetgever ook geprobeerd de dilatoire werking van deze onderhandelingsfase zoveel mogelijk te beperken. Door het akkoord daarna te laten homologeren door de rechter, waarvoor hij dit eerst moet nakijken, en door het inhoudelijk te laten gelijken op de beslissing ten gronde, evenals de zelfde uitwerking te geven, zal de consument uiterst beschermd zijn en toch de flexibiliteit van onderhandelingen hebben.

E. Beperking van bewijsmiddelen

128. Tot hiertoe zijn er drie voorbeelden besproken, waarbij de schade telkens geldelijk was, of toch minstens te berekenen in geld, ook al was er herstel in natura mogelijk. In het eerste en tweede voorbeeld gaf het onrechtmatige beding namelijk rechtstreeks aanleiding tot een onrechtmatig geldelijk voordeel voor de onderneming, en kon er voor de schadevergoeding daarnaar worden gekeken bij de collectieve vordering. Dit was per consument-schadelijder duidelijk afgebakend. Dit heeft al aangetoond dat de collectieve vordering bij sommige soorten schade, zoals strooischade, nuttiger is dan bij andere, zoals substantiële massaschade. Ook werd er al gekeken naar de onderhandelingsfase binnen de collectieve vordering, en een mogelijk daaruit voortvloeiend akkoord. Ook in dat kader ging

het om een voorbeeld van geldelijke schade, al werd er rekening gehouden met een mogelijk herstel in natura, dat dan werd besproken binnen de onderhandelingen, die daar de flexibiliteit voor boden die de rechter mogelijks niet zou hebben in de procedure ten gronde. De volgende vraag die zich stelt is of een onrechtmatig beding dat enkel aanleiding geeft tot schade die niet prima facie in geld waardeerbaar is, zich kan leiden tot een collectieve procedure. Vervolgens zal er ook worden gekeken of de collectieve vordering dan een nuttiger instrument is dan de gemeenrechtelijk vorderingsmogelijkheden en worden deze om dat te bepalen, vergeleken.

De vraag die kan worden gesteld bij niet geldelijke schade is of het mogelijk is een groep samen te stellen waarbij de schade kan worden vastgesteld. Bij een individu zal het relatief gemakkelijk zijn om te kijken naar welke schade werd geleden, en wat herstel zou kunnen zijn, ook indien dit niet geldelijk is. Bij een groep van consumenten, zal dit moeilijker zijn voor de rechter, omdat de schade collectief moet worden bekeken²²⁴. In hoeverre dit problematisch zal blijken te zijn, wordt verder verduidelijkt in dit voorbeeld.

129. Voor dit vierde voorbeeld, is er bewust geopteerd voor een beding dat aanleiding geeft tot schade die niet geldelijk is in se. Er zal dus niet worden geopteerd voor prijsverhogingen bijvoorbeeld. De clause die zich wel leent ter illustratie van deze hypothese is een beding dat de bewijsmiddelen van de consument beperkt. Er zal dan een inbreuk zijn op artikel VI.83, 21° WER. Men mag de consument geen bewijsmiddel ontzeggen. Men mag wel de bewijswaarde gaan bepalen die aan de verschillende middelen toekomt, maar hierbij mag ook niet gaan stellen dat een bepaald bewijsmiddel geen enkele bewijskracht toekomt, want dan ontzegt men de consument de facto een bewijsmiddel.

De clause die hier wordt besproken, is gevonden in de algemene voorwaarden van een fitnesscentrum, zoals deze nog steeds worden gebruikt op het ogenblik van dit schrijven²²⁵.

“8.3. Het door het Lid beëindigen van het lidmaatschap tijdens de overeengekomen contractuele looptijd zoals aangegeven in de lidmaatschapsovereenkomst is uitsluitend mogelijk ingeval van een tussentijds opzegbare

²²⁴ Art. I.21, 1° WER;

²²⁵ Zie bijlage 5;

Lidmaatschapsovereenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van een maand en bij de andere Overeenkomsten voor bepaalde tijd enkel op medische gronden waarbij een doktersattest vereist is en waarin staat vermeld dat het Lid nooit meer mag sporten, of bij het verhuizen buiten een straal van 15 kilometer van één van de vestigingen van [het fitnesscentrum], waarbij een kopie van de inschrijving in de nieuwe woonplaats vereist is. Enkel doktersattesten of bewijzen van verhuis die binnen acht (8) dagen na het uitschrijven of na de verhuis schriftelijk (uitsluitend per e-mail of per aangetekend schrijven) worden overgemaakt, worden aanvaard. Indien het attest of het bewijs pas wordt aangeleverd na het inleiden van een gerechtelijke procedure, zullen deze niet meer worden aanvaard. De gerechtskosten die [het fitnesscentrum] hiertoe heeft moeten maken vallen steeds ten laste van het Lid dat nalatig is geweest.²²⁶”

In dit beding gaat het fitnesscentrum dus aan de consumenten toelaten hun contract op te zeggen, indien ze verhuizen buiten een straal van 15km van de dichtstbijzijnde vestiging, of indien medische gronden het sporten verhinderen. Dit opzegrecht in die twee gevallen is op zichzelf onproblematisch. Het probleem van het beding situeert zich in het feit dat de onderneming enkel toelaat om het bewijs van deze omstandigheden te leveren respectievelijke met een kopie van inschrijving in de nieuwe woonplaats, en met een doktersattest. Dit is een ongeoorloofde beperking van de bewijsmiddelen van de consument, die vrij het bewijs zou mogen leveren van respectievelijke de verhuis of de medische problemen, aangezien het gaat om rechtsfeiten. Het kan wel zijn dat daarbij de kopie van inschrijving en het doktersattest zwaarder doorwegen dan andere documenten, maar men mag andere bewijsmiddelen niet compleet uitsluiten²²⁷.

130. Een consument die voldoet aan een van de twee voorwaarden vermeld in deze clause, en die zijn contract wilt opzeggen, zal zichzelf geconfronteerd zien met een heel beperkte mogelijkheid aan bewijsmiddelen. Dit zal het heel erg moeilijk maken voor deze consument om zijn rechten uit te oefenen. De consument kan dan een gemeenrechtelijke procedure instellen, waarin de rechter dit onrechtmatig beding ambtshalve zal moeten nietig

²²⁶ Zie bijlage 5 (eigen onderlijning);

²²⁷ R. STEENNOT, Art. 74.21 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, in X. Marktpraktijken, 2;

verklaren, op basis van artikel VI.84 WER²²⁸. De consument zal dan wel de mogelijkheid krijgen om vrij bewijs te leveren van ofwel de verhuis ofwel de medische omstandigheden die hem toelaten de overeenkomst op te zeggen. Indien de consument, ten gevolge van het niet tijdig leveren van de toegelaten bewijsmiddelen, zijn contract niet heeft kunnen stopzetten, zal hij schade geleden hebben, die bestaat uit het extra betaalde lidgeld. Hier zal dan wel sprake zijn van geldelijke schade, al beoogt de clausele op zich, en het onrechtmatig beding van de zwarte lijst, geen geldelijke aangelegenheid. Een andere situatie is ook denkbaar, namelijk dat de consument nog geen schade heeft geleden, maar wel bewijs tracht te leveren van medische gronden voor de opzeg, maar zichzelf geconfronteerd ziet met de onredelijke beperking van zijn bewijsmiddelen. Hij kan dan de nietigverklaring vorderen voor de rechter, en daarna de onderneming aanspreken en zijn bewijs leveren.

Er kan dus naargelang het geval sprake zijn van al dan niet in geld waardeerbare schade. In het laatste geval, zal de consument de nietigverklaring beogen als een stap om daarna gebruik te kunnen maken van alternatieve bewijsmiddelen, die dan wel aanleiding kunnen geven tot opzegging van het fitness contract. De schade zal dan enkel bestaan in de gedwongen voortzetting van de overeenkomst met het fitnesscentrum. Dit kan worden geredieerd in een gemeenrechtelijke vordering, door te vragen om de nietigverklaring, en de wanprestatie van de onderneming aan te klagen. De onderneming weigert namelijk de consument het recht om de stopzetting van het contract te vragen, op basis van de twee toegekende gronden. Aangezien de clausele die de bewijsmiddelen beperkt onrechtmatig is, zal de consument vrij het bewijs kunnen leveren, ten gevolge van de nietigheid. Indien het fitnesscentrum deze dan niet aanvaardt, kan de rechter beoordelen of het redelijk is en of er al dan niet sprake is van wanprestatie. Via de gemeenrechtelijke procedure, kan een consument dus herstel bekomen, en dit in natura door de opzegging van de overeenkomst te bekomen.

In het eerste geval, zal er schade zijn ten gevolge van het niet hebben kunnen opzeggen van de overeenkomst. Deze zal waarschijnlijk overeenstemmen met de kost van het voortgezette fitness abonnement. In een gemeenrechtelijke procedure, zal men dit als schade kunnen verhalen op de onderneming nadat de rechter, desgevallend ambtshalve, het onrechtmatig beding heeft nietig verklaard.

²²⁸ Art. VI.84 WER en Art. VI.83, 21° WER;

Voor beide gevallen zal een gemeenrechtelijke procedure dus mogelijk zijn. De enigste rede dat een gemeenrechtelijke procedure niet aantrekkelijk zal zijn voor de schadelijdende consument, is dat de kosten mogelijks niet opwegen tegen de geleden schade. Het kan namelijk zo zijn dat het laten aflopen van het abonnement goedkoper uitkomt dan het voeren van een procedure.

131. Kijkend naar de collectieve vordering, dienen er een aantal observaties te worden gemaakt. Ten eerste kan er ook in dit geval worden gekeken naar het onrechtmatig beding in de twee onderscheiden gevallen, zoals hierboven. In het eerste geval, waarbij men het contract heeft moeten voortzetten, zal men bij nietigverklaring het herstel kunnen vragen voor de schade geleden. De schade zal dan gelijk zijn aan de kosten gemaakt om het fitness abonnement verder te zetten, ondanks de geldige reden voor opzegging. Dit kan efficiënt worden verhaald in een collectieve procedure, en daar zal dan ook het probleem voor de beperkte kosten niet spelen. Aangezien het verloop van de collectieve vordering in gelijkaardige voorbeelden reeds werd doorlopen, zal dit hier niet worden herhaald.

132. Er zal zich hier verder in de procedure wel een ander probleem voordoen. Dit houdt in dat de gewone gemeenrechtelijke regels met betrekking tot fout, schade en causaal verband ook spelen in de collectieve procedure. Aan die regels werd er niks veranderd door de invoering van hoofdstuk XVII in het wetboek van economisch recht. De groepsvertegenwoordiger zal nog steeds moeten aantonen dat er een fout heeft plaatsgevonden, dat er schade is en een oorzakelijk verband tussen deze twee elementen.

133. In dit voorbeeld is de fout het inlassen van een onrechtmatig beding in strijd met artikel VI.83, °21 WER. Een inbreuk op een wettelijke bepaling is namelijk een fout in de zin van het aansprakelijkheidsrecht²²⁹. Maar in afweging of er schade is, en welke deze is, zal afhangen van consument tot consument. De concrete omstandigheden die hen ertoe hadden aangezet om een beroep te doen op de clause en opzeg te vragen, verschillen namelijk. Ook zal er moeten worden gekeken naar welke bewijsmiddelen de consumenten dan wel hadden willen aanvoeren en of deze, in geval van vrij bewijs, zouden voldoende zijn om te bewijzen dat er sprake is van de vereiste medische gronden of woonafstand na verhuis om tot opzeg te kunnen overgaan. Deze beoordeling is nodig om na te gaan in hoeverre elke consument recht

²²⁹ Art. 1382 BW;

heeft op een schadevergoeding. Dit betekent dat er een concrete afweging moet gebeuren van de aangeboden bewijsmiddelen van elk groepslid, en dat de rechter de bewijswaarde soeverein zal kunnen appreciëren. Dit zal enorm veel werk opleveren. Zelfs indien er wordt geoordeeld dat dit onder de bevoegdheid valt van de schadeafwikkelaar, die de lijsten moet samenstellen, zal dit bijna onbegonnen werk zijn bij grote groepen schadelijders. Een collectieve vordering zal hierbij dus moeilijk zijn. Dit toont aan dat er schaalvoordelen zijn bij een collectieve vordering, met betrekking tot kosten en dergelijke, maar ook nadelen ten gevolge van de schaalgrootte. In dit geval zal een gemeenrechtelijke vordering dus proceseconomisch veel voordeliger zijn. Ook voor de individuele consumenten, zal een gemeenrechtelijke vordering sneller kunnen verlopen en mogelijks meer rechtszekerheid geven over een gepersonaliseerde afhandeling.

Ten slotte is het causaal verband tussen beiden ook duidelijk. De fout bestond erin om een onrechtmatig beding in de overeenkomst te plaatsen, waardoor de consument werd beperkt in de uitoefening van zijn rechten. Ten gevolge hiervan werd de consument beperkt in de mogelijkheden om zijn recht op het stopzetten van het fitnessabonnement aan te tonen, en moest de consument dit voorzetten, met alle kosten die dit meebrengt. Hiermee is dus ook het oorzakelijk verband aangetoond.

134. Deze redenering zal sowieso moeten worden gemaakt door de rechter, of het nu gaat om een collectieve vordering of een gemeenrechtelijke. Dus een praktisch verschil bestaat hier niet echt. Het enige verschil tussen beiden zal bestaan in de begroting van de schade. Bij de collectieve vordering heeft de rechter namelijk de keuze tussen een globaal schadevergoedingsbedrag, of een geïndividualiseerd bedrag per schadelijder vast te stellen, aangezien hij in casu moet overgaan tot een schadevergoeding bij equivalent. Aangezien het hier gaat om schade die moeilijk individueel te bepalen is per consument, zal men best opteren voor het globale schadevergoedingsbedrag.

In de gemeenrechtelijke procedure zal de rechter de schade moeten begroten zoals ze effectief werd geleden, en kan hij geen globale raming maken²³⁰. Dit zal eventueel een verschillende vergoeding tot gevolg hebben op het einde van de procedure. In dit kader kan er een bedenking worden gemaakt over de verenigbaarheid met het gemeen recht, maar dit wordt

²³⁰ E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, “Belgische class action: Tien pijnpunten”, *NJW* 16 september 2015, nr 326, 530;

later besproken in dit onderzoek²³¹. Of het verschil tussen de schadevergoeding in het gemeen recht of de collectieve vordering positief is voor de consument, of niet, is moeilijk te bepalen in absolute termen. Dit zal hoogstwaarschijnlijk afhangen van zaak tot zaak. Een eventueel saldo dat overblijft in een collectieve vordering, en niet terugkeert naar de verweerder, zal wel positief uitdraaien voor de consument, daar deze mogelijks indirect een extra vergoeding zal uitmaken, door bijvoorbeeld gebruikt te worden voor een algemene korting op de fitnessabonnementen. Ook hierover kan men bedenkingen maken die verder zullen worden besproken²³².

135. Hier stelt zich bovendien de praktische vraag of men moet opteren voor een optiesysteem met exclusie, om in te spelen op de rationele apathie die volgt uit de beperkte schade die hier aan de orde is, of dat men moet opteren voor een optiesysteem met inclusie, aangezien men de actieve medewerking van de consumenten nodig zal hebben. Hier lijkt geen juist antwoord op te vinden, maar mijns inziens is het *opt-in* systeem de betere keuze, aangezien men, indien men toch opteert voor de collectieve vordering, sterk zal moeten rekenen op medewerking van de schadelijders. Hiervoor is, volgens de memorie van toelichting, het optiesysteem met inclusie de te verkiezen mogelijkheid²³³.

Het is verder ook belangrijk om kort te kijken naar de situatie waar een consument gewoon de overeenkomst wilt opzeggen en zich hierin verhinderd ziet door de beperking van de bewijsmiddelen die hij mag voorleggen. In deze hypothese heeft hij nog geen geldelijke schade gelopen. Om over te gaan tot de opzegging, en dit op basis van de contractuele wanprestatie van de onderneming, zal het heel moeilijk zijn om een collectieve vordering in te stellen. Opdat er een groep kan worden samengesteld, voor wie een groepsvertegenwoordiger een collectieve procedure zal kunnen voeren, dient er namelijk sprake te zijn van een voldoende aantal schadelijders. In dit geval, lijkt het onwaarschijnlijk dat er meerdere consumenten zich in deze situatie bevinden. Hier zal de gemeenrechtelijke vordering de enigste manier zijn om herstel te bekomen.

²³¹ Zie hiervoor: E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, “Belgische class action: Tien pijnpunten”, *NJW* 16 september 2015, nr 326, 529;

²³² *Infra* 70, nr. 187;

²³³ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 30;

136. In conclusie kan er worden gesteld dat bij deze specifieke clause, en mogelijks bij anderen waarbij er geen rechtstreekse geldelijke schade is ten gevolge van een in geld waardeerbaar onrechtmatig voordeel voor de onderneming, er problemen zijn voor de toepassing van de collectieve vordering. Men kan dan nog moeilijk alle consumenten gaan groeperen en hun collectieve schade op een snelle en efficiënte wijze gaan berekenen. Deze problemen spelen niet als het gaat om een puur geldelijke schade, die kan worden geverifieerd door puur te kijken naar het bestaan van het contract en de eventuele termijn die speelt, zoals bij het eerste voorbeeld. In deze gevallen, en bij dit type onrechtmatige bedingen, zullen gemeenschappelijke vorderingstechnieken de efficiëntere keuze zijn voor het gerechtelijke apparaat. De consument zelf zal mogelijks nog wel willen opteren voor de collectieve vordering, zeker in het geval van strooischade, vanwege de onevenredigheid in kosten bij de klassieke proceduremogelijkheden. Anders speelt het risico op rationele apathie weer.

F. Exoneratiebeding voor lichamelijk letsel

137. Een volgende, vijfde, voorbeeld zal hier worden besproken, waarbij er dan specifiek zal worden gekeken naar sluipende schade en gefixeerde schade, zoals deze hierboven werden besproken²³⁴. Tot hiertoe is er al gekeken naar voornamelijk het onderscheid tussen strooischade en substantiële massaschade, en welke gevolgen dit heeft voor de toepasselijkheid van de collectieve vordering, maar dit zal nu verder worden verbreed naar de twee andere soorten schade.

Om dit te bespreken zal er worden geopteerd voor een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.83, 25 WER van de zwarte lijst. Bij dergelijke bedingen zal er zich namelijk mogelijks nog sluipende schade voordoen, die pas in de loop van bepaalde gebeurtenissen zichtbaar wordt. Indien er sprake is van lichamelijke schade, kan het zijn dat deze zich pas volledig heeft gemanifesteerd na het verloop van tijd. Hierbij is het mogelijk dat de echte omvang van de schade dus pas duidelijk wordt na het verstrijken van een langere periode, en mogelijks dus ook pas na het afsluiten van de procedure tot het bekomen van herstel. Dit is problematisch. Gelukkig voorziet de wet op de collectieve vordering hiervoor dat de rechter een mogelijkheid tot herziening van de beslissing tot collectief herstel moet opnemen in zijn

²³⁴ *Supra* 16, nr. 40;

beslissing ten gronde²³⁵. De toepassing van deze bepaling en een praktijkvoorbeeld waarin dit speelt, zal hier specifiek worden behandeld. Er zal dan verder ook worden gekeken naar in hoeverre de collectieve vordering nuttig is voor sluipende schade, en dit vergeleken met de situatie van gefixeerde schade.

138. De voorbeelden tot hiertoe hebben altijd een situatie besproken waarbij de omvang van de schade al duidelijk was voorafgaand aan de procedure, en de schade ook niet verder evolueerde. Dit waren dus telkens gevallen van gefixeerde schade. Dit zal dus niet nader worden verduidelijkt in een concreet voorbeeld. Het volstaat om te verwijzen naar de voorafgaande voorbeelden.

139. Een hypothetisch voorbeeld is dat men bij het kopen van tickets voor een pretpark algemene voorwaarden aanvaardt van de onderneming die stellen dat de onderneming niet aansprakelijk is bij lichamelijk letsel of overlijden ten gevolge van de attracties. Dit is een onrechtmatig beding in de zin van artikel VI.83, 25° WER. Stel dan dat er een nieuwe attractie wordt geopend, geproduceerd door een gespecialiseerd bedrijf, en na het gebruik ervan gedurende een paar dagen blijken er klachten van whiplash te komen. De onderneming blijkt achteraf de rollercoaster niet te hebben gebruikt volgens de expliciete instructies van de producent, en de snelheid veel te hoog te hebben opgevoerd.

Ten gevolge van de nietigheid van het exoneratiebeding, zal er worden teruggevallen op de gemeenschappelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de uitbatende onderneming van het pretpark. De productaansprakelijkheid speelt in casu niet, aangezien deze onderneming geen producent is²³⁶. Bij een whiplash is het ook zo dat er steeds complicaties kunnen optreden, en dit nog een lange tijd na het voorval dat aan de oorzaak ervan was. Er zal dus sprake zijn van sluipende schade.

140. Indien men gebruik maakt van een individuele vordering, dan zullen de kosten hoog oplopen, ten gevolge van experts en dergelijke. Bovendien zullen er vele consumenten lichamelijk letsel hebben geleden, en zullen er een veelheid van procedures volgen. Dit zal dan, in de lijn van de vorige voorbeelden, ook weer een grote druk op de rechter leggen. Men

²³⁵ Art. XVII.54, §1, 10° WER;

²³⁶ Art. 1 Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *B.S.* 22 maart 1991;

zal hier kunnen inspelen op het gevaar van sluipende schade door een provisionele schadevergoeding te gaan toekennen, en later te kijken naar de schade die zich nog heeft voorgedaan, wanneer deze effectief kan worden begroot. Dit zal ook weer weinig proceseconomisch zijn, vanwege het grote aantal potentiële slachtoffers.

141. In een collectieve procedure speelt het probleem van de kosten en de grote aantallen potentiële slachtoffers niet. De keuze om een collectieve vordering in te stellen zal dan ook meer doelmatig zijn dan de gemeenrechtelijke opties. Aangezien de hele procedure al meermaals is doorlopen, zullen er bij dit voorbeeld ook weer enkel een aantal relevante punten worden nader bekeken.

In andere zaken zal de groepsvertegenwoordiger een optiesysteem, volgens artikel XVII.38 WER voorstellen, en motiveren, en daarna zal de rechter beslissen welk optiesysteem wordt toegepast op de collectieve vordering in de ontvankelijkheidsbeslissing²³⁷. Indien er sprake is van lichamelijke collectieve schade, zal dit keuzerecht worden weggenomen, en zal sowieso het optiesysteem met inclusie worden toegepast²³⁸. De ratio hierachter is dat men de actieve tussenkomst zal nodig hebben van de schadelijders om de schade te kunnen vaststellen en ramen²³⁹. Aangezien het gaat om lichamelijk letsel, een whiplash, zullen deze zich mogelijks moeten laten onderzoeken en opvolgen door medische experts, die op basis daarvan de schade kunnen ramen. Een optiesysteem met inclusie zorgt ervoor dat de consumenten die zich actief willen opstellen, zich kenbaar moeten maken ten opzichte van de groepsvertegenwoordiger.

Aangezien het hier gaat om sluipende schade, is de kans groot dat er zich nog schade zal voordoen bij groepsleden na het afsluiten van de procedure. Deze kan niet worden begroot op voorhand. Om hierop in te spelen, is er een systeem voorzien in de wet, in artikel XVII.54, §1, 10° WER. De rechter zal op basis daarvan in zijn beslissing ten gronde moeten voorzien in een systeem om de beslissing te herzien, in het geval dat er zich schade voordoet nadien. Het maakt niet uit of die schade al dan niet voorzienbaar is. Het moet wel gaan over de schade die het voorwerp was van de collectieve vordering, en dus van de groepsleden²⁴⁰. De rechter zal hiertoe een aantal modaliteiten vaststellen. Waaruit deze zouden kunnen bestaan wordt

²³⁷ Art. XVII.42, 3° WER en Art. XVII.43, §2, 3° WER;

²³⁸ Art. XVII.43, §2, 3° WER;

²³⁹ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 30;

²⁴⁰ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 39;

niet gespecificeerd, noch in de wet, noch in de memorie van toelichting. Mijns inziens, kan de rechter een provisionele schadevergoeding toekennen, die dan later kan worden aangepast, als er zich nog sluipende schade voordoet, op een moment dat deze kan worden begroot. Hiervoor kan de rechter een beroep doen op wat gebruikelijk is in het gemeen recht hiervoor. Het is ook nuttig om in dat kader te vermelden dat de rechter gevat blijft totdat de schadeafwikkelaar, na de beslissing ten gronde bij de uitvoering, zijn opdracht heeft uitgevoerd voor alle slachtoffers die voorkomen op de definitieve lijst²⁴¹. Men kan hem op basis hiervan mogelijks terug aanspreken in het kader van een herziening van de schadevergoeding ten gevolge van sluipende schade. Dit kan enkel gebeuren door een belanghebbende. Volgens de memorie van toelichting moet het concreet gaan om iedereen die “moeilijkheden ondervindt” in de fase van de uitvoering van de uitspraak van de rechter²⁴². Er is geen verdere verduidelijking van deze vage termen. Als iemand wordt geconfronteerd met hoge, oplopende schade, waarvoor het toegekende herstel kennelijk onvoldoende voor is, dan kan dit eventueel een reden zijn om de zaak terug voor de gevatte rechter te brengen.

142. Uit de bespreking van dit voorbeeld, moet worden besloten dat ook voor sluipende schade de collectieve vordering een efficiënt middel is om rechtsherstel te bekomen. Opdat dit het geval is, dient er wel nog steeds sprake te zijn van een voldoende grote groep van consumenten. Maar zeker in het kader van de kosten die gemaakt moeten worden en de vele experts die men zal moeten aanspreken, is een collectieve procedure voordelig. Men zal vooreerst al experts nodig hebben om aan te tonen dat er een fout was in hoofde van de onderneming, en dat er causaal verband bestaat met de lichamelijke letsels. Vervolgens zal men medische experts moeten raadplegen die de whiplash en eventuele verdere gevolgen moeten evalueren en opvolgen. Door alle slachtoffers te verzamelen in een groep, en deel te laten nemen aan een enkele collectieve procedure, kan men deze onderzoeksdaden centraliseren en efficiënter optreden.

G. De onderneming

143. Tot hiertoe werden alle voorbeelden, en daarmee de verschillende situaties of omstandigheden bij een onrechtmatig beding, bekeken vanuit het standpunt van de consument. Er werd maar oppervlakkig gekeken naar de onderneming als verweerder bij de

²⁴¹ Art. XVII.60 WER;

²⁴² MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 41;

collectieve vordering. Om toch vanuit het standpunt van de verweerder ook een evaluatie te kunnen maken van het nut van de collectieve vordering, zal er hier geen apart voorbeeld worden gebruikt, maar zal de collectieve procedure worden doorlopen aan de hand van de hierboven besproken voorbeelden.

144. De onderneming zal niet het initiatief nemen om een vordering in te stellen, en zal altijd optreden als verweerder. Ze zal daarom ook niet worden geconfronteerd met het moeten opstellen van een verzoekschrift voor de ontvankelijkheidsfase van de collectieve procedure²⁴³. Maar in dat kader is er toch een element van dat verzoekschrift, dat later ook terugkomt in de beslissing ten gronde van de rechter, dat wel belang heeft voor de onderneming. Dit is het gekozen optiesysteem voor de samenstelling van de groep²⁴⁴.

145. In de voorbeelden waar er sprake was van strooischade, onder andere bij de prijsverhoging, werd er gekozen voor het *opt-out* systeem. Bij andere voorbeelden, werd er dan weer geopteerd voor het optiesysteem met inclusie, zoals opgelegd bijvoorbeeld bij het exoneratiededing waar er zich lichamelijke letsels voordeden. Vanuit het standpunt van de consument was de flexibiliteit die bestaat door het hebben van de keuze, naargelang de concrete omstandigheden zeker aan te moedigen. Voor de onderneming is er ook wel iets voor te zeggen, maar liggen de zaken toch anders.

Het optiesysteem met exclusie heeft een paar grote voordelen en één, al bij al beperkter, nadeel. De grote voordeel van dit systeem is dat de onderneming een vrij grote rechtszekerheid bekommt, bij het *opt-out* systeem, daar het vanaf het begin van de collectieve procedure vrij duidelijk zal zijn wie er deel uitmaakt van de groep. Bovendien is het ook zo dat na de uitspraak, alle schadelijders zullen zijn gebonden door de uitspraak van de rechter. Dit brengt grote rechtszekerheid mee voor de onderneming, die dan weet wat de schadevergoeding zal bedragen en geen voorzieningen meer zal moeten treffen voor individuele vorderingen. Het nadeel is wel dat er door dit systeem een grote groep schadelijders mee zal deel uitmaken van de collectieve vordering, die anders mogelijks apathisch waren gebleven en niet hadden opgetreden tegen het onrechtmatig beding van de onderneming. Dit kleine nadeel weegt natuurlijk niet op tegen de grote zekerheid die hier speelt voor de onderneming.

²⁴³ Art. XVII.42 WER;

²⁴⁴ Art. XVII.38 WER;

Bij de *opt-in* procedure speelt deze gebondenheid niet, en heeft de onderneming minder zekerheid dat er geen individuele procedures meer zullen volgen, daar enkel de actieve consumenten, die deel werden van de groep, zullen gebonden zijn. Daartegenover staat dan weer wel dat de groep enkel zal bestaan uit de consumenten die zich uitdrukkelijk hebben willen aansluiten, en dat dit er mogelijks minder zijn. De uiteindelijke schadevergoeding zal minder te controleren, of te voorspellen zijn hier, en er zal ook pas later geweten zijn hoe groot de groep is. Ten gevolge hiervan zal voor de onderneming, het optiesysteem met exclusie de voorkeur hebben in de collectieve procedure.

146. De keuze van groepsvertegenwoordiger zal ook minder relevant zijn voor de onderneming, en dient dus ook niet nader te worden bekeken hier. Dit laatste tenzij eventueel in het kader van de onderhandelingsfase. In het voorbeeld, namelijk dit van de eenzijdige wijziging van de wezenlijke kenmerken van een overeenkomst, bij de sociale netwerksite, werd de onderhandelingsfase van naderbij bekeken. Er werd al op beknopte wijze aangegeven hoe de onderneming hier mogelijkwijze tegenover staat.

De onderneming zal de mogelijkheid tot het sluiten van een akkoord waarschijnlijk positief evalueren. Een akkoord brengt namelijk voordelen mee voor de onderneming, en een onderhandelingsfase inbouwen in de collectieve vordering, kan dit enkel helpen bevorderen. Enkel indien de onderneming of de groep schadelijders niet openstaat voor een akkoord, dan zal de opgelegde onderhandelingstermijn nodeloos dilatoir aanvoelen. De onderneming kan door een akkoord te sluiten een lang aanslepende procedure vermijden, evenals zekerder zijn over de te betalen schadevergoeding, in plaats van het oordeel van de rechter af te wachten. Het sluiten van een akkoord kan ook de reputatieschade van de onderneming beperken, en de blootstelling aan de media verkleinen, door in der minne een akkoord te bekomen.

In het geval dat er wordt getwijfeld over de haalbaarheid van de onderhandelingen, kan de slaagkans nog worden vergroot, door het inschakelen van een bemiddelaar of het verlengen van de onderhandelingstermijn.

147. In de beslissing ten gronde, zullen vooral de door de rechter toegekende waarborgen, de modaliteiten en het bedrag van het herstel de belangrijkste punten zijn.

Met betrekking tot het bedrag van het herstel heeft de rechter de mogelijkheid de werkelijk geleden schade te vergoeden, of zal hij herstel bij equivalent moeten toekennen. In dit laatste geval heeft hij twee mogelijkheden. Hij kan opteren voor een globaal vergoedingsbedrag, of een geïndividualiseerd bedrag te verdelen tussen de leden van de groep²⁴⁵. Voor de onderneming zal het grotere rechtszekerheid meebrengen indien de rechter opteert voor het globale vergoedingsbedrag, dat dan moet worden verdeeld tussen de consumenten, zoals werd gekozen in het geval van de prijsverhogingen bij het eerste voorbeeld. Vanaf het moment dat de rechter zijn uitspraak doet, zal het dan vaststaan wat de onderneming moet voorzien als schadevergoeding. Bij een geïndividualiseerd bedrag, of het vaststellen van de werkelijk geleden schade per consument, zal de onderneming enkel een ruime raming kunnen maken van dat bedrag, en dus minder zekerheid hebben.

Met betrekking tot de waarborgen die de onderneming moet stellen, zullen deze er vooral in bestaan de solvabiliteit van deze te garanderen²⁴⁶. Afhankelijk van de onderneming die als verweerder werd gevat, zullen deze dus zwaarder of lichter zijn. Indien het namelijk gaat om een grote multinational, zal de waarborg beperkter kunnen zijn, omdat men er mag vanuit gaan dat deze onderneming over voldoende solvabiliteit zal beschikken om te voldoen aan het herstel. In het kader van het voorbeeld bij de sociale netwerksite, zal de provider van de site een kleinere waarborg moeten voorzien dan de autoverkoper in het tweede voorbeeld. Voor deze eerste zal de waarborgverplichting dus weinig problemen meebrengen, maar voor de laatste kan het een zware last zijn. Hij kan namelijk gevraagd worden om een zekerheid te verschaffen, een persoonlijke zoals de borg, of een zakelijke, zoals een hypotheek of pandrecht. De waarborg zal natuurlijk de onderneming ook beschermen op de lange termijn, tegen mogelijke insolventie ten gevolge van de schadevergoedingen voor collectieve vorderingen. In het geval van een globaal bedrag, zal er makkelijker ingeschat kunnen worden in welke mate er een waarborg nodig is voor de onderneming, of dat een (boekhoudkundige) voorziening voldoende zal zijn.

148. In het geval dat er een saldo zou overblijven voor de onderneming, zal deze natuurlijk verkiezen dat het bedrag terug aan de onderneming wordt toegekend, in plaats van gebruikt wordt voor een ander doel²⁴⁷. Er is een sterk argument ter ondersteuning van deze wens.

²⁴⁵ Art. XVII.54, §1, 7° WER;

²⁴⁶ Art. XVII.54, §1, 9° WER;

²⁴⁷ Art. XVII.62, §2 WER;

De Baere, Maertens en Willems halen in hun bespreking van de collectieve vordering namelijk aan dat het gebruik van het saldo voor een andere doel, dan teruggave aan de verweerder in strijd kan zijn met de gemeenrechtelijke principes inzake schadevergoeding²⁴⁸. In het geval dat het saldo wordt gebruikt voor bijvoorbeeld een algemene prijsvermindering voor alle klanten van een onderneming, zullen ook de schadelijders deze ontvangen. Dit is eigenlijk een indirecte vergoeding bovenop het herstel dat ze reeds hebben ontvangen, en het bedrag van schadevergoeding zal de geleden schade overstijgen. Men kan stellen dat er dan sprake is van zogenaamde “*punitive damages*”, waarbij de onderneming een extra bedrag moet betalen, niet ter vergoeding van de geleden schade, maar eerder met bestraffend karakter. Sommige consumenten zullen zo dubbel worden vergoed. *Punitive damages* zijn verboden in het Belgische recht en werden in de Europese aanbeveling ook afgeraden²⁴⁹. Dit zou dus mogelijks een argument kunnen zijn voor ondernemingen om te eisen dat het saldo hen wordt teruggegeven.

149. Ten slotte zal de fase van de uitvoering aanbreken²⁵⁰. In dit kader zal een schadeafwikkelaar worden aangeduid²⁵¹. De kosten hiervoor zullen worden gedragen door de onderneming, maar alle schadevergoedingen en het herstel zullen in een keer afgehandeld worden. Bovendien zal de schadeafwikkelaar verslagen opmaken, wat een duidelijk overzicht zal bieden van de afhandeling van de schade²⁵². De onderneming zal in deze fase ook nog mogen mee beslissen over welke consumenten op de definitieve lijst van schadelijders komen, na de opmaak van de voorlopige lijst van de schadeafwikkelaar²⁵³. Dit geeft de onderneming nog een belangrijke rol in de afwikkeling van de schade. De onderneming zal dus niet blindelings de samenstelling van de groep moeten aanvaarden, maar mits motivatie nog mogen betwisten. In hoeverre dit een substantieel verschil in de samenstelling van de groep kan betekenen, is niet duidelijk, maar het lijkt een goede manier om eventuele consumenten met kennelijk geen recht op schadevergoeding te filteren. Dit is bovendien een

²⁴⁸ E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, “Belgische class action: Tien pijnpunten”, *NJW* 16 september 2015, nr 326, 532;

²⁴⁹ Considerans (15), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU;

²⁵⁰ artikels XVII.57 en verder WER;

²⁵¹ artikel XVII. 57 WER;

²⁵² Artikel XVII.59 WER;

²⁵³ Artikel XVII.61 WER;

extra manier voor de onderneming om toezicht uit te oefenen op de taak van de schadeafwikkelaar.

150. De onderneming zal er baat bij hebben, indien er enkel gemeenrechtelijke mogelijkheden zouden bestaan om herstel te bekomen, aangezien de stap dan groter zal zijn voor de schadelijdende consumenten om een vordering in te stellen. Minder slachtoffers van onrechtmatige bedingen zullen dit doen, vanuit rationele apathie, maar mogelijks ook vanwege informatieasymmetrie of onwetendheid over hun rechten. De individuele vorderingen die wel ingesteld worden, zullen maar aanleiding geven tot een al bij al beperkter totaal herstelbedrag. Het nadeel is dat deze procedures niet allemaal gegroepeerd zijn, eventueel kan er wel een samenvoeging gebeuren, maar dat zal vaak niet efficiënt zijn. De afhandeling van de gevolgen van een enkel onrechtmatig beding kan dus enorm lang aanslepen, wat een grote onzekerheid meebrengt voor de onderneming. Bovendien zijn er in dit kader wel nog beroepen mogelijk, wat de onzekerheid enkel versterkt. Dit is niet mogelijk in het geval van de collectieve vordering.

151. De verplichte onderhandelingsfase is ook voordelig ten opzichte van de gemeenrechtelijke procedure, tijdens dewelke men in principe ook altijd mag proberen tot een akkoord te komen. Een volledige termijn afbakenen voor de partijen om te proberen tot een akkoord te komen heeft het voordeel dat daar geen uitstel voor moet worden gevraagd, zoals mogelijks wel zal nodig zijn in de gemeenrechtelijke procedure. Bovendien kan er ineens een akkoord worden gesloten met de hele groep schadelijders, wat veel realistischer is dan met individuele consumenten. In het geval dat het gaat om individuele vorderingen zullen de kosten van onderhandelen niet opwegen tegen het te behalen voordeel van een akkoord. Er zal minder motivatie zijn om tot een minnelijke akkoord te komen, en de gemeenrechtelijke procedure zal dit minder faciliteren.

152. De kosten van rechtspleging zullen bij meerdere gemeenrechtelijke vorderingen ook sterk oplopen. Bij de collectieve procedure zal er maar één geding zijn dat aanleiding geeft tot kosten, terwijl bij de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden er een veelheid aan procedures aanleiding geeft aan kosten gaande van dagvaardingskosten, tot rolrechten en eventuele rechtsplegingsvergoedingen. Dit kan oplopen tot een grote schadepost voor de onderneming. Omwille van de onvoorspelbaarheid van het aantal vorderingen dat ingesteld zal worden, kan ook hier geen duidelijke voorziening worden getroffen door de onderneming.

Omdat er in het gemeen recht geen waarborgen worden verplicht voor de onderneming, zal deze natuurlijk de last hiervan vermijden en van eventuele zekerheden in dit kader. Het nadeel is wel dat er geen bescherming is tegen eventuele insolventie.

153. In het gemeen recht zal de afwikkeling van de procedure, en het bekomen van de toegekende schadevergoeding op initiatief van de consument moeten gebeuren. De onderneming zal hier zelf geen al te actieve rol in moeten spelen, buiten het verstrekken van haar medewerking. In dit kader speelt ook weer de onzekerheid van een veelheid aan procedures, ten gevolge waarvan de onderneming zal moeten afwachten op telkens de afhandeling van het herstel. Dit kan lang aanslepen, en zeer snel onoverzichtelijk worden. De collectieve procedure zal meer zekerheid en overzicht bieden voor de verwerende onderneming.

154. De conclusie is dat de onderneming ook baat heeft bij de collectieve vorderingen, maar dan met de nadruk op het verloop en de opbouw van de procedure. Bovendien zal de onderneming veel zekerheid krijgen bij deze procedure. Het nadeel voor een onderneming die onrechtmatige bedingen in contracten heeft staan, is natuurlijk dat consumenten beter op de hoogte zullen zijn van hun rechten en een gemakkelijke mogelijkheid voor handen zullen hebben om herstel te bekomen. Dit kan mogelijks leiden tot een toename van het aantal procedures tegen ondernemingen. In het algemeen is de collectieve vordering mogelijks voordeliger vanwege de rechtszekerheid en snelle afwikkeling in plaats van het lang aanslepen van een onbepaalbare hoeveelheid individuele procedures.

In deze bespreking van het standpunt van de onderneming werd er uit gegaan van een onderneming die ofwel willens en wetens onrechtmatige bedingen invoegt in zijn overeenkomsten, ofwel deze niet actief opspoorde om ze te remediëren. In dit kader dient er te worden opgemerkt dat er ook ondernemingen zijn die de collectieve procedure zullen zien als een instrument dat het net mogelijk maakt om dergelijke onrechtmatige bedingen, en de schade daardoor veroorzaakt, recht te zetten. Er zijn namelijk ondernemingen die op een maatschappelijk verantwoorde wijze willen handelen, en de consument daarbij voldoende bescherming bieden. Voor hen kan de collectieve procedure dan ook een nuttig instrument zijn om deze bescherming effectief te blijven waarborgen.

H. Collectieve nietigheidsvordering

155. Tot hiertoe werd er altijd gesproken over het instellen van de collectieve procedure met het behalen van herstel of een schadevergoeding als doel. Dit lijkt ook de meest voor de hand liggende werking van deze procedure. De vraag die in dit kader bijkomend kan worden gesteld is of de collectieve procedure kan worden ingesteld als een ‘collectieve nietigheidsvordering’, waarbij consumenten als groep optreden met het enkele doel een onrechtmatige beding nietig te laten verklaren. Het zou dan gaan om vorderingen waarbij het onrechtmatig ding dat het voorwerp van de vordering uitmaakt nog geen aanleiding heeft gegeven tot schade.

Mijns insziens is dit in theorie zeker mogelijk, aangezien noch de wet zelf, noch de memorie van toelichting deze mogelijkheid uitsluiten. Een praktische bedenking is wel dat dergelijk onrechtmatig beding niet snel onder de aandacht zal komen van een consument of van Test-Aankoop indien dit geen aanleiding heeft gegeven tot schade. Er is geen bespreking van deze mogelijkheid terug te vinden door de wetgever. Dit komt waarschijnlijk door het feit dat het instellen van dergelijke vordering weinig concreet nut lijkt te hebben voor consumenten. Ook Test-Aankoop als groepsvertegenwoordiger heeft hier weinig bij te winnen, buiten het signaal dat dergelijke procedure geeft en de preventieve werking ten opzichte van de onderneming van wie de overeenkomst is. Er zullen kosten worden geïnvesteerd in een lange procedure, zonder dat er schade is die dit verantwoordt. Bovendien kan er ook de bedenking worden gemaakt of het enkele bekomen van de nietigheid voldoende belang zal aantonen in hoofde van de consumenten om tot een procedure aanleiding te geven. In deze zin zullen er dan ook weinig consumenten zijn die zich willen aansluiten bij de groep in dergelijke collectieve procedure.

Het zal dus met andere woorden wel mogelijk zijn, maar niet efficiënt en niet aan te raden. Om hetzelfde doel te bereiken zal men beter de onderneming rechtstreeks kunnen aanspreken en deze wijzen op de nietigheid van het onrechtmatige beding. De onderneming zal dan de kans hebben zijn overeenkomsten en algemene voorwaarden aan te passen. Indien men gebruik maakt van de collectieve vordering om de nietigheid te bekomen, zal de onderneming hierna ook dergelijke aanpassingen maken. Het zelfde resultaat kan dus op snellere en minder kostelijke manier worden bekomen. Zelfs indien men optreedt met het enkele doel een preventieve werking te bekomen, kan men beter gebruik maken van een individuele

procedure. De nietigheid zal eveneens worden uitgesproken, en het contract zal ook aangepast dienen te worden. Men zal hiervoor niet een hele uitgebreide collectieve procedure moeten doorlopen. Men zal dan maar één bereidwillige consument moeten vinden die wilt optreden. Deze zal wel zelf de kosten moeten dragen van de procedure. Aangezien er geen schade werd geleden, zal een consument dit waarschijnlijk niet willen doen.

I. Conclusie

156. Onrechtmatige bedingen kunnen aanleiding geven tot verschillende types van schadegevallen met sterk uiteenlopende concrete omstandigheden. Dit heeft tot gevolg dat het verloop van de collectieve vordering ook sterk zal verschillen, dit dankzij de flexibiliteit die is ingebouwd in het systeem, door de wetgever. Denk maar aan de keuze tussen het optiesysteem met inclusie of met exclusie, de mogelijkheid tot het behalen van een akkoord tijdens de onderhandelingsfase, en de voorziene twee mogelijkheden bij herstel bij equivalent. Er kan op deze manier goed worden ingespeeld op de concrete uitdagingen die zich voordoen bij de voorbeelden, en de zaken in de realiteit.

157. In de bespreking van een aantal voorbeelden werd onder andere gekeken naar de soorten schade, gaande van financiële schade, of geldelijke, en schade in natura, tot strooischade of substantiële massaschade. Verder werd er ook gekeken naar het verloop van de procedure, doorheen de verschillende fases, en werd de vergelijking gemaakt met het gemeen recht. Ten slotte werd er gekeken naar andere bepalingen die ertoe dienen de collectieve procedure een plaats te geven binnen de bestaande gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden, zoals de verjaring en het verband met andere procedures.

Deze bespreking gaf een indicatie van de sterktes, evenals de zwaktes van de collectieve procedure, afhankelijk van het concrete onrechtmatig beding.

De volgende stap in dit onderzoek is het bekijken van de algemene criteria die leiden tot het al dan niet slagen van de collectieve vordering, en de bepaling of die procedure al dan niet nuttiger is dan de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden, voor slachtoffers van onrechtmatige bedingen. Verder zal er ook worden gekeken of de collectieve vordering een nuttig instrument is voor alle actoren binnen die procedure, en in welke mate. Ten slotte zal er nog een evaluatie worden gemaakt van de grote pijnpunten, evenals enkele verbeteringen

worden voorgesteld. Er wordt daarvoor verder ook op beknopte wijze gekeken naar het reeds langer bestaande class action systeem in Nederland.

4. Evaluatie

4.1. De collectieve vordering versus het gemeen recht

4.1.1. Overzicht

158. Onrechtmatige bedingen komen relatief vaak voor in overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten. Het is vaak moeilijk voor consumenten om op te treden tegen deze en, indien er schade werd geleden ten gevolge van deze onrechtmatige bedingen, herstel te bekomen hiervoor. Dit is ten eerste het geval omwille van de – ondertussen al vaak vermelde – rationele apathie die consumenten gaan vertonen indien het gaat om beperkte schade. Het is dan voordeliger in economische termen, rekening houdend met informatiekosten en eventuele kosten van een optreden, om de geleden schade te aanvaarden. Dit is zeker het geval bij strooischade, maar vaak ook in andere gevallen. Onrechtmatige bedingen zullen per consument namelijk in vele gevallen maar aanleiding geven tot beperkte schade, en enkel als alle slachtoffers in hun geheel worden genomen, aan de grond liggen van een hoger schadebedrag. Samengevat zijn de drie grote problemen van onrechtmatige bedingen dus de apathie van consumenten, de grote economische kost in verhouding met de kleine economische opbrengst, en de onwetendheid van consumenten over hun rechten. In het kader van dit laatste is het niet enkel zo dat consumenten vaak niet op de hoogte zijn van de regels van het consumentenrecht inzake de onrechtmatige bedingen, maar dat veel consumenten bovendien niet volledig op de hoogte zijn van de inhoud van hun overeenkomsten of de algemene voorwaarden die daarop van toepassing zijn.

Binnen de gemeenrechtelijke mogelijkheden optreden tegen onrechtmatige bedingen zal dus vaak moeilijk zijn voor consumenten. Verder is het ook niet efficiënt, of proceseconomisch, aangezien onrechtmatige bedingen uit hun aard net grote groepen consumenten raken. Een alternatieve vorderingsmogelijkheid die de problemen oplost en bovendien de individuele consumenten een gezamenlijke afhandeling biedt, is dan ook meer dan welkom.

159. De collectieve vordering lijkt dus zeker een stap vooruit voor de bescherming van de consument in het kader van de onrechtmatige bedingen. Het lost in ieder geval de

voornaamste drie problemen op. De apathie wordt verholpen doordat het initiatief bij de groepsvertegenwoordiger wordt gelegd, en door deze de mogelijkheid te bieden om een groep samen te stellen via een opt-out procedure. De kosten zullen ook worden gedragen door dezelfde groepsvertegenwoordiger. Ten slotte zal diezelfde groepsvertegenwoordiger actief op zoek gaan naar consumenten en deze informeren over hun rechten, ingeval van een optiesysteem met inclusie. In het geval van het optiesysteem met exclusie zullen zelfs de consumenten die niet volledig op de hoogte zijn van hun rechten herstel kunnen verkrijgen. Ze zullen bovendien op de hoogte worden gehouden van het verloop van de procedure en hun rechten die daaruit voortvloeien.

De collectieve vordering lost dus de voornaamste problemen op, en zal dus zeker een nuttig instrument zijn om herstel te bekomen bij bepaalde onrechtmatige bedingen. Dit betekent zeker niet dat de collectieve procedure te verkiezen is boven de gemeenrechtelijke voor alle bedingen die onrechtmatig zijn. Voor welke dit wel nuttiger zal zijn, en voor welke niet zal hier worden samengevat, kijkend naar de besproken voorbeelden hierboven.

4.1.2. Criteria

A. Schade

160. Een eerste criterium dat dient te worden bekeken is het soort schade dat er werd veroorzaakt. De eerste soort schade waarvoor de collectieve vordering vooral toepasbaar is, is in de gevallen dat er geldelijke schade werd geleden. Het zal gaan om die bedingen waarbij de consument een financieel bedrag aan schade heeft geleden, in tegenstelling tot schade in natura. In deze gevallen zal de rechter namelijk gemakkelijk het bedrag van het herstel kunnen vaststellen, en zullen de omstandigheden van de schade sterk gelijken op elkaar binnen de groep schadelijders. De samenstelling van de groep op basis van de collectieve schade, evenals de beoordeling ten gronde van de rechter zullen dus weinig problemen ondervinden.

Kijkend naar de voorbeelden hierboven valt het ook op dat bij de clause waarin de bewijsmiddelen worden beperkt er in natura schade werd geleden. Deze zal sterk verschillen tussen consumenten en een individuele beoordeling door de rechter sterk noodzakelijk maken. Ook bij andere bedingen die aanleiding geven tot een niet geldelijke schade, zoals het besproken exoneratiebeding zal er in de collectieve procedure veel onderzoek moeten worden

gedaan per individuele consument. Dit speelt niet bij voorbeelden zoals de eenzijdige prijsverhoging of het niet wederkerige schadebeding. Daar was de samenstelling van de groep en de begroting van de schade voor het herstel veel gemakkelijker.

Geldelijke schade zal zich in het algemeen goed lenen voor een collectieve vordering. Andere schade, in natura, zal een aantal problemen geven in het kader van de samenstelling van de groep, en het onderzoek dat moet gebeuren om de schade te begroten voor de toekenning van het uiteindelijke herstel. Dit onderzoek zal verder moeten gaan dan het vaststellen van bedragen, en ook kijken naar andere concrete omstandigheden. Het kan dus zijn dat een individuele vordering, of de samenvoeging van vorderingen, in het gemeen recht de rechter beter in staat stelt om dit te onderzoeken en om een aangepast herstel te bevelen voor de schadelijders. De rechter zal minder vrijheid hebben om met elke individuele consument rekening te houden bij een groepsvordering.

161. Het volgende onderscheid, binnen de geldelijke schade, is de strooischade en de substantiële massaschade. In het geval van de strooischade zal de consument, zoals al meermaals is aangehaald, mogelijks het meeste profiteren van een collectieve vordering. Dergelijke procedure zal een oplossing bieden voor de problemen van de kosten, het initiatief en de afwikkeling. De gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden zullen zich niet lenen ter afhandeling van strooischade.

De substantiële massaschade zal wel in aanmerking komen voor gemeenrechtelijke vorderingen, aangezien het bedrag al groter is, en dus de apathie en kostenproblematiek minder relevant zijn. Indien er hier sprake is van een grote groep schadelijders, dan zal het vanuit proceseconomisch standpunt voordeliger zijn om een collectieve vordering in te stellen. Voor de consumenten zelf is het natuurlijk mooi meegenomen dat de procedure zal worden geleid door een groepsvertegenwoordiger evenals dat de kosten door deze worden gedragen.

162. Ten slotte werd in de voorbeelden sluipende schade aangehaald. Deze staat tegenover gefixeerde schade. Deze twee soorten schade op zich geven geen beter of slechter resultaat binnen respectievelijk het gemeen recht of de collectieve procedure, het zal afhangen van de andere elementen die aanleiding geven tot het soort schade. Het is wel zo dat de collectieve procedure een aangepast mechanisme heeft voor de sluipende schade, zodat het voordoen van

dit soort schade niet automatisch een gemeenrechtelijke procedure vereist. Dit op zich zal dus geen criterium uitmaken.

B. Partijen

163. Een volgende criterium dat dient te worden besproken is dit van de partijen. De twee partijen zullen altijd langs de eisende kant de groep, vertegenwoordigd door de groepsvertegenwoordiger, en langs de kant van de verweerder de onderneming zijn. Dit zal op zich dus geen criterium uitmaken die bijdraagt tot de mogelijkheid om een collectieve vordering in te stellen. In dit kader is het daarentegen wel nuttig te kijken naar het aantal slachtoffers, die deel uitmaken van de groep, evenals de vermogenstoestand van de onderneming.

164. Hoe groter de groep schadelijders is, hoe moeilijker het instellen van een gemeenrechtelijke vordering praktisch zal worden. Bij een relatief beperkte groep consumenten zullen hun individuele vorderingen nog kunnen worden gecumuleerd, en dus behandeld door een enkele rechter binnen het gemeen recht. Indien het gaat om een echt beperkte groep schadelijders, zal de samenvoeging daarentegen wel mogelijk zijn, en zal dit eventueel niet eens nodig zijn, omdat het gerechtelijk apparaat niet in grote mate zal belast worden.

Bij een van de voorbeelden hierboven besproken, ontstond er zelfs een conflict tussen de hoeveelheid slachtoffers waarvoor een collectieve vordering beter aangepast was, en de individuele beoordeling van de zaak, waarvoor de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden beter zijn aangepast. Het voorbeeld inzake de beperking van de bewijsmiddelen, had namelijk het potentieel van veel schadelijders te hebben, wat praktische moeilijkheden meebrengt voor een gemeenrechtelijke procedure. Daartegenover stond de bedenking dat een collectieve vordering een individuele beoordeling van de omstandigheden, de schade en de aanspraken van de consumenten moeilijker maakt dan de gemeenrechtelijke vordering. Hier moest dus een afweging worden gemaakt tussen beide belangen, die afhangt van de concrete omstandigheden.

Samengevat zal een grote groep consumenten dus een goed criterium zijn om te besluiten dat een collectieve vordering nodig is. Men zal tegelijkertijd niet uit het oog mogen verliezen dat

bij bepaalde soorten schade of concrete omstandigheden, waarbij deze concrete omstandigheden sterk verschillen per schadelijder en individueel moeten beoordeeld worden, het instellen van een collectieve procedure zijn schaalvoordelen verliest. Een enkele gevatte rechter zal namelijk een uitgebreide beoordeling moeten maken, die in de gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden mogelijks nog verspreid zou zijn over meerdere rechters. Toch zal de collectieve vordering voor de onderneming en de consumenten zelf het voordeel meebrengen dat alles in een keer wordt geëvalueerd en dat er geen veelheid aan verspreide procedures speelt. Er zal dan ook meer consistentie spelen in de uitspraak van de rechter, en meer rechtszekerheid in het algemeen.

Vanaf dat er dus een substantiële groep consumenten is, zal de collectieve vordering dus voordelig zijn. De schaalvoordelen spelen op vlak van de kosten, van de rechtszekerheid en gaan, in de meeste gevallen, bovendien een overbelasting van het gerechtelijk apparaat tegen.

165. Met betrekking tot de verwerende partij, de onderneming, zal een van de grote vragen de financiële draagkracht zijn van deze. Een meer vermogende onderneming zal geen problemen ondervinden met noch de collectieve procedure, noch de gemeenrechtelijke. Deze zal namelijk voldoende voorzieningen hebben om dergelijke onvoorzienbare kost te dragen. Een onderneming die daarentegen een beperkter vermogen heeft, zal er baat bij hebben dat er een collectieve procedure mogelijk is. Ten gevolge van deze procedure, zal de onderneming namelijk beter kunnen inschatten welke bedrag te voorzien voor het herstel van de schade. Bovendien zal ze vrij zeker zijn dat er geen individuele procedures zullen volgen waarbij telkens een additioneel, en onzeker bedrag van schadevergoeding zal moeten betaald worden. Dit werd hierboven reeds besproken.

Ook vanuit het standpunt van de schadelijders, zal een collectieve vordering voordeliger zijn bij een onderneming met beperkt vermogen. Bij deze vordering, zal de groep namelijk een herstel toegekend krijgen, waarop dan alle schadelijders die deel uitmaken van de groep, recht op hebben. In tegenstelling tot bij de gemeenrechtelijke vordering, zal er dan geen '*eerst komt, eerst maalt*' effect spelen, waarbij enkel de eerste consumenten die een vordering instellen hun schade nog kunnen verhalen op de onderneming, en de latere niet meer. Mijn insziens kan de schadeafwikkelaar, die de afwikkeling van het herstel na de collectieve procedure doet, ook rekening houden met de financiële toestand van de onderneming en ervoor zorgen dat alle consumenten herstel bekomen, desnoods maar ten dele. Deze

problematiek komt nergens in de memorie van toelichting uitdrukkelijk ter sprake, maar het lijkt toch een mogelijkheid²⁵⁴.

Dus ook in het licht van de mogelijks slechte financiële toestand van de onderneming als verwerende partij zal de collectieve vordering de betere optie zijn. Met andere woorden kan de financiële toestand van de onderneming een criterium zijn dat meespeelt in de keuze tussen collectieve en gemeenrechtelijke procedure.

C. Toekomst

166. Naar de toekomst toe kan er ook rekening gehouden worden met eventuele evoluties en daaruit af te leiden criteria. Hierbij kan er worden gedacht aan het volume van ingestelde vorderingen, de eventuele inburgering en de duur van een collectieve procedure. Deze toekomstvisie zal verderop in meer detail worden besproken, maar kan ook aanleiding geven tot enkele criteria voor het kunnen instellen van een collectieve vordering.

167. Indien er in de toekomst een grote hoeveelheid aan collectieve vorderingen wordt ingesteld, en deze telkens worden ingesteld door Test-Aankoop, als enigste op dit moment actieve groepsvertegenwoordiger, dan kunnen hier wel wat problemen ontstaan. Test-Aankoop moet namelijk telkens de collectieve vordering financieren, terwijl ze maar in beperkte mate hun kosten kunnen verhalen op de verweerder. Dit kan een financiële druk geven op de consumentenvereniging. Ten gevolge van deze kan de kost van het instellen van een vordering, of van het initiatief nemen om een groep samen te stellen meespelen als criterium voor het instellen van een collectieve procedure.

Er zijn namelijk onrechtmatige bedingen waarbij deze financieringskosten hoger oplopen dan bij andere. Dit kan voor Test-Aankoop leiden tot een afweging van welke bedingen het ‘waard’ zijn om een vordering voor in te stellen, en om de kosten voor te investeren en welke niet. Denk onder andere aan het voorbeeld van de clause met het onrechtmatige exoneratiebeding²⁵⁵. In dat geval was er een opt-in systeem nodig om de groep samen te stellen, waarbij Test-Aankoop actief op zoek moet naar de schadelijders die kunnen kiezen deel uit te maken van de groep. Dit opsporen en informeren van de consumenten die in

²⁵⁴ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001;

²⁵⁵ *Supra* 54, nr. 137;

aanmerking komen, brengt hoge kosten met zich mee voor Test-Aankoop. Deze kosten zullen minder hoog zijn voor bijvoorbeeld het voorbeeld van de eenzijdige prijsverhoging, waarbij de groep kan worden samengesteld via het optiesysteem met exclusie²⁵⁶. De procedure zal verder ook vrij rechtlijnig verlopen, zonder veel extra onderzoeksmaatregelen. Dit was wel het geval bij het voorbeeld waar de lichamelijke schade zich voordeed, daar zou Test-Aankoop dan ook weer eventueel veel kosten moeten voorschieten tot na de definitieve beslechting van de procedure²⁵⁷.

Test-Aankoop kan dus mogelijks afwegen welke vorderingen ze wil instellen op momenten dat de onrechtmatigheid zich voordoet, en daarmee rekening houden met het criterium van de kosten. De toekomst zal uitwijzen of er zich echt een zware toename van collectieve procedures voordoet die aanleiding geeft tot dergelijke overweging in hoofde van de groepsvertegenwoordiger.

168. Het kan natuurlijk ook dat indien er ten gevolge van de hoge kosten een afweging moet gebeuren, dat Test-Aankoop deze eerder zal invullen met het oog op het geven van een signaal naar de sector toe. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen zal zijn adviezen met betrekking tot onrechtmatige bedingen richten tot een sector op zich, in de hoop toekomstige inbreuken te beperken op zich. De dreiging van een collectieve vordering kan namelijk een sterk preventief signaal geven om toekomstige inbreuken tegen te gaan. Vanuit een beleidskundig opzicht, kan dan de afweging worden gemaakt welke vordering een groter effect kan hebben op de sector in zijn geheel. In hoeverre de collectieve procedures op zich een preventief effect zullen hebben, of een gekende optie zullen worden, zal afhangen van de inburgering.

169. Ten slotte moet men met de duur van een procedure ook als criterium rekening houden. Dit werd hier onder de toekomstvisie gebracht, aangezien het moeilijk is een inschatting van deze te maken in algemene termen, zonder dat er in de praktijk een collectieve vordering in zijn geheel is doorlopen. In de besproken voorbeelden werd er wel telkens een bedenking gemaakt over de duur van bepaalde handelingen of onderdelen van de procedure. Het is logisch dat sommige onrechtmatige bedingen aanleiding zullen geven tot een langere procedure, zoals de beperking van bewijsmiddelen, en andere tot een kortere, zoals de

²⁵⁶ *Supra* 28, nr. 75;

²⁵⁷ *Supra* 56, nr. 142;

eenzijdige prijsverhoging. Indien de consument sneller herstel kan behalen via de gemeenrechtelijke procedure, zal dit mogelijks ook meespelen in de afweging tussen de collectieve vordering en de gemeenrechtelijke mogelijkheden.

Dit criterium zal waarschijnlijk maar in ondergeschikte mate meespelen ten opzicht van de hiervoor aangehaalde criteria. Maar indien het gaat om schade die efficiënt verhaalbaar is met een klassieke vordering volgens de andere criteria, dan kan de duur van de procedure de doorslag geven. De collectieve procedure heeft namelijk het nadeel dat deze bestaat uit verschillende fases, die elk respectievelijk lang kunnen aanslepen, waar een gemeenrechtelijke, individuele, procedure tot een snellere oplossing zou kunnen leiden.

D. Conclusie

170. Samenvattend lijkt het hiermee mogelijk om een soort van algemene beoordeling op te stellen waarmee de doelmatigheid van een collectieve vordering voor verschillende onrechtmatige bedingen kan worden geëvalueerd²⁵⁸.

171. Op het vlak van de schade moet er eerst worden gekeken of het gaat om geldelijke schade of niet. In het eerste geval, zal een collectieve vordering in se mogelijk zijn. Bij schade die niet financieel is, zal dit soms problematisch zijn en kan het, afhankelijk van de concrete omstandigheden verder, niet efficiënt zijn om een collectieve procedure in te stellen. Het bestaan van sluipende schade maakt de collectieve vordering niet moeilijker, maar heeft ook geen positief effect. De collectieve is namelijk voorzien op dergelijke gevallen. Strooischade leent zich perfect voor een collectieve vordering en de problemen die dit soort schade traditioneel veroorzaakt in een gemeenrechtelijke procedure worden hiermee grotendeels opgelost. Bij substantiële massaschade is de collectieve vordering niet langer de enige vorderingsmogelijkheid, maar brengt de keuze daarvoor wel nog veel voordelen mee, zoals op het vlak van de kosten.

172. Hoe meer schadelijders er zijn, hoe beter aangepast de collectieve procedure zal zijn dan de gemeenrechtelijke om herstel te bekomen voor de schadelijdende consumenten. In dit kader dient wel rekening te worden gehouden met procedures waar een individuele

²⁵⁸ Doelmatigheid in de zin van Art. XVII.36, 3° WER;

beoordeling nodig blijft, en de schaalvoordelen van een collectieve vordering teniet doet. Bij een mogelijks slechte financiële toestand van de onderneming, is het ten gevolge van de verhoogde rechtszekerheid beter om een collectieve procedure in te stellen.

173. Naar de toekomst toe is het belangrijk om rekening te houden met de vele kosten van Test-Aankoop als, op dit ogenblik klaarblijkelijk de enigste, groepsvertegenwoordiger. In deze zin moet er ook worden rekening gehouden met de inburgering en ten gevolge daarvan de afschrikkende en preventieve werking van collectieve vordering. Dit kan namelijk een belangrijk element zijn om mee te overwegen als men wilt bepalen of een collectieve vordering doelmatiger is dan de gemeenrechtelijke opties. Ten slotte moet men ook rekening houden met de duur van de periode, maar dan in ondergeschikte orde. Dit zal in de meeste gevallen niet op zichzelf doorslaggevend zijn, maar kan wel een ondersteunend criterium zijn in die beslissing.

Deze criteria kunnen worden gebruikt om te evalueren in hoeverre een specifieke clausele zich leent voor een collectieve vordering. Maar ook voor de open norm kunnen deze criteria helpen een beeld te schetsen van de doelmatigheid van een procedure²⁵⁹. Een beding dat onrechtmatig is, in de zin van deze norm, en niet van de zwarte lijst, kan namelijk ook worden getoetst aan de hier besproken criteria. Er kan dan worden gekeken of een collectieve vordering voor die specifieke clausele een nuttig instrument is voor de slachtoffers, of dat de gemeenrechtelijke beter is.

174. In het algemeen lijkt de collectieve vordering een mogelijkheid in de meeste gevallen. Enkel bij kleine groepen schadelijders, bij substantiële massaschade, en zeker de combinatie van beiden, kan de gemeenrechtelijke vordering beter zijn. Ook in het geval dat de schade niet van een financiële aard is, en veel onderzoek of een individuele beoordeling met zich mee brengt, zal de collectieve vordering niet het best aangepast element zijn.

Beoordelen of de collectieve vordering dus nuttig is en doelmatig, moet niet worden gedaan per clausele van de zwarte lijst op zich, maar kijkend naar de hier besproken criteria. Prima facie zullen er dan natuurlijk bedingen van de zwarte lijst zijn die zich beter hiertoe lenen dan

²⁵⁹ Art. XVII.36, 3° WER;

andere. Bijvoorbeeld schadebedingen²⁶⁰ en eenzijdige prijswijzigingsbedingen²⁶¹ zullen aanleiding geven tot in geld waardeerbare schade, voor vaak een heel grote groep consumenten.

4.2. Voor- en nadelen van de collectieve vordering

4.2.1 Algemeen

175. De collectieve vordering kan dus een nuttig instrument zijn voor onrechtmatige bedingen, binnen de hierboven besproken criteria. Het is nuttig in dit kader ook even kort op een rij te zetten voor welke entiteiten de collectieve vordering vooral een nuttig instrument kan zijn en in welke mate. Dit werd reeds doorheen de bespreking aangehaald, en zal dus maar kort worden samengevat hier. Er zal worden gekeken naar de consumenten, de ondernemingen, het gerechtelijke apparaat en Test-Aankoop.

A. Consumenten

176. Voor consumenten die het slachtoffer werden van onrechtmatige bedingen, biedt de collectieve vordering natuurlijk een nuttig alternatief aan de vorderingsmogelijkheden van het gemeen recht. Ze kunnen hier namelijk zware kosten vermijden en zullen de leiding van het geding kunnen overlaten aan een organisatie, zoals Test-Aankoop, die professioneel de zaak kan leiden. Hierdoor zullen de consumenten ook niet zelf een actieve houding moeten aannemen. Deze voordelen werden voordien al uitgebreid besproken.

De collectieve vordering heeft niet enkel het voordeel dat consumenten sneller zullen kunnen overgaan tot het instellen van een vordering tot herstel, tegen lagere kost en geleid door een professionele groepsleider. Een ander voordeel is dat, naar de toekomst toe, dergelijke collectieve procedures ingeburgerd kunnen geraken, waardoor consumenten ook meer bewust zullen zijn van hun rechten. Dit laatste kan zeker nuttig zijn voor onrechtmatige bedingen, waarover consumenten vaak niet op de hoogte zijn. In dezelfde lijn zullen ondernemingen wegens de zware gevolgen van een mogelijke collectieve procedure hopelijk ook voorzichtiger omgaan met algemene voorwaarden en contracten, door onrechtmatige

²⁶⁰ Art. VI.83, 17° WER;

²⁶¹ Art. VI.83, 2° of 3° WER;

bedingen te beperken. Er zal namelijk een sterk signaal uitgaan van collectieve vorderingen, waardoor een sterke preventieve werking het gevolg zal zijn.

177. Het nadeel op dit moment is de onbekendheid van de collectieve vordering, en de lange duur voordat dit systeem echt zal ingeburgerd geraken. Een andere mogelijk nadeel naar de toekomst toe is dat Test-Aankoop niet meer zal willen optreden voor alle geschillen inzake onrechtmatige bedingen die aanleiding kunnen geven tot collectieve procedures, aangezien voor hen de kosten en de werklast sterk kunnen oplopen. De consument zal dan, zonder groepsvertegenwoordiger geen gebruik kunnen maken van de collectieve vordering.

178. Voor consumenten hangen er dus, in conclusie, overwegend meer voordelen vast aan de collectieve vordering als instrument voor onrechtmatige bedingen, dan nadelen. Het is voor hen dus zeker een nuttig instrument.

B. Ondernemingen

179. Voor ondernemingen is het grote voordeel de rechtszekerheid die voortvloeit uit het samenbundelen van alle schadelijders in een groep. Hierdoor zal de schadevergoeding beter te begroten zijn en de afwikkeling van het geding in een keer gebeuren, zonder dat men het risico loopt op een veelheid aan individuele procedures. De kosten van het geding en het eventuele herstel zullen dus beter voorzienbaar, en beter beheersbaar zijn. Vaak zullen zelfs alle schadelijders, namelijk bij een *opt-out* systeem, gebonden zijn door de beslissing, wat de zekerheid alleen nog maar vergroot. Ten slotte zullen ondernemingen ook op grotere schaal de mogelijkheid krijgen om hun algemene voorwaarden en overeenkomsten bij te sturen, opdat de bescherming van de consumenten gewaarborgd blijft. Dit zal voor de ondernemingen die te goeder trouw beogen te handelen ook een groot voordeel zijn. Een onderneming heeft namelijk ook de rol om maatschappelijk relevant en verantwoordelijk te zijn. In deze kan de collectieve vordering ook bijdragen tot het bewustzijn van de onderneming aangaande het belang van het vermijden van onrechtmatige bedingen in het belang van zijn klanten.

180. Het nadeel is dat er een grote toename aan procedures zal volgen, waar consumenten nu eerder apathisch blijven of onwetend zijn van hun rechten. Dit zal tot gevolg hebben dat

een onrechtmatig beding dat in het verleden weinig of geen procedures opleverde, vandaag de dag ineens grote financiële gevolgen kan hebben voor de onderneming.

181. De collectieve vordering zal voor de onderneming op zichzelf dus eerder een nadelig instrument zijn, alhoewel de eigenlijke invulling van de procedure wel positieve gevolgen heeft voor de rechtszekerheid van de onderneming.

C. Gerechtelijke apparaat

182. Voor het gerechtelijke apparaat in zijn geheel zal de collectieve vordering in sommige opzichten nuttig zijn en in andere minder. Het voordeel van de collectieve procedure is dat het de werklast van een veelheid aan individuele procedures kan verminderen door deze te reduceren tot een grote groepsvordering. De rechter zal dus maar één keer moeten beoordelen en uitspraak doen over een onrechtmatig beding, in tegenstelling tot verspreid over verschillende individuele procedures. De voordelen ten opzichte van andere gemeenrechtelijke vorderingsmogelijkheden werden hierboven al besproken.

183. Het nadeel is dat alle collectieve vorderingen allemaal onder de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken in Brussel vallen²⁶². Hierdoor kan er een overbelasting van de rechters daar volgen. Een tweede nadeel is dat op dit moment de collectieve vordering nog een nieuw instrument is, en er nog weinig concrete duidelijkheid is over hoe de procedure zal verlopen en hoe alle stappen dienen te verlopen. Dit nadeel zal na verloop van tijd wel verdwijnen. In dat opzicht is het efficiënt dat alle vorderingen zullen vallen onder de bevoegdheid van dezelfde rechtbank, waardoor er ervaring en specialiteit kan groeien.

D. Test-Aankoop

184. Het voordeel voor Test-Aankoop is dat ze als representatieve consumentenvereniging een bijkomend instrument hebben gekregen om de belangen van de consumenten te verdedigen. Ze kunnen door middel van een collectieve vordering ook een heel sterke preventieve werking nastreven, aangezien een collectieve vordering een sterk

²⁶² Art. XVII.35 WER;

afschrikwekkend effect kan hebben. Waar Test-Aankoop nu probeert door individuele procedures dat signaal te geven aan een sector, kunnen ze dit nu op grotere schaal.

185. Het nadeel is dat er op het eerste zicht weinig alternatieven zijn voor een groepsvertegenwoordiger, buiten Test-Aankoop, waardoor alle druk op de vereniging valt. Dit kan naar de toekomst toe leiden tot een overbelasting en een hoge financiële druk. Test-Aankoop moet natuurlijk telkens actief de procedure voeren en de kosten telkens voorschieten. Ook zullen niet steeds alle kosten integraal kunnen verhaald worden op de onderneming in de hoedanigheid van in het ongelijk gestelde verweerder. Een ander nadeel is dat de collectieve procedure nog niet gekend is in België, en nog niet is ingeburgerd, waardoor er nu weinig zekerheid is over het verloop van dergelijke procedures. Bovendien kan het ook moeilijk zijn om op dit moment consumenten te vinden die willen deelnemen aan dergelijke procedure.

4.2.2 Aanpassingen

186. Het is dus duidelijk dat de collectieve vordering nut heeft voor alle partijen, maar overwegend voor de consumenten zelf. Het is dan ook een procedure die dient ter bescherming van de belangen van de consumenten. Ook werd voordien al duidelijk dat de procedure wel degelijk nuttig is in het kader van onrechtmatige bedingen, rekening houdend met een aantal criteria. Ondanks deze bevindingen zijn er natuurlijk ook een aantal problemen met de huidige procedure voor de collectieve vordering, en zijn er mogelijks een aantal aanpassingen nodig.

187. Een eerste probleem dat reeds werd gesignaleerd, is de problematiek van het saldo. Door het saldo niet aan de verweerder terug te laten toekomen, kan men namelijk argumenteren dat dit een vermomde punitieve schadevergoeding uitmaakt, de facto, aangezien sommige slachtoffers een tweede keer worden vergoed²⁶³. In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk gesteld dat dit niet zo bedoeld is, aangezien het doel van deze vergoeding is om een herstel te bieden voor geleden schade²⁶⁴. Deze vermelding geeft de intentie weer wat de wetgever, maar is niet voldoende om te besluiten dat er geen de facto

²⁶³ E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, “Belgische class action. Tien pijnpunten”, *NJW* 2015, afl. 326, 532;

²⁶⁴ MvT, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001, 42;

punitieve schadevergoeding speelt. De slachtoffers krijgen namelijk een bijkomend voordeel, bovenop het verkregen herstel voor de geleden schade. Dit probleem kan makkelijk worden verholpen door artikel XVII.61, §2 WER aan te passen en het saldo sowieso toe te kennen aan de verweerder.

188. Een tweede probleem dat ook reeds werd opgemerkt is dat bij een *opt-out* procedure na de beslissing te gronde de consumenten zich tot de griffie moeten richten om herstel te bekomen²⁶⁵. Dit kan een probleem zijn indien er sprake is van bijvoorbeeld strooischade, met de rationeel apathische consument als schadelijder. In dat geval is het namelijk mogelijk dat de consument apathisch blijft, zelfs indien het enkel gaat om het halen van het hem toegekende herstel. Indien de toegekende schadevergoeding beperkt is, ten gevolge van deze strooischade, bestaat het risico dat de consument de zogenaamde transactiekost (verplaatsing, informeren,...) niet in proportie vindt met het te bekomen herstel.

De wetgever heeft op dit probleem enkel ingespeeld door toe te laten dat het saldo dan zou worden gebruikt voor een eventuele prijsvermindering die voor alle klanten van de verwerende onderneming zou worden toegepast. Zo komt het de apathische consument alsnog indirect ten goede. In dit kader speelt natuurlijk het hiervoor besproken probleem van het mogelijke punitieve karakter van deze vermindering dan weer. Dit is dus geen elegante oplossing. Een mogelijke aanpassing lijkt op het eerste gezicht om het makkelijk te maken voor de consumenten om hun herstel te bekomen, dan om naar de griffie in Brussel te moeten gaan. Men kan bijvoorbeeld proberen een andere wijze van contact mogelijk te maken, waarbij dan aan de hand van de lijst kan worden gecontroleerd of de aanvraag rechtmatig is. Men kan in dit kader bijvoorbeeld denken aan contact via het internet, of gewone post.

189. Een derde bedenking werd ook al voordien aangehaald, namelijk de kosten voor de groepsvertegenwoordiger. Deze, in realiteit waarschijnlijk bijna uitsluitend Test-Aankoop, zal alle kosten van de procedure moeten dragen, en pas na afloop deze kosten kunnen verhalen op de verliezende tegenpartij. Het is in dit kader niet duidelijk of ze ook enkel aanspraak zullen kunnen maken op een forfaitair bedrag als rechtsplegingsvergoeding, of dat ze hun werkelijke kosten zullen kunnen doorrekenen²⁶⁶. Test-Aankoop zal verder ook veel personeelskosten

²⁶⁵ Art. XVII.54, 8° WER;

²⁶⁶ E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, "Belgische class action. Tien pijnpunten", *NJW* 2015, afl. 326, 534;

hebben en dergelijke die niet allemaal te dekken zijn met de vergoeding voorzien in de collectieve procedure. Het gaat dan vooral over personeelskosten en andere kosten die niet eenduidig toewijsbaar zijn aan de inspanningen die geleverd moeten worden in hoofde van de collectieve rechtsvordering. Men moet deze vergoeding voor de groepsvertegenwoordiger verder uitwerken om dit probleem op te lossen, maar wel oppassen geen ‘*pactum de quota litis*’ in te voeren. Dit zou namelijk tegen de Europese aanbeveling in gaan, evenals tegen de Belgische rechtsorde²⁶⁷.

190. In deze bespreking blijkt dus dat ondanks dat de collectieve vordering een nuttig instrument blijkt, er ook nog een aantal moeilijkheden en problemen spelen. Bovendien is er op dit ogenblik ook nog een grote onduidelijkheid over hoe de procedure praktisch zal verlopen. Zodra er in de praktijk een aantal procedures doorlopen zijn, zullen deze zaken duidelijker worden, en tegelijkertijd zullen een aantal andere pijnpunten zich tonen. De toekomst zal dit moeten uitwijzen²⁶⁸.

4.2.3 Vergelijking met Nederland

191. In Nederland bestaat er al langer een mogelijkheid tot het instellen van een groepsvordering, dan in België. Het Nederlandse wettelijke kader hiervoor noemt de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), die bestaat sinds 2005²⁶⁹. Deze WCAM maakt het mogelijk voor groepen van schadelijders, vertegenwoordigd door een stichting of vereniging, om akkoorden te sluiten met de entiteit die de schade heeft veroorzaakt. Deze akkoorden kunnen dan worden gehomologeerd door het Gerechtshof in Amsterdam²⁷⁰. Nadat de partijen zijn overgegaan tot het onderhandelen en bekomen van een akkoord, zal er een gerechtelijke fase aanbreken. In deze zal de rechter de beslissing toetsen aan een aantal vormvereisten en inhoudelijke regels, waarna hij een beslissing zal maken. In deze beslissing wordt er ook besloten tot de algemene verbindende kracht van het akkoord voor alle

²⁶⁷ Considerans (15), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU en I. VRANCKEN, “Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht”, *TBBR* 2014, afl. 9, 432;

²⁶⁸ Voor een verdere bespreking van een aantal problemen inzake de collectieve vordering zie E. DE BAERE, A. MAERTENS, K. WILLEMS, “Belgische class action. Tien pijnpunten”, *NJW* 2015, afl. 326, 522-535;

²⁶⁹ S. VOET, “Nederlandse class action-regeling: lessen voor België?” *Juristenkrant* 2012, afl. 248, 12;

²⁷⁰ E. DE BAERE, “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2563;

slachtoffers die geen gebruik hebben gemaakt van hun *opt-out* mogelijkheid²⁷¹. De derde en laatste fase is deze van de schadeafwikkeling. Deze WCAM heeft massaschade als toepassingsgebied, en is dus niet beperkt tot consumentenrecht, maar zal hier zeker een mogelijk instrument voor zijn. Het systeem van de WCAM is al sterk ingeburgerd in Nederland, en er zijn al veel geschillen via deze procedure beslecht²⁷².

192. Het grote verschil met België is dat er dus geen behandeling van de zaak ten gronde gebeurt in de collectieve procedure, maar dat deze enkel geldt ter homologatie van een eventueel gesloten akkoord. Dit brengt het risico mee dat er bij strooischade geen herstel wordt gevonden. De schadeverwekker zal namelijk de rationeel apathische houding van de consument verwachten en weinig interesse hebben om actief een schadevergoeding en akkoord hieromtrent na te streven voor de slachtoffers. De Baere vermeldt daarom de mogelijkheid van het instellen van een zogenaamd collectief actierecht, voorzien in artikel 3:305a van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek²⁷³. Dit geeft een vereniging of stichting de mogelijkheid om een collectieve vordering in te stellen voor een groepering, voor zover de verdediging van diens belangen werd opgenomen in de statuten. Deze mogelijkheid zal hier niet verder worden uitgewerkt.

In het Nederlandse systeem zal er dus enkel een procedure ten gronde kunnen worden gevoerd voor een groep schadelijdende consumenten via een omweg. De WCAM speelt enkel ter homologatie van een akkoord. De collectieve procedure van artikel 3:305a NBW zal ook enkel worden gevoerd in naam van de belangenvereniging en zal de schadelijders niet individueel binden. Individuele procedures blijven dus mogelijk²⁷⁴. De WCAM zal wel bindend zijn voor alle groepsleden. Het Belgische systeem zal meer zekerheid bieden aan de schadelijders om herstel te bekomen, en minder afhangen van de goede wil van de schade verwekkende entiteit.

²⁷¹ E. DE BAERE, “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2568;

²⁷² Zie hiervoor E. DE BAERE, “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2625;

²⁷³ E. DE BAERE, “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2576;

²⁷⁴ I.N. TSANKOVA, “Class actions in the Netherlands”, 24 september 2007, <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-netherlands>, 6;

193. Een ander belangrijk verschil dat bovendien in Nederland speelt, heeft te maken met de financiering van de collectieve vordering. In Nederland bestaat op dit moment namelijk de mogelijkheid, die ook meer en meer ingeburgerd geraakt, om een vrijwillige bijdrage te vragen aan alle leden van de groep voor de financiering van de collectieve vordering²⁷⁵. Dit is een manier om het probleem van de financiële druk op de groepsvertegenwoordiger in het Belgische systeem te verminderen, maar het brengt andere problemen met zich mee. Zoals Tsankova opmerkt, kan dit systeem van bijdragen namelijk een *free rider* probleem meebrengen, waarbij niet alle groepsleden bijdragen maar wel kunnen meeprofiteren van de bijdragen van anderen. Bovendien zullen eventuele schadelijders consumenten in bijvoorbeeld gevallen van strooischade niet snel een bijdrage willen leveren. Er zal namelijk weer sprake zijn van de reeds meermaals aangehaalde rationele apathie.

Bovendien zal er in dit systeem sprake zijn van akkoorden, waardoor de vertegenwoordigende entiteit voor de schadelijders zelf zal kunnen onderhandelen met de tegenpartij over de vergoeding die dient te worden betaald voor gemaakte kosten langs haar kant. Dit zal de mogelijkheid open laten voor een meer reële dekking van deze kosten. Er moet in dit kader wel weer worden opgepast voor het verbod op een *'pactum de quota litis'*²⁷⁶.

194. In het kader van het probleem van een saldo op het einde van de afwikkeling van de schadevergoeding, is er in Nederland voorzien dat dit bedrag zal worden verdeeld onder de schadelijders die een bijdrage hadden geleverd, en dit proportioneel aan hun bijdrages²⁷⁷. Hier kan dus mogelijks ook een probleem spelen van een de facto punitieve schadevergoeding indien de vergoeding de bijdrage overschrijdt. Door het saldo op deze manier te besteden, kan mogelijks wel het free rider probleem worden verminderd. De bijdragers zullen namelijk kans hebben op vergoeding achteraf, bovenop het herstel dat ze kunnen bekomen.

195. Ten slotte zal er enkel een optiesysteem met exclusie mogelijk zijn in het Nederlandse systeem, en geen keuze tussen de beide systemen, zoals in België. Het nadeel hiervan is dat er minder flexibiliteit speelt, en dat partijen dus minder snel kunnen inspelen op de specifieke

²⁷⁵ I.N. TSANKOVA, "Class actions in the Netherlands", 24 september 2007, <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-netherlands>, 3;

²⁷⁶ Dit wordt namelijk in Europa afgeraden: Considerans (15), Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU;

²⁷⁷ E. DE BAERE, "De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact", *TPR* 2013, afl. 4, 2603;

omstandigheden van de zaak. Het voordeel ligt erin dat er algemene binding zal zijn voor alle deelnemers van de groep, en dat voor alle zaken dan. Dit geeft de verweerder veel rechtszekerheid.

196. In het kader van dit onderzoek werd er geopteerd om de Nederlandse procedure niet verder in detail te bespreken, maar eerder op beknopte wijze een paar belangrijke verschillen met het Belgische systeem aan te kaarten²⁷⁸. In conclusie lijkt het Nederlandse systeem dus minder efficiënt als instrument dan het Belgische. Dit komt door de beperking van de procedure tot homologatie van akkoorden, de beperking tot een *opt-out* procedure, en het *free rider* probleem van de bijdrages door schadelijders.

4.3 Alternatieven

4.3.1 Alternative Dispute Resolution (ADR)

197. Er kan in dit kader worden gedacht aan andere technieken, zoals arbitrage²⁷⁹ of bemiddeling²⁸⁰. Bij arbitrage zullen de partijen samen een derde als arbiter aanstellen. Deze zal dan een beslissing maken over het geschil die bindend is voor de partijen²⁸¹. Bij bemiddeling zullen de partijen zelf proberen tot een oplossing te komen, en zullen ze hierin worden begeleid door een bemiddelaar. Deze laatste zal zelf geen beslissingen vellen, maar enkel een kader voorzien waarin partijen zelf kunnen onderhandelen²⁸².

198. Bemiddeling zal minder efficiënt zijn dan de onderhandelingsmogelijkheid die in de verplichte fase hiervoor wordt geboden in de collectieve vordering. Men kan in dit kader namelijk al een beroep doen op een bemiddelaar, indien beide partijen dat wensen. Bovendien zal hier dan een bemiddeling kunnen gebeuren tussen de groepsvertegenwoordiger en de verwerende onderneming, in plaats van tussen individuele consumenten en deze laatste. Men

²⁷⁸ Voor een bespreking van het Nederlandse systeem in detail zie E. DE BAERE, “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2562

²⁷⁹ Art. 1676 en verder Ger. W.;

²⁸⁰ Art. 1724 en verder Ger. W.;

²⁸¹ X., “Arbitrage”, *NJW* 2013, afl. 286, 588;

²⁸² W. MEUWISSEN, “Bemiddeling”, X., in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, VIIIbis.2 – 1;

kan natuurlijk ook de bemiddeling voeren met de consumenten, vertegenwoordigd via een gemeenschappelijke techniek, maar dit compliceert de bemiddeling nodeloos.

Arbitrage zal niet mogelijk zijn in de verplichte onderhandelingsfase van de collectieve vordering. Dit systeem zal wel dezelfde problemen kennen als de bemiddeling, en de gemeenschappelijke vorderingstechnieken. Dit systeem zal dus ook geen meerwaarde kunnen bieden voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen.

4.3.2 Websites

199. Ten slotte bestaan er voor consumenten ook alternatieven buiten de betreden paden van de gerechtelijke actiemiddelen en de hier reeds besproken buitengerechtelijke actiemiddelen. Er bestaan namelijk websites en platformen op sociale media waarbij een consument terecht kan met klachten tegen een onderneming. De organisatie achter het online platform zal dan de onderneming contacteren voor de consument en proberen tot een oplossing te komen. Dit zal vaak gebeuren ten gevolge van een groot aantal klachten. Er zal in dit kader dus ook vaak sprake zijn van groepen consumenten, die geleid door een organisatie of vereniging, optreden tegen een onderneming. Een voorbeeld hiervan is “<http://www.ontevredenklanten.be>” dat klachten behandelt gaande van gebrekkige goederen²⁸³ tot prijsverhogingen²⁸⁴. Voor elke klacht kan de consument dan een gewenste oplossing aangeven. Het voordeel van dit systeem is dat dergelijk platform kan gebruik maken van de schaalvoordelen van vele consumenten, waardoor het platform een sterke onderhandelingspositie verkrijgt ten opzichte van de ondernemingen. Het is voor consumenten ook zeer toegankelijk, en er is geen kost aan verbonden. Vele van de klachten zouden uit hun aard, mits voldoende schadelijders, ook in aanmerking komen voor een collectieve procedure.

200. Mijns insziens, zal de collectieve procedure dergelijke websites niet doen verdwijnen, maar een mogelijk bijkomend actiemiddel vormen, net zoals dat het geval is voor Test-Aankoop. Er zal wel een beroep moeten worden gedaan op een entiteit die mag optreden als

²⁸³ X., “Keuken deuren schilferen af”, <http://www.ontevredenklanten.be/klacht/ikea/keuken-deuren-schilferen-af/34268>;

²⁸⁴ X., “Factuur gsm diensten is nu x3 !!!!”, <http://www.ontevredenklanten.be/klacht/proximus/factuur-gsm-diensten-is-nu-x3-/34262>;

groepsvertegenwoordiger. Samengevat zijn deze websites dus een kosteloos en vrij toegankelijk alternatief voor consumenten die willen optreden tegen een onderneming, zonder daarvoor een beroep te moeten doen op de klassieke middelen die daarvoor worden aangeboden en hier werden besproken. De collectieve vordering zal sommige van de voordelen van deze websites ook vertonen voor de consument, maar zal, zeker totdat er meer inburgering is, minder toegankelijk zijn. Ten slotte geven deze platformen ook een grote flexibiliteit om in te spelen op de individuele wensen en situatie van elke consument, waar de collectieve vordering dit niet kan.

5. Conclusie

201. In conclusie moet dus de volgende vraag worden beantwoord: “In hoeverre is de collectieve vordering een nuttig instrument voor geschillen inzake onrechtmatige bedingen?”. Het antwoord op deze vraag werd beantwoord aan de hand van verschillende stappen.

202. De eerste stap was de formulering van criteria binnen de welke een schadegeval zich leent voor een collectieve vordering. Deze werden ontwikkeld op basis van verschillende concrete voorbeelden. Het eerste criterium was het type schade, waarbij geldelijke schade zich perfect leent voor collectieve procedures. Verder leent vooral strooischade zich voor de groepsvordering, maar komen sluipende schade en substantiële massaschade hier ook voor in aanmerking. Voor substantiële massaschade is het nochtans wel mogelijk dat de gemeenschappelijke opties beter aangepast zijn. Het tweede criterium was het aantal schadelijders. Ten slotte werd er rekening gehouden met mogelijke evoluties naar de toekomst toe, en de rol van Test-Aankoop hierin met betrekking tot een overrompeling van procedures.

203. De tweede stap is te kijken naar de actoren. Vanuit het standpunt van de consument is de collectieve vordering zeker een nuttig instrument gebleken. Maar ook voor de ondernemingen, die waarschijnlijk als verdediger zullen optreden, is de collectieve vordering in bepaalde mate een nuttig instrument. Ten slotte hebben ook Test-Aankoop en het gerechtelijke apparaat baat bij de collectieve vordering.

204. Ten derde heeft de collectieve vordering wel een aantal problemen, die werden besproken, waarvoor naar de toekomst toe een oplossing zal moeten gezocht worden. Het gaat

hier om het saldo, het herstel bekomen als slachtoffer in een optiesysteem met exclusie, en de financiering van de groepsvertegenwoordiger. Maar deze problemen zijn niet van een zodanig grote aard dat de collectieve vordering hierdoor niet langer een nuttig instrument is.

205. Verder werd er uit een korte vergelijking met het Nederlandse WCAM systeem duidelijk dat het Belgische systeem veel efficiënter is. De Belgische collectieve vordering is zeer flexibel, aangezien de mogelijkheid bestaat om tot een akkoord te komen, maar tezelfdertijd een beoordeling ten gronde ook mogelijk blijft. De flexibiliteit is ook terug te vinden in de keuze tussen het *opt-in* systeem en het *opt-out* systeem. Bovendien is de collectieve vordering in België ook sterk gericht op gevallen met beperkte schade. De consumenten kunnen een afwachtende houding aannemen, aangezien de leiding van het geding volledig in handen zal zijn van de groepsvertegenwoordiger. In Nederland kunnen er bijdragen gevraagd worden voor de financiering van het geding, waar dit in België volledig zal gedragen moeten worden door de groepsvertegenwoordiger. Ten slotte moet men in Nederland rekening houden met twee verschillende systemen, waarvan er een bovendien eerder een gemeenrechtelijk type procedure is, dat niet speciaal is aangepast aan consumentenzaken, waar de collectieve vordering in België dit wel is.

206. Ten slotte moet er worden vermeld dat voor de meeste schade die kan volgen uit onrechtmatige bedingen er geen volwaardig alternatief is aan de collectieve vordering. Zonder dit systeem zullen consumenten die schade lijden in veel gevallen geen herstel kunnen bekomen.

207. Samengevat is de collectieve vordering dus zeker een nuttig instrument voor de slachtoffers van onrechtmatige bedingen. Nu is het enkel nog afwachten naar de toekomst toe of de collectieve vordering voldoende ingeburgerd geraakt om deze mogelijk ten volle te benutten. Mijns inziens zal dat zeker goedkomen, en zal Test-Aankoop de belofte van dit instrument zeker waarmaken.

6. Bibliografie

6.1 Rechtspraak

Antwerpen 2 november 2009, *NJW* 2010, afl. 230, 702, noot STEENNOT, R.;

Antwerpen 31 oktober 2011, *NJW* 2012, afl. 265, 473, noot STEENNOT, R.;

Antwerpen 19 april 2012, *Jaarboek Marktpraktijken* 2012, 265, noot DE MAN, M.;

Antwerpen 31 oktober 2011, *NJW* 2012, afl. 265, 473, noot STEENNOT, R.;

Bergen 16 maart 2010, *Jaarboek Marktpraktijken* 2010, 167, noot P. CAMBIE;

Brussel (8e k.) 21 maart 2006, nr. 2004/AR/1550, *DCCR* 2006, afl. 73, 106, noot COENE, G.;

Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, afl. 228, 631, noot STEENNOT, R.;

Brussel 16 januari 2013, *Jaarboek Marktpraktijken* 2013, 531, noot LAFFINEUR, J.;

Cass. 8 oktober 1992, AR 9398, Hartman / Hartman;

Cass. (1e k.) 16 mei 2002, AR C.99.0497.N, V.F. / V.J. e.a.;

Cass. (3e k.) 22 maart 2010, AR C.09.0284.F, D.L.F. / H.D.V. F., D.L.C. e.a.;

Cass. (1e k.) 12 maart 2015, AR C.13.0193.F, E.D. / Y.D., G.D., M.D., G.D.;

Cass. (1e k.) 5 september 2014, AR C.13.0395.N, , M.B. / M. V. L., R.M., KBC Verzekeringen nv e.a., *RW* 2014-15, afl. 17, 668;

Gent 3 maart 2004, nr. 2002/AR/1406, , *DCCR* 2005, afl. 66, 66, noot SWAENEPOEL, E.;

Gent (12e bis k.) 8 februari 2006, *DCCR* 2006, afl. 72, 51, noot STEENNOT, R.;

Gent 20 december 2010, *Jaarboek Marktpraktijken* 2010, 182, noot CAMBIE, P.;

Gent 1 juni 2011, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 229, noot CAMBIE, P.;

Gent (13^e k.) 26 oktober 2012, *Jaarboek Marktpraktijken* 2012, 286, noot P. CAMBIE;

Gent 17 januari 2013, *NJW* 2014, afl. 302, 408, noot STEENNOT, R.;

Gent 25 januari 2013, *NJW* 2014, afl. 305, 557, noot STEENNOT, R.

Gent 13 november 2013, *NJW* 2014, afl. 311, 850, noot STEENNOT, R.;

Gent 19 november 2014, *NJW* 2016, afl. 338, 225, noot BRULEZ, P.;

HvJ (1e k.) 26 april 2012, nr. C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság / Invitel Távközlési Zrt, *Jaarboek Marktpraktijken* 2012, 231-244;

HvJ (1e k.) 21 januari 2015, nr. C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, Unicaja Banco, S.A. / José Hidalgo Rueda e.a., <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-482/13>;

HvJ (1e k.) 14 april 2016, nr. C-381/14, C-385/14, Jorge Sales Sinués / Caixabank SA; Youssouf Drame Ba / Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA), <http://curia.europa.eu> 14 april 2016, concl. SZPUNAR, M.;

Luik (3e k.) 3 november 2003, *RRD* 2004, afl. 111, 177;

Luik (13e k.) 25 februari 2013; *TBBR* 2014, afl. 4, 183;

Luik 9 oktober 2014, *NJW* 2015, afl. 324, 459, noot STEENNOT, R.;

Vred. Beveren-Waas 21 april 2015, *T.Vred.* 2015, afl. 9-10, 484, noot STEENNOT, R.;

Vred. Tongeren 8 april 2004, *Limb. Rechtsl.* 2004, noot VAN GOMPEL ,H.;

Vred. Waver, nr. 14 A 130, 18 februari 2014, *T.Vred.* 2015, afl. 9-10, 384, noot JACQUEMIN, H.;

6.2 Rechtsleer

BROECKX, K., Vertegenwoordiging in rechte en naamlening in het geding, *RW* 1994-95, 248-253;

BRULEZ, P., “Kwalificatie schadebeding of opzegbeding”, *NJW* 2016, afl. 338, 227;

CAMBIE, P., “Onrechtmatige bedingen: voortaan kleine lettertjes met grote gevolgen?”, *Jaarboek Marktpraktijken* 2011, 241-266;

CAMBIE, P., “Tegenstelbaarheid van contractvoorwaarden en wederkerigheid van schadebedingen tussen oud en nieuw: over een actiever Europees Hof bij de inhoudstoetsing van oneerlijke bedingen, en nieuwe telecomwetgeving”, *Jaarboek Marktpraktijken* 2013, 228-252;

DANIS, F., FALLA, E., LEFEVRE, F., “Introduction aux principes de la Loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014, afl. 6, 560-590;

DE BANDT, A., “La négociation et la médiation dans le cadre de l’action en réparation collective”, *TBH* 2014, afl. 6, 591-605;

DE BAERE, E., MAERTENS, A., WILLEMS, K., “Belgische class action: Tien pijnpunten”, *NJW* 16 september 2015, nr 326, 522-535;

DE BAERE, E., “De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact”, *TPR* 2013, afl. 4, 2563-2648;

DE BAERE, E., “Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht”, *TPR* 2007, 7-72;

DEHASSE, D., BOULARBAH, H., GILLIS, M., “Verslag van de lunchcauserie van 15 oktober

2014 “De onderneming voor consument(en): collectieve rechtsvorderingen, vorderingen tot staking, bemiddeling. Is het wetboek van economisch recht een revolutie van de consumentengeschillen?””, *DAOR* 2015, afl. 114, 116-118;

DEHOUCK, C., “Kan escrow een alternatief voor documentair krediet vormen?”, *DAOR*, 2004/69, 10-21;

FLAMEE, M., “Onrechtmatige bedingen”, *TBH* 1993, 630-649;

GEIREGAT, S., Verfijning van de transparantievereiste en duiding van de rol van aanvullend nationaal recht in het EU-recht inzake oneerlijke bedingen, *TBBR* 2015, afl. 3, 153-163;

GUILIAMS, S., “Beding waarin een architect zijn in-solidum-gehoudenheid uitsluit, is ongeoorloofd in zoverre het ook betrekking heeft op zijn tienjarige aansprakelijkheid”, *NJW* 2015, afl. 316, 109-110;

HOFSTROSSLER, P., Waarom een ‘class action’ in België? Krijtlijnen van het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 95-103;

LEMMENS, P., “Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen”, *RW* 1983-84, 2001-2026;

MERTENS, D., “Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zijn”, *DAOR* 2015, afl. 115, 18-23;

MEUWISSEN, W., Bemiddeling, X., Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek, VIIIbis.1 – 1–VIIIbis.2 – 8;

MORTIER, K., Toegang tot rechter voor feitelijke verenigingen, *NJW* 2008, afl. 191, 806-825;

MOSELMANS, S., “Art. 15 Ger.W. - Art. 16 Ger.W “,in X., *Gerechtig recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*;

MOSELMANS, S., “Tussenvordering in het civiele geding”, *TPR* 2006, afl. 3, 1263-1325;

PIERS, M., DE BAERE, E., “Collectief slachtofferschap in rechtsvergelijkend perspectief”, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 17-28;

PIERS, M., “Class actions. Verenigde Staten v. Europa. Rechtsvergelijkende beschouwingen naar aanleiding van de Wal-Martzaak”, *NJW* 2007, afl. 171, 825-837;

PLASSCHAERT, E., VERBEKE, S., “De rechtsvordering tot collectief herstel voor consumenten. L'union fait la force?”, *RABG* 2014, afl. 16, 1163-1165;

PORTUGAELS, N., SAMYN, I., VANDENBUSSCHE, W., VAN DER SYPE, Y., “Sociale netwerksites en class actions”, *Juristenkrant* 2014, afl. 295, 16;

PORTUGAELS, N., VAN DER SYPE, Y., “Class actions in België: geen blitzstart”, *Juristenkrant* 2015, afl. 307, 12;

STOOP, E., “Class action”, *Ad Rem* 2008, afl. 5, 29-39;

STORME, M. L., 'S'il y a action, il y a intérêt'. Over de vorderingsbevoegdheid van (milieu)verenigingen, in X., *Vorderingsbevoegdheid van milieuverenigingen*, 3-14.

STEENNOT, R., Algemene bepalingen betreffende de verkopen van producten en diensten aan consumenten, *TPR* 2009, afl. 1, 263-320;

STEENNOT, R., Art. 74.4 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, in X. *Marktpraktijken*, 1-8;

STEENNOT, R., Art. 74.21 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, in X. *Marktpraktijken*, 1-5;

STEENNOT, R., Art. 74.25 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, in X. *Marktpraktijken*, 1-3;

STEENNOT, R., “Consumentenbescherming overzicht van rechtspraak (2003-2007)”, *TPR* 2009, 276-281;

STEENNOT, R., Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, in X. *Marktpraktijken*;

STRUYVEN, D., “De groepsvordering of ‘class action’: een valkuil voor bedrijven en ... consumenten?”, *De orde van de dag* 2011, afl. 54, 65-69;

Taelman, P., Thion, P., “Bundeling van vorderingen”, *TPR* 2003, afl. 4, 1489-1547;

TSANKOVA, I.N., “Class actions in the Netherlands”, 24 september 2007, <http://globalclassactions.stanford.edu/content/class-actions-netherlands>;

VAN DER BRUGGEN, R., noot onder Brussel (16^e k.) 23 maart 2012, *DCCR* 2013, 99, 49-67;

VANDERHAEGHEN, A., “Rechtsplegingsvergoeding”, *NJW* 2008, afl. 189, 747-;

VAN DEN STEEN, L., “Onrechtmatige bedingen in het Algemeen Reglement van een bank”, *DCCR* 2008, afl. 78, 73-119;

VANDE WALLE, G., “Conflictafhandeling bij collectieve schade: op zoek naar herstel”, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 10;

VAN DOORN, K., “De Nederlandse wet collectieve afwikkeling massaschade: een slachtoffervriendelijke afwikkeling?”, *Orde van de dag* 2011, afl. 54, 29-38;

VOET, S., ALLEMEERSCH, B., “De rechtsvordering tot collectief herstel” een Belgische *class action* voor consumenten”, *RW* 2014-15, 643-661;

VOET, S., “Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering. Vier bouwstenen voor een Belgische class action”, *RW* 2012-13, 682-697;

VOET, S., “Nederlandse class action-regeling: lessen voor België?” *Juristenkrant* 2012, afl. 248, 12;

VOET, S., “Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit”, *DCCR* 2014, afl. 105, 5-22;

VRANCKEN, I., “Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht”, *TBBR* 2014, afl. 9, 426-448;

WAUTERS, E., LIEVENS, E., VALCKE, P., “Bescherming van gebruikers van sociale media. Juridisch perspectief op algemene voorwaarden van socialenewerksites”, *NJW* 2014, afl. 312, 866-880;

X., “Arbitrage”, *NJW* 2013, afl. 286, 588-590;

6.3 Wetgeving

Aanbev.Comm. nr. 2013/396/EU, 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten, betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *P.B.L.* 126 juli 2013, afl. 201, 60-65;

Art. I.8, 22° Wetboek Economisch Recht;

Art. VI.83 WER;

Art. VI.84 WER;

Art. XVII.37 – XVII.69 WER;

Art. 1984 en verder BW;

Art. 17 Ger. W.;

Art. 30 Ger. W.;

Art. 664 en verder Ger. W.;

Art. 701 Ger. W.;

Art. 1017-1018 Ger. W.;

Art. 1676 en verder Ger. W.;

Art. 1724 en verder Ger. W.;

Art. 1 Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken, *B.S.* 22 maart 1991;

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB. L.* van 21 april 1993, 29;

Wet 28 februari 2013 tot invoering van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 maart 2013;

Wetsontwerp van wet tot invoeging van titel 2 “De rechtsvordering tot collectief herstel” in een boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.*, Kamer 2013-2014, 3300/001;

6.4 Andere

COMMISSIE VOOR ONRECHTMATIGE BEDINGEN (C.O.B.), *Advies inzake bedingen omtrent de bewijslast in omniumverzekeringen*, 20 november 2013, nr. 34;

C.O.B., *Advies inzake de algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen energieleveranciers en consumenten*, 30 maart 2011, nr. 30;

C.O.B., *Advies inzake de reglementen van de distributienetbeheerders*, 26 november 2014, nr. 36;

C.O.B., *Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites*, 16 december 2015, nr. 38;

“Commissie voor Onrechtmatige Bedingen”, http://economie.fgov.be/nl/fod/structuur/Commissions_Raden/Commissie_onrechtm_bedingen/#.VvjcR8diSf4;

J.V.T., B.V.B., “Overwinning voor passagiers als Thomas Cook betaalt”, *De Standaard* 2 oktober 2014, http://m.standaard.be/cnt/dmf20151002_01898417?_section=61572020&utm_source=standaard&utm_medium=newsletter&utm_campaign=middagmail&M_BT=299057155051&adh_i=&imai=5eefbb04-2415-48b2-8645-a6ff96a78751;

S.V.G., “Test-Aankoop: ‘Wij vragen 40 euro schadevergoeding voor alle treinreizigers’”, *De Standaard* 9 december 2015, http://m.standaard.be/cnt/dmf20151209_02012313?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_term=dso&utm_content=article&utm_campaign=seeding;

X., “Angry Buyers”, <http://www.test-aankoop.be/applicaties#angrybuyers>;

X, “Een prijsverhoging bij Telenet voor Valentijn”, 10 februari 2016, <http://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/na-proximus-nu-ook-prijsverhoging-voor-telenet-klantent>;

X., “Factuur gsm diensten is nu x3 !!!!”, <http://www.ontevredenklanten.be/klacht/proximus/factuur-gsm-diensten-is-nu-x3-/34262>;

X., “Keuken deuren schilferen af”, <http://www.ontevredenklanten.be/klacht/ikea/keuken-deuren-schilferen-af/34268>;

X, “Klacht tegen onethisch gedrag van Roche en Novartis”, 26 november 2014, <http://www.test-aankoop.be/gezondheid/geneesmiddelen/nieuws/klacht-tegen-onethisch-gedrag-van-roche-en-novartis>;

X, “Treinstaking? Reizigers, laat ons samen opeisen wat ons toekomst!”, 9 oktober 2015, <http://www.test-aankoop.be/auto-fiets/auto-s/nieuws/u-hebt-rechten>;

X, “Voor € 3000 naar Adele? Stop de woekerprijzen!”, 28 april, 2016, <http://www.test-aankoop.be/hightech/internet/nieuws/voor-3000-naar-adele-stop-de-woekerprijzen>;

7. Bijlagen

7.1 Bijlage 1: Angry buyers



7.2 Bijlage 2: Roche en Novartis

The image shows two side-by-side screenshots of a mobile application interface. Both screens have a black header with a white 'Terug' button and the title 'Onze groepacties'. The left screen displays a complaint titled 'Klacht tegen Roche en Novartis'. The text describes a complaint against pharmaceutical companies Roche and Novartis regarding the use of a generic drug (Avastin) instead of the more expensive brand-name drug (Lucentis). It mentions that the generic drug is 20 times cheaper and that the companies have been fined for this practice. At the bottom of the left screen is an orange button labeled 'Ik ga akkoord' and a blue icon with the number '9'. The right screen displays the same text but with a different layout, showing the text in a single column. It also features the 'Ik ga akkoord' button and the '9' icon at the bottom.

Klacht tegen Roche en Novartis

De farmaceutische bedrijven Roche en Novartis hadden het op een akkoord gegooid om het gebruik van een veel goedkoper geneesmiddel tegen maculadegeneratie (Avastin) tegen te houden ten gunste van het 20 maal duurder medicijn Lucentis. Volgens het oogartsensyndicaat kostte die praktijk het ziekenfonds in 5 jaar tijd al meer dan 200 miljoen. In Italië liepen de twee farmabedrijven al tegen een recordboete van 182 miljoen euro aan. Wij willen de ondernemingen ook in België veroordeeld zien en dienden daartoe

Ik ga akkoord 9

7.3 Bijlage 3: Camping DeVillage

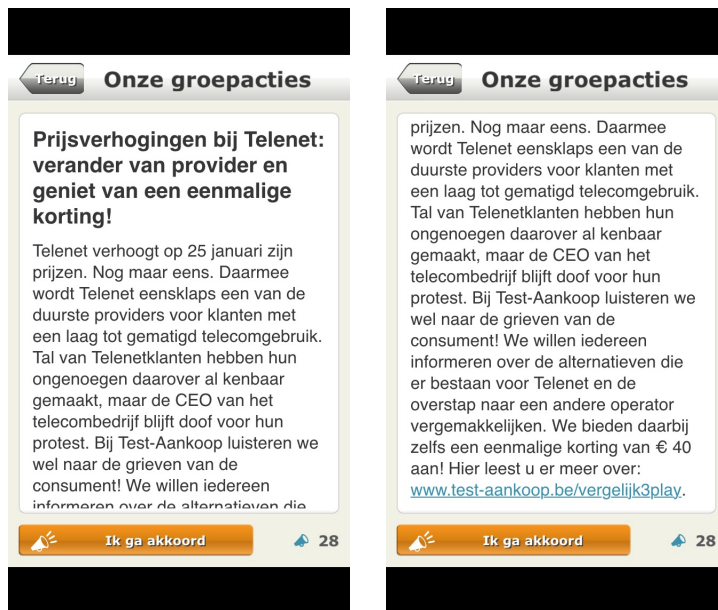
The image shows two side-by-side screenshots of a mobile application interface. Both screens have a black header with a white 'Terug' button and the title 'Onze groepacties'. The left screen displays a complaint titled 'Camping DeVillage, of de helse ervaringen van Rode-Duivelsupporters'. The text describes a complaint about the conditions at Camping DeVillage, mentioning a lack of warm water, broken washbasins, and no WiFi. It also mentions that 150 supporters filed a complaint with the Belgian Football Federation and Sun Reizen. At the bottom of the left screen is an orange button labeled 'Ik ga akkoord' and a blue icon with the number '4'. The right screen displays the same text but with a different layout, showing the text in a single column. It also features the 'Ik ga akkoord' button and the '4' icon at the bottom.

Camping DeVillage, of de helse ervaringen van Rode-Duivelsupporters

Geen warm water in de douches, vieze toiletten, kapotte wasbakken, geen wifi om in contact te blijven met het thuisfront, geen elektriciteit, enz. De Belgische voetbalsupporters in Brazilië troffen allesbehalve de luxe-accommodatie aan die hen was beloofd. Omdat een billijke schadevergoeding uitbleef, dienden 150 getroffen supporters hun klachtendossier bij ons in. Ondanks onze verzoeningspogingen blijven de Belgische Voetbalbond en Sun Reizen tot noa toe doof voor de

Ik ga akkoord 4

7.4 Bijlage 4: Telenet korting



7.5 Bijlage 5: Algemene voorwaarden Basic-Fit

[...]

8.4 Het Lid kan bij alle lidmaatschapsvormen gebruik maken van de mogelijkheid tot schorsing van het lidmaatschap om medische redenen, op de hierna gedefinieerde voorwaarden: - het lidmaatschap kan enkel worden geschorst na ontvangst door Basic-Fit van een geldig medisch attest (via e-mail of per post naar de klantenservice van Basic-Fit: Postbus 3124, 2130 KC Hoofddorp, Nederland / klantenservice@basic-fit.be); - het medisch attest geeft aan dat er vanaf het moment van verzending van het attest aan Basic-Fit tenminste sprake is van 1 maand benodigde schorsing; - de schorsing werkt vanaf het moment van ontvangst door Basic-Fit en niet met terugwerkende kracht; - voor de verwerking van de schorsing voldoet het Lid een eenmalige administratieve bijdrage van EUR 5,00;²⁸⁵

8.5 Indien het Lid een medisch attest overlegt waaruit blijkt dat het Lid nooit meer zal kunnen sporten, zal Basic-Fit het lidmaatschap op verzoek van het Lid beëindigen per de datum van ontvangst van het verzoek daartoe voorzien van het medisch attest (via e-mail of per post naar de klantenservice van Basic-Fit: Postbus 3124, 2130 KC Hoofddorp, Nederland / klantenservice@basic-fit.be);

8.6 Indien een Lid verhuist buiten een straal van 15 kilometer van de vestiging van Basic-Fit die bij de inschrijving is aangegeven als thuisclub dan wel van de club waar het Lid de meerderheid van zijn bezoeken bracht, kan het Lid verzoeken de Lidmaatschapsovereenkomst tussentijds te beëindigen, waarbij een kopie van de inschrijving in de nieuwe woonplaats vereist is. Basic-Fit zal het lidmaatschap op verzoek van het Lid beëindigen per de datum van ontvangst van verzoek daartoe voorzien van het bewijs van verhuis (via e-mail of per post naar de klantenservice van Basic-Fit: Postbus 3124, 2130 KC Hoofddorp, Nederland / klantenservice@basic-fit.be);

²⁸⁵ "Algemene voorwaarden", geraadpleegd op 10 mei 2016, <http://www.basic-fit.be/algemene-voorwaarden>;

8.7 Indien het medisch attest of het bewijs van verhuis zoals weergegeven in 8.4 en 8.5 pas wordt aangeleverd na het inleiden van een gerechtelijke procedure ter verhaal van de verschuldigde lidmaatschapsgelden, zullen deze niet meer worden aanvaard. De gerechtskosten die Basic-Fit hiertoe heeft moeten maken vallen steeds ten laste van het Lid dat nalatig is geweest.

[...]