

Meer kans in de staatsloterij?

Prof.mr. W.H. van Boom & mr.drs. C.M.D.S. Pavillon*

HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*)

Inleiding

In het verleden werd in reclame voor de staatsloterij vaak geadverteerd met de slogan ‘Méér kans in de staatsloterij’. In deze zaak wordt deze slogan als het ware in twijfel getrokken. Waar gaat het om? Tot 1 januari 2008 werden in de staatsloterij de grotere prijzen van € 50.000 en € 100.000 getrokken uit de verzameling van verkochte én niet-verkochte loten. Per trekking werden er ongeveer 3 miljoen loten verkocht. Dat betekent dat er doorgaans meer prijzen vielen dan daadwerkelijk werden uitgekeerd. Vanaf 2005 vielen op deze manier steeds ongeveer 20 prijzen, terwijl er daarvan maar 4 daadwerkelijk verkocht waren. Vanaf 2008 is de trekkingssystematiek veranderd en vallen prijzen alleen nog maar op de wél verkochte loten.

In de onderhavige procedure komt de vraag aan de orde of de publieke mededelingen die de staatsloterij tussen 2000 en 2008 deed over de winstkansen, misleidend waren. Wist het grote publiek dat advertenties zoals ‘elke maand 20 winnaars van € 100.000’ moest worden gelezen als ‘elke maand 20 winnende loten getrokken uit een totaalverzameling inclusief onverkochte loten’? En niet onbelangrijk: als het publiek dat niet wist, is dat dan misleiding?

Het wettelijk kader was, voor zover van belang, als volgt. In de periode waar het hier om gaat, bepaalde artikel 6:194 BW:¹

‘Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is (...)’

Het artikel, dat ook een niet-limitatieve opsomming gaf van mogelijke aspecten van misleiding (zoals ten aanzien van de aard, hoedanigheid en eigenschappen van de goederen of diensten), was de implementatie van de Europese Richtlijn Misleidende Reclame.² Onze wetgever koos ervoor om misleidende reclame als een species van de onrechtmatige daad te behandelen. Was sprake van misleiding, dan was sprake van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW.³ Voor een geslaagde schadevergoedingsactie moest vervolgens ook aan de overige vereisten van dat artikel zijn voldaan, zoals de vereisten van toerekenbaarheid en causaal verband. Met ingang van 15 oktober 2008 is artikel 6:194 BW (oud) vervangen door artikel 6:193a BW e.v. Daarmee is de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken geïmplementeerd in ons recht.⁴ Sinds

* Willem van Boom en Charlotte Pavillon zijn hoogleraar resp. universitair docent Civiel recht aan de UL. Dit onderzoek werd afgesloten op 4 augustus 2015.

1 Bovendien bepaalde art. 6:195 BW dat de bewijslast ten aanzien van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat, rust op degenen die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of gedeeltelijk heeft bepaald of doen bepalen. Een vergelijkbare bewijslastomkering is thans neergelegd in art. 6:193j lid 1 BW.

2 Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame, aangevuld door Richtlijn 97/55/EG inzake misleidende reclame.

3 Voor overeenkomsten gesloten als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk, geldt sinds 13 juni 2014 bovendien dat deze overeenkomsten om die reden vernietigd kunnen worden op grond van art. 6:193j lid 3 BW. Die bepaling werd ingevoerd als ‘nationale kop’ op de implementatie van de Richtlijn 2011/83/EU (Richtlijn Consumentenrechten); zie art. I onder C Implementatiewet richtlijn consumentenrechten, *Stb.* 2014, 140, i.w.tr. 13 juni 2014 (artikel X). De vernietigingsmogelijkheid van art. 6:193j lid 3 BW bestaat ingevolge art. 79 Overgangswet Nieuw BW niet voor overeenkomsten tot stand gekomen vóór 13 juni 2014. Dit laat overigens een eventuele vernie-

tiging in individuele overeenkomsten op grond van art. 6:228 BW (dwaling) onverlet.

4 Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). Voor een overzicht van de inhoud van de richtlijn, zie bijv. (met verdere verwijzingen) W.H. van Boom, A. Garde & O. Akseli (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014, p. 1 e.v. en R.W. de Vrey, ‘Handelspraktijken en reclame’, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2015, p. 379 e.v.

die datum is het huidige artikel 6:194 BW alleen van toepassing op misleidende reclame in verhoudingen tussen ondernemingen onderling. We spreken bij artikel 6:193a BW e.v. overigens niet meer over misleidende mededelingen, maar over het bredere begrip oneerlijke handelspraktijken in het algemeen en de oneerlijke handelspraktijk van misleidende mededeling of omissie in het bijzonder. Artikel 6:193c bepaalt dat een handelspraktijk misleidend is indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is en de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Bovendien bepaalt artikel 6:193d dat een 'misleidende omissie' ook onrechtmatig is. Daaronder wordt verstaan 'iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'.⁵

De grondslag van de delictuele actie uit misleidende reclame (oud) en oneerlijke handelspraktijk bestaande uit misleidende informatieverstreking of omissie (nieuw) is overigens vrijwel identiek. Het gaat in beide gevallen om de vraag of de 'handelaar' (de ondernemer die de handelspraktijk verricht) in strijd met de vereisten van professionele toewijding aan de consument bepaalde onjuiste informatie heeft gegeven of essentiële informatie heeft achtergehouden waardoor het vermogen van de 'gemiddelde consument' om een geïnformeerd 'transactiebesluit' te nemen, merkbaar is beperkt of kan zijn beperkt met als gevolg dat de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen dat hij anders niet zou nemen.⁶ Eenvoudiger gezegd: als de 'maatman-consument' door onjuiste of onvolledige informatie op het verkeerde been gezet wordt en hij een andere contracteerbeslissing neemt dan hij met juiste of volledige informatie zou hebben genomen, dan is sprake van misleidende informatie of misleidende omissie.⁷ Dat gold ook al onder werking van artikel 6:194 BW (oud), zo volgt uit het arrest *World Online*, waar het ging om een misleidende prospectus bij een beursgang. De Hoge Raad oordeelde:⁸

'4.10.3 Bij de beantwoording van de vraag of een prospectus misleidend is in de zin van art. 6:194 BW, moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt (vgl. HR 30 mei 2008, nr. C06/302, LJN BD2820). Deze aan het arrest HvJEG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gut Springenheide, NJ 2000, 374, ontleende omschrijving van de "maatman" is in iets andere bewoordingen, maar inhoudelijk niet afwijkend omschreven in het arrest HvJEG 19 september 2006, zaak C-356/04, Lidl, NJ 2007, 18. Van deze "maatman-belegger" mag verwacht worden dat hij bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen, maar niet

dat hij beschikt over specialistische of bijzondere kennis en ervaring (behoudens het geval dat de reclame zich uitsluitend op personen met dergelijke kennis en ervaring richt).

4.10.4 Van misleiding zal met name sprake kunnen zijn indien de mededeling onjuist of onvolledig is (vgl. art. 6:195 BW). De feitelijke vaststelling dat sprake is van een onjuiste of onvolledige mededeling brengt echter nog niet mee dat deze ook misleidend is. Daartoe is nodig dat de mededeling de beleggers (in de woorden van art. 2 lid 2 van richtlijn 84/450/EEG) "misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden". Bij de beoordeling of dit laatste het geval is, moet worden uitgegaan van de hiervoor bedoelde "maatman-belegger". De rechter zal een onjuiste of onvolledige mededeling dan ook pas als misleidend kunnen kwalificeren, indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de mededeling, gelezen in de context waarin deze is geplaatst, van materieel belang is voor de beleggingsbeslissing van de "maatman-belegger". In dat geval is immers aannemelijk dat de onjuistheid of onvolledigheid redelijkerwijs het economische gedrag van de "maatman-belegger" kan beïnvloeden. Voor de kwalificatie van de mededeling als misleidend, en derhalve als onrechtmatig, is niet vereist dat de belegger daadwerkelijk heeft kennisgenomen van of daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de "maatman-belegger" te kunnen misleiden. Het gaat er dus om of de mededeling op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft. Is dat het geval, dan behoort de uitgevende instelling zich vanwege het misleidende karakter van die mededeling te onthouden van openbaarmaking daarvan, en handelt zij onrechtmatig indien zij de mededeling toch openbaar maakt. Pas in het kader van de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid jegens een individuele belegger komt aan de orde of en, zo ja, in hoeverre deze bij zijn beleggingsbeslissing daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed en als gevolg daarvan is benadeeld.'

Het arrest *World Online* geeft invulling aan de 'maatman-consument' in het kader van een beleggingstransactie. Bij loterijen moet worden gezocht naar de 'maatman-deelnemer aan de staatsloterij'. Die maatman is namelijk bepalend voor de vraag of er sprake is van misleiding en dus een onrechtmatige daad gepleegd door de organisator van de staatsloterij. Uit *World Online* volgt echter ook dat het enkele feit van misleiding onvoldoende is voor een schadevergoedingsactie; aan alle vereisten van artikel 6:162 BW moet zijn voldaan.⁹ De *individuele* belegger die schadevergoeding eist, moet *daadwerkelijk* zijn beïnvloed en als gevolg daarvan zijn benadeeld; daarin kan men het vereiste van causaal verband in de zin van artikel 6:162 BW lezen (en eventueel art. 6:98 en 6:101 BW). We hebben bij een schadevergoedingsactie dus te maken met een niet-bestaande consument, de maatman, én met een wel bestaande consument, de persoon die schadevergoeding eist. De eerste is bepalend voor de onrechtmatigheidsvraag, de tweede voor de schadevergoedings(vervolg)vraag. Zou een consument schadevergoeding vorderen van de organisator van de staatsloterij, dan dient de consument in het kader van het vereiste van causaal verband te bewijzen dat *hij*

⁵ Art. 6:193d lid 2 BW.

⁶ Zie art. 6:193c en 193d jo. art. 6:193a lid 2 BW. Overigens hoeft geen zelfstandige toetsing aan het vereiste van strijd met de professionele toewijding plaats te vinden in het geval een beroep wordt gedaan op art. 6:193d BW (misleidende omissie), omdat als de omissie misleidend is in de zin van dat artikel, de strijdigheid met de professionele toewijding als het ware 'ingebakken' is. Zie

HvJ EU 19 september 2013, C-435/11, ECLI:EU:C:2013:574 (*CHS Tour Services/Team4 Travel*).

⁷ Voor toepassing van het maatman-vereiste bij de misleidende mededeling en oneerlijke handelspraktijk, zie bijv. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2820, NJ 2010/622 (*TMF Financial Services*), r.o. 4.2.

⁸ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, NJ 2014/201, AA 2010, afl. 5, p. 336

(AA20100336) (*World Online/VEB*).

⁹ Art. 6:193j lid 2 BW (= art. 6:195 lid 2 BW (oud)) keert de bewijslast ten aanzien van de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad om; niet ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband. Nader W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2008, p. 7.

een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen als hij wél juiste en volledige informatie had gekregen. Hij kan niet volstaan met de stelling dat een gemiddelde consument een andere aankoopbeslissing zou hebben genomen. Dat bewijs is echter niet eenvoudig te leveren. Om de consument enigszins tegemoet te komen, oordeelde de Hoge Raad in *World Online* voor wat betreft de bescherming van de beleggende consument daarom:

‘4.11.2 Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is.

Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan. De rechter kan echter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (waarbij zo nodig de juistheid van daarbij aangevoerde feiten door de meest gerede partij aannemelijk moet worden gemaakt), en mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn indien aannemelijk is dat de beleggingsbeslissing is genomen voordat de desbetreffende misleidende mededeling openbaar gemaakt was. Overigens zal in het algemeen bij een professionele belegger, gelet op diens kennis van en ervaring met (het analyseren van) de beschikbare informatie en de relevante markt, eerder dan bij een particuliere belegger aanleiding kunnen bestaan voor de conclusie dat hij, ondanks de misleidende informatie in het prospectus, daardoor bij zijn beleggingsbeslissing niet daadwerkelijk is beïnvloed.

4.11.3 Opmerking verdient ten slotte dat ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade, alsmede het causaal verband als bedoeld in art. 6:98 BW, in beginsel de gewone bewijsregels blijven gelden, waarbij de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd is de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is, of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.’

Na deze lange aanloop kunnen we nu het vizier richten op de procedure waar het hier om draait, namelijk die tussen Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna: Staatsloterij) en Stichting Loterijverlies.nl. Het belang van de zaak *World Online* zal gaandeweg duidelijk worden.

Procesverloop en het arrest van de Hoge Raad

De hier te bespreken procedure wordt niet aangespannen door of namens de getroffen deelnemers zelf, maar, als gezegd, door de Stichting Loterijverlies. Deze stichting heeft als statutair doel om de belangen van gedupeerden van kansspelen te behartigen en dat maakt dat de stichting een vordering ex artikel 3:305a BW kan instellen

ten behoeve van deze deelnemers. De stichting vordert in eerste aanleg onder meer een verklaring voor recht dat Staatsloterij misleidende reclame in de zin van artikel 6:194 BW (oud) heeft gemaakt, en een verklaring voor recht dat de deelnemers de desbetreffende overeenkomsten met Staatsloterij kunnen vernietigen wegens dwaling of bedrog en hun inleg kunnen terugvorderen danwel dat Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld en bij wijze van schadevergoeding ten minste de betaalde inleg moet vergoeden.

De vorderingen die op artikel 3:305a BW gebaseerd kunnen worden, zijn niet onbeperkt. Zo kan een 305a-eiser geen schadevergoeding ten behoeve van de deelnemers vorderen (zie art. 3:305a lid 3 BW) en is het vorderen van vernietiging van overeenkomsten van deelnemers wegens een wilsgebrek waarschijnlijk ook niet mogelijk.¹⁰ De rechtbank acht de stichting om die reden slechts deels ontvankelijk, namelijk voor zover zij verklaring vordert dat de reclame misleidend is en dat Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld.

Tot zover de ontvankelijkheidsvraag; heeft de stichting ook inhoudelijk gezien het gelijk aan haar zijde? De stichting stelt dat de misleiding erin gelegen is geweest dat Staatsloterij tegenover deelnemers de indruk heeft gewekt dat bepaalde prijzen konden worden gewonnen terwijl in werkelijkheid de winnende prijzen heel goed op niet-verkochte loten konden vallen (en daadwerkelijk vielen).¹¹ De rechtbank acht dit niet misleidend omdat daadwerkelijk de kans bestond dat de prijs zou vallen op een wél verkocht lot. Bovendien, zo benadrukt de rechtbank, had Loterijverlies niet gesteld dat de misleiding gelegen was in het voorspiegelen van een hogere winstkans dan in werkelijkheid bestond.¹² De rechtbank beslist dan ook dat onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot een geslaagd beroep op misleidende reclame kunnen leiden. De vorderingen gebaseerd op artikel 6:194 (oud) en artikel 6:162 BW worden daarom volledig afgewezen.

De stichting gaat in hoger beroep van het afwijzend vonnis. De voornaamste vordering is die tot verklaring voor recht dat Staatsloterij tussen 2000 en 2008 misleidende mededelingen heeft gedaan over het al of niet gegarandeerd zijn van de prijzen, over de winstkansen, over de hoogte van de prijzen, het aantal gewonnen prijzen en het uitkeringspercentage.

Het hof acht de stichting ontvankelijk in deze 305a-vordering.¹³ Wat de inhoudelijke beoordeling betreft, komt het hof tot een andere conclusie dan de rechtbank. Het hof stelt voorop dat in het algemeen kan worden verwacht dat de prijzen in een loterij worden getrokken uit de verkochte loten.¹⁴ De mededelingen van Staatsloterij daarover in de betrokken periode waren dus onjuist of onvolledig:

10 De reden hiervoor is dat de wetgever meende dat dergelijke oordelen feitenvaststelling *in concreto* – dat wil zeggen in de concrete rechtsverhouding tussen aansprakelijk gestelde en elke individuele benadeelde – vergt, waar de 305a-procedure zich niet voor leent. Over dit argument bijv. M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht – preadviezen Vereniging*

voor *Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 154 e.v.

11 Stichting Loterijverlies voerde overigens nog andere vorderingen en grondslagen aan, bijvoorbeeld dat Staatsloterij handelde in strijd met art. 8 lid 2 Wet op de Kansspelen door niet ten minste 60% van de inleg uit te keren. We laten deze andere vorderingen en grondslagen buiten beschouwing

in deze annotatie. De kern draait onzes inziens immers om de oneerlijke handelspraktijk van de misleidende mededeling/omissie.

12 Rb. Den Haag 31 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9558, r.o. 4.10-4.12.

13 Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, r.o. 2.4-2.5.

14 Hof, r.o. 4.6.

‘De mededelingen waarin het “(elke maand 20) winnaars” werd geadverteerd waren bovendien zonder meer onjuist omdat het begrip “winnaars” niet anders kan worden opgevat dan als verwijzend naar personen die daadwerkelijk aanspraak op uitkering van een prijs hebben gekregen en er per maand gemiddeld maar 4 van deze winnaars waren’.¹⁵

Aangezien Staatsloterij geen expliciete informatie verschaft aan deelnemers over winstkansen en het aantal deelnemers, zal de gemiddelde consument – aldus het hof – bewust of onbewust hebben gemeend dat prijzen werden getrokken uit het aantal verkochte loten.¹⁶ De gemiddelde consument zal ervan uit zijn gegaan – aldus nog steeds het Hof – dat een tamelijk groot deel van de bevolking staatsloten kocht, maar dat lang niet iedereen meespeelde en dat er dus ‘per trekking tussen de 1 miljoen en de 7 miljoen staatsloten werden verkocht’. Het hof concludeert hieruit dat de gemiddelde consument zal hebben gedacht dat er per trekking ongeveer 3 miljoen verkochte loten meespeelden. Dat betekent volgens het hof dat Staatsloterij met haar publieke mededelingen de indruk heeft gewekt dat uit circa 3 miljoen verkochte loten gemiddeld 20 winnaars werden getrokken. Zodoende heeft Staatsloterij impliciet informatie verschaft over de winstkansen, die feitelijk onjuist was. In werkelijkheid ging het immers om gemiddeld 20 winnende loten uit de 18-21 miljoen loten, waardoor de werkelijke winstkansen kleiner was dan Staatsloterij suggereerde.

Staatsloterij verweerde zich in appel met onder meer twee argumenten. Allereerst wees zij op de spelvoorwaarden, waarin kort gezegd vermeld stond dat de hoofdprijs gegarandeerd was en dat net zo lang getrokken werd tot dat deze viel op een verkocht lot. Het hof oordeelt echter dat hieruit alleen door middel van een *a contrario* redenering geconcludeerd zou kunnen worden dat op de *andere* prijzen die garantie dus niet van toepassing was. Van een gemiddelde consument die overweegt om voor een relatief gering bedrag een staatslot te kopen, kan een dergelijke *a contrario* redenering niet worden verwacht, aldus het hof.¹⁷

Het tweede argument van Staatsloterij was kort gezegd dat de onjuiste of onvolledige mededelingen geen invloed gehad kunnen hebben op het aankoopgedrag van de gemiddelde consument. Immers, er is wel een verschil in de voorgespiegelde winstkansen van 0,00000667% en de werkelijke winstkansen van 0,000000953%, maar in beide gevallen zijn die kansen zo klein dat onvolledigheid of onjuistheid van de mededelingen over winstkansen van onvoldoende materieel belang zijn om misleiding te kunnen aannemen. Bovendien laten consumenten zich niet door de cijfermatige kansgrootte leiden.

Het hof volgt deze redenering niet. Het hof stelt vast – mede op basis van eigen onderzoek van Staatsloterij¹⁸ –

dat voor deelnemers de kans op het winnen van een grote prijs een doorslaggevend motief is om mee te spelen.¹⁹ Daarop voortbouwend overweegt het hof:

‘4.15 Bij de beoordeling (...) dient voorop te staan dat (...) het meedoen aan de staatsloterij geen doordachte handeling is en dat irrationele gedachten, emoties en gewoonten een belangrijke rol spelen bij de beslissing om een staatslot te kopen. Inherent hieraan is dat de gemiddelde consument niet de precieze winkansen zal berekenen. (...) Bovendien kan de gemiddelde consument niet geacht worden tot het maken van een juiste kansberekening in staat te zijn. Het gaat dus om het gevoel dat de potentiële deelnemer/de gemiddelde consument had over de winkansen, zoals Loterijverlies heeft opgemerkt (...). Dat gevoel is aanzienlijk positiever bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 prijzen/winnaars uit 18-21 miljoen loten of, wat ongeveer hetzelfde is, 3 of 4 prijzen/winnaars uit 3 miljoen loten. Hieraan doet niet af dat de winkansen in beide gevallen minuscule [lees: minuscuul, WvB en CP] zijn. De gemiddelde consument, die geen precieze kansberekening zal (kunnen) toepassen, zal zich namelijk niet realiseren hoe klein de kansen in werkelijkheid zijn. Dat voormeld gevoel een realiteit is, wordt onderstreept door de (...) opmerking van [de woordvoerder] van de Staatsloterij in Tros Radar:

“En door zeg maar 20 kansen te bieden en daar uiteindelijk gemiddeld 4 uit te keren, en daarmee maak je natuurlijk je loterij zo aantrekkelijk mogelijk.”

Hiermee is namens Staatsloterij op niet mis te verstane wijze tot uitdrukking gebracht dat, ook wanneer de rekenkundige winkansen in beide gevallen uiterst klein zijn, een loterij met 20 prijzen uit een bepaald aantal loten voor het publiek aantrekkelijker is dan een loterij met 4 prijzen uit hetzelfde aantal loten en dat daarom door Staatsloterij werd gesuggereerd dat er 20 prijzen werden uitgekeerd in plaats van 4. Zeker gelet hierop moet redelijkerwijs aannemelijk worden geacht dat de (...) mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren voor de beslissing van de gemiddelde consument om al dan niet mee te doen aan de staatsloterij. Hoewel op basis hiervan te verwachten zou zijn dat na de uitzending van Tros Radar, waarin bekend werd gemaakt dat veel prijzen vielen op niet-verkochte loten, het aantal deelnemers was afgenomen, kan Staatsloterij (...) aan het feit dat dat niet is gebeurd, geen argument ontleenen ter onderbouwing van haar stelling dat haar onjuiste althans onvolledige mededelingen niet van invloed waren op de deelname-beslissing van de gemiddelde consument. Nu de zojuist weergegeven opmerking van [de woordvoerder] buiten twijfel stelt dat die invloed wel degelijk bestond, moet de verklaring voor de stabilisatie of zelfs toename van het aantal deelnemers na de Tros Radar-uitzending worden gezocht in de positieve publiciteit die is gegenereerd door de (...) koerswijziging van Staatsloterij om per 1 januari 2008, minder dan 3 maanden na die uitzending, de prijzen uitsluitend nog uit verkochte loten te trekken.

4.16 Het verweer van Staatsloterij, dat haar mededelingen niet misleidend zijn, mist, alles overziend, een toereikende onderbouwing, zodat dat verweer zal worden gepasseerd en voor tegenbewijs op dit punt (...) geen plaats is. Dat tegenbewijsaanbod, voor zover betrekking hebbend op getuigen, is bovendien niet relevant nu niet valt in te zien wat getuigen zouden kunnen verklaren over de wetenschap, opvattingen en gedragingen van de “gemiddelde consument” die immers een fictieve entiteit is, aldus (...) punt (18) van de considerans op Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (...). Voor zover dat aanbod betrekking heeft op bescheiden, meer in het bijzonder deskundigenrapporten, is van belang dat Staatsloterij deze zonder toestemming van het hof had kunnen overleggen en er daarom geen reden is om dat aanbod te honoreren.’

15 Hof, r.o. 4.6.

16 Hof, r.o. 4.11.

17 Hof, r.o. 4.8. Zie voor een voorbeeld waarin de feitenrechter wel enig ‘doordenkvermogen’ van de maatman-consument vergt: Hof Amsterdam 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3144,

r.o. 3.5-3.6 (cassatieberoep verworpen door HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:314 (81 RO)) (*Stichting Misrekening/ING Bank*). Hier moest de maatman kort gezegd in staat zijn om een brief te lezen in het licht van de productvoorwaarden, om zodoende te concluderen dat het rentewijzigings-

voorbehoud in de ongelukkig geformuleerde brief impliciet verwerkt was.

18 Jaarverslag Staatsloterij 2007.

19 Hof, r.o. 4.10.

Het hof verwerpt ook het beroep van Staatsloterij op het ontbreken van voldoende belang van Loterijverlies bij de vordering vanwege het minuscule verschil in winstkans. Staatsloterij redeneerde dat het verschil tussen de voorgespiegelde winstkans van 0,00000667% en de werkelijke winstkans van 0,000000953% hooguit een fractie van een eurocent verschil in winstkans oplevert. Indachtig het adagium ‘over kleinigheden moet men niet zeuren’ (*de minimis not curat praetor*), zal Staatsloterij daarmee hebben bedoeld dat de stichting op grond van artikel 3:303 BW (‘geen belang, geen actie’) geen vordering uit artikel 3:305a BW toekomt omdat deze in materiële zin niet tot enige schadevergoeding van betekenis zou kunnen leiden. Dit betoog wordt door het hof verworpen met de volgende redenering:

‘Hiermee ziet Staatsloterij echter over het hoofd dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen van Staatsloterij niet bestaat uit het verlies van de kans op winst (het positief belang), maar uit de kosten van aankoop van een staatslot (het negatief belang) waarvan, gezien het onder 4.17 gegeven oordeel, een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan. Ook de in dit verband door Staatsloterij betrokken stelling (zie punt 3.28 MvA), dat de deelnemers hierdoor geen vermogensschade kunnen hebben geleden omdat zij “nooit enige ‘winkans’ zijn misgelopen” faalt. In rov. 4.12 is immers geoordeeld dat de kans op winst kleiner was dan door Staatsloterij was gesuggereerd, met de in de daarop volgende rechtsoverwegingen beschreven consequenties. Geconcludeerd moet worden dat ten aanzien van de hier bedoelde onderdelen van vordering A het – in rov. 2.5 al aangestipte – “onvoldoende belang”-verweer van Staatsloterij niet slaagt.’

Het hof oordeelt kortom dat sprake is van onrechtmatige misleiding. Staatsloterij gaat in cassatie. Het cassatiemiddel komt onder meer op tegen het oordeel van het hof dat de gemiddelde consument zal hebben verondersteld dat de prijzen getrokken zouden worden uit de verkochte loten en niet uit de totaalverzameling inclusief onverkochte loten. De Hoge Raad verwerpt deze klacht:

‘De klachten falen. Het oordeel van het hof dat de gemiddelde consument in de periode 2000-2007 niet verwachtte dat door Staatsloterij werd getrokken uit een “universum” dat aanzienlijk groter was dan het aantal daadwerkelijk verkochte loten behelst, anders dan het onderdeel betoogt, niet het aannemen van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, maar is een feitelijke vaststelling van het hof omtrent de verwachtingen van de gemiddelde consument in de desbetreffende periode. Het hof behoeft niet met zoveel woorden in te gaan op de door Staatsloterij ingenomen stellingen omtrent enig andersluidend gebruik “in loterijland”. In zijn oordeel ligt immers besloten dat dit gebruik niet (in voldoende mate) kenbaar was voor de gemiddelde consument. Dit oordeel is geenszins onbegrijpelijk.’²⁰

Ook de klacht dat de onjuiste of onvolledige informatie onvoldoende materieel belang had en dus het aankoopgedrag van de gemiddelde consument niet heeft kunnen beïnvloeden, faalt:

‘4.3.2 Het hof heeft in rov. 3.1 geoordeeld dat in het onderhavige geval de “gemiddelde algemene consument” of de “gemiddelde consument” heeft te gelden als de “maatman” bij de concrete toepassing van de algemene maatstaf, omdat de mededelingen van Staatsloterij zich richtten op een algemeen publiek. Tegen dit oordeel zijn geen klachten aangevoerd.

4.3.3 Voor misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW is noodzakelijk – en tevens voldoende – dat de onjuiste of onvolledige informatie de maatman misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Het hof heeft dit tot uitdrukking gebracht door te onderzoeken of de gewraakte mededelingen van Staatsloterij van voldoende materieel belang waren om de maatman te kunnen misleiden. Het hof heeft daarbij vastgesteld dat het in de perceptie van de maatman bij de winkans ging om gemiddeld zo’n 20 grote prijzen per 3 miljoen loten, terwijl in werkelijkheid sprake was van toekenning van (slechts) 4 grote prijzen. Het hof heeft dit verschil voldoende geoordeeld om de maatman te (kunnen) misleiden en heeft daarbij het verweer van Staatsloterij verworpen dat dit verschil niet van materieel belang voor de maatman heeft kunnen zijn omdat het in beide gevallen gaat om minuscule kleine kansen van 0,00000667% respectievelijk 0,000000953% (rov. 4.14). Voorts heeft het hof in rov. 4.15 geoordeeld dat het redelijkerwijs aannemelijk moet worden geacht dat de desbetreffende mededelingen van Staatsloterij van materieel belang waren, alsmede in rov. 4.18 dat een aanzienlijk deel van de consumenten zou hebben afgezien van aankoop van een staatslot, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen zou hebben gedaan. Deze oordelen berusten op feitelijke waarderingswijzen die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden. Niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn. Hierop stuiten de klachten van de onderdelen II.1, II.2 en III.2 af.’

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Het arrest van het hof blijft dus in stand en daarmee staat vast dat Staatsloterij onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met artikel 6:194 BW (oud) misleidende publieke mededelingen te doen.

Noot

Er valt veel te zeggen over deze materie. In deze annotatie beperken we ons tot drie aspecten. Allereerst kijken we hoe met misleiding van de gemiddelde consument omgesprongen wordt (par. 3.1). Vervolgens stellen we de vraag of deelnemers recht op schadevergoeding hebben en welke hobbels daarbij genomen moeten worden (par. 3.2). Ten slotte kijken we met een wat bredere blik naar het verloop van collectieve schadevergoedingsacties en welke aandachtspunten daaruit naar ons oordeel voortvloeien (par. 3.3). De conclusie van onze annotatie is overigens dat deze uitspraak slechts het topje van een ijsberg is en dat er ‘onder water’ nog veel meer speelt.

1 Misleiding tussen feit en norm

Zoals gezegd bestaat er tussen de normstelling uit artikel 6:194 BW (oud) en artikel 6:193a e.v. BW (nieuw) weinig verschil. Het arrest is daarom relevant voor de toepassing van het huidige artikel 6:193a e.v. BW. Om te beoordelen of sprake is van misleiding, moet gekeken worden naar hoe de ‘gemiddelde consument’ zou reageren. Deze

‘gemiddelde consument’ is een Europeesrechtelijk begrip dat nader ingevuld moet worden in de concrete procedure. Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de gemiddelde consument een ‘redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument’ is.²¹ Deze maatman is alert en denkt rationeel,²² doet moeite om aangeboden informatie te lezen en te begrijpen,²³ en is daardoor redelijk (of gemiddeld) geïnformeerd²⁴ en ‘relatief bekwaam’.²⁵

Hoewel op deze strikte opvatting vaak kritiek is geuit, omdat zij nogal eens werkelijkheidswaarde zou missen en daardoor afbreuk zou doen aan de bescherming van de consument,²⁶ biedt de toets tegelijk veel ruimte aan de rechter om ‘feitenvrij’ te oordelen. In concreto heeft de rechter namelijk de vrijheid om ‘alle relevante gegevens’ in acht te nemen bij de vaststelling van wat die gemiddelde consument weet, denkt, beslist en doet.²⁷ Statistische gegevens over wat consumenten ‘gemiddeld’ vinden enzovoorts, kunnen dus relevant zijn maar mogen evenzogoed worden genegeerd door de rechter.²⁸ Het begrip ‘gemiddeld’ is namelijk allesbehalve strikt empirisch van aard.

Dit alles geeft de feitenrechter blijkbaar de ruimte om een consument te ‘creëren’ die:

- verwacht dat prijzen worden getrokken uit de verkochte loten;
- er vanuit zal zijn gegaan dat per trekking tussen de 1 en 7 miljoen loten werden verkocht;
- verwacht dat een flink aantal personen maar niet iedereen meedoet met de loterij;
- geen *a contrario* redenering kan volgen wanneer hij de loterijvoorwaarden leest;²⁹
- bij het aankopen zich mede laat leiden door irrationele gedachten, emoties en gewoonten;
- weliswaar niet de precieze winstkansen kan berekenen en zich niet zal realiseren hoe klein de winstkansen in werkelijkheid zijn;
- maar kennelijk wel bij benadering zijn winstkansen

inschat, want een aanzienlijk positiever gevoel bij een loterij heeft met 20 winnaars uit 3 miljoen loten dan bij een loterij met 20 winnaars uit 18-21 miljoen loten; – in mindere mate tot aankoop geneigd zou zijn als hij een minder positief gevoel over de loterij zou hebben.

Dergelijke oordelen hebben als voordeel dat ze eenvoudig in raadkamer tot stand kunnen komen zonder de noodzaak van nadere bewijsvoering. De Hoge Raad oordeelt wat betreft de verwachting dat prijzen werden getrokken uit het aantal verkochte loten, dat het niet gaat om het aannemen van een feit van algemene bekendheid of een algemene ervaringsregel, maar om een *feitelijke* vaststelling door het hof over wat de gemiddelde consument verwacht. Het begrip ‘feitelijk’ moet hier niet letterlijk worden genomen, omdat het niet over feiten gaat maar over het denken en handelen van een fictieve consument. De Hoge Raad gebruikt dit woord om aan te geven dat het oordeel van de feitenrechter slechts beperkt toetsbaar is in cassatie.³⁰ In werkelijkheid is wat het hof doet, deels feitelijk en deels normatief. De normatieve oordelen over de fictieve entiteit ‘gemiddelde consument’ worden gebaseerd op feitelijkheden. Zo probeert het hof te rijmen dat de fictieve gemiddelde consument de loten links zou hebben laten liggen als hij de werkelijke winstkansen had gekend en er in werkelijkheid na het bekend worden van de handelspraktijk (kennelijk) geen omzetvermindering te bespeuren viel (r.o. 4.15). Ook overweegt het hof dat een aanzienlijk deel van de consumenten van deelname zou hebben afgezien, althans tegen dezelfde voorwaarden, wanneer Staatsloterij juiste en volledige mededelingen had gedaan (r.o. 4.18). Zou men van een puur normatief begrip ‘gemiddelde consument’ uitgaan, dan zou een verwijzing naar wat een aanzienlijk deel van consumenten feitelijk zou hebben gedaan, overbodig zijn.³¹

21 HvJ 16 juli 1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*). De ‘gemiddelde consument’ komt men ook tegen in het EU-Merkenrecht (en aanverwante gebieden als de *appellation d’origine*) en meer in het algemeen de toepassing van art. 34 VWEU (voorheen 28 EG). Het adjectief ‘redelijk’ komt overigens niet in alle versies van de Richtlijn OHP voor: in andere versies wordt in lijn met de *Gut Springenheide*-uitspraak van de ‘gemiddeld geïnformeerde consument’ gesproken. Vraag is of het adjectief ‘redelijk’ ook de omzichtigheid en oplettendheid betreft. Dit volgt wel uit HvJ 19 september 2006, nr. C-356/04, ECLI:EU:C:2006:585 (*Lidl*), r.o. 77: ‘redelijk oplettend’. De nuancering blijkt ook onverkort uit de Franse en Engelse tournures: ‘normalement informé et raisonnablement attentif et avisé’ en ‘reasonably well informed and reasonably observant and circumspect’.

22 Conclusie A-G Trstenjak voor HvJ 24 maart 2010, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:161 (*Mediaprint*), r.o. 103.

23 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (*Spaarbeleg Sprintplan*), r.o. 4.3.7 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.5.3 (*De Treek / Dexia*), NJ 2012/181-184, AA 2010, afl. 3, p. 188 (AA20100188); HR 27 november 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2162, NJ 2014/201,

AA 2010, afl. 5, p. 336 (AA20100336) (*World Online / VEB*).

24 HvJ 22 juni 1999, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (*Gut Springenheide*), r.o. 37.

25 D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. Nieuw BW B49), Deventer: Kluwer 2009, nr. 29.

26 Zie bijv. R. Incardona & C. Poncibò, ‘The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution’, *Journal of Consumer Policy* 2007, p. 21 e.v.; W.F. van Raaij, ‘Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie – Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 27 e.v.; B.B. Duivenvoorde, ‘De “gemiddelde consument” als rationele actor’, WPNR 2010/6849, p. 533 e.v.; B.B. Duivenvoorde, ‘De gemiddelde consument als standaard bij misleiding – Een kritische blik vanuit de gedragwetenschappen’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie – Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 147 e.v.

27 HvJ 13 januari 2000, nr. C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 (*Estée Lauder*), r.o. 30. Zie nader C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De onerlijkeitsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer

2011, nr. 424.

28 Commission Staff Working Document – Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices (SEC (2009) 1666), p. 28. Daarover W. van Boom, A. Garde & O. Akseli (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014, p. 6.

29 Zo op het eerste gezicht lijkt ons dit strenger voor handelaren dan de toets zoals die werd toegepast in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (*Spaarbeleg Sprintplan*), r.o. 4.3.7; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, r.o. 4.5.3 (*De Treek / Dexia*). Kennelijk moet men zich meer inspanningen getroosten om een aandelenleaseproduct te begrijpen dan de voorwaarden van een loterij.

30 Over het begrip ‘feitelijk’ in verband met cassatie(gronden), zie E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken (Asser Procesrecht 7)*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 103 e.v.

31 Het HvJ EU schakelt zelf ook tussen feit en norm in dit verband; zie bijv. HvJ EU 18 november 2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696 (*Lidl / Vierzon*), r.o. 49.

Daarnaast lijkt het erop dat de ‘maatman-deelnemer’ deels rationele en deels niet-rationele gronden voor zijn aankoopbeslissing hanteert. Het kopen van een lot vormt volgens het hof ‘geen doordachte handeling’.³² De maatman laat zich leiden door een ‘gevoel’ over zijn winstkansen alsmede door irrationele gedachten, emoties en gewoonten. Hij rekent niet de precieze (absolute) winstkansen uit, maar doet kennelijk wel ‘iets’ met getallen. Hij weet namelijk dat niet iedereen meedoet, maar wel zo’n 1 tot 7 miljoen Nederlanders. Hij gaat er vanuit dat er 20 prijzen worden getrokken uit 3 miljoen verkochte loten.³³ Daarop baseert hij zijn ‘gevoel’. Zo geredeneerd, construeert het Hof een ‘maatman’ die niet echt irrationeel is maar ook niet past in het Europese model van de koel berekenende consument. De Hoge Raad geeft hier zijn zegen aan: het oordeel van het hof berust op feitelijke waarderingen die in beginsel aan het hof zijn voorbehouden en niet kan worden gezegd dat zij onbegrijpelijk zijn, aldus de Hoge Raad. Dat betekent dus dat de feitenrechter veel ruimte krijgt om de maatman concreet vorm te geven. Wij begrijpen dat goed uit oogpunt van werkverdeling tussen gerechten binnen één land, maar intussen betekent het wel dat het ideaal van maximumharmonisatie van het recht van alle lidstaten inzake handelspraktijken, utopie blijft.³⁴

2 Schadevergoeding?

De Hoge Raad heeft gesproken: er is sprake van onrechtmatige misleiding. Maar daarmee is het verhaal niet afgelopen. De rechter heeft niet bepaald of individuele deelnemers schadevergoeding toekomt, en zo ja, hoe die dan berekend moet worden. Hier procedeerde een 305a-stichting, en die mogen gezien artikel 3:305a lid 3 BW geen schadevergoeding voor de ‘achterban’ vorderen. Wij vermoeden dat er op het moment dat wij dit schrijven, onderhandelingen over een schadevergoedingsschikking gaande zijn tussen Staatsloterij en Loterijverlies.nl. De werkelijke stand van zaken kennen we niet, dus we zullen ons slechts in algemene zin en aan de hand van openbare bronnen uitlaten over het dossier.

Wat kan er zoal gebeuren na een 305a-procedure waarin voor recht wordt verklaard dat de aangesprokene onrechtmatig heeft gehandeld? Trekt de rationeel handelende aangesprokene direct zijn portemonnee of zal hij een

inschatting maken van het aantal benadeelden, het gemiddeld bedrag aan schade dat zij te vorderen hebben, de kans dat zij individueel of gezamenlijk (bijv. via volmacht) overgaan tot het vorderen van schadevergoeding en de kans dat die vorderingen slagen? Wij denken dat laatste. De aangesprokene kan er dan – alles afwegende – voor kiezen om *niets* vrijwillig te vergoeden en om de dagvaardingen van de individuele consumenten af te wachten. Heeft de aangesprokene een reputatie die in een slecht daglicht komt te staan als hij niet spontaan tot vergoeding overgaat, dan zal dat mogelijk de kans vergroten dat de aangesprokene toch (enige) vergoeding zal aanbieden, ook zonder nadere civiele procedures.³⁵

Wat in elk geval niet kan gebeuren, is dat de stichting in eigen naam schadevergoeding vordert ten behoeve van de benadeelden.³⁶ Consumenten die schadevergoeding willen vorderen, zullen dat juridisch gezien *individueel* moeten doen.³⁷ Hoewel de Hoge Raad bereid is gebleken om in een aantal uitspraken de scherpe kantjes van die individuele rechtsgang af te halen,³⁸ zal de rechter de schadevergoedingsvraag toch per individu moeten beantwoorden. Dat is uiteraard een feitelijke drempel die procederen minder aantrekkelijk maakt bij relatief kleine schades.

Een bijzondere procedure waarbij dergelijke claims collectief worden afgewikkeld, kent ons recht vooralsnog niet. De Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM; art. 7:907 e.v. BW) biedt weliswaar een procedure die in de buurt van collectieve afwikkeling komt, maar deze wet is gebaseerd op het uitgangspunt dat er eerst op vrijwillige basis een schikking wordt bereikt door de aangesproken partij(en) en een stichting of vereniging die (al dan niet met volmacht) de belangen behartigt van de benadeelden. Die schikking wordt dan voorgelegd aan de rechter, die toetst de schikking en beslist dan over een al dan niet algemeenverbindendverklaring van de schikking (met de mogelijkheid van opt-out). Het fundament van de WCAM is dus wilsovereenstemming en niet het individueel verankerde, wettelijke recht op schadevergoeding.

Als we ons voor het gemak concentreren op individuele deelnemers, dan kunnen we zeggen dat na het arrest van de Hoge Raad de route voor consumenten die door de misleiding schade hebben geleden, om individueel de vergoeding daarvan vorderen, een stukje eenvoudiger is geworden. Maar dat betekent niet dat het een weg zonder hobbels is. Immers, dat de *gemiddelde* consument

32 R.o. 4.15.

33 Vgl. r.o. 4.11 van het hof: ‘de gemiddelde consument (zal zich) zich bewust of onbewust een globale voorstelling hebben gemaakt van het aantal loten waaruit werd getrokken’. Zie ook r.o. 3.19.

34 Zie de aspiratie van maximumharmonisatie verwoord in preambule bij de Richtlijn 2005/29/EG inzake Oneerlijke Handelspraktijken, recital 5, 14 en 15.

35 Over deze gedragsbeïnvloedende aspecten bij schikken en procederen in het licht van het (proces)recht, zie nader I.N. Tzankova, *Strooischade – Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005, p. 1 e.v.; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 1 e.v.;

W.H. van Boom e.a., *Strooischade* (onderzoeksrapport, uitgebracht i.o.v. Ministerie van Economische Zaken), Rotterdam/Den Haag: 2009, p. 1 e.v.; M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht – preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 e.v.; W.H. van Boom, ‘De Minimis Curat Praetor – Redress for Dispersed Trifle Losses’, *Journal of Comparative Law* 2009, p. 171 e.v.; J. Steele & W.H. van Boom, ‘Mass Justice and its challenges’, in: J. Steele & W.H. van Boom (red.), *Mass Justice – Challenges of Representation and Distribution*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 1 e.v.

36 Zie immers art. 3:305a lid 3 BW. Dit laat onverlet de mogelijkheid om als een stichting (of welke derde dan ook) krachtens cessie of volmacht een

schadevergoedingsactie in te stellen. Het laat ook onverlet dat de stichting vergoeding van eigen schade (bijv. pre-processuele kosten in de zin van art. 6:96 BW) vordert. Zie immers HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, *NJ* 2008/529 (*Vie d’Or*), r.o. 6.3.2 en ECLI:NL:HR:2006:AW2080, *NJ* 2008/528 (*Accountants Vie d’Or*), r.o. 8.2.2.

37 Ook als zij hun vorderingen cederen, bundelen met volmachten of anderszins vrijwillig groeperen om schaalvoordelen te bereiken, zal elke vordering individueel moeten worden beoordeeld. Dat is althans het uitgangspunt naar geldend recht.

38 Zie m.n. de arresten van HR 5 juni 2009, waarover Van Boom & Lindenberg, *AA* 2010, afl. 3, p. 188 (AA20100188).

is misleidend, betekent niet automatisch dat de schadeclaim van de *individuele* consument ook zal slagen. Daarvoor is bijvoorbeeld nog nodig dat de individuele consument stelt en bewijst dat er causaal verband bestaat tussen de door hem geleden schade en de misleiding.

Wat is die schade? Duidelijk is dat de benadeelde in financiële zin moet worden gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de onrechtmatige daad niet was gepleegd. Het is van belang te beseffen dat de kern van het verwijt aan Staatsloterij niet is dat ze een belofte van een loterij met de hogere winstkansen heeft geschonden, maar juist dat zij heeft verzuimd om volledige en juiste informatie over de *werkelijke* winstkansen te geven. Zou de redenering van het eerste type verwijt worden gevolgd, dan komt men uit op de vergoeding van het 'positief contractsbelang': de benadeelde moet worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd als de wederpartij zich wél aan haar belofte had gehouden.³⁹ Dat zou vermoedelijk leiden tot een vergoeding van het minuscule verschil in winstkansen.⁴⁰ Hier is sprake van het tweede type verwijt dat tot het 'negatieve contractsbelang' leidt. De consument zal betogen dat het verzuim om volledige en juiste informatie over de werkelijke winstkansen te geven, ertoe heeft geleid dat hij tot aankoop overging. Zou hij de werkelijke winstkansen hebben gekend, dan zou hij zich de aankoopkosten hebben bespaard. Die kosten zijn de schade die niet zou zijn geleden als de onrechtmatige daad niet was gepleegd.⁴¹

Naast schade moet dus ook causaal verband worden aangetoond. Of een individuele consument kan bewijzen dat hij een andere beslissing zou hebben genomen als hij van de werkelijke feiten had geweten, is verre van zeker. Hoe bewijst een deelnemer dat hij helemaal niet, minder vaak of met minder loten zou hebben meegespeeld als hij de werkelijke winstkansen had gekend? Dan zal hij toch ook aannemelijk moeten maken dat hij zich een voorstelling heeft gemaakt van die winstkansen? Op het eerste gezicht lijkt het arrest *World Online* ook de deelnemers aan de staatsloterij tegemoet te komen in deze bewijslast

ten aanzien van *condicio sine qua non*. Uit dat arrest volgt immers – als we dat arrest per analogie mogen toepassen op loterijen – dat de rechter tot uitgangspunt mag nemen dat de deelnemer niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd als hij van de werkelijke winstkansen had geweten. Echter, leest men het arrest *World Online* goed, dan ziet men dat de Hoge Raad met de ene hand geeft en met de andere weer terugneemt: het processueel debat tussen partijen kan tot de conclusie leiden dat het uitgangspunt juist *niet* opgaat (*World Online*, r.o. 4.11.2).⁴² Of hier veel houvast aan kan worden ontleend, betwijfelen wij daarom.

3 Bedrijfsmatig collecteren voor de collectieve actie

Ten slotte nog een paar opmerkingen over de plaats van de 305a-procedure in de claimafwikkeling als geheel. Het instellen van collectieve acties als deze is zeker niet altijd een daad van zuiver altruïsme. Zeker als niet een vereniging maar een stichting de 305a-actie start, is de kans groot dat de stichting deel uitmaakt van een commerciële operatie waar de initiatiefnemers geld aan hopen te verdienen. Dat is ook hier het geval, zo leiden we af uit de ons bekende openbaar toegankelijke bronnen.⁴³ Hoewel in de 305a-procedure uiteraard de stichting vooropstaat, is de motor achter de procedure Loterijverlies BV. Deze bv is bestuurder van de stichting en zij stuurt in die zin dus de 305a-procedure. De aandelen in de bv worden (indirect) gehouden door juridische entrepreneurs. De bedrijfsconstructie is kennelijk aldus dat de teleurgestelde loterijdeelnemers zich aanmelden bij Loterijverlies BV. Zij schrijven zich in bij de bv, verklaren zich akkoord met voorwaarden voor de dienstverlening en betalen een bedrag aan inschrijfgeld.⁴⁴ De aard van de dienstverlening past in de definitie van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). Het inschrijfgeld blijft verschuldigd, ongeacht of Staatsloterij tot enige vergoeding overgaat.⁴⁵ *Daarnaast* is de inschrijver, mocht het tot een vergoeding komen, een vergoeding van 20% verschuldigd aan Loterijverlies.⁴⁶

39 Over het verschil tussen positief en negatief belang zie bijv. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Verbintenisrecht – De verbintenissen in het algemeen, tweede gedeelte* (Deel 6-II van Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2013, nr. 26.

40 Men kan het zich zo voorstellen: zou die schade via een *class action*-achtige procedure afgewikkeld worden, dan zou de aangesprokene de prijzen moeten afdragen die gevallen zouden zijn als ze de voorgespiegelde winstkansen zou zijn nagekomen. Die prijzen zouden vervolgens moeten worden verdeeld onder alle meespeelende deelnemers. Per persoon zou dat dus het minuscule verschil in winstkansen opleveren.

41 Een qua resultaat min of meer vergelijkbare route zou art. 6:193j lid 3 BW hebben geboden (als dat van toepassing was geweest): zou de individuele consument met recht tot vernietiging overgaan, dan krijgt hij recht op ongedaanmaking (art. 3:53 jo. 6:203 lid 2 BW) onder verrekening van de waarde van de door Staatsloterij geleverde prestatie (het geven van een kans van 0,000000953%) op

grond van art. 6:210 lid 2 BW. Of aan het bewijs van het causaliteitsvereiste van de vernietigingsgrond van art. 6:193j lid 3 BW ('als gevolg van') hoge eisen mogen/moeten worden gesteld, is onduidelijk. Ook is onduidelijk of een 305a-eiser deze vernietiging kan inroepen (en restitutie eisen) ten behoeve van benadeelden. Overigens lijkt het ons dat naar geldend recht een verrekening moet plaatsvinden met eventuele gewonnen prijzen teneinde *cherry-picking* te voorkomen; vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, *NJ* 2013/40 (*V.d. Heijden/Dexia*) en HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, *NJ* 2010/67 (*Nabbe/Staalbankiers*).

42 Bovendien blijven de gewone regels bestaan wat betreft het bestaan en de omvang van de schade (*World Online/VEB*, r.o. 4.11.3). Dat is een weinig behulpzame vaststelling als het gaat om puur economische schade, waarbij zowel de schade als het causaal verband samengesmolten zijn en als geheel afhankelijk zijn van de vraag wat de benadeelde zou hebben gedaan als hij de werkelijke winstkansen had gekend.

43 Stand juli 2015.

44 Overigens valt ons op dat de algemene voorwaarden van Loterijverlies.nl met regelmaat veranderd worden. Naast de versie van juni 2015 kwamen we op het laatste moment op de website ook een versie van 24 juli 2015 tegen. Het is ons niet duidelijk of het de bedoeling is dat inschrijvers die vóór juli 2015 contracteerden, ook gebonden zijn aan deze opvolgende nieuwere voorwaarden. Als dat de bedoeling is, moet de overeenkomst dan wel de algemene voorwaarden een zogeheten *en bloc*-wijzigingsclausule bevatten. Wij zagen die niet. De zinsnede 'Deze voorwaarden vervangen eerdere voorwaarden' kan geen binding bewerkstelligen van consumenten die op een eerder tijdstip contracteerden.

45 € 35 voor een maandelijks meegespeeld lot + € 12,50 voor elk extra lot.

46 Ons is onduidelijk of 20 % inclusief of exclusief btw is. We wijzen erop dat ondernemers ingevolge art. 38 Wet Omzetbelasting verplicht zijn om hun prijzen altijd inclusief btw aan te duiden.

Met deze combinatie van rechtspersonen kan een aantal problemen worden omzeild. Een advocaat zou niet zomaar mogen procederen voor cliënten op basis van een percentage van de opbrengst, een andere (rechts)persoon mag dat wel. Een stichting kan niet zomaar fiscaal gunstig winst maken of uitkeren, een bv kan dat wel. En een bv kan geen 305a-procedure entameren, maar een stichting wel. De ad hoc opgerichte stichting fungeert dus als ‘vehikel’ voor de 305a-procedure, de geldstromen lopen vermoedelijk via de bv en eventuele winsten worden aan de aandeelhouders van de bv uitgekeerd.

Dat er dus mogelijk geld verdiend gaat worden aan de ‘onderneming’ Loterijverlies, bleek in de onderhavige procedure overigens geen beletsel. De rechtbank achtte de ondernemingsconstructie niet problematisch omdat de 305a-vordering van de stichting niet strekt tot bevoordeling van de bv.⁴⁷ Het hof volgt dat oordeel. Bovendien, zo overweegt het hof, doet het eventuele omzeilen van het *no cure no pay*-verbod voor advocaten niet af aan de geldigheid van de constructie van een bv en een stichting.⁴⁸ Wij menen ook dat er *op zichzelf* niets illegaals of onethisch is aan het feit dat er (mogelijk) geld verdiend wordt door de aandeelhouder(s) van de bv ‘over de rug van’ loterijdeelnemers. Op markten worden risico’s genomen en geld verdiend; dat lijkt ons heel gezond.

Dat de 305a-procedure commercieel wordt benut, lijkt ons dus niet verkeerd. Sterker nog: als commerciële motieven helpen om onrechtmatige misleiding aan de kaak te stellen, kan dat juist goed zijn voor de handhaving van het privaatrecht. Maar het is daarbij wel van belang dat consumenten weten wat hun rechten en plichten zijn in dit speelveld. Dat brengt ons op een aantal aandachtspunten.

Zo is er de status van belangenbehartigers als Loterijverlies. Consumenten zijn niet verplicht om zich aan te sluiten bij een belangenbehartiger. Zij hebben naar geldend recht een fundamenteel recht om te *freeriden* – dat wil zeggen: zich niet aansluiten bij een 305a-initiatief, geen inschrijfgeld betalen en achteraf wél profiteren van een eventueel schikkingsresultaat dat de aangesprokene aanbiedt aan alle getroffen. Weliswaar is het in theorie denkbaar dat een aangesprokene alleen spontaan vergoeding aanbiedt aan de consumenten die aangesloten zijn bij een belangenbehartiger en dat een schikkingsresultaat niet mede ten behoeve van de niet-aangesloten *freeriders* geldt, maar in de praktijk zal het vermoedelijk anders verlopen. Het aangesproken bedrijf dat tot schikking wil overgaan, wil van ál het gezeur af zijn en niet alleen van

het gezeur van de deelnemers die zich bij de belangenbehartiger hadden aangesloten. Als Staatsloterij nu rechtstreeks zou willen schikken met de deelnemers zonder tussenkomst van Loterijverlies of door tussenkomst van een andere belangenbehartiger, is dat haar goed recht. De aansprakelijke is niet gehouden om onrechtstreeks zaken te doen met de deelnemers. Consumenten hebben er recht op om dat te weten en om zodoende hun recht om een gokje te wagen als *freerider* te verwezenlijken.⁴⁹

Verband houdend met het recht op *freeriden* is het gegeven dat een belangenbehartiger geen monopolie heeft op procederen, schikken en afwikkelen, ook niet na het winnen van een 305a-procedure. Een voor consumenten gunstige uitspraak in een 305a-procedure is geen ‘eigendom’ van de betreffende stichting. Iedereen kan er vervolgstappen mee ondernemen, zowel individuele consumenten als concurrerende belangenbehartigers die deze consumenten proberen te werven. Het is dus mogelijk en toegestaan dat meerdere partijen zich opwerpen als belangenbehartiger en zich tegenover Staatsloterij sterk maken voor een vergoeding. We zagen op het internet bijvoorbeeld een website van Staatsloterij schadeclaim, *www.claimuwlot.nl*, kennelijk een concurrent van Loterijverlies, die een *no cure no pay*-tarief van 17,5 % vraagt.⁵⁰ Op zichzelf is ‘concurrentie’ tussen belangenbehartigers goed, maar het kan het afwikkelingsproces voor consumenten wel ondoorzichtig maken. Dat is zeker het geval als zij niet weten dat die concurrentiemogelijkheid bestaat en denken dat zij zich ‘moeten’ inschrijven bij de eerste die zich aanbiedt. Op dit moment bestaat er in een ondoorzichtige markt als deze nog geen goede oplossing voor dit coördinatieprobleem.⁵¹ Goede voorlichting lijkt ons wel het minste dat gevergd kan worden.

Die voorlichting komt niet van belangenbehartigers zelf. Zo worden consumenten niet spontaan gewezen op hun recht om te *freeriden* en de implicaties daarvan. Integendeel, het is in het belang van een belangenbehartiger om het daar vooral *niet* over te hebben en om de handtekening van inschrijvers te krijgen onder voorwaarden die de belangenbehartiger de touwtjes in handen geven en de consument blijvend binden aan de behartiger. Het is voor een belangenbehartiger uiteraard nadelig als ingeschreven consumenten vervolgens toch rechtstreeks zaken doen met de aangesprokene en zo de *no cure no pay*-beloning proberen te ontlopen. Dat lijkt een beetje op het probleem dat makelaars kunnen ervaren, namelijk wanneer de potentiële koper en verkoper achter de rug van de makelaar

47 Rb., r.o. 4.2.

48 Hof, r.o. 2.4. i.f. Overigens is het in dat verband wel van belang dat bij het toewijzen van kostenvergoeding aan het winnende 305a-vehikel de vergoeding als bedoeld in art. 6:96 BW beperkt blijft tot de direct aan de handelingen van het vehikel toe te rekenen verrichtingen.

49 De keerzijde van de medaille is uiteraard dat als iedereen *freerider*-gedrag vertoont, er minder snel een collectieve actie ingesteld zal worden. Naar geldend recht is er evenwel geen verplichting om zich aan te sluiten en wél een recht om de vruchten te plukken.

50 Zie <http://staatsloterijshadeclaim.nl>. Overigens: op de aan Staatsloterij schadeclaim gelieerde websites (<http://staatsloterijshadeclaim.nl> en <http://claimuwlot.nl>) staan twee verschillende sets algemene voorwaarden, een oudere versie van februari 2015 waaruit blijkt dat € 7,50 voor deelname werd gevraagd en een meer recente versie van april 2015 waaruit blijkt dat de bv/stichting hier bij nader inzien van heeft afgezien. We wijzen er nog op dat de 17,5% kennelijk exclusief BTW is en dat dit in strijd is met de wet. Ondernemers zijn ingevolge art. 38 Wet Omzetbelasting verplicht zijn om hun prijzen altijd inclusief BTW

aan te duiden.

51 Wellicht dat het ophanden zijnde wetsvoorstel ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken’ (Consultatieversie juli 2014) iets meer kan betekenen voor het scheiden van kaf en koren in 305a-vehikels. Feit blijft dat de 305a-procedure geen *class action*-procedure is waarbij de rechter één dwangverteenwoordiger voor de groep aanstelt.

om zaken doen. Om zijn courtage veilig te stellen, zal een makelaar willen bedingen dat deze in een dergelijk geval toch verschuldigd blijft.⁵² Die strategie hanteren belangenbehartigers ook.

Dit brengt ons bij een volgend aandachtspunt: ingeschreven consumenten kunnen zich niet kosteloos terugtrekken nadat zij met de desbetreffende belangenbehartiger een overeenkomst van opdracht hebben gesloten inclusief volmachtverlening. Bij Loterijverlies blijft in geval van opzegging door de consument zowel het inschrijfgeld als het percentage onverminderd verschuldigd.⁵³ De algemene voorwaarden van concurrent Loterij schadeclaim maken het bonter:

‘zowel de standaard dossier(aanmaak) en kantoorkosten groot 455,50 EU ex.btw, acquisitie en marketingkosten groot 775,50 EU ex. BTW minimaal per dossier alswel het no cure no pay percentage blijft dan onverminderd verschuldigd aan SLSC.’⁵⁴

Een dergelijke bepaling staat op gespannen voet met de regeling inzake opdracht, die dwingendrechtelijk bepaalt dat als een consument een opdracht geeft, hij te allen tijde kan opzeggen en dan alleen kosten en proportioneel loon naar redelijkheid verschuldigd is. Als het eindigen van de op-

dracht geheel is toe te rekenen aan de consument, mag onder bepaalde voorwaarden het volle loon worden gevorderd. Schadevergoeding is niet verschuldigd bij opzegging.⁵⁵

Als laatste rijst de vraag wie bepaalt of een eventuele schikking die de belangenbehartiger sluit met Staatsloterij, een goede schikking is. De consument die met Loterijverlies contracteert, geeft aan Loterijverlies de bevoegdheid om te bepalen of dat het geval is. Loterijverlies krijgt de bevoegdheid om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de aangesprokene te bewegen tot vergoeding van de geleden schade en om te bepalen of cliënt met een bepaald schikkingsvoorstel akkoord dient te gaan. Daaronder vallen de onderhandelingen over een schikking alsmede het namens de deelnemers akkoord gaan ‘met concrete voorstellen die naar de inschatting van Stichting Loterijverlies in (hun) voordeel zijn’.⁵⁶ Het schikkingsresultaat wordt dus niet eerst aan de deelnemers voorgelegd.⁵⁷ Zij kunnen alleen achteraf proberen om het resultaat aan te vechten, en dat is niet eenvoudig. Tegenover de aangesprokene zijn ze in beginsel gebonden via de blanco volmacht die ze bij de inschrijving verleenden aan de belangenbehartiger en van wanprestatie van de belangenbehartiger zal niet snel sprake zijn.⁵⁸ ■

⁵² Vgl. daarover HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481, *NJ* 2008/41.

⁵³ Art. D5 van de AV Loterijverlies.nl van 12 juni 2015.

⁵⁴ We wijzen erop dat ondernemers ingevolge art. 38 Wet Omzetbelasting verplicht zijn om hun prijzen altijd inclusief BTW aan te duiden.

⁵⁵ Zie art. 7:408 lid 1 (opzeggingsbevoegdheid), lid 3 (geen schadevergoeding), art. 7:406 (kosten), art. 7:411 (loon) en art. 7:413 (dwingend recht ten behoeve van consument-opdrachtgever). Vgl. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4481, *NJ* 2008/41. We wijzen ook nog op art. 6:237 aanhef en onder i BW (een beding in algemene voorwaarden dat ertoe leidt dat meer wordt gevorderd van de consument dan een redelijke vergoeding voor door de belangenbehartiger geleden verlies of

gederfde winst, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn). Over e.e.a. bijv. R.H.C. Jongeneel, ‘Algemene vernietigingsgronden; de open norm’, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 281 e.v.; M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, p. 217 e.v.

⁵⁶ Art. G3 en G4 van de AV Loterijverlies.nl van 12 juni 2015.

⁵⁷ Weliswaar bepalen de art. 7:402 en 7:403 BW dat de opdrachtgever inspraak heeft, aanwijzingen mag geven en recht heeft op het afleggen van verantwoording door de opdrachtnemer, maar deze bepalingen zijn van regeland recht. Afwijken van regeland recht is toegestaan, en dat gebeurt dan ook in de voorwaarden, maar kan in het kader van de toetsing van algemene voorwaarden bij

consumententransacties wel een ‘verdenking’ opleveren in het nadeel van de gebruiker. Zie R.H.C. Jongeneel, ‘Algemene vernietigingsgronden; de open norm’, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 129; Pavillon 2011, nr. 110-113 en HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), r.o. 68.

⁵⁸ Het zal erg afhangen van de concrete feiten of kan worden gezegd dat de belangenbehartiger de zorg van een goed opdrachtnemer niet in acht heeft genomen (art. 7:401 BW) wanneer de deelnemers teleurgesteld zijn in de bereikte schikking. Alleen in dat geval kunnen schadevergoeding (art. 6:74 BW) en ontbinding (art. 6:265 BW) van de overeenkomst tot opdracht in zicht komen.