

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/295688763>

Een rechtseconomische visie op collectieve actie

Chapter · December 2015

CITATION

1

READS

244

2 authors:



Michael Faure

Erasmus University Rotterdam

496 PUBLICATIONS 2,148 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



Louis T. Visscher

Erasmus University Rotterdam

56 PUBLICATIONS 142 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Judge Made Risk Regulation [View project](#)



Eropean Group on Tort Law [View project](#)

Hoofdstuk 1

Een rechtseconomische visie op collectieve actie

Prof. dr. M.G. Faure^{*} en prof. mr. dr. L.T. Visscher^{**}

1.1 Inleiding

De vraag waarom een collectieve actie onder bepaalde omstandigheden zinvol zou zijn, heeft in de rechtseconomische literatuur heel wat aandacht gekregen. De problematiek van collectieve acties in het algemeen heeft uiteraard al in ruime mate aandacht gekregen in recent internationaal onderzoek, waarbij een deel van dat onderzoek tevens het rechtseconomisch perspectief incorporeert.¹ De reden voor al deze aandacht is gelegen in het feit dat het een remedie zou kunnen vormen voor wat onder meer door Tzankova als ‘strooischade’ wordt gekwalificeerd.² Strooischade is een vorm van schade waarbij de totale maatschappelijke schade zeer groot kan zijn, maar omdat deze verspreid is over een groot aantal slachtoffers, is de individuele schade per slachtoffer relatief gering. Omdat slachtoffers met een relatief kleine schade een ‘rationele apathie’ zullen hebben ten aanzien van dit geringe schadebedrag zal geen vordering worden gebracht en dit juist in gevallen waarin de totale maatschappelijke schade omvangrijk zal zijn. Vanuit rechtseconomisch perspectief is het basisprobleem bij dergelijke situaties dat een externaliteit niet wordt geïnternaliseerd en dat schadeveroorzakers dus niet met de kosten van hun handelen worden geconfronteerd.

Een van de mogelijke antwoorden op deze rationele apathie is om een bundeling van claims mogelijk te maken via een groepsvordering of een collectieve actie. Deze collectieve actie kan, wat de juridische vormgeving betreft, verschillende vormen aannemen. Het belangrijkste onderscheid dat doorgaans wordt gemaakt bestaat tussen enerzijds de groepsvordering (of collectieve actie) waarbij een vordering in naam van een groep gelaedeerden wordt gebracht; het alternatief betreft een zogenaamde representatieve vordering waarbij een organisatie (bijvoorbeeld een consumentenorganisatie, maar ook een ngo die het milieu zou vertegenwoordigen) in naam van de slachtoffers (of bijvoorbeeld het geschade milieu) zou optreden. In dit preadvies richten wij ons voornamelijk op de collectieve actie, maar wij zullen ook enkele alternatieven voor de collectieve actie als mechanisme om de rationele apathie aan te pakken, bespreken. Daarbij hoort dan zeker ook de repre-

* Michael Faure is verbonden aan het Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) van de Erasmus School of Law (ESL). Hij is daarnaast ook verbonden aan de Universiteit Maastricht.

** Louis Visscher is verbonden aan het Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) van de Erasmus School of Law (ESL).
Onze dank gaat uit naar Marina Jodogne (Maastricht) en Marianne Breijer (Rotterdam) voor redactionele ondersteuning.

1. Zie desbetreffend onder meer W. van Boom & M. Loos (red.), *Collective enforcement of consumer law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007; J. Steele & W. van Boom (red.), *Mass justice, challenges of representation and distribution*, Cheltenham: Edward Elgar 2011 en C. Hodges, I. Benöhr & N. Creutzfeldt-Banda (red.), *Consumer ADR in Europe. Civil justice systems*, Oxford: Hart Publishing 2012.
2. I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.

sentatieve vordering. Wij bespreken de collectieve actie vanuit rechtseconomisch perspectief. Daarbij staat de vraag centraal welke de mogelijke theoretische voordelen van de collectieve actie kunnen zijn, met andere woorden, hoe deze theoretisch kan worden ingebed. Uiteraard wordt ook aandacht besteed aan de mogelijke nadelen en vooral aan de specifieke institutionele vormgeving. Het Amerikaans gezegde luidt 'The devil is in the detail' en dat geldt ook in het geval van de collectieve actie: de wijze waarop de collectieve actie in staat kan worden geacht daadwerkelijk aan het probleem van rationele apathie tegemoet te komen, zonder op haar beurt nieuwe problemen te creëren die de remedie erger maken dan de kwaal, hangt in belangrijke mate samen met de specifieke institutionele vormgeving van de collectieve actie. Daarom zal ook daaraan aandacht worden besteed.

Onze bijdrage beperkt zich tot de rechtseconomische theorie en wij bekijken uitsluitend de mogelijkheden van het burgerlijk recht om de collectieve actie in te schakelen; theoretisch zou het immers denkbaar zijn om ook te kijken naar alternatieven om via het publiekrecht rationele apathie aan te pakken.³

Onze bijdrage bestaat uit twee delen. In deel I wordt de collectieve actie in het algemeen vanuit een rechtseconomisch perspectief geanalyseerd. Daarbij worden eerst enkele voorbeelden van strooischade gegeven die een collectieve actie zouden kunnen rechtvaardigen (paragraaf 1.2); vervolgens wordt de collectieve actie in een rechtseconomisch perspectief geplaatst door aan te geven dat zonder collectieve actie mogelijk van een marktfalen sprake zou zijn dat tot verlies aan maatschappelijke welvaart zou kunnen leiden (paragraaf 1.3). Dan wordt aangegeven dat de collectieve actie in belangrijke mate een remedie voor dat marktfalen zou kunnen bieden (paragraaf 1.4), waarbij de voor- en nadelen van collectieve actie worden besproken. Daarna wordt besproken hoe collectieve actie kan worden gefinancierd, waarbij ook in het algemeen verschillende mogelijkheden om de toegang tot de rechter te verbeteren de revue passeren (paragraaf 1.5). Ten slotte worden enkele alternatieven voor de collectieve actie besproken, waaronder de representatieve vordering en de vordering door een niet-gouvernementele organisatie (paragraaf 1.6).

Deel II gaat vervolgens meer in detail in op de situatie in Nederland, waarbij de nadruk op overleg opvallend is. De huidige situatie van art. 3:305a BW en de WCAM wordt besproken (paragraaf 1.7), evenals het voorontwerp van het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie (paragraaf 1.8). Vervolgens besteden wij aandacht aan de grote rol die in de diverse procedures aan de rechter wordt toebedeeld (paragraaf 1.9).

Enkele conclusies sluiten het preadvies af (paragraaf 1.10).

3. Zie desbetreffend onder meer M. Faure & F. Weber, 'Dispersed losses in tort law – an economic analysis', *Journal of European Tort Law* 2015, p. 163-196.

Deel I: Collectieve actie: een rechtseconomische analyse

1.2 Voorbeelden

Een tweetal voorbeelden kan illustreren wat precies met strooischade wordt bedoeld en waarin het probleem van de rationele apathie precies schuilt.

1.2.1 Zure regen

Veronderstel dat een land schadelijke stoffen uitstoot die door de wind tot in Nederland worden gebracht en hier behoorlijke schade veroorzaken aan de bossen. Door de schadelijke emissies sterven bomen af, dreigen bepaalde bossen te verdwijnen en uiteraard leidt dit tot afname van de toeristische aantrekkelijkheid van de bossen en van hun ecologische waarde. Het gevolg is een gebrek aan biodiversiteit, maar tevens ecologische en economische schade.

1.2.2 Het telefoonkartel

Veronderstel dat verschillende telefonieaanbieders in een bepaald land prijsafspraken hebben gemaakt in strijd met het mededingingsrecht. Het gevolg daarvan is dat consumenten te hoge prijzen betalen voor het gebruik van hun mobiele telefoon. Veronderstel dat de gemiddelde schade voor elke consument € 5 per maand bedraagt, terwijl het gemiddeld inkomen in dat land € 2000 per maand bedraagt.

1.3 Marktfaalen

Een gemeenschappelijk kenmerk van beide hierboven vermelde voorbeelden is dat het heel waarschijnlijk is dat een 'normale' civiele vordering in beide gevallen achterwege zal blijven. In theorie zou het slachtoffer van deze onrechtmatige daad in beide gevallen verhaal tegen de veroorzaker kunnen halen via de civiele rechter.⁴ Vanuit een rechtseconomisch perspectief is relatief duidelijk dat de consument (het slachtoffer) in beide gevallen een rationele keuze zal maken om de civiele vordering niet te brengen. De reden is eenvoudig: het opstarten van een civiele vordering brengt nu eenmaal aanzienlijke kosten en risico's met zich mee; naast het betalen van de advocaat dient het slachtoffer ook tijd (en dus vanuit een economisch perspectief zijn eigen opportuniteitskosten) te investeren in deze zaak. De waarschijnlijkheid dat de individuele kosten van de procesgang (en meer bepaald de kosten van rechtshulp) hoger zullen zijn dan het verwachte voordeel is buitengewoon hoog. De gemiddelde consument (in het geval van de mobiele telefonie) of het slachtoffer (de toerist die de bossen niet meer kan bewandelen) zal vermoedelijk de rationele beslissing nemen om van het civiele recht geen gebruik te ma-

4. Dergelijke strooischade is uiteraard niet alleen het gevolg van een onrechtmatige daad, maar kan ook in een contractuele context voorkomen, meer bepaald in de context van het consumentenrecht. Echter, de problemen die door strooischade worden veroorzaakt, maar ook de mogelijke oplossingen zijn vanuit rechtseconomisch perspectief vergelijkbaar, of het nu om een onrechtmatige daad dan wel om een contractuele aansprakelijkheid gaat. Casus 1.2.1 is vermoedelijk een onrechtmatige daadszaak, terwijl voorbeeld 1.2.2 van het telefoonkartel vermoedelijk eerder als een zaak van contractuele aansprakelijkheid zou kunnen worden gezien.

ken.⁵ Het feit dat het slachtoffer geen civiele vordering brengt, is in de eerste plaats gerelateerd aan zijn hoge risicoaversie ten aanzien van de advocaat- en proceskosten. Voor het slachtoffer kan het *ex ante* moeilijk voorzienbaar zijn wat de precieze kosten van de procedure uiteindelijk zullen zijn. Gelet op het relatief geringe gemiddeld inkomen (in het tweede voorbeeld) en het feit dat advocaatkosten (in de veronderstelling dat er geen rechtshulp is) relatief hoog zouden zijn, zal een rationele consument geen private vordering ter handhaving van het mededingingsrecht tegen de telefonieaanbieder instellen. Maar een bijkomend probleem is dat er (vooral bij het afsterven van de bossen) eigenlijk geen sprake is van individuele schade, maar veeleer van een collectieve schade, waarbij het individuele belang om te procederen te gering is. Immers, wanneer een individu de hoge kosten zou dragen bijvoorbeeld om de buitenlandse veroorzaker van de zure regen aan te spreken, zou hij uiteindelijk alle kosten dragen terwijl de voordelen ten goede komen aan de gehele gemeenschap, die die kosten echter niet draagt. Dat is het bekende vrijbuitersprobleem (*free-riding*) dat ertoe zal leiden dat een individu geen prikkels zal hebben om hoge kosten te investeren in een vordering die uiteindelijk ten goede zal komen aan vele anderen die deze kosten niet dragen. Een andere reden waarom een civiele dagvaarding achterwege zou blijven is een gebrek aan informatie aan de zijde van het slachtoffer.⁶ In de beide voorbeelden die zojuist werden gegeven, zou het probleem kunnen zijn dat het slachtoffer zich überhaupt niet bewust is van het feit dat een onrechtmatige schade aan hem werd toegebracht. Een wandelaar zou kunnen vaststellen dat bomen afsterven, maar geen idee hebben dat dit door onrechtmatige emissies uit een buurland wordt veroorzaakt⁷ en ook de consument zou kunnen menen dat hij wel behoorlijk veel betaalt voor het gebruik van zijn mobiele telefoon, maar heeft vermoedelijk geen idee dat dit het gevolg is van een onrechtmatig kartel tussen de aanbieders.⁸ Het probleem is daarenboven dat binnen het privaatrecht de mogelijkheden om, bijvoorbeeld door de rechter, verder onderzoek te laten doen naar het onrechtmatig karakter van het handelen van de veroorzaker, zeer beperkt zijn. Een informatietekort kan derhalve een belangrijke beperking vormen bij het instellen van een civiele vordering. De consequentie is derhalve dat het slachtoffer weliswaar materieelrechtelijk gezien een vordering heeft, doch dat door de hierboven omschreven redenen een vordering uiteindelijk niet zal worden ingesteld.⁹ Het probleem blijft derhalve dat als geen oplossing wordt gevonden, slachtoffers geen vordering zullen brengen, zodat schadeveroorzakers niet worden blootgesteld aan de maatschappelijke kosten van hun handelen. In rechtseconomische termen: een door hen veroorzaakte externaliteit wordt niet geïnternaliseerd, hetgeen als een marktfalen wordt beschouwd.

5. Zie H.-B. Schäfer, 'The bundling of similar interests in litigation. The incentives for class actions and legal actions taken by associations', *European Journal of Law and Economics* 2000, Vol. 9, p. 183.
6. Zie daarover ook bij Faure & Weber 2015.
7. Zie in het algemeen over informatietekorten als reden voor het falen van het aansprakelijkheidsrecht, S. Shavell, 'Liability for harm versus regulation of safety', *Journal of Legal Studies* 1984, p. 357.
8. Zie ook R. Van den Bergh, 'Private enforcement of European competition law and the persisting collective action problem', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, Vol. 1, p. 12 en 17.
9. Voor een verdere analyse zie ook M. Faure, A. Ogun & N. Philipsen, 'Curbing consumer financial losses: the economics of regulatory enforcement', *Law & Policy* 2009, p. 181-182.

De vaststelling van dit marktfalen leidt derhalve tot de meer algemene vraag hoe de toegang tot de rechter kan worden verbeterd zodat externaliteiten beter worden geïnternaliseerd, maar in het kader van deze bijdrage rijst vooral de vraag of er mogelijkheden zijn om bepaalde vorderingen (bijvoorbeeld van verschillende consumenten die allen schade lijden door het telefoniekartel) samen te behandelen en dus te bundelen. Wij beginnen in dit preadvies vooral met een analyse van dit bundelen van claims via een groepsvordering (paragraaf 1.4) en de financiering daarvan (paragraaf 1.5) en gaan daarna in op mogelijkheden om de toegang tot de rechter in het algemeen te verbeteren, aangezien dit uiteraard samenvalt met de vraag hoe een collectieve actie zou kunnen worden gefinancierd (paragraaf 1.6).

1.4 Collectieve actie in rechtseconomisch perspectief

1.4.1 Omschrijving

Met een collectieve actie wordt bedoeld de mogelijkheid van de bundeling van claims in een procedure. Dit soort groepsvorderingen komt vooral in beeld in het consumentenrecht in de situatie waarbij de individuele schade voor elk afzonderlijk slachtoffer relatief gering is, maar de totale maatschappelijke schade groot.¹⁰ De groepsvordering betekent derhalve dat niet langer een groot aantal individuele vorderingen wordt uitgebracht, maar dat bijvoorbeeld duizend consumenten die allen in dezelfde situatie zouden zijn als de consument die te veel betaalt voor zijn mobiele telefonieabonnement, hun claims samenbundelen in één vordering.

1.4.2 Voordelen

Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke vorm van collectieve actie (we realiseren ons uiteraard dat wij hier de collectieve actie in zeer algemene termen bespreken, terwijl de specifieke vormgeving sterk kan verschillen) het voordeel heeft dat slechts één vordering hoeft worden uitgebracht ten behoeve van alle individuen die eenzelfde of een vergelijkbare schade hebben geleden. In die zin kan de groepsvordering als een remedie tegen de rationele apathie worden beschouwd.¹¹ De reden is dat de kosten kunnen worden gedeeld en derhalve over een grotere groep individuen kunnen worden gespreid. Uiteindelijk leiden groepsvorderingen in beginsel tot lagere kosten per individu waarmee ook de totale systeemkosten kunnen dalen ten opzichte van het uitbrengen van separate individuele acties. Waar een individu rationele apathie zou hebben ten aanzien van een vordering tegen een kartel dat hem € 5 per maand heeft gekost, verandert dat uiteraard wanneer duizend individuen in eenzelfde situatie verkeren en de vordering hypothetisch ook verschillende jaren zou bedragen. Het totale schadebedrag wordt dan substantieel.

Door het bundelen van de vordering kan daarenboven ook het vrijbuitersprobleem worden bestreden. Immers, nu worden de kosten van de procedure niet langer door een individu gedragen terwijl alle anderen ook voordeel zouden kunnen ge-

10. Dit is derhalve typisch de definitie van de strooischade. Zie I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

11. Zie S. Keske, A. Renda & R. Van den Bergh, 'Financing and group litigation', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 59.

nieten bij een positieve uitkomst van de procedure. Door de bundeling van claims via een groepsvordering worden de kosten over de groep van claimanten verdeeld waardoor het probleem van het gebrek aan prikkels om een vordering uit te brengen door het vrijbuitersprobleem ook wordt aangepakt.

Tevens kan door een collectivisering van claims de informatieasymmetrie (het tekort aan informatie over mogelijk onrechtmatig gedrag bij de schadeveroorzaker) worden tegengegaan. Immers, doordat nu, hypothetisch, duizend claims worden samengebracht, kan de vertegenwoordiger van de groep ook schaalvoordelen gebruiken en derhalve zelf meer onderzoek doen naar bijvoorbeeld de kartelafspraken die tussen de aanbieders van mobiele telefonie werden gemaakt. Informatievergaring brengt immers kosten met zich mee. Wanneer deze kosten vervolgens kunnen worden gespreid over een grote groep, kan de informatieasymmetrie worden gereduceerd. Uiteindelijk kan door een collectivisering van claims ook voor de rechter de totale schade beter in kaart worden gebracht. Dat heeft enerzijds als voordeel dat een schadeveroorzaker beter wordt geconfronteerd met de totale schade die hij heeft veroorzaakt, waardoor het aansprakelijkheidsrecht beter zijn afschrikwekkend karakter kan behouden.¹² Anderzijds heeft collectivisering, waardoor de totale schade zichtbaar wordt, ook als voordeel dat de rechter zich beter een oordeel kan vormen over de betamelijke zorg die van de schadeveroorzaker kon worden verwacht en van de mate van onzorgvuldigheid waarmee hij te werk is gegaan.

Overigens is er ook empirisch onderzoek dat aantoont dat in een zogenaamde Amerikaanse class action de kosten van de rechtszaak en vooral de advocaatkosten proportioneel afnemen met het toenemend aantal deelnemers in een groepsvordering.¹³ Daaruit volgt derhalve dat reeds vanuit dat perspectief (kostenreductie) een groepsvordering kan worden toegejuicht omdat de totale systeemkosten vergeleken met individuele acties inderdaad lijken af te nemen.

Vanuit een afweging tussen gebruik van het publiekrecht en van het privaatrecht kan het gebruik van de groepsvordering ook worden ondersteund als een belangrijk middel om privaatrechtelijke handhaving te stimuleren. Shavell toonde aan dat privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving in zekere mate communicerende vaten zijn en dat derhalve publiekrechtelijke handhaving vooral noodzakelijk wordt waar privaatrechtelijke handhaving faalt. Publiekrechtelijke handhaving is echter kostbaar en vereist ook vaak strafsancities en derhalve criminalisering.

Wanneer derhalve een reden voor tekort in de privaatrechtelijke handhaving (het wijdverspreide karakter van de schade) binnen het privaatrechtssysteem kan worden opgevangen (door een groepsvordering mogelijk te maken), neemt ook de noodzaak van publiekrechtelijke handhaving (met criminalisering) af. Een belangrijk voordeel van de groepsvordering is dat het in die zin indirect ook een bijdrage tot deregulering en decriminalisering kan leveren.

12. Zie in dat verband ook H. Micklitz & A. Stadler, 'The development of collective legal action in Europe, especially in Germany', *European Business Law Review*, 2006, Vol. 17(5), p. 1473-1503.

13. T. Eisenberg & G. Miller, 'The role of opt-outs and objectors in class action litigation: theoretical and empirical issues', *NYU Law and Economics Research Paper*, No. 04-004, SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=528146.

1.4.3 Opt-in of opt-out

Om de collectieve actie de genoemde voordelen daadwerkelijk te laten realiseren, is er een aantal punten in de institutionele vormgeving van de groepsvordering die nader bekeken dienen te worden. Het overwinnen van het probleem van rationele apathie veronderstelt immers dat alle leden van de potentiële groep van gelijke kostenspreiding over een grote groep niet mogelijk. Daarenboven kan het vrijbuitersprobleem alleen worden aangepakt wanneer niet slechts een kleine groep (bijvoorbeeld van consumenten) de groepsvordering zou financieren terwijl achteraf de hele groep van alle slachtoffers (dus ook hen die de vordering niet meefinancierden) zou kunnen meeprofiteren van het verkregen resultaat. Wanneer dat laatste het geval zou zijn, zou het vrijbuitersprobleem blijven bestaan.

Dat leidt dus tot de belangrijke vraag hoe de groep wordt gevormd, met andere woorden hoe men kan garanderen dat een zo groot mogelijke groep met de groepsvordering meedoet. Theoretisch bestaan er drie mogelijkheden. De eerste mogelijkheid zou erin bestaan dat alle slachtoffers op een of andere wijze (veeleer impliciet) worden gedwongen te participeren in de groepsvordering, zonder een mogelijkheid te hebben om de groep te verlaten. De tweede mogelijkheid is om slachtoffers de mogelijkheid te bieden in de groep 'in te stappen' (het opt-inmodel) en de derde mogelijkheid bestaat uit een model waarbij allen vermoed worden deel uit te maken van de groep, tenzij ze aangegeven hebben niet in de groepsvordering te willen participeren (het opt-outmodel).¹⁴

Een absoluut verplicht model, waarbij alle slachtoffers zouden moeten meedoen en zelfs geen mogelijkheid hebben om eruit te stappen (opt-out) heeft uiteraard als voordeel dat het vrijbuitersprobleem integraal bestreden kan worden, dat kosten optimaal worden gespreid en dat tevens de totale systeemkosten door de hoge participatie kunnen worden gereduceerd. Het nadeel van een verplichte deelname is enerzijds dat dit vanuit juridisch perspectief moeilijk aanvaardbaar zal zijn omdat slachtoffers daarmee impliciet afstand doen van hun individuele burgerlijke vordering; het nadeel is anderzijds dat dit een sterke homogeniteit van de slachtoffers veronderstelt; wanneer slachtoffers heterogeen zijn kan het zijn dat bepaalde, bijvoorbeeld wel-geïnformeerde slachtoffers met een hoge schade liever een separate vordering instellen omdat ze van mening zijn dat hun schade een andere is dan die van de andere groepsleden.

Voor wat betreft de andere twee modellen (opt-in en opt-out) zijn rechtseconomen doorgaans voorstander van het opt-outsysteem. De reden ligt voor de hand: de groepsvordering is in de eerste plaats noodzakelijk vanwege het probleem van rationele apathie. Derhalve kan worden verwacht dat slechts relatief weinig slachtoffers van het opt-outsysteem gebruik zullen maken en dat daardoor dus een veel hogere afschrikking wordt bereikt omdat een grotere groep van slachtoffers met de groepsvordering meedoet en veroorzakers derhalve met een relatief groot deel van de door hen veroorzaakte schade worden geconfronteerd.¹⁵ Juristen hebben moeite met het verplichte aspect van het opt-outsysteem en beoordelen het feit

14. Zie over de verschillen tussen deze verschillende modellen onder meer Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 60-61.

15. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 61.

dat een slachtoffer zelf actie zou moeten nemen om uit de groepsvordering te stappen als strijdig met de keuze van het slachtoffer. Vanuit dat perspectief zijn juristen vaak voorstander van een opt-insysteem, waarbij slachtoffers dus zelf actief een stap dienen te zetten om aan de groepsvordering mee te doen. Ten aanzien daarvan is echter in de literatuur terecht opgemerkt dat in veel gevallen er rationele apathie bij slachtoffers was en dat men dus niet kan verwachten dat zij actie zouden ondernemen.¹⁶ Het door juristen aangedragen argument dat een opt-outmodel de individuele toegang tot de rechter zou belemmeren is derhalve vaak een lege huls, precies omdat in de meeste gevallen slachtoffers toch rationele apathie hebben. Vanuit een vermindering van maatschappelijke kosten (externaliteiten en systeemkosten) en een verhoging van de maatschappelijke welvaart is derhalve een opt-outsysteem te verkiezen aangezien dit vereist dat het slachtoffer een stap moet zetten om uit de groepsvordering te treden.

1.4.4 Nadelen

Het samenbrengen van verschillende vorderingen in een collectieve actie heeft niet alleen maar voordelen. Een groot probleem is dat er iemand moet zijn die ten behoeve van de groep optreedt; de groep dient te worden vertegenwoordigd. Normalerweise is het een advocaat die een dergelijke rol zal vervullen en derhalve de groep zal vertegenwoordigen. Doorgaans zal die groepsvertegenwoordiger vooraf een behoorlijke investering doen (hetgeen ook weer in het belang van de slachtoffers kan zijn die de claim niet hoeven voor te financieren), maar uiteraard doet de vertegenwoordiger dat in de hoop later een behoorlijke vergoeding te krijgen bij een gunstige schikking of een gunstig vonnis. In deze situatie is er, zoals overigens steeds wanneer een rechtshulpverlener voor een cliënt optreedt, een zogenaamd principaal-agentprobleem. In de kern komt dit probleem erop neer dat de principaal (de cliënt) niet steeds kan controleren of de agent (advocaat) in zijn belang zal optreden en derhalve bestaat het risico dat de agent bij zijn handelen niet altijd de belangen van de principaal primair zal stellen, maar eerder zijn eigen (financiële) belangen.¹⁷ Uiteraard rijzen, zoals aangegeven, bij elke relatie tussen een belangenbehartiger en een cliënt principaal-agentproblemen. Maar in een normale situatie, waarin een cliënt beroep doet op een belangenbehartiger (bijvoorbeeld een advocaat) heeft die cliënt doorgaans goede informatie over de zaak en zal hij prikkels hebben om de belangenbehartiger goed te controleren. Ook hier geldt weer dat precies omdat bij een groepsvordering de advocaat een groot aantal cliënten vertegenwoordigt, het belang bij een accurate monitoring van de belangenbehartiger per individu gering is. Hier speelt wederom het inmiddels bekende vrijbuitersprobleem. Daardoor bestaat het risico dat geen enkel lid van de groep zich voldoende zal inspannen om te controleren of de belangenbehartiger zich wel voldoende inzet om de belangen van de groep op een adequate wijze te behartigen. Dit leidt uiteraard ook tot de vraag op welke wijze een collectieve actie gefinancierd wordt. Immers, de wijze

16. In de woorden van Tuil en Visscher: 'In many instances the problem of rational apathy would avoid most individuals from bringing a claim anyway' (M. Tuil & L. Visscher, 'New trends in financing civil litigation in Europe: lessons to be learned', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – A legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 185).

17. Zie Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 64 en Tuil & Visscher 2010, p. 177 en 185.

van financiering kan invloed hebben op de kwaliteit van de aan de zaak bestede zorg, maar ook op de beslissing om de zaak in de eerste plaats aan te nemen en om een schikking te treffen. Deze specifieke problemen aangaande de financiering van de collectieve actie worden in paragraaf 1.5 uitgebreider besproken. Overigens is er in de Amerikaanse literatuur discussie over de kosten van een collectieve actie. Hierboven werd als pluspunt van de collectieve actie aangehaald dat, omdat de vorderingen gebundeld kunnen worden, zulks in beginsel tot lagere systeemkosten per vordering zal leiden. Echter, er zijn ook stemmen die voorhouden dat de groepsvorderingen, zeker de class actions in Amerikaanse stijl, door een toegenomen complexiteit van de zaak (precies vanwege het grote aantal vorderingen) juist tot veel hogere kosten leiden, niet zozeer bij de advocatuur, maar wel bij de rechter, die dergelijke zaken veel nauwgezetter dient te volgen dan een gewone procedure.¹⁸ Het empirisch bewijs ten aanzien van de vraag of uiteindelijk groepsvorderingen (in de VS) daadwerkelijk duurder zijn dan een totaal van individuele vorderingen is niet sluitend.¹⁹ Derhalve wordt in de literatuur wel gesteld dat het van belang zou zijn een integrale kosten-batenanalyse uit te voeren ten aanzien van groepsvorderingen, vooral de class actions in Amerikaanse stijl.²⁰ Verder hangt de vraag of het vrijbuitersprobleem volledig wordt opgelost in belangrijke mate af van de specifieke wijze waarop de collectieve actie wordt vormgegeven. Een opt-out zou als mogelijk nadeel kunnen hebben dat bepaalde slachtoffers eerst de symbolische kat uit de boom kijken en wanneer de mogelijke uitkomst van de collectieve actie hen niet bevalt alsnog de procedure zouden verlaten teneinde hun geluk in een individuele rechtsvordering te beproeven. Het omgekeerde zou ook mogelijk zijn wanneer slachtoffers de kans zouden hebben om (in een opt-inmodel) eerst af te wachten hoe de collectieve actie verloopt en op het laatste ogenblik (wanneer de kosten dus reeds zijn gemaakt en duidelijk is in welke richting de uitkomst van de procedure zal gaan) alsnog beslissen om zich bij de collectieve actie te voegen. Een goede institutionele vormgeving, juist aangaande de timing van de besluitvorming ten aanzien van de collectieve actie, kan dergelijke vrijbuitersproblemen in belangrijke mate voorkomen. Maar juist de wens die vanuit juridisch perspectief nogal eens wordt geformuleerd om slachtoffers toch steeds ook hun recht op hun individuele rechtsvordering te laten behouden, brengt het risico met zich mee van het zojuist beschreven strategisch gedrag. Daardoor zouden slachtoffers zich dus wel degelijk als vrijbuiters kunnen blijven gedragen, hetgeen de effectiviteit van de collectieve actie in gevaar zou kunnen brengen.

1.5 Toegang tot de rechter en financiering van collectieve acties

Een belangrijk deel van de principaal-agentproblemen waaraan we zojuist refereerden en die de grondslag kunnen vormen van het disfunctioneren van collectieve actie zijn gerelateerd aan de wijze waarop de belangenbehartiger van de groep zou worden gefinancierd. Echter, een aantal van de problemen die werden geschetst

18. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 63.

19. Zie aangaande de data uit de VS D. Hensler, 'Financing civil litigation: the US perspective', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 155-163.

20. Zie D. Hensler, *Class Actions Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica: Rand Corporation 2000.

in de hierboven vermelde voorbeelden heeft ook te maken met het bredere probleem van de afkeer van risico van de slachtoffers ten aanzien van hoge advocaat- en proceskosten. Dat brengt derhalve de vraag met zich mee naar de rechtseconomische effecten van verschillende financieringssystemen en doet ook de vraag rijzen naar de relatie tussen specifieke financieringssystemen en de prikkels om een zaak te schikken in geval van collectieve acties. We bespreken achtereenvolgens in het algemeen voor- en nadelen van verschillende financieringssystemen van belangenbehartigers (paragraaf 1.5.1) en gaan daarna uitgebreid in op de financiering van collectieve actie en schikkingen (paragraaf 1.5.2). Vervolgens wordt ook het belang van de rechtsbijstandsverzekering besproken (paragraaf 1.5.3) en gaan we in op financiering van de vorderingen door een derde (paragraaf 1.5.4).

1.5.1 Financiering van belangenbehartigers

Het moge duidelijk zijn dat de wijze waarop een belangenbehartiger wordt gefinancierd niet alleen van belang is voor de vraag hoe collectieve acties worden gefinancierd, maar meer in het algemeen voor de financiering van rechtshulp. Het is een vraag die uitgebreid in de rechtseconomische, ook Nederlandstalige, literatuur aan de orde is geweest.²¹

Er is veel rechtseconomische literatuur aangaande de vraag op welke wijze de financiering van de rechtshulpverlener invloed zal hebben op zijn prikkels bepaalde zaken al dan niet aan te nemen, maar ook over de invloed van het financieringssysteem op de prikkels van de rechtshulpverlener om een zaak met behoorlijke zorg en hoge kwaliteit te behandelen en ten slotte tevens aangaande de relatie tussen financieringssystemen en schikkingen. Dat laatste aspect wordt hieronder (paragraaf 1.5.2) behandeld.

De twee grote financieringssystemen die traditioneel worden onderscheiden (hoewel tussen beide veel variaties mogelijk zijn), zijn enerzijds een financiering op basis van het aantal door de rechtshulpverlener gepresteerde uren (ongelateerd aan het resultaat) en anderzijds een systeem waarbij de beloning van de rechtshulpverlener gerelateerd is aan een bepaald resultaat. Dat laatste wordt in de volksmond vaak een 'no cure, no pay' genoemd aangezien het onder meer inhoudt dat wanneer geen positief resultaat zou worden bereikt de cliënt ook geen honorarium aan de rechtshulpverlener verschuldigd is. Daarnaast bestaan ook vele tussenvormen, bijvoorbeeld een systeem waarbij enerzijds een uurtarief wordt afgesproken, maar anderzijds ook een success fee kan worden aangerekend in het geval van een goede afloop van de zaak.²²

Wat zijn de belangrijkste verschillen tussen beide modellen van financiering van belangenbehartigers? Wanneer het eerste aspect, de prikkels van een belangenbehartiger om een zaak aan te nemen wordt bekeken, zal onmiddellijk duidelijk zijn

21. Zie onder meer M.G. Faure & T. Hartlief, 'Claimcultuur en beloningssystemen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 151-166 en L.T. Visscher, 'Gedrag van advocaten', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie – Handboek empirie en privaatrecht* (Civilologie/Civilology, deel 6), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 1123-1157.

22. Voor een overzicht van deze verschillende vormen van resultaatgerichte beloningssystemen zie M.G. Faure, F.J. Fernhout & N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde Beloningssystemen voor Advocaten. Een Vergelijkende Beschrijving van Beloningssystemen voor Advocaten in een Aantal Landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

dat wanneer de twee financieringssystemen grofweg worden vergeleken een resultaatgericht beloningssysteem behoorlijke voordelen heeft. Immers, ervan uitgaande dat belangenbehartigers ook hun eigen nut maximaliseren, bestaat er onder een financieringssysteem gebaseerd op een uurtarief een groot risico dat belangbehartigers een zaak zouden aannemen ook wanneer deze vanuit maatschappelijk perspectief geen meerwaarde heeft. Economen hebben verschillende wijzen om uitdrukking te geven aan claims die beter niet gebracht zouden kunnen worden. Soms is sprake van 'unmeritorious suits'; in andere gevallen spreekt men van claims met een 'negative expected value'. In de kern komt er het daarbij steeds op neer dat het eigenlijk gaat om vorderingen waarbij *ex ante* kan worden aangegeven dat, mede gelet op de kans van een gunstig resultaat en de mogelijke opbrengst, de verwachte kosten vermoedelijk hoger zullen zijn dan de verwachte baten. Vanuit maatschappelijk perspectief zou het dus niet wenselijk zijn dat een dergelijke claim wordt gebracht. Het probleem bij een financieringssysteem gebaseerd op een uurtarief bestaat er nu juist in dat in een situatie waarin de cliënt niet in staat is om de belangenbehartiger behoorlijk te controleren (dat is dus in de kern het principaal-agentprobleem en de informatieasymmetrie waar de cliënt aan lijdt), belangenbehartigers te snel de neiging zouden hebben zaken aan te nemen, ook wanneer deze maatschappelijk gezien geen positieve meerwaarde zouden hebben. Uiteraard komt dit voort uit het feit dat de meeste cliënten in de termen van Mark Galanter²³ zogenaamde 'one shotters' zijn.²⁴ Precies omdat die cliënten geen eerdere ervaring met een belangenbehartiger zullen hebben, hebben zij weinig idee van de kansen die zij in de procedure zullen hebben en de mogelijke opbrengsten, noch van de totale te verwachten kosten in de zaak. Uiteraard leidt dit probleem van informatieasymmetrie tot een zogenaamde antiselectie ten gevolge waarvan rechtshulpverleners de neiging zouden kunnen hebben zaken aan te nemen ook wanneer dat maatschappelijk niet gewenst zou zijn. Regulering van het beroep is een van de remedies om dit probleem van antiselectie aan te pakken, al betogen rechtseconomen nogal eens dat (zelf)regulering, bijvoorbeeld door de advocatuur, vaak meer gericht is op concurrentiebepaling en verhoging van het imago van het beroep als geheel dan op het remediëren van het antiselectieprobleem.²⁵

In de hypothese dat het daadwerkelijk om een zogenaamde one shotter gaat zou het gevaar bestaan dat advocaten (of beter belangenbehartigers in het algemeen) zaken aannemen terwijl de cliënt (vanwege informatieasymmetrie) onvoldoende kan beoordelen of het werkelijk om een 'meritorious suit' gaat. Overigens speelt dit probleem, zoals aangegeven, alleen in die gevallen waarin cliënten inderdaad geen mogelijkheid hebben om hun claim zelf goed te beoordelen en derhalve integraal blindvaren op het advies ter zake van de belangenbehartiger. De situatie zal geheel anders zijn bij zogenaamde 'repeat players', dit wil zeggen cliënten die regelmatig van een belangenbehartiger gebruikmaken en die dus zelf ook goed in staat zijn om te beoordelen of het hier om een behartenswaardige claim gaat of

23. M. Galanter, 'Why the "Haves" come out Ahead: speculation on the limits of legal change', *Law and Society Review* 1974, Vol. 9(1), p. 95-160.

24. Bijvoorbeeld de cliënt die een echtscheidingsprocedure aangaat, waarvan we doorgaans (hopelijk) mogen aannemen dat dit de meeste cliënten slechts eenmaal in hun leven overkomt.

25. Zie daarover onder meer R. Van den Bergh & M. Faure, 'Self-Regulation of the Professions in Belgium', *International Review of Law and Economics* 1991, p. 165-182 en zie ook de bijdragen in M. Faure e.a., *Regulation of Professions: A Law and Economics Approach to the Regulation of Attorneys and Physicians in the US, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK*, Antwerpen: Maklu 1993.

niet. Ten aanzien van die cliënten zal ook het marktmechanisme van de reputatie belangenbehartigers dwingen slechts die zaken aan te nemen met een belangrijke meerwaarde. Wanneer ze immers (alleen om het uurtarief te kunnen claimen) ook niet behartenswaardige zaken zouden aannemen (en die per hypothese dan ook systematisch zouden verliezen), zouden repeat players (zoals bijvoorbeeld bedrijfsjuristen die advocaten selecteren) niet langer van die belangenbehartigers gebruik maken.

Echter, voor de casus die wij in dit preadvies voor ogen hebben, bijvoorbeeld van de consument die door een exploitant van de mobiele telefonie wordt benadeeld, zal het doorgaans om one shotters gaan. Daar speelt wel degelijk het probleem van de informatieasymmetrie en dus het te gemakkelijk aannemen van een zaak op basis van uurtarief. Juist daar kan een systeem waar de financiering van de rechtshulpverlener afhankelijk is van het behaalde resultaat belangrijke voordelen hebben. Immers: in een dergelijk systeem dient de belangenbehartiger de procedure voor te financieren. Dat geeft hem derhalve uitstekende prikkels om *ex ante* de kwaliteit van de zaak te controleren en het risico dat in een dergelijk model niet behartenswaardige claims worden gebracht is buitengewoon gering aangezien een advocaat onder een systeem van resultaatafhankelijke beloning slechts die zaken zal aannemen waarin hij daadwerkelijk ook verwacht een beloning te kunnen opstrijken. Dit wordt overigens bevestigd in empirisch onderzoek, onder meer van Helland en Tabarrok. Daaruit blijkt dat een systeem van resultaatgerichte beloning van advocaten juist het brengen van zaken van lage kwaliteit ontmoedigt en het brengen van hoge kwaliteitszaken aanmoedigt.²⁶

Dit hangt samen met het eenvoudige economische argument dat bij een resultaatafhankelijk beloningssysteem de prikkels van de cliënt en de advocaat gelijk lopen dan bij een uurtarief. In die zin kan een resultaatafhankelijk beloningssysteem ook een belangrijke bijdrage leveren aan het financieren van een collectieve actie. Enerzijds biedt dit het voordeel dat de belangenbehartiger *ex ante* het behartenswaardig karakter van de zaak zal beoordelen. Hij functioneert daarmee als het ware als een poortwachter, waardoor in beginsel onder een systeem van resultaatafhankelijke beloning niet méér zaken worden gebracht, maar juist betere, behartenswaardige zaken.²⁷ Anderzijds is vanuit het perspectief van het slachtoffer het voordeel dat zijn afkeer ten aanzien van risico wordt weggenomen. Dat geldt uiteraard zowel bij een individuele claim als bij een collectieve actie. Door een resultaatafhankelijk beloningssysteem wordt immers het risico van de uitkomst van de zaak van de cliënt naar de belangenbehartiger verschoven. Bovendien zal de belangenbehartiger, ook bij collectieve actie, de procedure onder een resultaatafhankelijk beloningssysteem voorfinancieren.

Overigens blijkt uit onderzoek dat in vele rechtssystemen een of andere vorm van resultaatafhankelijke financiering van belangenbehartigers bestaat, al kan de spe-

26. Zie E. Helland & A. Tabarrok, 'Contingencies fees, settlement delay and low-quality litigation: empirical evidence from two data sets', *The Journal of Law, Economics and Organization* 2003, Vol. 19(2), p. 517-542.

27. In die zin is het argument dat een resultaatafhankelijk financieringssysteem voor advocaten tot een zogenaamde claimcultuur zou leiden ook onjuist. Het gevaar dat te veel zaken worden gebracht (in de zin van ook zaken die niet behartenswaardig zijn) is juist veel groter onder een financieringssysteem op basis van een uurtarief dan bij een resultaatafhankelijke beloning. Zie daarover verder bij Faure & Hartlief 2012, p. 151-166.

cifieke vormgeving verschillen.²⁸ Empirisch onderzoek toont bovendien aan dat hoewel resultaatafhankelijke beloningssystemen daadwerkelijk bestaan, zowel in de VS als in Europa, dergelijke systemen klaarblijkelijk gefunctioneerd hebben zonder noemenswaardige problemen.²⁹

In beginsel lijkt een resultaatafhankelijk beloningssysteem dus een goed middel om de belangen van de principaal (de groep) en de agent (de belangenbehartiger) gelijkjer te laten lopen. Dit zal niet alleen tot betere prikkels voor de belangenbehartiger leiden wat betreft de keuze van de zaken die hij voor collectieve actie zal aannemen, maar zal hem daarenboven ook betere prikkels geven ten aanzien van de inspanningen die hij zal leveren om een goed resultaat te behalen. Immers, hoe beter het resultaat dat de belangenbehartiger voor de groep kan halen, hoe hoger de vergoeding zal zijn die hij uiteindelijk kan opstrijken. Er zijn echter, zowel in theorie als in de praktijk, enkele problemen ten aanzien van collectieve acties en de neiging van belangenbehartigers om een schikking te aanvaarden. Daarop wordt hieronder verder ingegaan (paragraaf 1.5.2).

1.5.2 Financiering van collectieve actie en schikkingen

Een belangrijke vraag die ook uitgebreid in de rechtseconomische literatuur is besproken, is op welke wijze de financiering van rechtshulp, zowel in individuele zaken als bij collectieve acties, invloed heeft op het tot stand komen van een schikking. Er is uitgebreide rechtseconomische literatuur waarin de voordelen van schikkingen tussen partijen worden geprezen. Dat hoeft op zich niet te verbazen. Gelet op de hoge kosten van een procedure, niet alleen voor de betrokken partijen (zowel de kosten van rechtsbijstand, alsook de opportuniteitskosten van de partijen), maar ook de administratieve kosten voor het functioneren van het gerechtelijk apparaat, zijn economen in het algemeen voorstander van een onderhandelingsmodel tussen partijen dat uiteindelijk tot een schikking leidt, zeker wanneer dat wordt vergeleken met lange en dure gerechtelijke procedures. In een alom bekend artikel hebben Priest en Klein voorgesteld dat wanneer partijen goed geïnformeerd zijn over hun kansen om te winnen in een procedure, zij in beginsel steeds bereid zouden zijn tot schikken. Alleen die zaken waarin zowel de eisers als verweerders een fiftyfiftykans van verlies of winst hebben zouden uiteindelijk bij de rechtbank terechtkomen.

Een reden waarom er toch meer rechtszaken zijn (ook wanneer schikkingen mogelijk zouden moeten zijn) houdt uiteraard verband met de mispercepties van (een van beide) partijen ten aanzien van hun kansen op winst. Overschatting van de kansen op een gunstig resultaat (ook door belangenbehartigers) zou dus tot te veel rechtszaken leiden.

Vanuit een rechtseconomische perspectief wordt een schikking doorgaans verkozen als een geschiloplossing waarbij tegen relatief lage maatschappelijke kosten een probleem kan worden opgelost. Uiteraard wordt daarbij verondersteld dat de kwaliteit van het resultaat (de bereikte schikking) in beginsel gelijkwaardig zou moeten zijn aan de uitkomst van een rechtszaak. Daarbij zouden problemen kunnen

28. Zie M. Faure, F. Fernhout & N. Philipsen, 'No cure, no pay and contingency fees', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 33-56.

29. Tuil & Visscher 2010, p. 175-190.

optreden, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een ongelijke onderhandelingspositie tussen partijen en de schikking derhalve bijvoorbeeld in het voordeel van een handelaar en ten nadele van een consument zou uitpakken. Wanneer dat het geval zou zijn, zou uiteindelijk de schadeveroorzaker via de schikking op te geringe wijze worden blootgesteld aan de kosten van zijn handelen. Schikkingen kunnen derhalve tot onwenselijke uitkomsten leiden omdat via een schikking een geschil sneller en op eenvoudiger wijze wordt beëindigd dan bij een volledige en integrale behandeling voor de rechtbank. De snelheid van een schikking dient derhalve te worden afgewogen tegen het nadeel van mogelijke fouten.³⁰ In het algemeen kan ter zake worden voorgehouden dat zolang de voordelen van een schikking (meer bepaald de kostenreductie die voortkomt uit het vermijden van de rechtszaak) groter zijn dan de mogelijke kosten van fouten (omdat niet alle aspecten van de zaak volledig behandeld werden), een schikking toch de voorkeur zou genieten. Er is veel rechtseconomische literatuur aangaande de prikkels van advocaten om een schikking te aanvaarden, ook in relatie tot collectieve acties en ook gerelateerd aan de wijze van financiering van die belangenbehartigers. Hieronder gaan wij daar nader op in.

1.5.2.1 *De timing van een schikking*

Er is rechtseconomische literatuur die aangeeft hoe onder verschillende financieringssystemen de timing van een schikking kan wijzigen. In het algemeen wordt gesteld dat een advocaat die ten gevolge van een resultaatgericht beloningssysteem zijn eigen kosten dient te dragen vermoedelijk eerder een schikking zal aanvaarden (en vermoedelijk ook voor lagere bedragen) dan onder een systeem van een uurtarief. Door een schikking te aanvaarden kan de advocaat immers verdere investeringen (en dus kosten) besparen. Vanuit dit perspectief zou een advocaat onder een resultaatgericht beloningssysteem prikkels hebben om zaken relatief snel en voor te geringe bedragen te schikken.³¹ In dat geval zou een resultaatgerelateerd beloningssysteem dus een potentieel belangenconflict tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt creëren.³² Echter, men dient zich te realiseren dat ook onder het alternatief van het uurtarief een belangenconflict kan optreden, zij het dat dit in een andere richting loopt. Onder een uurtarief zou een belangenbehartiger er juist belang bij hebben om ook een goede schikking af te wijzen en zo lang mogelijk te blijven dooronderhandelen teneinde meer uren aan de zaak te kunnen besteden. Daaruit volgt dat louter vanuit een theoretisch perspectief niet onmiddellijk gesteld kan worden dat het ene systeem beter zou zijn dan het andere.

Ook het empirisch onderzoek met betrekking tot deze effecten lijkt een relatief verdeeld beeld op te leveren. Rickman toonde aan dat wanneer advocaten in verschillende fasen onderhandelen zij onder een resultaatgericht beloningssysteem ook de eerste aanbiedingen zouden kunnen afwijzen als een vorm van hard onderhandelen, teneinde het finale schikkingsaanbod te verhogen.³³ Echter, in een ander

30. In de rechtseconomie worden deze als *error costs* aangeduid.

31. Zie H. Gravelle & M. Waterson, 'No win no fee: some economics of contingent legal fees', *The Economic Journal* 1993, Vol. 103(420), p. 1205-1220.

32. Faure, Fernhout & Philipsen 2010, p. 37.

33. N. Rickman, 'Contingent fees and litigation settlement', *International Review of Law and Economics* 1999, Vol. 19(3), p. 295-317.

onderzoek vonden Fenn en Rickman dat advocaten die enig risico lopen (door een resultaatafhankelijk beloningssysteem) inderdaad hun zaken eerder leken te schikken.³⁴ Zij vonden tevens dat zaken die het voorwerp waren van publiek gefinancierde rechtsbijstand doorgaans veel langer duurden totdat ze werden afgesloten. Daaruit leidden zij af dat publieke financiering uiteindelijk de prikkels tot behoorlijke monitoring van de zaak (door de cliënt) reduceert.³⁵ Helland en Tabarrok onderzochten het effect van een beperking van de zogenaamde contingency fees in Florida en stelden vast dat deze beperking in die staat leidde tot een 21% langere onderhandelingsduur totdat een schikking werd bereikt.³⁶ De reden voor deze vertraging zou volgens hen zijn dat de beperking op de contingency fees de prikkels van de advocaten reduceerde om de zaken behoorlijk op te volgen, waardoor het uiteindelijk ook langer duurde om een schikking te bereiken. De beperking van de contingency fees, die uiteraard door de wetgever bedoeld was als een middel om cliënten te beschermen, had derhalve het voor cliënten negatieve effect dat het uiteindelijk langer duurde tot een schikking werd bereikt.³⁷ Dit is derhalve een typisch voorbeeld van ‘averechts recht’.³⁸

1.5.2.2 *Betalingsystemen en prikkels tot schikking*

Tojuist werd een overzicht geboden van de invloed van verschillende financieringsystemen voor belangenbehartigers op de timing van een schikking en meer bepaald op de onderhandelingsduur. Echter, in de literatuur is ook in het algemeen onderzocht wat de relatie is tussen betalingssystemen en de prikkels van een belangenbehartiger om een schikking aan te nemen. Wederom kan vanuit theoretisch perspectief tussen de beide financieringsystemen een helder verschil worden gezien waarvan de effecten ook kunnen worden voorspeld. Een resultaatgericht beloningssysteem zou in theorie betere prikkels dienen te bieden aan rechtshulpverleners om een schikking te aanvaarden. In beginsel kan bij een resultaatafhankelijk beloningssysteem de beloning van de advocaat niet toenemen door op zinloze wijze onderhandelingen te verlengen en de schikking uit te stellen. Onder dit systeem zal een belangenbehartiger derhalve in beginsel alleen doorgaan met onderhandelen (of zelfs beslissen om niet te schikken en dus te procederen) wanneer hij oordeelt dat de verwachte opbrengsten (van verder onderhandelen) hoger zijn dan de verwachte kosten.³⁹

Vanuit theoretisch perspectief kan worden voorspeld dat het omgekeerde het geval zal zijn wanneer een belangenbehartiger wordt betaald volgens een uurtarief. Onder dat systeem hebben rechtshulpverleners er alle belang bij om ook een redelijk schikkingsaanbod niet te aanvaarden en derhalve te veel zaken voor de rechtbank te brengen. Hoe langer de zaak immers duurt, hoe meer uren kunnen worden ge-

34. P. Fenn & N. Rickman, ‘The empirical analysis of litigation funding’, in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 145.

35. P. Fenn & N. Rickman, ‘Delay and settlement in litigation’, *Economic Journal* 1999, Vol. 109(457), p. 476-491.

36. Helland & Tabarrok 2003, p. 517-542.

37. Fenn & Rickman 2010, p. 143-144.

38. Zie desbetreffend de Rotterdamse oratie van Roger Van den Bergh, *Averechts recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000.

39. Faure, Fernhout & Philipsen 2010, p. 37.

declareerd. Uiteraard kan, zoals hierboven reeds werd aangegeven, deze neiging tot overdeclaratie in een uurtariefsysteem via zelfregulering door de advocatuur (deontologische regels) en reputationele sancties worden gecontroleerd. Maar hierboven werd reeds aangegeven dat die reputationele sancties doorgaans alleen zullen werken bij zogenaamde repeat players (zoals commerciële cliënten) en minder bij individuele cliënten zoals consumenten die als one shotter worden beschouwd.

Er is overvloedig empirisch bewijs van de invloed van de betalingssystemen op de prikkels om te schikken, vooral in zaken aangaande collectieve acties. Het empirisch bewijs ondersteunt in belangrijke mate de theoretische voorspellingen.

Hensler heeft in enkele studies gewezen op het gevaar van zogenaamde collusieve schikkingen. Dergelijke collusieve schikkingen zouden vooral voordelig zijn voor de rechtshulpverlener die een hoge beloning in de schikking ontvangt, maar niet voor de betrokken slachtoffers.⁴⁰ Een schrijnend voorbeeld is dat van enkele zaken waarin een schikking werd getroffen waarbij aan alle benadeelde consumenten een coupon werd gegeven van geringe waarde met recht op een prijsreductie in geval van nieuwe aanschaf van producten van de schadeveroorzaker in plaats van een behoorlijke schadeloosstelling, terwijl de vergoeding voor de belangenbehartiger wel werd vastgesteld op basis van de totale waarde van de verschaft coupons.⁴¹ Daaruit volgt dat juist bij collectieve acties er een gevaar bestaat dat de informatie-asymmetrie tussen de principaal (de groep) en de agent (de belangenbehartiger) zodanig groot is dat inefficiënte schikkingen tot stand komen. Echter, Hensler heeft duidelijk gemaakt dat dit doorgaans voorbeelden zijn van de bekende horror stories over misbruik door Amerikaanse advocaten, dat inderdaad voorkomt, maar die geen accuraat beeld geven van de realiteit in het merendeel van de Amerikaanse class actions. Volgens Hensler is dergelijk misbruik meer uitzondering dan regel.⁴² Een ander probleem dat juist ook bij collectieve actie zou kunnen rijzen is dat een belangenbehartiger toch een niet behartenswaardige zaak voor de rechter zou brengen uitsluitend teneinde een vroege schikking af te dwingen.⁴³ De idee daarbij is dat een advocaat namens een groep een collectieve actie zou opstarten, goed wetende dat de zaak inhoudelijk niet veel om het lijf heeft en weinig kans zou maken voor de rechtbank. Echter, gelet op de spectaculaire advocaatkosten die het verdedigen van de zaak voor de rechtbank tot gevolg kan hebben en de mogelijke reputationele schade die daaruit kan volgen, worden bepaalde verweerders door dergelijke acties tot een vroege schikking gedwongen, in sommige gevallen zelfs voor hoge bedragen, hoewel de zaak inhoudelijk weinig grond lijkt te hebben. Deze, wederom horror stories, die neerkomen op het uitoefenen van 'legal blackmail' middels 'frivole claims' vinden inderdaad plaats, maar Hensler benadrukt dat het belang daarvan ook weer niet moet worden overschat omdat er geen sterk empirisch bewijs is dat dergelijke praktijken vaak zouden voorkomen.⁴⁴ Uit deze voorbeelden komt naar voren dat in theorie het beloningssysteem (en meer bepaald een resultaatgericht beloningssysteem) prikkels zou kunnen geven

40. Hensler 2010, p. 157-158.

41. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 65 en Hensler 2000.

42. Hensler 2010, p. 157-158.

43. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 66.

44. Hensler 2000.

om te vroeg te schikken of zelfs tot te veel schikkingen (in geval van legal blackmail), maar het empirisch bewijs ter zake is niet buitengewoon overtuigend.

1.5.2.3 *Argumenten voor rechterlijke controle*

Gelet op de potentiële problemen die voortvloeien uit de principaal-agentverhouding tussen de groep en de belangenbehartiger zijn er verschillende instrumenten in de literatuur naar voren geschoven die het verloop van het schikkingsproces bij collectieve actie en vooral de beloning van de belangenbehartiger zouden bewaken. Verschillende soorten remedies zijn mogelijk. Een eerste oplossing zou erin kunnen bestaan om de groepsleden een sterkere rol te laten spelen bij het controleren van de belangenbehartiger. Dat is uiteraard mogelijk, maar het nadeel is dat zij aan rationele apathie lijden en dat bovendien de prikkels van die individuele leden om een sterke controle uit te oefenen gering kunnen zijn vanwege het vrijbuitersprobleem. Uitoefenen van controle op de advocaat kost immers ook weer geld en tijd (opportuïteitskosten). Een tweede mogelijkheid is een rechterlijke controle waarbij de rechter mede de gegrondheid van de zaak in het oog moet houden evenals het bedrag van de schikking en de beloning die door de advocaat zal worden verkregen. Een derde mogelijkheid is om de toewijzing van de advocaat die de groep zou mogen vertegenwoordigen via een veiling te laten plaatsvinden. Nu wordt het initiatief voor een collectieve actie, vooral in de Verenigde Staten, vaak genomen door een advocaat die bijvoorbeeld door enkele cliënten is geraadpleegd of die toevallig, via wat speurwerk of via de media de mogelijkheid van een collectieve actie ontdekt en ter zake, bijvoorbeeld ook via de media, mogelijke cliënten oproept om samen een collectieve actie te starten. Een alternatief zou er dus in bestaan om het recht om een groep in een collectieve actie te vertegenwoordigen te ‘verkopen’ via een veiling, waarbij uiteraard ook het percentage dat de advocaat zou vragen aan ‘contingency fees’ deel van de veiling zou kunnen uitmaken.⁴⁵ Omdat die laatste, marktgerichte benadering in Nederland niet tot de mogelijkheden behoort blijft deze hier verder onbesproken.

Het bewakingsmechanisme dat in de meeste rechtsstelsels het meest populair is, ook in de Verenigde Staten, is het tweede, dat er dus in bestaat om enige rechterlijke controle op de redelijkheid van de schikking uit te oefenen. De basis voor deze rechterlijke controle in de Verenigde Staten kan worden gevonden in Rule 23(e) van de Federal Rules of Civil Procedure. Deze Rule legt aan de rechter op om na een openbare zitting een schikking die tussen partijen tot stand is gekomen alleen goed te keuren als deze naar de mening van de rechter ‘fair, reasonable and adequate’ is.⁴⁶ De federale rechters in de VS hebben de competentie die hen door deze regel werd toegekend ook gebruikt om hun bevoegdheid uit te breiden tot een toetsing van het door de advocaat voorgestelde honorarium.⁴⁷ Daaruit volgt dat in de Amerikaanse context in collectieve acties een belangrijke taak is weggelegd voor de rechter, niet alleen om de voorwaarden van de schikking te controleren, maar ook om de door de advocaat gevraagde beloning te toetsen. Gelet op de informatie-asymmetrie tussen de principaal (de groep) en de agent (de belangenbehartiger)

45. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 67.

46. Hensler 2010, p. 156.

47. Hensler 2010, p. 157.

lijkt deze toetsing door de rechter ook van groot belang om misbruiken te voorkomen. Deze rechterlijke toetsing kan onder meer voorkomen dat een collusieve schikking tot stand zou komen.⁴⁸ Echter, deze toetsingsbevoegdheid legt daarmee ook een belangrijke taak op de schouders van de rechter. Van de rechter wordt immers verwacht dat hij de gelaedeerden zal beschermen, onder meer tegen het afsluiten van collusieve schikkingen die niet in het belang van de gelaedeerden zouden zijn, maar ook in het algemeen tegen schikkingen waarbij bijvoorbeeld een onredelijk hoog bedrag aan vergoeding voor de belangenbehartiger zou zijn begrepen. Dit schept uiteraard de vraag in welke mate de rechter ook daadwerkelijk tegen deze belangrijke taak is opgewassen. Die vraag wordt in paragraaf 1.9 van dit preadvies afzonderlijk behandeld.

1.5.3 Rechtsbijstandsverzekering

Uiteraard is de voorfinanciering via de rechtshulpverlener (via een resultaatafhankelijk beloningssysteem) niet de enige wijze waarop een collectieve actie gefinancierd zou kunnen worden. Vele andere modellen zijn mogelijk. Het is zelfs denkbaar dat de klassieke door de overheid gefinancierde rechtshulp ook gebruikt zou kunnen worden voor de financiering van een collectieve actie. Op via de overheid gefinancierde collectieve actie wordt niet verder ingegaan, al zullen, ook bij een systeem van publiek gefinancierde rechtsbijstand vergelijkbare vragen rijzen ten aanzien van de prikkels van rechtshulpverleners om de zaak aan te nemen, hoge kwaliteit te leveren en zaken op correcte wijze te schikken evenals vragen ten aanzien van de cliënten (ook in het kader van een collectieve actie) om hun belangenbehartiger behoorlijk te monitoren.

Een vorm van financiering waar we hier wel specifiek op in willen gaan, is de rechtsbijstandsverzekering. In beginsel kan verzekering een aangewezen instrument zijn, niet alleen bij collectieve actie, maar ook bij individuele civiele vorderingen om de potentiële rechtshulpzoekers tegen hun afkeer van risico te beschermen. Dat is in de kern immers het doel van elke verzekering: het afnemend nut door de risicoaversie via een verzekering weg te nemen. Het beginsel is eenvoudig: de rechtsbijstandsverzekeraar kan het risico om kosten van rechtsbijstand te betalen, overnemen van het potentiële slachtoffer met een afkeer van risico. Vanuit maatschappelijk perspectief zou de rechtsbijstandsconstructie dan ook als voordeel hebben dat deze ertoe bij kan dragen dat behartenswaardige claims worden gebracht waar dat anders (ten gevolge van een afkeer van risico) mogelijk niet het geval zou zijn.

De traditionele rechtsbijstandsverzekering bestaat uit een verzekering die wordt afgesloten voordat het risico (bijvoorbeeld een ongeval of schade) zich voordoet.⁴⁹ Een individu met een afkeer van risico zoekt *ex ante* dekking tegen het risico in een rechtszaak betrokken te worden en ten gevolge daarvan kosten te moeten dragen.⁵⁰ Het basisidee van de rechtsbijstandsverzekering is dat het procesrisico,

48. Daarmee wordt dan een schikking bedoeld waarbij de advocaat in een collusieve relatie met de schadeveroorzaker zich akkoord zou verklaren voor een relatief lage schadevergoeding aan de gelaedeerden, maar een hoge vergoeding voor zichzelf. Zie Tuil & Visscher 2010, p. 185.

49. Dit wordt dan ook aangeduid als een 'before the event insurance', afgekort als een BTE.

50. Voor verdere details over de werking van de rechtsbijstandsverzekering zie W. van Boom, 'Financing civil litigation by the European insurance industry', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New Trends in*

net zoals bij een resultaatgericht beloningssysteem, naar de verzekeraar wordt verschoven en derhalve van het slachtoffer wordt weggenomen. De vergelijking met een resultaatgericht beloningssysteem gaat ook in die zin op dat rechtsbijstandsverzekeraars uiteraard als poortwachters zullen functioneren en derhalve niet elke claim die een verzekerde bij hen neerlegt, zullen inwilligen. Precies wanneer een rechtsbijstandsverzekeraar van mening is dat het om een behartenswaardige claim gaat, zal het verzoek tot rechtsbijstand van de verzekerde worden gerespecteerd. Ook een rechtsbijstandsverzekeraar functioneert dus als een poortwachter die de kwaliteit van zaken zal beoordelen en in beginsel slechts behartenswaardige zaken zal ondersteunen.⁵¹

Een relatief verrassend empirisch feit is echter dat hoewel een rechtsbijstandsverzekering voor potentiële slachtoffers vele voordelen lijkt te hebben, in vele rechtsstelsels slechts relatief weinig mensen een dergelijke verzekering afsluiten. Zelfs in landen waar de verzekeraarbaarheid van rechtsbijstand zeer hoog zou moeten zijn (bijvoorbeeld in Duitsland vanwege gereguleerde advocatarieven) is de relatieve dekking op de rechtsbijstandsverzekeringsmarkt nog steeds gering.⁵² Zweden is een van de weinige Europese landen waar uitgebreide rechtsbijstandsverzekering voorhanden is. Dat is echter het gevolg van het feit dat rechtsbijstandsverzekering automatisch (en verplicht) wordt toegevoegd aan de ziektekostenverzekering.⁵³ In de praktijk beschikken relatief weinig slachtoffers *de facto* over een rechtsbijstandsverzekering, zodat het twijfelachtig is dat dat systeem echt een adequate oplossing voor de financiering van collectieve acties zou kunnen bieden. Daarenboven is een complexiteit bij collectieve acties dat ook daar complicaties zouden kunnen optreden wanneer bijvoorbeeld enkele leden van de groep een rechtsbijstandsverzekering zouden hebben, maar anderen niet. Dat zou dan meteen de vraag doen rijzen of de rechtsbijstandsverzekering van die leden zou kunnen worden gebruikt ten behoeve van de hele groep, wat dan wederom tot vrijbuitersproblemen zou kunnen leiden. Het lijkt ook niet voor de hand te liggen dat bijvoorbeeld een rechtsbijstandsverzekeraar van enkele slachtoffers in een groep de integrale kosten van de collectieve actie zou financieren, ook ten aanzien van leden van de groep die niet bij hem verzekerd waren. Verzekeringstechnisch zou dat betekenen dat de verwachte kosten van de procedure veel te hoog zouden zijn in vergelijking met de premie die door de individuele leden werd betaald. Vooralsnog lijkt het dus niet eenvoudig om de klassieke rechtsbijstandsverzekering in te schakelen bij een collectieve actie.

financing civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 92-108.

51. Zie Tuil & Visscher 2010 en L. Visscher & T. Schepens, 'A law and economics approach to cost shifting, fee arrangements and legal expense insurance', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 7-32.
52. Voor een overzicht zie M. Kilian, 'Alternatives to public provision: the role of legal expenses insurance in broadening access to justice: the German experience', *Journal of Law and Society* 2003, Vol. 30, p. 36; F. Regan, 'Whatever happened to legal expenses insurance?', *Alternative Law Journal* 2001, Vol. 26(6), p. 293-297 en zie ook M. Kilian & F. Regan, 'Legal expenses insurance and legal aid – two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden', *International Journal of the Legal Profession* 2004, Vol. 11(3), p. 238.
53. Zie over dit Zweedse model F. Regan, 'The Swedish legal services policy remix: the shift from public legal aid to private legal expenses insurance', *Journal of Law and Society* 2003, p. 49-65.

Een andere vorm van rechtsbijstandsverzekering is een verzekering die *ex post*, dus nadat het verzekerde voorval zich heeft voorgedaan, wordt afgesloten. Dit wordt een ‘after the event insurance’ (ATE) genoemd. In feite is het verzekerde voorval in dat geval niet het ongeval, maar wel het proces dat nadien zal plaatsvinden. De verzekeraar financiert dan in feite de proceskosten terwijl de premie (die *ex post* wordt ontvangen) bestaat uit een deel van de opbrengst. In die zin lijkt een verzekering die wordt afgesloten na het ongeval sterk op een resultaatafhankelijk beloningssysteem omdat de premie slechts aan de verzekeraar wordt afgedragen wanneer het slachtoffer in staat was om via een procedure schadevergoeding te verhalen op de schadeveroorzaker.⁵⁴ Een dergelijke verzekering die na de feiten tot stand komt, beperkt zich in Europa in essentie tot het Verenigd Koninkrijk, maar wordt daar wel relatief vaak toegepast.⁵⁵

1.5.4 Financiering van de vordering door een derde

Een model dat sterk op het voorgaande model lijkt, maar daar enigszins van afwijkt is het model waarbij de vordering niet aan een derde wordt overgedragen, maar waarbij de vordering van de gelaedeerde wordt gefinancierd door een derde. Dit is een fenomeen dat in de VS zeer populair is geworden en daar is aangeduid als third party funding (TPF). Dit wordt vooral gebruikt bij grote vorderingen, ook collectieve acties, waar gelaedeerden zouden opzien tegen de kosten van de procedure en waar om bepaalde redenen niet van een resultaatgericht beloningssysteem voor de belangenbehartiger gebruik zou kunnen worden gemaakt. In een dergelijk geval kan een derde (de third party funder) de vordering financieren en deze doet dit uiteraard in ruil voor een vergoeding, die doorgaans zal bestaan uit een deel van de opbrengst wanneer de vordering succesvol blijkt te zijn.⁵⁶ In de VS zijn er bedrijven die gespecialiseerd zijn in third party funding. Ze geven een eisende partij cash geld teneinde rechtshulp te financieren in ruil voor een deel van de opbrengst van de vordering. In wezen wordt de contante betaling gedaan als een soort voorschot op de verwachte schikking. Deze vorm van financiering door een derde is zeer populair geworden in de VS.⁵⁷ In Europa komt dit tot nu toe echter niet zo vaak voor.⁵⁸

1.6 Alternatieven voor de collectieve actie

Tot nu toe werden vanuit rechtseconomisch perspectief de voordelen van de collectieve actie besproken (adequaat middel tegen rationele apathie en tegen het vrijbuitersprobleem), maar werd tegelijk ook aangegeven dat de collectieve actie die voordelen alleen kan hebben wanneer ook een aangewezen institutionele vormge-

54. Van Boom 2010, p. 92-108.

55. Fenn & Rickman 2010, p. 142.

56. Zie voor een rechtseconomische analyse van dit model van financiering door een derde K.N. Hylton, ‘The economics of third-party finance litigation’, *Boston University School of Law Working Paper*, number 11-57 (2011), www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/KHylton-Economics-3rdParty-FinLit.html of <http://ssrn.com/abstract=1971229>.

57. Voor details zie Hensler 2010, p. 153. Zij verwijst bijvoorbeeld naar websites zoals www.fundmysuit.com waar verschillende private bedrijven financiering voor rechtsoverdrachten aanbieden.

58. Zie voor enkele Europese ervaringen met deze vorm van rechtshulpfinanciering M. Steinitz, ‘Whose claim is it anyway? Third party litigation funding’, *Minnesota Law Review* 2011, Vol. 95, p. 1268-1338.

ving plaatsvindt. Dat laatste heeft dan vooral te maken met de wijze waarop de collectieve actie zal worden gefinancierd. Zowel vanuit theoretisch perspectief als vanuit de ervaringen in de VS is bij een dergelijke vormgeving ook een controle door de rechter van belang, precies om te garanderen dat de collectieve actie inderdaad haar verwachte voordelen zal opleveren.

Echter, er zijn enkele mogelijke alternatieven, zowel wat betreft de vormgeving van de groepsvordering als wat betreft de financiering. Deze zullen nu hier de revue passeren. Inderdaad, bij de gedetailleerde bespreking van de collectieve actie moet duidelijk zijn dat dit eigenlijk in belangrijke mate een antwoord vormt op het tweede voorbeeld dat wij aan het begin van ons preadvies gaven, dat van het telefoonkartel. Mogelijk zou de collectieve actie eveneens kunnen worden ingezet bij het eerste voorbeeld (dat van de zure regen), maar het zou tevens voor de hand liggen dat daar niet met een collectieve actie wordt gewerkt (juist omdat individuele schade voor elke toerist die niet langer van het bos gebruik kan maken moeilijk aantoonbaar is, en er eerder sprake is van collectieve schade). Dat zou ook een argument zijn om niet met een collectieve actie (waarin alle claims tot één vordering worden samengebracht) te werken, maar veeleer via een methode waarbij een claimant alle gelaedeerden (of, zoals in de casus van de zure regen, het aangetaste bos) vertegenwoordigt. Hier is dan sprake van de representatieve vordering. In het geval van het aangetaste bos zou men kunnen voorstellen dat een representatieve vordering wordt uitgebracht bijvoorbeeld door een niet-gouvernementele organisatie (ngo) die zich de bescherming van dat specifieke bos heeft aangetrokken, maar zelfs in het geval van het telefoonkartel zou men kunnen denken aan het alternatief van de representatieve vordering waarbij bijvoorbeeld een consumentenassociatie optreedt ter vertegenwoordiging van de benadeelden. De werking van een dergelijke representatieve vordering en het verschil met de collectieve actie verdient nadere bestudering (paragraaf 1.6.1). Echter, ook voor de financiering via belangenbehartigers bestaan alternatieven. Een mogelijkheid is om de schuldvordering van de gelaedeerden over te dragen, bijvoorbeeld aan een belangenbehartiger (paragraaf 1.6.2). Uiteraard zijn ook andere alternatieven denkbaar als remedie voor de rationele apathie en de te geringe prikkels voor slachtoffers om te dagvaarden. Zo zou aan de zogenaamde punitive damages kunnen worden gedacht waardoor de prikkels voor slachtoffers om een vordering uit te brengen verbeteren.⁵⁹ Een ander alternatief is de handhaving via het publiekrecht. Echter, deze alternatieven blijven hier verder onbesproken. Punitive damages bestaan de facto toch (nog) niet in Europa en in dit preadvies richten wij de aandacht op de privaatrechtelijke handhaving.

1.6.1 Representatieve vordering

Zoals aangegeven komt de representatieve vordering erop neer dat niet langer alle individuele vorderingen worden gebundeld in een collectieve actie, maar dat

59. Zie daarover uitgebreid R.C. Meurkens, *Punitive Damages. The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Wolters Kluwer 2014. Voor een economische analyse, zie bijvoorbeeld L.T. Visscher, 'The Law and Economics of Punitive Damages', in: L. Meurkens & E. Nordin (red.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge (UK): Intersentia, p. 467-493.

veeleer een organisatie (bijvoorbeeld een ngo of consumentenorganisatie) als vertegenwoordiger ten behoeve van de gelaedeerden de vordering uitbrengt.⁶⁰ Ook een dergelijke representatieve vordering heeft voor- en nadelen. De voordelen lijken vooral sterk te spelen in ons eerste voorbeeld (dat van het verzuurde bos). De reden is dat dit typisch een casus is waar geen individuele civiele vordering uit zou voortvloeien. Het is moeilijk denkbaar dat de potentiële natuurliefhebber die zich nu gekrenkt voelt doordat de schoonheid van het bos is aangetast een vordering bij de civiele rechter zou uitoefenen. Hier rijzen niet alleen de eerder besproken problemen van de rationele apathie en het vrijbuitersprobleem; hier rijst ook het probleem dat nauwelijks kan worden uitgemaakt wie eigenlijk lid van de groep zou zijn die een collectieve actie zou kunnen instellen. Juist bij milieuschade geldt vaak dat ecologische schade precies wordt gedefinieerd als schade die is toegebracht aan niet-toegeëigende goederen.⁶¹ Zelfs de fervente natuurliefhebber die treurnis voelt aangaande het verzuurde bos kan geen eigendomsrechten op het bos laten gelden en zal derhalve slechts met grote moeite (en doorgaans niet) een civiele vordering geldend kunnen maken. Dat is precies de reden dat, ook in de rechtseconomische literatuur, sterk is gepleit in het voordeel van het toekennen van een vorderingsrecht aan milieuverenigingen.⁶² In de kern komt het er dan op neer dat de ngo het aangetaste bos vertegenwoordigt en een vordering instelt teneinde de schadeverwekkende handelingen te laten beëindigen. Vanzelfsprekend kunnen in beginsel ook bij een dergelijke vordering weer principaal-agentproblemen optreden. Zelfs bij een ngo die claimt voor het verzuurde bos op te treden, rijst de vraag waarop deze claim is gebaseerd en in welke mate de ngo daadwerkelijk representatief is voor de belangen van het verzuurde bos. In de meeste rechtssystemen (zoals ook in Nederland) wordt dit opgelost door een vorderingsrecht, bijvoorbeeld aan milieuverenigingen, slechts toe te kennen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Zo zal de vereniging ten minste al een bepaalde periode moeten hebben bestaan (teneinde het ad hoc oprichten van een vereniging voor een specifieke casus te vermijden) en zal ook duidelijk moeten zijn dat de vordering die door de vereniging wordt ingesteld aansluit bij de maatschappelijke doelen zoals die in de statuten van de vereniging zijn omschreven. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, is in de rechtseconomische literatuur herhaaldelijk gesteld dat dit vorderingsrecht, bijvoorbeeld voor milieuverenigingen, een belangrijke maatschappelijke functie kan uitoefenen. Immers, juist in deze casus (zoals die van het verzuurde bos) zal een individuele privaatrechtelijke handhaving met vorderingen door gelaedeerden doorgaans niet mogelijk zijn. Juist het toelaten van een vordering door milieuverenigingen biedt dan de mogelijkheid om het privaatrecht alsnog te gebruiken en derhalve van regulering (en van criminalisering) af te zien. Ook het toekennen van een vorderingsbevoegdheid aan milieuverenigingen dient derhalve, zoals eerder vermeld, de deregulering en decriminalisering en

60. Zie ten aanzien van deze representatieve vordering door consumentenorganisaties Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 67-72.

61. Zie J. Liu, *Compensating Ecological Damage. Comparative and Economic Observations*, Antwerpen: Intersentia 2013.

62. Zie desbetreffend onder meer M.G. Faure & A.V. Raja, 'Economic analysis of public interest litigation in environmental cases in India', in: P.G. Babu, Th. Eger, A.V. Raja, H.-B. Schäfer & T.S. Somashekar (red.), *Economic analysis of law in India*, New Delhi: Oxford University Press 2010, p. 185-215 en M.G. Faure & A.V. Raja, 'Effectiveness of environmental public interest litigation in India: determining the key variables', *Fordham Environmental Law Review* 2010, Vol. XXI(2), p. 239-294.

leidt er uiteindelijk toe dat schadeveroorzaker (zoals degene die de schadelijke stoffen emitteerde) tot internalisatie van zijn externaliteit wordt gedwongen. Uiteraard kunnen ook in de casus van de milieuvereniging vragen rijzen, bijvoorbeeld ten aanzien van de financiering en de daaruit volgende prikkels. De basisfinanciering voor een ngo zal doorgaans worden gevormd door lidmaatschapsgelden die door de leden van de ngo worden betaald. Zolang wordt gegarandeerd (door te verifiëren of de vordering het maatschappelijk doel van de vereniging dient) dat de vereniging inderdaad optreedt ter verwezenlijking van de belangen van haar leden is deze financiering door de leden niet noodzakelijk problematisch. Bovendien zal de vereniging uiteraard ook een belangenbehartiger in de arm moeten nemen teneinde de procedure voor de rechtbank (of de schikkingsonderhandeling) met het oog op het beëindigen van de schadeverwekkende emissies in te leiden. Een dergelijke vereniging kan zeker niet als een one shotter worden beschouwd, maar zal als repeat player doorgaans goed in staat zijn om op adequate wijze een belangenbehartiger te kiezen (bijvoorbeeld een in milieurecht gespecialiseerde advocaat) en om deze ook behoorlijk te monitoren. Daaruit volgt dat, gelet op het gespecialiseerde karakter van de eisende ngo, er geen wezenlijk verschil bestaat tussen een betaling op uurtarief (aangezien de ngo goed in staat zal zijn om te controleren of het aantal aangerekende uren realistisch is) dan wel een resultaatafhankelijke beloning.

De problemen met een representatieve vordering lijken groter te zijn bij het tweede voorbeeld (van het telefoniekartel) waar het alternatief van de collectieve actie duidelijk wel voorhanden is. In dat geval zou het doorgaans om een consumentenvereniging gaan en kunnen derhalve principaal-agentproblemen rijzen die veel sterker kunnen zijn dan in de casus van de milieuvereniging. Immers, consumentenverenigingen zijn doorgaans veel ruimer van opzet en de leden (die de vereniging financieren) kunnen daarmee heel verschillende belangen hebben. Het gevaar dat een consumentenvereniging dan ook een vordering zal starten die slechts het belang van een aantal leden (de kopers van een bepaald product of gebruikers van een bepaalde dienst), maar niet het geheel van de leden dient, is dan ook niet geheel denkbeeldig. In economische termen is bij consumentengroepen doorgaans sprake van grotere heterogeniteit dan bij milieuverenigingen. Dat leidt dan ook tot het risico dat bij een representatieve actie de actie wel het belang van een deel, maar niet van alle leden dient, terwijl indirect toch alle leden de vordering meefinancieren. In de rechtseconomische literatuur wordt dan ook de vraag gesteld of een consumentenvereniging steeds de belangen van de gelaedeerden op een adequate manier vertegenwoordigt.⁶³ Het risico van een uiteenlopen van de belangen van de gelaedeerden en de representerende organisatie is vooral groot wanneer (zoals dat het geval is bij veel consumentenverenigingen in Europese lidstaten) de vereniging *de facto* een monopolie heeft. Concurrentie tussen verschillende verenigingen zou uiteraard beter kunnen garanderen dat de vereniging daadwerkelijk de belangen van de gelaedeerden vertegenwoordigt. Ook bij milieuverenigingen zou overigens concurrentie tussen verschillende ngo's de kwaliteit van de vorderingen kunnen doen toenemen.

Een belangrijk probleem bij een representatieve vordering (zoals door een consumentenvereniging) is dus dat de belangen van de principaal (de consument) niet

63. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 70 en Tuil & Visscher 2010, p. 186.

steeds parallel lopen met die van de agent (de vereniging). Er is immers een gevaar dat consumentenverenigingen hun vorderingsbevoegdheid om opportunistische redenen zouden misbruiken, bijvoorbeeld om een politiek statement te maken of om via een actie meer leden te werven, terwijl dat niet steeds de belangen van gelaedeerden dient.⁶⁴ Ook kunnen, zoals reeds aangegeven, bij een representatieve actie financieringsproblemen rijzen. Nogmaals: naarmate de homogeniteit van de groep groter is, zal de bereidheid van leden om een vordering via lidmaatschapsgelden te financieren (zoals bij een milieuvereniging) sterker zijn. Vooral wanneer de vordering gefinancierd zou moeten worden door de algemene lidmaatschapsgelden die alle leden dienen op te brengen zou dat problematisch kunnen zijn.

Wanneer dergelijke financiering vanuit de algemene lidmaatschapsgelden niet mogelijk is zou uiteraard ook bij een representatieve vordering (bijvoorbeeld via een consumentenorganisatie) aan een financiering van de rechtsoverheidsvordering via een resultaatgericht beloningssysteem kunnen worden gedacht.

Wanneer we de rechtseconomische inzichten ten aanzien van de representatieve vordering samenvatten, kan worden gesteld dat de argumenten voor een representatieve vordering bij milieuproblemen (zoals in het voorbeeld van het verzuurde bos) groot zijn. De reden is dat een collectieve actie daar meestal niet mogelijk zal zijn en dat een vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen zeker kan bewerkstelligen dat de schadeveroorzaker tot internalisatie van kosten wordt gedwongen. Gelet op de homogeniteit van de leden is financiering vanuit de lidmaatschapsgelden doorgaans geen probleem. Overigens zijn er in Nederland vele voorbeelden geweest van milieuverenigingen (zoals bijvoorbeeld de Stichting Reinwater) die in het verleden belangrijke vorderingen hebben uitgebracht, ook tegen buitenlandse vervuilers, en vaak met succes.⁶⁵

De situatie is anders wanneer het gaat om het tweede voorbeeld (van het telefoniekartel) en dus om de representatieve vordering door een consumentenorganisatie. In dat geval zou vanuit rechtseconomisch perspectief een collectieve actie worden verkozen omdat via een resultaatafhankelijk beloningssysteem gegarandeerd kan worden dat voldoende financiering voor de vordering aanwezig is en dat slechts behartenswaardige zaken voor de rechter worden gebracht.⁶⁶ Bij een representatieve vordering bestaat het risico (door de heterogeniteit van consumenten) dat vorderingen worden uitgebracht die niet in het belang van de leden zijn of dat voor de vordering zelfs geen financiering kan worden gevonden. Die problemen zijn vooral zo groot omdat juist in consumentenzaken de representatieve vordering vaak door een monopolist (de consumentenbond) wordt gebracht. Uiteraard geldt deze voorkeur voor de collectieve actie vooral in de situatie waar een resultaatgerelateerd beloningssysteem ook voor de financiering van de vordering kan zorgen.

64. Zie daarover verder R. Van den Bergh, 'Should consumer protection law be publically enforced? An economic perspective on EC regulation 2006/2004 and its implementation in the consumer protection laws of the member states', in: W. van Boom & M. Loos (red.), *Collective enforcement of consumer law. Securing compliance in Europe through private group action and public authority intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 179-203. Maar ook Schäfer 2000, p. 183-223.

65. Zie voor een bespreking van enkele voorbeelden, M.G. Faure & G. Betlem, 'Applying national liability law to transboundary pollution: some lessons from Europe and the United States', in: M.G. Faure & Y. Song (red.), *China and International Environmental Liability. Legal Remedies for Transboundary Pollution*, Cheltenham: Edward Elgar 2008, p. 129-191.

66. Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 72.

Zoals hieronder zal worden betoogd⁶⁷ ligt dit anders wanneer een dergelijk resultaatgerelateerd beloningssysteem de facto niet bestaat. In die situatie zou een representatieve vordering dan nog beter zijn dan in het geheel geen enkele mogelijkheid van collectieve actie.

1.6.2 Overdracht van schuldvordering

Een mogelijkheid om vorderingen te financieren, vooral in de zaak van de consument, is om een claim over te dragen aan een derde. Dit model veronderstelt dat een consument op zich een valabele claim heeft, maar niet de tijd of het geld heeft om de rechtsoverdracht te brengen, mede gelet op zijn risicoaversie en rationele apathie. Een overdracht van claim veronderstelt dat hij zijn vordering kan overdragen op een derde die deze claim zou kopen, uiteraard voor een lagere prijs dan de totale waarde van de claim.⁶⁸ Het voordeel van een dergelijke *ex-ante*-overdracht (in de zin van voordat de procedure een aanvang neemt) vanuit het perspectief van de consument is duidelijk: hij zou onmiddellijk een mogelijkheid hebben om snel compensatie te krijgen voor een zeker bedrag, zonder kosten en zonder risico. Uiteraard zou het slachtoffer geen volledige schadeloosstelling krijgen, aangezien de koper van de claim de waarde van de claim zal verminderen met een risicopremie, gelet op de onzekerheid die verbonden is met de rechtsoverdracht.⁶⁹ In beginsel zou een dergelijke overdracht van vordering ook voor zaken van collectieve actie aantrekkelijk kunnen zijn. Het model zou er dan bijvoorbeeld in bestaan dat een groep gelaedeerden (bijvoorbeeld 100 consumenten die allen menen door het kartel benadeeld te zijn) hun vordering aan een belangenbehartiger zouden overdragen in ruil voor een lagere vergoeding dan de waarde van de claim. Hoewel dit op zich een aantrekkelijk model lijkt om zowel het probleem van de rationele apathie als het vrijbuitersprobleem aan te pakken, ziet men het relatief weinig in de praktijk. Een eerste reden daarvoor heeft te maken met het feit dat vele rechtssystemen een dergelijke overdracht van een (aansprakelijkheids)vordering niet toelaten.⁷⁰ Een ander probleem is dat zelfs wanneer een dergelijke overdracht van vordering juridisch mogelijk is, het nadeel erin bestaat dat het slachtoffer tijdens de procedure integraal uit beeld verdwijnt. Hij heeft immers een vergoeding gekregen en de vordering overgedragen. Dit kan nadelen hebben wanneer de koper van de vordering, die deze vervolgens te gelde dient te maken ook informatie nodig heeft gedurende de procedure.⁷¹ De koper (belangenbehartiger) zou nog steeds afhankelijk kunnen zijn van de verkoper (de consument) bijvoorbeeld om nadere informatie te geven (zoals in de situatie waarin de verweerder met allerhande argumenten komt ter ontkrachting van de vordering). De prikkels van het slachtoffer, die inmiddels zijn vordering heeft verkocht en een vergoeding heeft ontvangen, om alsnog medewerking te verlenen aan de procedure zullen zeer beperkt zijn.

67. Zie meer bepaald paragraaf 1.7.

68. Voor meer details zie A. Pinna, 'Financing civil litigation: the case for the assignment and securitization of liability claims', in: M. Tuil & L. Visscher (red.), *New Trends in financing civil litigation in Europe – a legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 109-130.

69. Zie Tuil & Visscher 2010, p. 187-188.

70. Voor een overzicht van de houdingen van verschillende rechtssystemen ten aanzien van overdracht van vordering zie Pinna 2010, p. 109-130.

71. Tuil & Visscher 2010, p. 188.

Dat zou uiteraard de aantrekkelijkheid van het hele systeem in gevaar kunnen brengen.

Overigens werd net uitgegaan van een model waarbij consumenten hun vordering zouden overdragen aan de belangenbehartiger die tevens de procedure voert. Maar dat hoeft uiteraard niet het geval te zijn. De vorderingen zouden ook collectief kunnen worden opgekocht door een derde die meent daar financieel voordeel uit te kunnen halen en deze derde kan op zijn beurt een belangenbehartiger in de arm nemen om de procedure te voeren.

Deel II: De Nederlandse regelingen

In het tweede deel van onze bijdrage richten wij onze blik op de situatie in Nederland en bespreken wij deze vanuit een rechtseconomisch perspectief. In paragraaf 1.7.1 behandelen we de huidige regeling voor een collectieve actie (art. 3:305a BW), alsmede de mogelijkheid om via de WCAM een in een schikking bereikte vaststellingsovereenkomst algemeen verbindend te laten verklaren (paragraaf 1.7.2). In paragraaf 1.8 gaan we vervolgens nader in op het consultatiewetsvoorstel *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie*. De nadruk ligt steeds op een rechtseconomische bespreking van de belangrijkste aspecten van de genoemde regelingen. Inherent hieraan is dat we niet tot in detail alle juridische aspecten zullen bespreken.

1.7 De huidige situatie

1.7.1 Collectieve actie ex art. 3:305a BW

Nadat we eerst de kern van de regeling toelichten (paragraaf 1.7.1.1), gaan we uitgebreid in op de verschillende wijzen waarop, vanuit economisch perspectief, aanspraken kunnen worden beschermd (paragraaf 1.7.1.2). Die theoretische basis gebruiken we vervolgens voor een rechtseconomische analyse van art. 3:305a BW (paragraaf 1.7.1.3)

1.7.1.1 De regeling

Art. 3:305a BW geeft in het eerste lid aan een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid de mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Volgens het tweede lid is zo'n rechtspersoon niet-ontvankelijk indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende. Lid 3 geeft aan dat de vordering niet mag strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld en volgens lid 4 kan een gedraging niet ten grondslag aan de vordering worden gelegd als degene die door de gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt. Als een vertegenwoordigde persoon zich verzet tegen werking van de uitspraak, dan heeft de uitspraak volgens lid 5 geen gevolg jegens hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat die werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.

1.7.1.2 Internaliseren van externaliteiten: overleg versus rechtsvordering

Eerder in onze bijdrage is besproken dat het vanuit rechtseconomische optiek belangrijk is dat externaliteiten worden geïnternaliseerd, omdat er anders in de beslissing hoe vaak de activiteit uit te oefenen en hoe zorgvuldig dat te doen, geen rekening met deze kosten wordt gehouden. Acties ingesteld door personen die schade lijden als gevolg van een onrechtmatige daad, van toerekenbare tekort-

koming, van concurrentiebeperkende gedragingen enz. kunnen worden gezien als zulke instrumenten tot internalisatie.

Voordat echter wordt overgegaan tot het instellen van een rechtsvordering is het (in elk geval op theoretisch niveau) belangrijk om de vraag te stellen of de betrokken partijen zonder zo'n rechtsvordering zélf tot een oplossing van het probleem kunnen komen. Het instellen van een vordering brengt immers (potentieel zeer hoge) kosten met zich mee, die vermeden zouden kunnen worden als partijen zelf het probleem kunnen oplossen.

In de (theoretische en ideaaltypische) situatie waarin laedens en gelaedeerde geheel kosteloos met elkaar kunnen onderhandelen over wie welke activiteit mag uitoefenen en wie voor welke kosten opdraait, zou het recht niet nodig zijn om conflicten op te lossen. Het zogenaamde *Coase-theorema* leert ons dat bij afwezigheid van transactiekosten de optimale uitkomst altijd wordt bereikt.⁷² Partijen kunnen immers net zo lang met elkaar onderhandelen totdat ze een oplossing hebben gevonden die voor alle betrokkenen acceptabel is.

Voor een analyse van de keuze tussen overleg en rechtsvordering is het denkkader van Guido Calabresi en Douglas Melamed, en het door hen gemaakte onderscheid tussen 'property rules' en 'liability rules' van groot belang.⁷³ Volgens de auteurs moet een rechtsorde in gevallen waarin er een conflict ontstaat tussen partijen omdat ze tegengestelde belangen hebben, twee typen beslissingen nemen. Ten eerste moet worden bepaald wiens belang prevaleert, dit is de 'eerste-orde-juridische-beslissing'. Die partij krijgt dan een 'aanspraak'.⁷⁴ Ten tweede moet in de 'tweede-orde-juridische-beslissing' worden bepaald hoe deze aanspraak wordt beschermd. Dit kan op drie manieren:⁷⁵

1. *Property rules*. De aanspraak mag alleen bij de 'eigenaar'⁷⁶ worden weggenomen na diens voorafgaande toestemming. In onderhandelingen tussen de betrokken partijen komt een prijs tot stand en alleen als alle betrokken partijen het met elkaar eens zijn, kan de aanspraak worden weggenomen. De partijen zélf bepalen dus de

72. R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* 1960, Vol. 3, p. 8.

73. Zie G. Calabresi & A.D. Melamed, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review* 1972, Vol. 85, p. 1089-1128. Er bestaat een uitgebreide literatuur over het raamwerk van Calabresi en Melamed, zie bijvoorbeeld J.L. Coleman & J.S. Krauss, 'Rethinking the Theory of Legal Rights', *Yale Law Journal* 1995, Vol. 95, p. 1335-1371; L. Kaplow & S. Shavell, 'Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis', *Harvard Law Review* 1996, Vol. 109, p. 713-790. In 2008 is er, naar aanleiding van het eredoctoraat dat Calabresi van de Erasmus School of Law ontving, een nummer van de *Erasmus Law Review* aan het raamwerk gewijd, zie www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2008/4.

74. De auteurs gebruiken de term 'entitlements', hetgeen ook met 'rechten' kan worden vertaald. Omdat het woord 'rechten' suggereert dat het om subjectieve rechten gaat, kiezen wij voor de ruimere term 'aanspraken'. De prevaleerende belangen kunnen namelijk, naast subjectieve rechten, ook in de vorm van andere rechtens beschermde belangen worden gegoten.

75. Calabresi & Melamed 1972, p. 1090. Vaak worden goederen door een mix van deze drie methoden beschermd. De auteurs geven het voorbeeld van een huis, dat door een property rule wordt beschermd als iemand het wil kopen, door een liability rule als de overheid het wil onteigenen en door een inalienability rule indien de eigenaar bijvoorbeeld handelingsonbekwaam is.

76. De term 'eigenaar' staat tussen aanhalingstekens omdat het niet gaat om eigendom in de zin van art. 5:1 BW. Het betreft hier de partij wier belang in de eerste-orde-juridische-beslissing prevaleerde, dus degene die de aanspraak heft gekregen. Om het risico van onleesbaarheid van de hoofdtekst te verkleinen, gebruiken wij echter de kortere term 'eigenaar'.

waarde van de aanspraak. Dit impliceert dat zo'n vrijwillige transactie de welvaart van de betrokken partijen verhoogt. Immers, de 'eigenaar' vond de prijs hoog genoeg om de aanspraak te willen overdragen, en de verkrijger van de aanspraak vond de prijs laag genoeg om deze te willen betalen. De aanspraak is de verkrijger dus meer waard dan de oorspronkelijke 'eigenaar'. Als er geen derden zijn die nadeel ondervinden van de transactie, verhoogt deze dus de totale welvaart.

2. *Liability rules*. De aanspraak mag ook zonder de toestemming van de 'eigenaar' worden weggenomen, maar dan moet er vervolgens wel een objectieve prijs worden betaald die door een ander dan de betrokken partijen wordt bepaald (bijvoorbeeld een rechter die een schadevergoeding vaststelt). Deze objectieve prijs kan afwijken van de waarde die de 'eigenaar' aan de aanspraak hechtte, zodat zijn welvaart daalt. Zo'n onvrijwillige transactie verhoogt dus, anders dan bij de vrijwillige transacties die we bij property-rule-bescherming zagen, niet per definitie de gezamenlijke welvaart van de betrokken partijen.

3. *Inalienability rules* ('onvervreemdbaarheid'). De aanspraak mag helemaal niet worden vervreemd. Een reden waarom voor deze beschermingsvorm kan worden gekozen is bijvoorbeeld de situatie waarin de transactie hoge negatieve externe effecten zou veroorzaken (zodat deze de totale welvaart zou verlagen, zelfs als de direct betrokken partijen er alle op vooruit zouden gaan), of als de 'eigenaar' tegen zichzelf moet worden beschermd en dus niet de mogelijkheid moet krijgen de aanspraak te vervreemden.⁷⁷ Omdat deze beschermingsvorm binnen het kader van dit preadvies niet relevant is, blijft deze verder buiten beschouwing.

Uitgaande van de wens de maatschappelijke welvaart te maximaliseren, moeten aanspraken daar terecht komen waar ze het hoogst gewaardeerd worden. Als duidelijk is wie een aanspraak het hoogste waardeert, dan zou deze bij de eerste-orde-beslissing aan die partij kunnen worden toegekend. Transacties zijn dan niet meer nodig, zodat bescherming via onvervreemdbaarheid zou kunnen gebeuren. In werkelijkheid zal echter niet altijd duidelijk zijn wie de aanspraak het hoogste waardeert. Ook kunnen omstandigheden veranderen waardoor de waardering van de aanspraak eveneens verandert. Het is dan wenselijk om vervreemding wel degelijk mogelijk te maken (tenzij die vervreemding te grote negatieve effecten veroorzaakt). Er moet dan dus een keuze worden gemaakt tussen property rules en liability rules.

Voor Calabresi en Melamed wordt de keuze tussen beide beschermingsvormen vooral bepaald door de hoogte van de transactiekosten. Transactiekosten zijn alle mogelijke kosten die gemoeid zijn met een mogelijke transactie. Denk bijvoorbeeld aan de kosten van het zoeken naar een mogelijke transactiepartner, het vergaren van de relevante informatie, het onderhandelen, het vastleggen van de afspraken, het mogelijk afdwingen van de afspraken, het tegengaan van strategisch gedrag, enz. In beginsel bestaat er een voorkeur voor een vrijwillige transactie waarbij de prijs door de betrokken partijen zelf is bepaald. Immers, bij zo'n vrijwillige trans-

77. Dit geldt bijvoorbeeld voor het verbod voor minderjarigen om (zonder toestemming van hun ouders of voogd) bepaalde rechtshandelingen te verrichten.

actie worden alle aspecten meegewogen die voor de partijen van belang zijn, dus ook subjectieve aspecten die voor derden niet kenbaar of vaststelbaar zijn. Partijen weten in het algemeen zelf het beste hoeveel ze voor een bepaalde aanspraak over hebben. De objectieve prijs die door een derde wordt vastgesteld omvat deze subjectieve factoren niet en kan derhalve afwijken van de werkelijke waardering van partijen.⁷⁸ Ook vergen property rules minder overheidsingrijpen omdat er geen objectieve prijs hoeft te worden vastgesteld.

Vanwege de wenselijkheid van vrijwillige transacties bestaat er een voorkeur voor property-rule-bescherming, zodat deze vorm als het enigszins kan moet worden gekozen. Dit is het geval als de transactiekosten laag genoeg zijn. In die situaties kunnen de partijen tegen niet-prohibitieve kosten elkaar zoeken, vinden, met elkaar onderhandelen enz. en wordt de aanspraak alleen overgedragen als alle partijen daarmee instemmen. Als de transactiekosten echter hoog zijn, kan het voorkomen dat een vrijwillige transactie niet kan worden bereikt. Immers, de kosten van het tot stand brengen van de transactie kunnen hoger zijn dan de voordelen die met de transactie kunnen worden bereikt. Partijen zullen dan niet tot overeenstemming kunnen komen. Toch kan het wenselijk zijn een transactie mogelijk te maken. Liability rules kunnen dan een oplossing bieden, omdat voor de betreffende overgang van de aanspraak geen overeenstemming is vereist. Zo kan derhalve toch de situatie worden bereikt waarin de aanspraak van de oorspronkelijke 'eigenaar' overgaat naar een andere partij, mits die partij bereid is de objectief vastgestelde waarde van de aanspraak te vergoeden. Of hiermee de totale welvaart stijgt, weten we niet zeker, omdat de subjectieve waardering van de 'eigenaar' buiten beschouwing blijft. Hoe beter de objectieve prijs overeenstemt met de echte waardering van partijen, hoe beter liability rules in staat zijn welvaart verhogende transacties te faciliteren.

Laten we een gestileerd voorbeeld geven waarin een en ander duidelijk(er) wordt. Stel dat een fabriek zich vestigt aan de oever van een meer, dat deze fabriek het water van het meer gebruikt om de machines te koelen en dat deze fabriek per jaar € 1 miljoen winst maakt. Aan de tegenoverliggende oever van het meer bevindt zich een vissersdorp. Voordat de fabriek zich aan het meer vestigde, maakten de veertig vissers uit het dorp per jaar gezamenlijk € 600 000 winst, dus gemiddeld € 15 000 per visser. Nadat de fabriek zich er heeft gevestigd, loopt de visvangst vanwege de gestegen watertemperatuur in het meer terug en wordt er nog maar € 200 000 winst gemaakt. De vissers lijden dus € 400 000 schade, gemiddeld € 10 000 per persoon. Stel eveneens dat de fabriek een maatregel kan treffen die de opwarming van het water vermijdt (bijvoorbeeld luchtkoeling installeren, het water uit een verderop gelegen rivier gebruiken, of het koelwater eerst in een bassin laten afkoelen alvorens het weer in het meer terug te laten stromen). Stel dat deze maatregel per jaar € 300 000 kost. De hoogste gezamenlijke welvaart wordt bereikt

78. W.M. Landes & R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1987, schrijven op p. 31: 'When the costs of voluntary market transactions are low, the property approach is economically preferable to the liability approach because the market is a more reliable register of values than the legal system.' Zie ook J.E. Krier & S.J. Schwab, 'Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light', *New York University Law Review* 1995, Vol. 70, p. 450.

als alle partijen hun activiteit uitoefenen en de fabriek de voorzorgsmaatregel treft. Immers, als alleen de fabriek het meer zou gebruiken is er een jaarlijkse winst van € 1 miljoen; als alleen de vissers het meer gebruiken is er een jaarlijkse winst van € 600 000; als zowel de fabriek als de vissers het meer gebruiken en er geen voorzorgsmaatregel wordt getroffen, is de jaarlijkse winst € 1,2 miljoen; als zowel de fabriek als de vissers het meer gebruiken en de voorzorgsmaatregel wél wordt getroffen, is de jaarlijkse nettowinst € 1,3 miljoen (€ 1,6 miljoen aan winst en € 300 000 aan verzorgskosten).

De betrokken partijen hebben conflicterende belangen voor wat betreft het mogen gebruiken van het meer. De eerste-orde-beslissing is wie het meer ongestoord mag gebruiken voor zijn activiteit (de fabriek of de vissers). De tweede-orde-beslissing is hoe die aanspraak op het ongestoord mogen gebruiken van het meer wordt beschermd: via property rules of via liability rules. Het hierboven reeds genoemde Coase-theorema leert ons dat het bij afwezigheid van transactiekosten niet uitmaakt aan wie de aanspraak wordt toegewezen. Stel dat de vissers de aanspraak krijgen en dat deze wordt beschermd met een property rule. De fabriek mag het water dan niet verwarmen. De fabriek moet nu kiezen tussen niet produceren (waardoor € 1 miljoen winst per jaar wordt gederfd) of produceren na het treffen van de voorzorgsmaatregel (waardoor een nettowinst van € 700 000 wordt behaald). De fabriek zal dus kiezen voor produceren met de voorzorgsmaatregel. Als de aanspraak van de vissers zou worden beschermd met een liability rule, zou de fabriek er ook voor kunnen kiezen om zonder voorzorgsmaatregel te produceren en de schade van de vissers te vergoeden. Aangezien die schade echter hoger is dan de kosten van de voorzorgsmaatregel (€ 400 000 in plaats van € 300 000), kiest de fabriek ook nu voor de voorzorgsmaatregel. Als de aanspraak aan de fabriek wordt gegeven en wordt beschermd met een property rule, dan mag deze het water verwarmen en kunnen de vissers dat niet tegengaan. Maar de vissers kunnen, in een wereld zonder transactiekosten, wel met elkaar overleggen over de ontstane situatie. Als ze niets doen, lijden ze € 400 000 schade. Het is dan aantrekkelijker om € 300 000 bij elkaar te leggen en daarmee de kosten van de voorzorgsmaatregel te dragen, zodat de fabriek deze toch installeert. Wellicht dat de fabriek hier nog een extra prijs voor vraagt, bijvoorbeeld in totaal € 350 000, maar ook dan is het voor de vissers aantrekkelijker om dit te doen dan om de schade te lijden. Uiteindelijk zullen de vissers en de fabriek een prijs overeenkomen waarvoor de fabriek bereid is de voorzorgsmaatregel te treffen. Als de aanspraak van de fabriek met een liability rule zou zijn beschermd, dan zou als objectieve prijs voor het mogen stilleggen van de fabriek de kosten van de voorzorgsmaatregel kunnen worden genomen. Immers, als de vissers die prijs betalen, kan de fabriek gewoon produceren. In alle vier de opties wordt de optimale uitkomst dus bereikt.

Relevanter wordt de analyse pas als er wél rekening wordt gehouden met transactiekosten. Het is aannemelijk dat het kostbaar is voor de veertig vissers om met elkaar overeenstemming te bereiken over het inzamelen van de benodigde € 300 000 om daarmee de voorzorgsmaatregel van de fabriek te betalen. Men moet bij elkaar komen, men moet het eens worden over een onderlinge verdeling van de kosten (betaalt iedereen € 7500 of moet er rekening worden gehouden met eventuele verschillen in omzet tussen de vissers?), er is het risico dat er free-riders zijn (vissers

die niet willen meebetalen in de hoop dat de anderen bij elkaar toch € 300 000 inzamelen om de maatregel mee te bekostigen), men wil zekerheid dat het ingezamelde geld daadwerkelijk wordt gebruikt voor het bekostigen van de voorzorgsmaatregel (zodat niet één persoon er met de ingezamelde € 300 000 vandoor gaat), er moeten afspraken met de fabriek worden gemaakt over het daadwerkelijk treffen van de voorzorgsmaatregel, enz. Deze transactiekosten zouden ervoor kunnen zorgen dat er helemaal geen overeenstemming tussen de vissers en de fabriek wordt bereikt. In dat geval zullen, als de aanspraak aan de fabriek wordt gegeven en deze met een property rule wordt beschermd, de vissers € 400 000 schade lijden omdat ze niet in staat zijn een vrijwillige transactie met de fabriek aan te gaan. Als de aanspraak daarentegen aan de vissers zou zijn gegeven, dan zou de optimale oplossing wel tot stand zijn gekomen. Immers, het is dan aan de fabriek om te beslissen al dan niet een voorzorgsmaatregel te treffen; er is geen transactie met de vissers nodig.

Het bovenstaande verhaal kan, *mutatis mutandis*, ook worden opgezet in situaties waarin de voorzorgsmaatregel de fabriek meer kost dan de schade die ermee wordt voorkomen, bijvoorbeeld € 500 000, zodat het wenselijk zou zijn dat de fabriek zou produceren zonder die maatregel te treffen. Wij bespreken hier alleen de situatie waarin de aanspraak aan de vissers is gegeven en er hoge transactiekosten zijn. Als de aanspraak met property rules wordt beschermd, mag de fabriek alleen produceren (hetgeen wenselijk zou zijn) nadat er toestemming van de vissers is verkregen. Er zijn diverse redenen waarom dit erg kostbaar kan zijn. Zo zijn er veel partijen met wie individueel onderhandeld moet worden over de prijs die moet worden betaald. Ook kunnen er vissers zijn die zich strategisch gedragen en *hold-out*-gedrag vertonen: ze zijn alleen bereid toestemming te geven als de fabriek ze een hele hoge prijs betaalt. Stel dat de fabriek 39 vissers heeft afgekocht voor € 10 000 per persoon, zodat er al € 390 000 is betaald. De laatste visser zou dan kunnen proberen om vrijwel het gehele voordeel binnen te halen dat de fabriek behaalt bij het afkopen van de vissers (dus de besparing van € 100 000, omdat de maatregel € 500 000 kost en de totale schade 'slechts' € 400 000 bedraagt). Als meer vissers dit bedenken, kunnen te veel vissers een te hoge prijs vragen, en komt de wenselijke uitkomst niet tot stand. Ook moeten de afspraken worden vastgelegd enz. Als de transactiekosten prohibitief hoog zijn, zal de fabriek kiezen voor het treffen van de voorzorgsmaatregel, hetgeen inefficiënt is. Bij liability-rule-bescherming, waar de fabriek het meer gebruikt en de objectief vastgestelde prijs van € 400 000 betaalt, zou de optimale oplossing wel zijn bereikt.

Samenvattend kan worden gesteld dat er in de rechtseconomie een voorkeur bestaat voor vrijwillige transacties, omdat dan zeker is dat de welvaart van de betrokken partijen door de transactie verhoogd wordt. Subjectieve aspecten die niet in de objectieve prijs kunnen worden meegewogen, worden in zo'n vrijwillige transactie wel meegenomen. Als de transactiekosten te hoog zijn, kan het onmogelijk zijn een vrijwillige transactie te bereiken. Property-rule-bescherming kan dan juist verhinderen dat welvaart verhogende transacties tot stand komen. In zo'n geval kan liability-rule-bescherming beter zijn. Hierbij is echter niet gegarandeerd dat de transactie welvaart verhogend werkt, omdat de objectief vastgestelde prijs lager kan zijn dan de subjectieve waardering van de 'eigenaar'. De waardering van degene

die de aanspraak van de 'eigenaar' wegneemt is weliswaar hoger dan de objectief vastgestelde prijs (anders zou hij de aanspraak immers niet wegnemen), maar het kan zijn dat de waardering van de oorspronkelijke 'eigenaar' nog hoger was. Vanwege deze mogelijkheid van welvaart verlagende transacties moet alleen gebruik worden gemaakt van liability-rule-bescherming als property-rule-bescherming echt niet mogelijk is. En, vanzelfsprekend, er moet worden getracht de objectieve prijs overeen te laten stemmen met de echte waardering van de 'eigenaar'. Systematische ondercompensatie moet zo mogelijk worden vermeden.

1.7.1.3 Een rechtseconomische evaluatie van art. 3:305a BW

1. De mogelijkheid van een collectieve actie

Het zal niet verbazen dat het gegeven dat art. 3:305a lid 1 BW een collectieve actie mogelijk maakt, in beginsel positief moet worden beoordeeld vanuit economisch perspectief. Immers, als vanwege rationele apathie geen rechtszaak wordt ingesteld tegen een laedens, kan het aansprakelijkheidsrecht geen preventieve prikkels geven. De potentiële eisers kijken niet naar de maatschappelijke baten van hun claim (de daling in de verwachte schade als gevolg van de gedragsprikkel die de laedens ontvangt), maar naar de verwachte private baten (de verwachte schadevergoeding). Deze baten worden afgewogen tegen de private kosten van de procedure en zeker bij gespreide schade kan dit erin resulteren dat er geen rechtszaak wordt gestart.⁷⁹

Een collectieve schadevergoedingsactie kan ertoe bijdragen dat er in meer gevallen een schadevergoedingsvordering wordt ingesteld. De private kosten van het instellen van zo'n vordering worden verlaagd doordat niet elke gelaedeerde afzonderlijk een advocaat in de arm hoeft te nemen maar dat de stichting of de vereniging dat doet. Doordat een gelaedeerde eerder bereid is een zaak te beginnen, wordt de laedens beter met de gevolgen van zijn handelen geconfronteerd, waardoor hij betere gedragsprikkel ontvangt en de maatschappelijke baten wel kunnen worden gerealiseerd. De grotere claimbereidheid heeft als bijkomend voordeel dat de totale schadeomvang beter kan worden vastgesteld. Dat is van belang bij het beoordelen of de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld.

Ook in gevallen waarin individuele eisers niet rationeel apathisch zijn omdat hun individuele belang groot genoeg is om een zaak te beginnen, kan een collectieve actie wenselijk zijn. De totale systeemkosten worden immers verlaagd omdat bepaalde vragen op het gebied van onrechtmatigheid, schade, causaliteit enz. niet telkens opnieuw hoeven te worden beantwoord.⁸⁰ Er zijn minder advocaten nodig, er is minder zittingstijd nodig, het is gemakkelijker om te onderhandelen over een schikking, de groepsgrootte geeft meer onderhandelingsmacht bij de schikkingsonderhandelingen zodat eerder geschikt wordt, enz. Deze daling in systeemkosten op zichzelf maakt de collectieve actie al wenselijk. Indien er echter vragen van eigen schuld⁸¹ of individuele schadeomvang moeten worden beantwoord, dan weegt dit

79. Zie bijvoorbeeld W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten. Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 31.

80. Zie bijvoorbeeld N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 285.

81. In unilaterale situaties speelt eigen schuld vanzelfsprekend geen rol.

argument minder zwaar. Die vragen kunnen immers niet in de collectieve actie worden behandeld. Het is derhalve goed dat art. 3:305a lid 1 BW vereist dat het om gelijksoortige belangen gaat.

In gevallen waarin geen enkel individu echt als slachtoffer kan worden aangemerkt, maar er wel schade is (bijvoorbeeld aan het milieu), kan een collectieve actie eveneens een goede rol vervullen. Als geen enkel individu vanwege gebrek aan belang een claim kan indienen, dan kan het onrechtmatige-daadsrecht geen prikkels aan de laedens verstrekken. Doordat art. 3:305a BW echter een organisatie die het belang van een goed milieu behartigt de mogelijkheid biedt als eiser op te treden, wordt de laedens wel degelijk met dreigende aansprakelijkheid geconfronteerd, hetgeen de benodigde zorg- en activiteitenprikkels verstrekt.⁸² Het verbod uit lid 3 om in de collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen, ziet niet op acties van belangenorganisaties die de kosten willen verhalen die ze zelf hebben gemaakt om schade aan het belang dat zij behartigen te herstellen, voorkomen of beperken. Als aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, kunnen belangenorganisaties in dit soort situaties in beginsel dus schadevergoeding vorderen, zodat de laedens wel met deze kosten kan worden geconfronteerd.⁸³

Tot slot kan een collectieve actie ervoor zorgen dat een groter deel van het vermogen van de gedaagde beschikbaar blijft voor het betalen van schadevergoeding. Als de gedaagde veel individuele procedures moet voeren, kunnen de totale proceskosten zo hoog oplopen dat dit ten koste gaat van zijn vermogen om de schadevergoeding te betalen. Doordat bij een collectieve actie de totale proceskosten dalen, wordt dit probleem tegengegaan.⁸⁴

De mogelijkheid van een collectieve actie zelf wordt dus positief beoordeeld. In deel I is aandacht besteed aan de omstandigheid dat er bij collectieve acties sprake kan zijn van principaal-agentproblemen. Het gaat hier in de kern om het probleem dat de belangen van principaal en agent niet perfect gelijkgericht zijn en dat de principaal slechts beperkte mogelijkheden heeft om het gedrag van de agent in de gaten te houden en te beheersen. Die mogelijkheden brengen ook nog eens kosten met zich mee. In gevallen van individuele rechtszaken kunnen de belangen van de cliënt (de principaal) groot genoeg zijn om de advocaat (de agent) te controleren en bij te sturen, maar bij collectieve acties zullen de belangen van de individuele principals daarvoor meestal te klein zijn.⁸⁵ De agent (een advocaat in een Amerikaanse class action, en een vereniging of stichting in geval van art. 3:305a BW) zou dus eigen doelen kunnen nastreven die ten koste gaan van de doelen van de prin-

82. M. Faure, 'De vorderingsbevoegdheid van milieuverenigingen in België', *M en R* 1991, p. 585.

83. Zie bijvoorbeeld Frenk 1994, p. 166 e.v.

84. C. Silver, 'Class Actions – Representative Proceedings', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 205.

85. Zie bijvoorbeeld I.N. Tzankova & J. Kortmann, 'Remedies for Consumers of Financial Services: Collective Redress and Improvement of Class Representation', *European Journal of Consumer Law* 2010, p. 124 en de daar genoemde literatuur.

cipalen.⁸⁶ Hierdoor zou de agent te weinig moeite kunnen doen, of een schikking kunnen accepteren die niet in het beste belang van de principalen is.

De rechtseconomische literatuur suggereert dat het principaal-agentprobleem bij representatieve acties kleiner is dan bij de Amerikaanse class action, maar het is onwaarschijnlijk dat het probleem volledig wordt opgelost. Hierbij is van belang in hoeverre de vertegenwoordigden de representatieve organisatie kunnen beïnvloeden, in hoeverre die organisatie de advocaten kan beïnvloeden, en in welke mate derden invloed hebben.⁸⁷ De representatieve organisatie is wellicht niet alleen geïnteresseerd in de belangen van de vertegenwoordigden, maar ook in het nastreven van eigen (politieke of ideologische) doelen, het krijgen van media-aandacht en het verwerven van een bepaalde reputatie. Om dit probleem in te dammen, is het goed als er eisen worden gesteld aan de representativiteit en de toewijding van de representatieve organisatie. Ook zouden de vertegenwoordigden de mogelijkheid moeten krijgen om uit een eventuele rechtszaak te stappen (opt-out) en eventueel een claim via een andere organisatie in te dienen, als ze denken dat deze hun belangen beter behartigt.⁸⁸

Art. 3:305a lid 1 BW vereist ten eerste dat de representatieve organisatie een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid is, en ten tweede dat deze vereniging of stichting de belangen van de vertegenwoordigden ingevolge haar statuten behartigt. Beide aspecten bestrijden het principaal-agentprobleem en kunnen dus positief worden beoordeeld. Daarenboven stelt lid 2 dat de representatieve organisatie niet-ontvankelijk is, als met de rechtsvordering de belangen van de vertegenwoordigden onvoldoende gewaarborgd zijn. Ook dit zet een rem op de mogelijkheid van de agent om de eigen belangen na te streven ten koste van de belangen van de principalen. Het zou wenselijk kunnen zijn, in het kader van het bestrijden van het principaal-agentprobleem, om de ontvankelijkheid nog verder te beperken, bijvoorbeeld tot organisaties die reeds hebben bewezen echt de belangen van betrokkenen te behartigen. Dit kan voorkomen dat er veel *ad-hoc*organisaties worden gevormd die stellen de belangen van de betrokkenen te behartigen maar waarvan de betrokkenen zelf de kwaliteit niet goed kunnen vaststellen.⁸⁹

Zulke aanvullende eisen moeten echter niet leiden tot een monopolie van slechts één representatieve organisatie, omdat dat de principaal-agentproblemen juist weer kan versterken.⁹⁰ De hierboven genoemde wenselijke mogelijkheid van een opt-out, waarna eventueel aansluiting kan worden gezocht bij een claim van een andere representatieve organisatie, is terug te vinden in lid 5: als een vertegenwoordigde zich verzet tegen de werking van de rechterlijke uitspraak ten opzichte van hem, dan heeft deze uitspraak voor hem geen gevolg.

86. Zie bijvoorbeeld J.C. Coffee, 'Class Wars: the Dilemma of the Mass Tort Class Action', *Columbia Law Review* 1995, Vol. 95, p. 1347; G.P. Miller, 'Class Action', in: P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, London: Macmillan Reference Ltd 1998, p. 259; Schäfer 2000, p. 197 e.v.

87. Schäfer 2000, p. 198; Keske, Renda & Van den Bergh 2010, p. 70 e.v.; S. Keske, *Group Litigation in European Competition Law: A Law and Economics Perspective*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 113 en de daar genoemde literatuur; Van den Bergh 2013, p. 29.

88. Zie R. Van den Bergh, 'Enforcement of consumer law by consumer associations', in: M. Faure & F. Stephen (red.), *Essays in the Law and Economics of Regulation: In Honour of Anthony Ogus*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 294 en Van den Bergh 2013, p. 30.

89. Zie ook Tzankova & Kortmann 2010, p. 119.

90. Zie noot 88.

2. *Het primaat ligt bij overleg*

Lid 2 van art. 3:305a BW geeft aan dat een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 niet-ontvankelijk is, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Hierbij wordt gespecificeerd dat een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, daartoe in elk geval voldoende is.

Vanuit rechtseconomisch oogpunt is het wenselijk dat eerst wordt geprobeerd 'het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken'. Immers, vrijwillige transacties hebben de voorkeur omdat op die manier alle aspecten die voor de betrokken partijen relevant zijn, bij de zoektocht naar een oplossing kunnen worden meegenomen. Bij een door de rechter opgelegde 'oplossing' bestaat het gevaar dat bijvoorbeeld subjectieve waarderingen niet of onvoldoende meewegen. Het is dus goed dat er niet meteen naar liability-rule-bescherming wordt gegrepen, maar dat eerst wordt gekeken of property rules werken. Zoals hierboven al duidelijk werd, kunnen hoge transactiekosten de werking van property rules echter frustreren. In situaties waarin een laedens schade toebrengt aan een grotere groep gelaedeerden, zullen die transactiekosten al snel zo hoog kunnen oplopen dat een vrijwillige transactie niet haalbaar is. De reeds besproken problemen van rationele apathie en meeliftersgedrag spelen hierbij natuurlijk mee. Ook de omstandigheid dat individuele gelaedeerden misschien niet eens weten dat ze schade hebben geleden of dat ze niet weten met wie ze daarover in gesprek zouden moeten treden (met andere woorden, hoge informatiekosten, die een onderdeel van transactiekosten vormen) zijn hier relevant.

Alvorens bij geconstateerde hoge transactiekosten naar liability rules te grijpen, is het wenselijk om eerst te kijken of die transactiekosten kunnen worden verlaagd, zodat een vrijwillige transactie misschien wél haalbaar is. De collectieve actie van art. 3:305a BW kan worden gezien als zo'n poging de transactiekosten te verlagen. Immers, het is minder moeilijk (lees: kostbaar) om gesprekken tussen een gedaagde en een representatieve organisatie tot stand te brengen, dan om de gedaagde met alle betrokken benadeelden om tafel te krijgen. Vanzelfsprekend moet voor een totaaloordeel over de wenselijkheid van een collectieve actie deze daling in de transactiekosten worden afgezet tegen mogelijke principaal-agentproblemen die tussen de benadeelden en de representatieve organisatie spelen. Onzes inziens zal deze weging vaak, zo niet altijd, in het voordeel van de collectieve actie uitvallen, enerzijds omdat er zonder die collectieve actie misschien helemaal geen rechtszaken tegen de gedaagde zouden zijn aangespannen en anderzijds omdat individuele eisers die het niet eens zijn met de gang van zaken in de collectieve actie gebruik kunnen maken van de opt-out van lid 5.

De nadruk die art. 3:305a BW op overleg legt, is niet alleen wenselijk vanuit het gezichtspunt dat vrijwillige transacties aantrekkelijker zijn dan onvrijwillige transacties. Ook het probleem van blackmail settlements, waar we eerder in dit preadvies aandacht aan hebben besteed,⁹¹ kan ermee worden bestreden. Het is immers onwaarschijnlijk dat een representatieve organisatie die een collectieve actie start louter met als doel de gedaagde tot een schikking te dwingen, kan voldoen aan de eis het gevorderde via overleg met de gedaagde te bereiken. Het gevaar van

91. Zie paragraaf 1.5.2.2.

frivole claims wordt eveneens tegengegaan door de eis dat met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld voldoende gewaarborgd zijn. Ook de dreiging van een proceskostenveroordeling kan zulke inhoudsloze claims tegengaan, alhoewel die veroordeling in Nederland niet de volledige proceskosten van de gedaagde betreft.

Bij het mogelijke probleem van blackmail settlements is het de representatieve organisatie die misbruik probeert te maken van onderhandelingsmacht, omdat het vooruitzicht van een procedure voor de gedaagde onaantrekkelijk is. Bij afwezigheid van collectieve acties speelt juist het tegenovergestelde probleem. Individuele benadeelden staan zwak ten opzichte van de schadeveroorzaker, zeker als dat een bedrijf of een andere professionele partij is. Elke benadeelde is slechts een one shotter, die ten opzichte van de benadeelde repeat player in een zwakke positie verkeert. Eventueel overleg tussen die ongelijke partijen leidt waarschijnlijk niet tot een vrijwillige transactie die recht doet aan alle betrokken belangen. Het toestaan van collectieve acties kan dit probleem verkleinen, omdat de representatieve organisatie ook een repeat player is. Overleg tussen gelijkwaardige(r) partijen heeft een veel grotere kans op succes dan in de situatie zonder collectieve actie. Het toestaan van collectieve acties en de nadruk die op het bereiken van een vrijwillige transactie wordt gelegd, gaan dus hand in hand en moeten vanuit rechtseconomisch perspectief worden toegejuicht.

3. Het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie

Vanwege art. 3:305a lid 3 BW kan de rechtsvordering uit het eerste lid niet strekken tot een schadevergoeding te voldoen in geld. Dit verbod is problematisch vanuit rechtseconomisch perspectief. Een collectieve schadevergoedingsactie zou een 'stok achter de deur' kunnen vormen bij het overleg dat eerst gevoerd moet worden. De gedaagde zou dan immers weten dat als het overleg niet tot een wederzijds aanvaardbare oplossing leidt, er een schadevergoedingsactie kan worden ingesteld. Met andere woorden, als de vrijwillige transactie die de voorkeur heeft niet lukt, zou er nog steeds een onvrijwillige transactie, via liability-rule-bescherming, kunnen worden nagestreefd. Doordat lid 3 die optie echter verbiedt, kan de gedaagde te weinig prikkels hebben om het overleg te laten slagen. Er is immers geen reële dreiging van het moeten betalen van schadevergoeding als het overleg mislukt. Voorts is het de vraag of de wél toegestane vorderingen, zoals een verbodsactie of het openbaar (laten) maken van de uitspraak, voldoende voordelen voor de benadeelden en/of de representatieve organisatie met zich meebrengen om de kosten van de procedure waard te zijn. Het vooruitzicht van een schadevergoeding zou rationele apathie wellicht kunnen overwinnen, maar zoals gezegd bestaat die optie op dit moment in Nederland niet. Hierdoor zouden er wel eens minder collectieve acties kunnen worden gestart dan wenselijk is, minder in elk geval dan wanneer er wel uitzicht bestond op financiële baten. Als er wel zo'n collectieve actie wordt gevoerd die resulteert in een veroordeling, die individuele benadeelden vervolgens in individuele procedures kunnen gebruiken, dan zijn de totale systeemkosten vanwege die noodzakelijke individuele procedures hoger dan ze bij een collectieve schadevergoedingsvordering zouden zijn geweest.

Het probleem van meelifters is bij bijvoorbeeld een verbodsactie of het openbaar (laten) maken van de uitspraak ook groter dan bij een schadevergoedingsactie. Immers, meelifters profiteren volledig van zo'n verbod of veroordeling, zonder

kosten te maken. Bij een schadevergoedingsactie profiteren meelifters niet direct van de schadevergoeding, omdat ze daar niet in meedelen. Ze zullen dan na de uitspraak alsnog moeite moeten doen om met het bereikte resultaat een vergoeding te krijgen.

Een van de belangrijkste argumenten die zijn gebruikt om het verbod uit lid 3 te onderbouwen, is dat individuele gevallen te veel van elkaar verschillen om in een collectieve procedure te kunnen behandelen. De schade hangt van veel factoren af en zal voor geen enkele gelaedeerde precies hetzelfde zijn. Naar onze mening is deze redenering niet voldoende om het verbod te rechtvaardigen. Ten eerste vereist lid 1 reeds dat een collectieve actie alleen kan worden ingesteld ter bescherming van gelijksoortige belangen. Natuurlijk neemt dit niet weg dat zelfs bij schending van gelijksoortige belangen de schade per individueel geval kan verschillen, maar de eis van gelijksoortigheid van belangen zorgt er in elk geval voor dat een aantal relevante factoren wél gelijk zijn en die lenen zich wel degelijk voor collectieve behandeling. Bij té grote verschillen zal lid 1 reeds een collectieve actie verhinderen.

Ten tweede kan in een collectieve actie gewerkt worden met 'damage scheduling', zodat niet elke gelaedeerde een even hoog bedrag aan schadevergoeding ontvangt. Er kunnen categorieën worden gemaakt en elke gelaedeerde kan in de meest relevante categorie worden ingedeeld. Zo'n systeem van damage scheduling resulteert weliswaar niet in een schadevergoeding die per individueel geval is vastgesteld, maar dat aspect brengt ons tot de derde en vierde reden waarom het uiteenlopen van individuele schade het verbod uit lid 3 niet rechtvaardigt.

Die derde reden is dat individuele schadevergoeding alleen in individuele procedures kan worden vastgesteld en hierbij komt het probleem van rationele apathie weer om de hoek kijken.⁹² Het zijn juist de hoge kosten van individuele procedures die een belangrijke *raison d'être* van collectieve acties vormen. Vanwege die hoge kosten komt het wellicht helemaal niet tot een procedure zodat de gelaedeerde in het geheel geen schadevergoeding ontvangt. Die situatie lijkt ons onwenselijker dan de situatie waarin de gelaedeerde een schadevergoeding ontvangt die niet volledig op de individuele omstandigheden van het geval is toegespitst.

Ten slotte is het vanuit economische optiek helemaal niet zo belangrijk om de schadevergoeding in elk individueel geval accuraat vast te stellen.⁹³ De schadevergoeding wordt immers vooral gezien als een ex-ante-prikkel die potentiële laedentes moet aanzetten tot zorgvuldiger gedrag en/of het aanpassen van hun activiteiten-niveau. Natuurlijk is het voor een juiste internalisatie van het externe effect belangrijk dat de schadevergoeding niet systematisch afwijkt van de veroorzaakte schade, maar het is niet nodig dat de schade in elk individueel geval correct wordt vastgesteld. De laedens weet van tevoren immers toch niet hoe groot de schade in een individueel geval zal zijn. Dit impliceert dat als de schadevergoeding *gemiddeld genomen* klopt, de laedens de juiste zorgprikkel krijgt. Structurele overcompensatie en structurele ondercompensatie moeten worden vermeden, maar accuratesse in

92. Zie ook paragraaf 1.4.2.

93. L. Kaplow, 'The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis', *The Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 23, p. 313 e.v.; Kaplow & Shavell 1996, p. 194.

elk individueel geval is niet vereist. In het kader van collectieve acties houdt dit in dat het belangrijker is dat de totale schadevergoeding klopt, dan dat de schadevergoeding voor elke individuele gelaedeerde klopt. Via de eerdergenoemde damage scheduling kan een te grote afwijking tussen de schadevergoeding en de werkelijke schade worden voorkomen, als de schade tussen de diverse benadeelden sterk uiteenloopt.

Het probleem met het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie is onze inziens dus dat het ertoe kan leiden dat een potentiële laedens te weinig rekening houdt met de schade die hij mogelijkwerwijs kan veroorzaken, met name als die schade over veel benadeelden gespreid is waarbij elk individu maar een beperkte schade lijdt. Individuele rechtszaken zijn te duur zodat benadeelden rationeel apathisch blijven. De wel toegestane vorderingen (zoals een verbod en het openbaar (laten) maken van een veroordeling) zouden wel eens te weinig voordelen kunnen hebben om de kosten van de procedure goed te maken. Meeliftersgedrag en een eventuele benodigde individuele vervolgactie versterken deze vrees.

Vanwege het verbod uit lid 3 biedt art. 3:305a BW echter geen stok achter de deur, die de kans op succes van de schikkingsonderhandelingen zou kunnen verhogen. Dit argument van de stok achter de deur is een belangrijke ontstaansgrond voor het wetsvoorstel *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie*. Dit wetsvoorstel bespreken wij in paragraaf 1.8, maar eerst gaan we in paragraaf 1.7.2 in op de WCAM-procedure, waarmee ondanks het verbod uit art. 3:305a lid 3 BW wel degelijk een collectieve afwikkeling van massaschade kan worden gerealiseerd.

1.7.2 De Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)

In deze paragraaf bespreken wij de WCAM vanuit rechtseconomisch perspectief. Wij geven hier geen uitputtende juridische analyse van alle betrokken wetsartikelen, maar beperken ons tot de vraag in hoeverre de WCAM kan bijdragen aan het vervullen van de (economische) rol van collectieve acties.

In paragraaf 1.7.1.3 hierboven is ter sprake gekomen dat het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie uit art. 3:305a lid 3 BW vanuit rechtseconomische optiek negatief moet worden beoordeeld. De WCAM biedt de representatieve organisatie en de gedaagde echter de mogelijkheid om de schade toch collectief af te handelen. Als de betrokken partijen een schikkingsovereenkomst sluiten, dan kunnen ze het Hof Amsterdam verzoeken deze schikking algemeen verbindend te verklaren. Op die manier kunnen ook benadeelden die niet zelf bij de schikking betrokken waren, aan het bereikte resultaat worden gehouden. Vanwege het probleem van rationele apathie en de wens om de schadeveroorzaker de schade te laten vergoeden, is dit in beginsel een wenselijke situatie. Immers, door deze procedure wordt voorkomen dat alle individuele benadeelden individuele rechtszaken tegen de gedaagde moeten starten om schadevergoeding te krijgen. Ook zonder zo'n individuele procedure komen ze, na een algemeenverbindendverklaring, in aanmerking voor de overeengekomen schadevergoeding. De systeemkosten worden dus gereduceerd.

Het principaal-agentprobleem wordt in art. 7:907 lid 3 BW op diverse manieren aangepakt. Zo moet het hof beoordelen of de vereniging of stichting wel voldoende representatief is voor de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, of hun belangen ook anderszins voldoende zijn gewaarborgd en of de hoogte van de toegekende vergoedingen wel redelijk is gelet op de omvang van de schade. De agent (de representatieve organisatie) kan dus geen schikkings-overeenkomst sluiten die de belangen van de principalen (de benadeelden) onvoldoende behartigt.⁹⁴

Omdat een algemeenverbindendverklaring ook belanghebbenden bindt die niet zelf bij de schikking betrokken waren, moet de beschikking worden gepubliceerd in een of meer door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen (art. 1017 lid 3 Rv). Belanghebbenden krijgen vervolgens minimaal drie maanden de tijd om aan te geven niet gebonden te willen zijn. Deze opt-out zorgt er dus voor dat belanghebbenden die bijvoorbeeld de bereikte schadevergoeding te laag vinden, alsnog zelf een procedure kunnen starten. Hiermee wordt het risico op structurele ondercompensatie, voor zover art. 7:907 lid 3 BW dit niet reeds afdoende bestrijdt, verkleind. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat rechtseconomen een opt-outregeling vanwege rationele apathie verkiezen boven een opt-inregeling, zodat deze constructie positief kan worden beoordeeld. Naar verwachting zullen zo immers meer belanghebbenden kunnen profiteren van de bereikte schikking dan bij een opt-in, en internaliseert de schadeveroorzaker de externaliteit beter. Via damage scheduling kan het risico op ondercompensatie en een significant gebruik van de opt-outmogelijkheid overigens reeds worden beperkt, door in de schikking verschillende groepen benadeelden te onderscheiden, elk met een bijbehorende schadevergoeding.

Een mogelijk probleem van de WCAM is dat er geen restricties aan meeliftersgedrag worden gelegd. Een belanghebbende kan immers passief blijven, afwachten totdat een schikking is bereikt en vervolgens in de fase van de algemeenverbindendverklaring eventueel nog gebruik maken van de opt-out als hij niet tevreden is. Wellicht is dit probleem in de praktijk niet zo groot, want empirisch onderzoek laat zien dat in het algemeen slechts een zeer klein percentage belanghebbenden gebruikmaakt van opt-outmogelijkheden,⁹⁵ maar het is niet uit te sluiten. Zo'n opt-out is echter niet zonder risico's voor de belanghebbende, want als de individuele procedure geen beter resultaat oplevert, kan niet alsnog gebruik worden gemaakt van het WCAM-resultaat. Ook is het nog maar de vraag of de individuele eiser bij zijn proces gebruik kan maken van de informatie uit de collectieve schikking, nu zo'n schikking niet impliceert dat aansprakelijkheid wordt erkend.

De omstandigheid dat de WCAM kan resulteren in een collectieve afwikkeling van massaschade valt toe te juichen. Het verbod van art. 3:305a lid 3 BW brengt dus niet met zich mee dat schade niet collectief *kan* worden afgehandeld. Wat wel een mogelijk probleem is, is dat de WCAM een *gezamenlijk* verzoek van representatieve organisatie en schadeveroorzaker vereist. Een weigerachtige schadeveroorzaker kan dus nog steeds niet *gedwongen* worden mee te werken aan een collectieve afhandeling van massaschade. Ook de WCAM biedt dus niet de stok achter de deur

94. Op de vraag of er rechtseconomische redenen zijn om te betwijfelen of de rechter deze (en andere) taken die hem in het kader van collectieve acties worden toebedeeld wel goed kan uitvoeren, gaan wij hieronder nader in (paragraaf 1.9).

95. Zie bijvoorbeeld Eisenberg & Miller 2004, p. 1532. Dat onderzoek gaat natuurlijk niet over de WCAM maar over andere collectieve acties.

die de regeling van art. 3:305a BW ontbeert. Het recente wetsvoorstel *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie* beoogt juist deze stok achter de deur wél te bieden. In paragraaf 1.8 gaan we hier uitgebreider op in.

1.8 Het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie

1.8.1 Inleiding

Op 7 juli 2014 is het voorontwerp van het wetsvoorstel *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie* openbaar gemaakt voor consultatie via het internet. Deze consultatie sloot op 1 oktober van datzelfde jaar. Blijkens de memorie van toelichting⁹⁶ is het doel van het wetsvoorstel een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen. Hierbij is een balans gezocht tussen ‘het belang van gedupeerden om hun rechten te kunnen verwezenlijken en het belang van aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims’. Hierin kunnen de hierboven herhaaldelijk genoemde risico’s van rationele apathie als gevolg van hoge proceskosten enerzijds en de angst voor frivole claims en blackmail settlements anderzijds worden herkend. Het wetsvoorstel schaft het verbod van art. 3:305a lid 3 BW af en introduceert een collectieve schadevergoedingsprocedure voor de gevallen waarin partijen niet willen schikken of waarin het ze niet lukt een schikking te bereiken. De memorie van toelichting geeft expliciet aan dat het hier dus gaat om de gewenste ‘stok achter de deur’.⁹⁷ Volgens het consultatiedocument bestaat er in Nederland een breed gevoelde behoefte aan een mechanisme om een aansprakelijke partij tot collectieve afwikkeling van massaschade te kunnen dwingen.⁹⁸ Ook de zorgen over de mogelijke negatieve effecten van zo’n mechanisme zouden breed worden gevoeld. Om de balans te zoeken tussen een betere toegang tot de rechter in gevallen van massaschade enerzijds en de bescherming van de belangen van de aansprakelijk gestelde(n) anderzijds, introduceert het wetsvoorstel een procedure die in vijf stappen kan leiden tot een collectieve schadevergoeding. Deze procedure is gericht op het proberen te bereiken van een schikking, maar uiteindelijk kan de rechter een schaderegeling vaststellen, als geen schikking wordt bereikt. In het vervolg van deze paragraaf bespreken wij de voorgestelde procedure vanuit rechtseconomisch gezichtspunt.

1.8.2 De voorgestelde procedure

1.8.2.1 *Het primaat blijft liggen bij overleg*

In paragraaf 1.7.1.2 is besproken dat vrijwillige transacties de voorkeur verdienen boven gedwongen transacties. Meer *in concreto*: schikkingen zijn in beginsel wenselijker dan schadevergoeding. Het is daarom goed dat het wetsvoorstel nog steeds

96. MvT, p. 1. www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/document/1152.

97. MvT, p. 1 en 4. Zie voor een rechtseconomische bespreking van dit probleem ook reeds L.T. Visscher, ‘Het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie uit art.3:305a lid 3 BW rechtseconomisch bezien’, *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2004, Vol. 18(3), p. 80-86.

98. Bosters e.a. vragen zich echter af of er, gezien de huidige mogelijkheden van bijvoorbeeld proefprocedures, collectieve actie waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd, cessie en cessie ter incasso, wel sprake is van een leemte waarin moet worden voorzien. Zie T. Bosters e.a., ‘Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie’, *NJB* 2015/1138, p. 1589.

het primaat legt bij overleg. Indien de representatieve organisatie inderdaad schadevergoeding vordert, dan moet volgens het wetsvoorstel aan een aantal extra eisen worden voldaan, vergeleken met de reeds bestaande eisen uit art. 3:305a BW.

Er blijft gelden dat de representatieve organisatie niet-ontvankelijk is als zij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met degene tegen wie de rechtsvordering zich richt. Hiervoor is, anders dan bij de andere acties uit art. 3:305a BW, een termijn van twee weken na de ontvangst van een verzoek tot overleg onvoldoende. Bovendien wordt er vereist dat de organisatie *daadwerkelijk* heeft gepoogd tot overleg te komen. Hierbij kan vereist worden dat er meerdere pogingen zijn gedaan, zodat niet kan worden volstaan met een enkel schriftelijk verzoek dat meer *pro forma* wordt gedaan. Volgens de memorie van toelichting mag de rechter zware eisen stellen aan de mate waarin partijen hebben geprobeerd in onderling overleg tot een schadeafwikkeling te komen. Onzes inziens kan de rechter hiermee het risico van frivole claims indammen, omdat daarbij zulk overleg niet goed denkbaar is. Lichtzinnig gebruik van de procedure wordt eveneens tegengegaan door de eis dat de groep van voldoende omvang moet zijn en dat er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden mogen zijn waarmee bereikt kan worden dat de gedupeerden hun schade vergoed krijgen.

Aan de representativiteit van de vereniging of stichting worden eveneens hogere eisen gesteld in het geval van een collectieve schadevergoedingsactie. Zo moet deze beschikken over voldoende deskundigheid ter zake van de rechtsvordering en moet deze kunnen worden geacht de belangen waarvoor wordt opgekomen op zorgvuldige wijze te behartigen. De memorie van toelichting maakt duidelijk dat in dit kader specifiek aandacht kan worden besteed aan de vraag of de belangenbehartigende organisatie niet haar eigen commerciële belangen nastreeft, omdat dit invloed kan hebben op de bereidheid te schikken, zodanig dat de belanghebbenden in hun belangen worden benadeeld.⁹⁹ Deze eis is er derhalve op gericht het principaal-agentprobleem te bestrijden.¹⁰⁰

Stapel en Thuijs vinden de ontvankelijkheidseisen onduidelijk en niet aangescherpt, waardoor de positie van de aangesprokene in het gedrang kan komen. Ook vinden zij het onwenselijk dat meerdere belangenorganisaties voor dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis bij dezelfde schadeveroorzakende partij een massaclaim kunnen indienen.¹⁰¹ Beide auteurs pleiten derhalve voor een aanscherping en nadere onderbouwing van de ontvankelijkheidseisen, maar geven niet aan hoe dat zou moeten. Arons en Koster stellen daarentegen dat de eisen die aan een organisatie worden gesteld in het kader van een collectieve schadevergoedingsactie wel degelijk aanmerkelijk zijn verzaamd. Hierdoor zou volgens de auteurs een 'sluiproute' kunnen ontstaan: eerst op basis van art. 3:305a BW een collectieve actie

99. MvT, p. 20.

100. Zie over dit vertegenwoordigingsprobleem ook uitgebreid Franken, die stelt dat rechterlijke finaliteit sterk af te raden is en dat de precedentwerking van art. 3:305a BW sneller tot een optimaal resultaat leidt, met name omdat het tot een betere verdeling van verantwoordelijkheden tussen eiser, gedaagde en rechter leidt. A.Ch.H. Franken, 'Precedentwerking als meest efficiënte en effectieve vorm van collectieve schadevergoeding', *AVS* 2015/12, afl. 3.

101. M.A.C. Stapel & T. Thuijs, 'Collectief schadeverhaal in Nederland: we zijn er bijna, maar nog niet helemaal', *V&O* 2014/12, p. 187 en 188.

starten en, nadat er een verklaring voor recht over de onrechtmatigheid is verkregen, alsnog een collectieve schadevergoedingsactie beginnen.¹⁰²

Vanuit de optiek van potentiële aangesprokenen is het begrijpelijk dat er een wens bestaat zware ontvankelijkheidseisen te stellen. Er moet echter voor gewaakt worden dat die eisen zo zwaar zijn dat slechts één of zeer weinig organisaties hieraan kunnen voldoen, omdat er dan onwenselijke ‘marktmacht’ aan de zijde van de belangenorganisaties ontstaat.¹⁰³

Bosters e.a. geven aan dat het wetsvoorstel onvoldoende rekening houdt met bepaalde omstandigheden die kunnen verhinderen dat een schikking tot stand komt, zoals beleidsmatige overwegingen (bijvoorbeeld ingeval de Staat of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon de gedaagde is), insolventie van de gedaagde, rechtsvragen waar partijen het niet over eens zijn en het financieringsmodel van de belangenorganisaties.¹⁰⁴ Dit laatste punt betreft het principaal-agentprobleem en het kan inderdaad voorkomen dat een schikking die een mooi resultaat voor de belangenorganisatie en de achterban zou inhouden, voor de financier van de claim financieel onaantrekkelijk is. Hieruit blijkt te meer hoe belangrijk het is alert te zijn op agency-problemen en te voorkomen dat de belangen van de financier te veel afwijken van die van de vertegenwoordigden. Uiteindelijk is de economische maatstaf voor succes de mate waarin het negatieve effect wordt geïnternaliseerd.

1.8.2.2 *De vijf stappen*

Het wetsvoorstel introduceert een procedure in vijf stappen. In de eerste stap moet de rechter beoordelen of de belangenorganisatie ontvankelijk is. Daarbij spelen de hierboven besproken vereisten betreffende overleg, deskundigheid, representativiteit enz. een rol.

Als de belangenorganisatie ontvankelijk is, spreekt de rechter zich in de tweede stap uit over de vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen (tenzij hierover al uitspraak is gedaan in een collectieve actie). Het lijkt ons goed dat het oordeel over ontvankelijkheid plaatsvindt voorafgaand aan het oordeel over onrechtmatigheid, om zo frivole claims tegen te gaan. Het scheiden van het oordeel over de ontvankelijkheid en onrechtmatigheid kan ook de proceskosten reduceren. Een wederpartij hoeft zich niet bedreigd te voelen door een belangenorganisatie die een zwakke claim indient in de hoop er, ter vermijding van reputatieschade bij de wederpartij, een schikking uit te slepen. Zo’n zwakke claim zal waarschijnlijk reeds stranden tijdens de eerste stap, omdat er geen sprake zal zijn van voldoende deskundigheid, van het zorgvuldig behartigen van de betrokken belangen en van afdoende daadwerkelijke pogingen om via overleg het gevorderde te bereiken. Een proceskostenveroordeling maakt het indienen van een frivole claim nog minder aantrekkelijk,¹⁰⁵ ook al betreft zo’n veroordeling slechts een deel van de werkelijke kosten. Dat laatste kan volgens Arons en Koster de effectiviteit van de collectieve schadevergoedingsactie negatief beïnvloeden omdat een belangenorganisatie van

102. T.M.C. Arons & G.F.E. Koster, ‘Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie?’, *Ondernemingsrecht* 2014/137, paragraaf 3.3.

103. Zie ook noot 88.

104. Bosters e.a. 2015, p. 1589 en 1590.

105. Ook de memorie van toelichting geeft deze rationale weer, zie MvT, p. 35.

wege de hoge werkelijke proceskosten kan terugdeinzen voor zo'n actie. Zij stellen een bijzondere proceskostenregeling voor waarbij vanaf fase twee, als de onrechtmatigheid is vastgesteld, de daadwerkelijke proceskosten van de belangenorganisatie voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁰⁶ Dit lijkt ons een goed voorstel, omdat het de financiële drempels om een collectieve schadevergoedingsactie te starten verlaagt terwijl het frivole claims voorkomt.

In deze tweede fase kan de rechter ook beslissen over andere rechtsvragen en feitelijke vragen, als dit kan bijdragen tot het bereiken van een schikking. Na deze beslissingen van de rechter moeten partijen proberen een collectieve schikking tot stand te brengen binnen een door de rechter te bepalen termijn.

Als er geen schikking wordt bereikt, breekt de derde fase aan. De rechter beveelt op verzoek van (een van de) partijen een verschijning van partijen ter terechtzitting. Onder regie van de rechter wordt geprobeerd alsnog een collectieve vaststellings-overeenkomst tot stand te brengen. Als dat niet lukt, wordt besproken hoe men wél tot een schikking zou kunnen komen. Hierbij komt de mogelijkheid een mediator in te schakelen nadrukkelijk aan de orde. Ook kan worden besproken welke geschillen in de weg staan aan het bereiken van een collectieve schikking en de rechter kan een beslissing over deze geschillen geven als dat kan bijdragen aan de totstandkoming van zo'n schikking.

Een belangrijk kenmerk van de hele procedure is dat een volgende fase slechts wordt bereikt als de partij(en) die deze volgende fase verzoekt/verzoeken, in de vorige fase voldoende heeft/hebben gedaan om een schikking te bereiken. Als in de tweede fase dus onvoldoende is gedaan om een schikking tot stand te brengen, wordt de derde fase niet gestart. Ook dit is een manier om frivole claims en blackmail settlements tegen te gaan. Wij delen derhalve de angst van Van Duin en Lawant niet dat de voorgestelde procedure juist blackmail settlements in de hand werkt om zo een lange procedure te vermijden.¹⁰⁷ Immers, de belangenorganisatie kan niet dreigen de procedure helemaal tot het einde toe vol te houden, want als deze organisatie onvoldoende doet om een collectieve schikking te bereiken, stopt de procedure juist. Natuurlijk kan niet worden uitgesloten dat de wederpartij een schikking verkiest boven het überhaupt betrokken raken in een collectieve schadevergoedingsactie, zelfs al is de claim zwak, maar het vereiste overleg in elke fase beperkt dit risico aanmerkelijk.

Als partijen ook nu geen collectieve schikking bereiken, beveelt de rechter in de vierde stap op verzoek van (een van) de partijen de overlegging van een voorstel voor een collectieve schikking. De rechter kan partijen zo nodig naar een derde, zoals een mediator, verwijzen die mede aan de hand van die voorstellen met partijen alsnog probeert een schikking te bereiken. Ook hier geldt weer dat deze vierde stap pas wordt bereikt als partijen in stap 3 voldoende hebben gedaan om een schikking te bereiken.

106. Arons & Koster 2014, paragraaf 4.V.

107. J.M.L. van Duin & R.S.I. Lawant, 'Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?', *TCR* 2015, afl. 1, p. 10.

Als het in stap 4 wederom niet lukt om een schikking te bereiken, of als het de rechter in stap 4 niet zinvol lijkt om alsnog te proberen een schikking te bereiken, stelt de rechter in de vijfde fase zelf een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vast. Die regeling kan mede gebaseerd zijn op de overgelegde voorstellen uit fase 4. De rechter kan zich laten adviseren door een deskundige.

Deze vijfde stap is de stok achter de deur die een oplossing moet bieden voor het probleem dat een weigerachtige gedaagde in de huidige situatie niet kan worden gedwongen mee te werken aan een schikking terwijl een collectieve schadevergoedingsactie niet is toegestaan. De rechter kan in deze vijfde fase, alvorens een regeling vast te stellen, een oproep doen aan personen voor wie de regeling moet worden vastgesteld om zich ter griffie als deelnemer te melden. Het gaat hier derhalve om een opt-in. Bij onvoldoende ‘animo’ kan de rechter afzien van zo’n vaststelling. In zo’n situatie wordt de schadeveroorzaker dus nog steeds niet geconfronteerd met de door hem veroorzaakte schade. Vanwege rationele apathie, zeker in gevallen van strooischade, bestaat onzes inziens het gevaar dat er inderdaad weinig mensen zijn die zich ter griffie zullen melden, omdat de individuele schade daarvoor te klein is. Dit is dus een problematisch aspect in de voorgestelde regeling, waarvan weigerachtige schadeveroorzakers gebruik kunnen proberen te maken. In hoeverre dit in de praktijk echt een probleem zal zijn, hangt af van de individuele schade en van hoe stringent de rechter is bij het gebruikmaken van deze opt-in. In elk geval lijkt het mogelijke probleem van rationele apathie ons kleiner dan in de huidige situatie, waar een collectieve schadevergoedingsactie helemaal niet mogelijk is. Immers, de kosten van het voeren van een individuele procedure zijn veel hoger dan de kosten van een opt-in in een voorgestelde regeling van collectieve schadevergoeding.

Personen die zich inderdaad melden, zijn aan de vastgestelde regeling gebonden. Wat hierbij een probleem kan zijn, is dat op het moment van de opt-in nog niet geheel vaststaat hoe de regeling zal uitpakken. Bij de oproeping tot deelname wordt weliswaar melding gemaakt van de door partijen overgelegde voorstellen, maar de uiteindelijke regeling kan daarvan afwijken. Belanghebbenden staan dus voor een keuze. Als ze zich niet melden omdat ze niet gebonden willen zijn aan een resultaat dat nog niet bekend is, kan de rechter (in geval slechts weinigen zich wel melden) helemaal afzien van het vaststellen van een regeling voor collectieve schadeafwikkeling.¹⁰⁸ En als ze zich wel melden, kunnen ze gebonden zijn aan een resultaat dat tegenvalt en waarbij een individuele claim aantrekkelijker was geweest. Wij menen derhalve dat deze opt-inmogelijkheid voorafgaand aan het vaststellen van de regeling, vanuit economische optiek negatief moet worden beoordeeld.

Nadat de rechter een regeling voor collectieve schadeafwikkeling heeft vastgesteld, is deze (zodra de uitspraak onherroepelijk is geworden) verbindend voor alle partijen en voor personen die zich bij de hierboven genoemde opt-in ter griffie hebben gemeld. Andere personen ten behoeve van wie de regeling is vastgesteld, kunnen er een beroep op doen nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden en de termijn voor het doen van een WCAM-verzoek is verstreken, dan wel partijen hebben

108. Stapel en Thuijs laten dit risico onvermeld als ze schrijven dat ‘het nog maar de vraag [is] of gedupeerden zich “vrijwillig” vooraf aan de regeling zullen binden, omdat zij ook kunnen wachten tot het schadebedrag is vastgesteld’. Zie Stapel & Thuijs 2014, p. 189.

meegedeeld niet zo'n verzoek te doen. Het betreft hier dus een opt-in nadat het resultaat bekend is, via de aanvaarding van een derdenbeding. In de literatuur is de angst uitgesproken dat dit het bereiken van een schikking in de weg kan staan, omdat belanghebbenden simpelweg kunnen wachten totdat de uitkomst bekend is, alvorens te beslissen eraan gebonden te willen zijn. Dat zou het voor de schadeveroorzakers moeilijk maken de financiële consequenties van de schikking te overzien. Daarom pleiten sommige auteurs voor een opt-in eerder in de procedure.¹⁰⁹ Het moge inmiddels duidelijk zijn dat rechtseconomen het hier niet mee eens zijn, omdat opt-ins vanwege het gevaar van rationele apathie problematisch zijn. Een opt-out kent dit probleem niet en zou beter zijn, om de schadeveroorzaker zo in grotere mate te confronteren met de door hem veroorzaakte schade. Ook geeft een opt-out naar onze mening meer duidelijkheid aan de aangesprokene over de financiële consequenties, hetgeen blijktens diverse reacties in de consultatieronde als probleem van de voorgestelde opt-in wordt gezien.¹¹⁰

1.8.2.3 Een verbetering, maar ...

Wij menen dat het consultatiewetsvoorstel weliswaar een verbetering ten opzichte van de huidige situatie in Nederland inhoudt, maar dat er toch wel enkele punten van zorg bestaan. De verbetering bestaat eruit dat de rechter de bevoegdheid krijgt zelf een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vast te stellen, als partijen zelf geen schikking kunnen bereiken. Op deze manier wordt voorkomen dat een weigerachtige schadeveroorzaker een collectieve afwikkeling van de schade kan frustreren. In de huidige situatie vormen het verbod van art. 3:305a lid 3 BW en het benodigde *gezamenlijke* WCAM-verzoek, wel zo'n barrière.

Wij juichen eveneens toe dat in de voorgestelde regeling het primaat bij overleg blijft liggen. Vrijwillige transacties hebben de voorkeur boven gedwongen transacties, zodat het goed is dat het voorstel inzet op overleg. Wel vrezen wij dat het voorstel hier wat te ver in gaat. De procedure die in vijf stappen tot een rechterlijke vaststelling leidt, vereist dat partijen diverse malen, ook na eerdere mislukte pogingen, alsnog met elkaar in overleg treden.¹¹¹ Wij verwachten dat die herhaaldelijke pogingen in veel gevallen zullen falen, en dat de eis om nog een keer te overleggen de procedure alleen maar tijdrovender en kostbaarder maakt. Met name de vierde stap lijkt ons een kleine kans op succes te hebben, omdat er al veel voorafgaand overleg is geweest dat niet geslaagd is. Door partijen eerder in de procedure een voorstel te laten doen, zouden de derde en vierde fase wellicht samengevoegd kunnen worden, hetgeen tijd en geld kan besparen. Het vooruitzicht dat de rechter al sneller zelf met een regeling kan komen, kan partijen wellicht aanzetten tot coöperatiever gedrag.

De eisen die aan de representatieve organisatie worden gesteld, bestrijden het principaal-agentprobleem en het probleem van frivole claims. Wel moet worden

109. Van Duin & Lawant 2015, p. 14; Stapel & Thuijs 2014, p. 189. Arons & Koster 2014 zijn kritischer over de opt-in.

110. Arons en Koster noemen dit voordeel van een opt-out eveneens. Zie Arons & Koster 2014, paragraaf 4.II. Ook Bosters e.a. zien het gebrek aan finaliteit als een groot probleem in de voorgestelde regeling, die de schikkingsbereidheid negatief beïnvloedt. Zie Bosters e.a. 2015, p. 1590 e.v.

111. Van Duin en Lawant geven, onder verwijzing naar de reactie van de Raad voor de rechtspraak aan dat er tot 55 procedurele stappen gezet moeten worden alvorens de rechter zelf een regeling vaststelt. Zie Van Duin & Lawant 2015, p. 10.

voorkomen dat de eisen zó streng zijn dat er een monopolie op de ‘markt’ voor belangenbehartigers ontstaat, omdat dit weer eigen problemen kan veroorzaken. Vanuit economische optiek, waar de belangrijkste functie van een collectieve actie het internaliseren van externe effecten is, is de opt-inregeling problematisch. Dit geldt zowel voor de opt-in in fase vijf als voor de opt-in nadat de regeling onherroepelijk is vast komen te staan. Rationele apathie kan ervoor zorgen dat lang niet alle belanghebbenden een beroep op de regeling doen, zodat de schadeveroorzaker in onvoldoende mate met de veroorzaakte schade wordt geconfronteerd. Een opt-outregeling is dan beter, omdat empirisch onderzoek laat zien dat opt-outpercentages meestal zeer laag zijn. Het is vanuit economische optiek, enigszins chargerend gezegd, belangrijker dat de schadeveroorzaker betaalt dan dat de slachtoffers ontvangen. Dat een overeengekomen schadevergoeding uiteindelijk niet of niet geheel bij de belanghebbenden terecht komt omdat sommigen hun vergoeding niet komen opeisen, is vanuit dat perspectief dus ook minder bezwaarlijk dan de situatie waarin (wellicht diezelfde) belanghebbenden geen gebruik maken van de opt-in en de schadeveroorzaker daardoor ook niet met die schade wordt geconfronteerd. In beide gevallen (het niet gebruik maken van een opt-in en het niet komen opeisen van de schadevergoeding bij een opt-out) ontvangt de betreffende belanghebbende geen vergoeding, maar bij de opt-in betaalt de schadeveroorzaker (veel) minder schadevergoeding dan bij de opt-out. Het niet-geclaimde deel van de schadevergoeding bij de opt-outregeling zou zelfs kunnen worden gebruikt om bijvoorbeeld andere collectieve acties mee te financieren, zodat het toch ten goede kan komen aan ‘het publiek’.

Een laatste punt van zorg is dat de voorgestelde regeling, maar ook de huidige regelingen, een grote rol aan de rechter toedelen bij collectieve acties. De rechter moet beoordelen of de representatieve organisatie de betrokken belangen wel echt behartigt en niet vooral de eigen belangen nastreeft, de rechter moet blackmail settlements en frivole claims voorkomen, de rechter moet partijen helpen bij het proberen te bereiken van een schikking en de rechter moet eventueel uiteindelijk zelf een regeling voor collectieve afwikkeling vaststellen. Dit roept de vraag op of de samenleving misschien niet wat *te veel* van de rechter verlangt. Inzichten uit de rationele keuzetheorie en de gedragseconomie nopen hier tot voorzichtigheid. In paragraaf 1.9 gaan wij hier nader op in.

1.9 De rol van de rechter bij collectieve acties

1.9.1 Inleiding: (te?) hooggespannen verwachtingen?

In deze paragraaf bespreken wij vanuit economische optiek de vraag of er in procedures voor collectieve (schadevergoedings)acties niet te veel van de rechter wordt verlangd.¹¹² Ook in de juridische literatuur is deze vraag grezen. Zo schrijven Van Duin en Lawant:

112. Zie voor deze materie uitgebreid A.P.G.C.F. Biard, *Judges and Mass Litigation – A (Behavioural) Law & Economics Perspective* (diss. Rotterdam), 2014.

'De vraag rijst of de rechter wel voldoende is toegerust om zelfstandig onderzoek te doen naar de deskundigheid van een representatieve belangenorganisatie op een specifiek terrein, de betrouwbaarheid, governance-structuur en financiering (...).'¹¹³

In uiteenlopende vormen van collectieve actie heeft de rechter de taak ervoor te zorgen dat de mogelijke problemen van zulke procedures (zoals principaal-agent-problemen, blackmail settlements en frivole claims) niet ervoor zorgen dat de voordelen (betere toegang tot het recht, overwinnen van rationele apathie, betere internalisatie van externaliteiten) niet behaald kunnen worden. In de beginfase moeten rechters beoordelen of de claim toelaatbaar is, of deze inderdaad collectief kan worden afgehandeld, of de belangenorganisatie wel representatief is en ook aan de andere ontvankelijkheidseisen voldoet, of partijen voldoende hebben gedaan om in onderling overleg het geschil op te lossen, enz. Gaandeweg de procedure moeten rechters voor een ordelijk verloop zorg dragen, hetgeen bij het consultatiewetsvoorstel bijvoorbeeld mede inhoudt bij de comparitie helpen bij het proberen te bereiken van een schikking, al dan niet een mediator inschakelen, eventuele voorstellen voor een collectieve schikking beoordelen en uiteindelijk eventueel zelf een regeling vaststellen. Nadat er een schikking is bereikt of de rechter zelf een regeling heeft vastgesteld, kan dit resultaat op verschillende manieren ruimere toepasbaarheid krijgen. Hierbij moet de rechter beoordelen of het resultaat de belangen van de betrokken personen voldoende behartigt, moet worden beslist op welke manier belanghebbenden worden geïnformeerd over de relevante opt-in of opt-out. Zijn al deze verwachtingen wel realistisch? In paragraaf 1.9.2 bespreken wij inzichten uit de rationele keuzetheorie en in paragraaf 1.9.3 inzichten uit de gedragseconomie die suggereren dat deze vraag negatief moet worden beantwoord.

1.9.2 Inzichten uit de rationele keuzetheorie betreffende rechters in collectieve claims

Op het meest basale niveau leert de rationele keuzetheorie ons dat mensen bij hun keuzegedrag dat gedragsalternatief kiezen waarvan ze zelf denken dat het het beste voor ze is, gegeven hun verwachtingen en gegeven de informatie die ze hebben.¹¹⁴ Dit idee kan ook op rechters worden toegepast. Een rechter wordt dan niet gezien als actor zonder belangen die louter een geschil beslecht, maar als een actor die wel degelijk belangen heeft die meespelen in het proces.¹¹⁵ Dit is bij collectieve acties ook, en zelfs sterker, het geval.¹¹⁶

De rationele keuzetheorie beschrijft menselijk keuzegedrag alsof mensen proberen hun verwachte nut te maximaliseren. Ze worden verondersteld een nutsfunctie te hebben waarin verschillende elementen meewegen. In de rechtseconomische literatuur wordt ervan uitgegaan dat in de nutsfunctie van rechters vooral een aantal

113. Van Duin & Lawant 2015, p. 11.

114. A.M. Paccès & L.T. Visscher, 'Law and Economics – Methodology', in: B. van Klink & S. Taekema (red.), *Interdisciplinary Research into Law*, Berlin: Mohr Siebeck 2011, p. 85-107.

115. M. Selvin & M.A. Peterson, 'Mass Justice: The Limited and Unlimited Powers of Courts', *Law & Contemporary Problems* 1991, Vol. 54, p. 227-247.

116. F. McGovern, 'An Analysis of Mass Tort for Judges', *Texas Law Review* 1995, Vol. 73, p. 1821-1845.

niet-monetaire elementen belangrijk zijn (anders zouden ze immers wel voor een andere, beter betaalde carrière hebben gekozen).¹¹⁷ Veel genoemde elementen zijn prestige, reputatie, macht/involed en het beperken van de werkdruk (vooral in vergelijking met de advocatuur), maar ook de wens om 'het recht te dienen' of conflicten op te lossen zijn voorbeelden van zulke niet-financiële motieven. Natuurlijk kunnen financiële motieven ook een rol spelen, maar minder dan bijvoorbeeld bij advocaten of bedrijfsjuristen. Empirisch onderzoek bevestigt deze theoretische aannames.¹¹⁸

Een belangrijk verschil tussen individuele rechtszaken en collectieve acties, vanuit het perspectief van de nutsfunctie van rechters, is dat beslissingen in zo'n collectieve actie niet alleen gevolgen hebben voor de betrokken partijen, maar ook voor de rechter zelf. In individuele zaken brengen beslissingen geen kosten voor de rechter zelf met zich mee,¹¹⁹ maar bij collectieve acties kan dat helemaal anders zijn. Hoe nauw of ruim een groep wordt afgebakend, heeft invloed op de werkdruk die de collectieve actie met zich mee zal brengen. Oordelen of er al dan niet voldoende is gedaan om in onderling overleg de zaak op te lossen, bepaalt mede of de belangengroep ontvankelijk is, en dus of de collectieve actie doorgang vindt. In het consultatiewetsvoorstel moet de rechter bij elke fase eerst beoordelen of de partijen voldoende hebben geprobeerd een schikking te bereiken alvorens de procedure verder gaat. Dit oordeel van de rechter beïnvloedt dus zijn of haar eigen werklust. Datzelfde geldt voor de mate waarin de rechter de nadruk legt op individuele omstandigheden, of juist meer kijkt naar de aspecten die de groepsleden gemeenschappelijk hebben. Ook kunnen zulke beslissingen invloed hebben op de mate van administratief werk dat moet worden verricht. Tevens kan de wijze waarop de rechter zich gedraagt in een collectieve actie invloed hebben op de mate van 'public exposure'. Of publieke bekendheid als last of lust wordt ervaren, kan per rechter verschillen. De ene rechter ziet het wellicht als een vervelende, complexe, arbeidsintensieve procedure, terwijl de ander het ziet als een goede manier om prestige en bekendheid te verwerven, om invloed uit te kunnen oefenen en om een mooie carrière te maken.

In collectieve procedures wordt vaak niet exact voorgeschreven hoe de rechter zich dient te gedragen, maar wordt veeleer gebruikgemaakt van vager omschreven criteria. Hierdoor krijgt de rechter de ruimte om de besluitvorming aan te passen aan de omstandigheden van het geval. Het consultatiewetsvoorstel bevat ook zulke vagere criteria, zoals 'voldoende deskundigheid', 'voldoende omvang', 'onvoldoende hebben getracht', 'gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht', 'voldoende gewaarborgd' enz. Zulke normen verzwaren de werklust van de rechters, omdat zij

117. Zie bijvoorbeeld R.A. Posner, 'What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)', *Supreme Court Economic Review* 1993, Vol. 3, p. 1-41; R. Cooter, 'The Objectives of Private and Public Judges', *Public Choice* 1983, Vol. 41, p. 107-132.

118. Zie bijvoorbeeld M.A. Cohen, 'The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing', *International Review of Law & Economics* 1992, Vol. 12, p. 13-30; M. Beenstock & Y. Haitovski, 'Does the Appointment of Judges Increase the Output of the Judiciary', *International Review of Law & Economics* 2004, Vol. 24, p. 351-369; M.R. Schneider, 'Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal', *European Journal of Law & Economics* 2005, Vol. 20, p. 127-144; N. Garoupa & T. Ginsburg, 'Reputation, Information and the Organization of the Judiciary', *Journal of Comparative Law* 2010, Vol. 4, p. 226-254.

119. G. Kirchgässner, *Homo Oeconomicus: The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences*, New York: Springer 2008, p. 141.

steeds zelf moeten beoordelen of aan het gegeven criterium is voldaan. Ook stijgen de agency-kosten, omdat het bij vage normen moeilijker wordt om te beoordelen of de rechter (als agent van de samenleving) geen andere belangen dient dan hij geacht wordt te dienen.¹²⁰ De grotere discretionaire bevoegdheid kan meer ruimte bieden om eigen voorkeuren en eventuele biases mee tot uiting te brengen.¹²¹

Een rechter die een collectieve actie vooral ziet als een mogelijkheid om positieve elementen uit zijn nutsfunctie mee te realiseren – invloed, prestige, publieke bekendheid (als de rechter dat als voordeel ziet), carrièrestap, het dienen van het publieke belang – zal zich anders gedragen dan een rechter die vooral de negatieve aspecten wil beperken – werkdruk, publieke bekendheid (als de rechter dat als nadeel ziet), complexiteit. Biard noemt het eerste type een ‘rechter-goeroe’ en het tweede type een ‘rechter-volger’.¹²²

Een rechter-goeroe zal zeer actief zijn in het proces en hecht minder waarde aan het beperken van de werkdruk. Het gevaar bij zo’n actieve rechter is dat deze te veel een eigen stempel op het verloop van de procedure wil drukken, bijvoorbeeld door veel nadruk te leggen op het idee dat hij zelf heeft over wat een goede schikking zou inhouden.¹²³ Omdat de beslissingen van de rechter potentieel invloed hebben op veel belanghebbenden, is het van belang te voorkomen dat een actieve rechter een activistische rechter wordt.

Een rechter-volger laat het initiatief meer bij de partijen liggen en blijft zelf passiever, om zo de persoonlijke kosten (tijd, moeite) te reduceren. Factoren zoals reputatie en invloed spelen bij een rechter-volger een minder grote rol.¹²⁴ De rechter zal meer nadruk leggen op de algemene factoren dan op de complexe, technische details.¹²⁵ Ook zal de rechter meer meegaan met het door de partijen bereikte resultaat dan de rechter-goeroe, die dat resultaat juist wil beïnvloeden.¹²⁶ Het gevaar van een rechter-volger is dat hij onvoldoende doet om te controleren of de wijze waarop partijen de betrokken belangen presenteren wel kloppen, en of de belangen van derden voldoende gewaarborgd zijn. De persoonlijke voorkeuren van een rechter-volger kunnen er dus voor zorgen dat hij te weinig doet, juist in situaties

120. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers 2003 (6e druk), p. 557.

121. N. Gennaioli, ‘Judicial Fact Discretion’, in: A. Schleifer (red.), *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, Walras-Pareto Lectures, Cambridge, Massachusetts: MIT Press 2012, p. 23-52.

122. Biard 2014, p. 162, verwijzend naar F. McGovern, ‘An Analysis of Mass Tort for Judges’, *Texas Law Review* 1995, Vol. 73, p. 1821-1845.

123. Biard noemt hier het voorbeeld van de Amerikaanse rechter Weinstein tijdens de Agent Orange class action, die o.a. beslissingen nam die een meerderheid van de eisers helemaal niet wilde en die discutabele beslissingen nam die in beroep niet konden worden aangetast. Zie L.B. Novey, ‘Collective Judicial Management of Mass Toxic Tort Controversies: Lessons and Issues From the Agent Orange Litigation’, *Social Science & Medicine* 1988, Vol. 27, p. 1071-1084; P.H. Schuck, *Agent Orange on Trial – Mass Toxic Disasters in the Courts*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press Harvard University 1986; K. O’Neill, ‘Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in The Courts’, *Review of Law and Social Change* 1986-1987, Vol. 15, p. 415-428.

124. De Amerikaanse rechter Pratt, die eerst de Agent Orange class action leidde, kan als voorbeeld dienen. Hij werd een ‘absentee landlord’ genoemd. Zie Schuck 1986, p. 117.

125. J.R. Macey, ‘Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure’, *Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 23, p. 627.

126. Voor een empirische onderbouwing op het gebied van het beoordelen van de beloning van Amerikaanse class action advocaten, zie E. Helland & J. Klick, ‘The Effect of Judicial Expense on Attorney Fees in Class Actions’, *Journal of Legal Studies* 2007, Vol. 36, p. 171-187.

waarin hij veel zou moeten doen vanwege de inherente complexiteit en de grote aantallen betrokkenen.¹²⁷

De rationale keuzetheorie laat dus zien dat de houding van de rechter invloed kan hebben op de manier waarop hij een collectieve actie ziet en hoe hij zich hierin gedraagt. De rechter kan de rol die de wetgever hem geeft dus wel eens anders invullen dan beoogd. In bijvoorbeeld de WCAM moet de rechter een reeds bereikte schikking beoordelen. Er bestaat verschil van mening of dit slechts een marginale of juist een meer inhoudelijke toetsing moet zijn.¹²⁸ Het feit dat er ook derde partijen bij betrokken zijn, voor wie de bereikte schikking gaat gelden als ze geen gebruik maken van de opt-out, kan een actievere houding van de rechter rechtvaardigen. Deze zou dan bijvoorbeeld niet alleen afgaan op de door de partijen verstrekte informatie. Maar omdat de rechter een reeds bereikte schikking beoordeelt, is het voor hem veel minder belastend om vooral van die schikking uit te gaan, in plaats van eigen onderzoek te doen. In Amerikaanse class action settlements is deze passievere houding van rechters empirisch gedocumenteerd en aangezien de WCAM trekken van zulke schikkingen heeft, is het de vraag of de rechter zich wel zo zal gedragen als de wetgever veronderstelt.¹²⁹

1.9.3 Inzichten uit de psychologie en gedragseconomie betreffende rechters in collectieve claims

Er bestaat een uitgebreide literatuur die aangeeft dat rechters (los van de massaschade-context) net als andere mensen ontvankelijk zijn voor een aantal biases, die juist bij rechterlijke besluitvorming problematisch kunnen zijn.¹³⁰ Zo zorgt de *hindsight bias* ervoor dat mensen de waarschijnlijkheid van het intreden van een bepaalde gebeurtenis overschatten als intussen bekend is dat die gebeurtenis daadwerkelijk is ingetreden. Een rechter die moet beoordelen of een gedaagde in het verleden voldoende maatregelen heeft genomen om het intreden van een bepaald risico te proberen te voorkomen, weet ten tijde van zijn oordeel dat het risico zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Hierdoor kan hij de kans op het intreden van dit risico – achteraf – te hoog inschatten en daardoor het gedrag van de gedaagde ten tijde van het treffen van bepaalde voorzorgsmaatregelen (voordat de schade intrad) als onzorgvuldig beschouwen. Dit terwijl de kansinschatting toentertijd misschien correct was en de gedaagde niet meer had hoeven doen ter voor-

127. R.L. Marcus, 'They Can't Do That, Can They? Tort Reform Via Rule 23', *Cornell Law Review* 1995, Vol. 80, p. 901.

128. Zie bijvoorbeeld W.J.J. Los, 'Toepassing Van De WCAM – Bespiegelingen over de rol en taak van de rechter', in: W.J.J. Los (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, n°28), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 25-29; C.J.M. Klaassen, 'De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade 'en nog wat van die dingen'', *AA* 2013/627, p. 633-634.

129. S. Koniak & G. Cohen, 'Under Cloak Settlement', *Virginia Law Review* 1996, Vol. 82, p. 1051-1280; A. Garapon & I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France – Culture Juridique Française et Common Law*, Paris: Odile Jacob 2003, p. 248; Helland & Klick 2007, p. 171-187; I.N. Tzankova & H. Van Lith, 'Class Actions and Class Settlements Going Global: The Netherlands', in: D. Fairgrieve & E. Lein (red.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 67-91.

130. Zie bijvoorbeeld C. Guthrie, J. Rachlinski & A. Wistrich, 'Inside the Judicial Mind', *Cornell Law Review* 2001, Vol. 86; C. Guthrie, J. Rachlinski & A. Wistrich, 'Blinking On the Bench: How Judges Decide Cases', *Cornell Law Review* 2007, Vol. 93, p. 1-43; J. Rachlinski, 'A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight', *University of Chicago Law Review* 1998, Vol. 65, p. 571-625.

koming van de schade. Ook *anchoring* kan een probleem vormen. Mensen blijken in hun besluitvorming ook externe informatie mee te wegen, zelfs als deze totaal irrelevant is. Zo kan de hoogte van een wettelijk maximum aan schadevergoeding invloed hebben op de schadevergoeding die uiteindelijk wordt toegewezen, zelfs als de schade en de vergoeding zich ver onder dat maximum bevinden. Een derde bias die losstaat van de context van massaschade, is *framing*. De manier waarop mensen informatie verwerken, is mede afhankelijk van hoe die informatie wordt verwoord. Een schikkingsvoorstel kan bijvoorbeeld worden voorgesteld als winst ten opzichte van een mogelijk slechtere uitkomst van verder procederen, maar ook als verlies ten opzichte van een mogelijk betere uitkomst. Dit kan invloed hebben op hoe de rechter een gepresenteerd schikkingsvoorstel beoordeelt. Vanzelfsprekend kan de rechter zelf ook 'gebruikmaken' van framing bij de wijze waarop hij partijen ondersteunt bij het bereiken van een schikking, bijvoorbeeld ter comparitie, door het schikkingsvoorstel te presenteren als winst ten opzichte van de onzekere uitkomst van verder procederen.

In beginsel zou de omvang van een claim en het aantal betrokken partijen geen invloed moeten hebben op rechterlijke besluitvorming. In een interview in 2012 werd de vraag gesteld aan de president van het Duitse Constitutionele Hof of een claim van 37 000 mensen zwaarder weegt dan een claim van een enkel individu. Hij antwoordde dat rechters niet tellen, maar zichzelf de vraag stellen of de claim al dan niet gegrond is.¹³¹ Los van het in paragraaf 1.9.2 besproken inzicht dat rechters eigen voorkeuren kunnen hebben die de manier waarop ze zich in een massaclaim gedragen kunnen beïnvloeden, zijn er ook diverse inzichten uit de psychologie en gedragseconomie die suggereren dat de omvang van een massaclaim wel degelijk invloed kan hebben.

Een eerste inzicht hangt nauw samen met het hierboven beschreven verschil tussen rechter-goeroes en rechter-volgers. Voor een rechter-goeroe, die publieke bekendheid en het hebben van invloed als positieve aspecten ziet, kan de 'egocentric bias' een valkuil vormen. Door deze bias hebben mensen de neiging zichzelf als bovengemiddeld te zien en denken ze dat zij niet zo snel de fouten zullen maken die anderen wel maken. Rachlinski, Guthrie en Wistrich hebben in empirisch onderzoek gevonden dat rechters inderdaad door deze bias beïnvloed kunnen worden.¹³² Weinstein schreef over dit onderwerp:

'One danger that every judge must guard against is ego [since] the sense of power and prestige in supervising mass tort or public interest cases are heavy.'¹³³

Voorts blijken bij besluitvorming de eigenschappen van zowel de beslisser, zijn taken als van de context invloed te hebben.¹³⁴ De massa-context is dus wel degelijk relevant, omdat de taken van de rechter bij massaprocedures niet precies hetzelfde

131. 'L'Europe à l'épreuve des tribunaux', *Le Monde* 1 oktober 2012 (interview met A. Vosskuhle).

132. Guthrie, Rachlinski & Wistrich 2001 en 2007.

133. J. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation – The Effect of Class Actions, Consolidation and Other Multiparty Devices*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press 1995, p. 93.

134. E. Fantino & S. Stolarz-Fantino, 'Decision-Making: Context Matters', *Behavioural Processes* 2005, Vol. 69, p. 165-171.

zijn als bij individuele procedures, en omdat er veel partijen bij het geschil betrokken zijn. Zaken die massale schade met veel gelaedeerden betreffen, kunnen emotioneel geladen zijn, zeker als het letselschade betreft. De emoties van de rechter zijn hierbij dus ook direct relevant.¹³⁵ Voorts blijken mensen individuen op een andere manier te bezien dan groepen en kunnen ze andere beslissingen nemen als het een groep betreft dan wanneer het om een individu gaat.¹³⁶ Twee voorbeelden hiervan:

- *Identifiable victim effect*. Bij massaschade zijn vaak veel gedupeerden betrokken en de totale schade kan zeer groot zijn. Rechters worden geacht bij hun beslissingen ervoor te zorgen dat de belangen van niet bij de procedure betrokken gedupeerden voldoende gewaarborgd zijn. Deze gedupeerden hebben echter 'geen gezicht' voor de rechter en kunnen dus alleen op een niet-persoonlijke manier worden beschouwd. Ook de gedupeerden namens wie een belangenorganisatie optreedt, staan niet zelf voor de rechter. Uit gedragswetenschappelijk onderzoek blijkt dat besluitvorming beïnvloed wordt door de omstandigheid of er een identificeerbaar slachtoffer betrokken is, of dat het om anonieme betrokkenen gaat.¹³⁷ Mensen blijken meer zorg te besteden aan en moeite te doen voor concreet aanwijsbare personen dan voor een ongeïdentificeerd slachtoffer.¹³⁸ De individuele schade binnen de grote groep wordt als het ware een routinezaak. Schade die een grotere groep mensen betreft wordt, per gedupeerde, als minder ingrijpend gezien dan schade die een kleinere groep personen betreft. Hierdoor kan de schadevergoeding per persoon dus lager uitvallen als de groep groter is, ook al is de schade per persoon gelijk.¹³⁹
- *Outlier effect*. Als er in een complexe zaak een grote groep gedupeerden is, wordt het moeilijker om onderscheid te maken tussen de gedupeerden.¹⁴⁰ Hierdoor kan het gebeuren dat de hele groep op een vergelijkbare manier wordt gezien als de individuele gevallen die 'eruit springen'. Dat zijn immers de gevallen die de aandacht trekken. Zo kan het gebeuren dat zwakkere zaken als het

135. T.A. Maroney, 'The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion', *California Law Review* 2011, Vol. 99, p. 629-682; T.A. Maroney, 'Emotional Regulation and Judicial Behaviour', *California Law Review* 2011, Vol. 99, p. 1485-1555; B.H. Bornstein & R.L. Wiener, 'Emotion and the Law: A Field whose Time Has to Come', in: *Emotion and the Law*, Nebraska Symposium on Motivation 2010, Springer: New York; Weinstein 1995, p. 41.
136. D.L. Hamilton & S.J. Sherman, 'Perceiving Persons & Groups', *Psychological Review* 1996, Vol. 103, p. 336-355; J. Susskind e.a., 'Perceiving Individuals and Groups: Expectancies, Dispositional Inferences, and Causal Attributions', *Journal of Personality and Social Psychology* 1999, Vol. 76, p. 181-191; A. Tversky & R.A. Redelmeier, 'Discrepancy Between Medical Decisions For Individuals Patients and For Groups', *The New England Journal of Medicine* 1990, Vol. 322, p. 1162-1165; anders: M.L. Dekay e.a., 'Further Explorations of Medical Decisions for Individuals and For Groups', *Medical Decision-Making* 2000, Vol. 20, p. 39-44.
137. S. Sah & G. Loewenstein, 'More Affected = More Neglected: Amplification Bias in Advice to the Unidentified and Many', *Social Psychological and Personality Science* 2012, Vol. 3, p. 365-372; A.D. Lahav, 'The Law and Large Numbers: Preserving Adjudication in Complex Litigation', *Florida Law Review* 2007, Vol. 59, p. 384; T.C. Schelling, 'The Life You Save May Be Your Own', in: S.B. Chase (red.), *Problems in Public Expenditure Analysis*, Washington D.C.: Brooking Institution 1968, p. 127-176.
138. D.A. Small & G. Loewenstein, 'Helping a Victim or Helping the Victim: Altruism and Identifiability', *Journal of Risk and Uncertainty* 2003, Vol. 26, p. 5-16; T. Kogut & I. Ritov, 'The Identified Victim Effect: An Identified Group or Just a Single Individual?', *Journal of Behavioural Decision-Making* 2005, Vol. 18, p. 157-167.
139. L.F. Nordgren & M.-H. McDonnell, 'The Scope-Severity Paradox: Why Doing More Harm is Judged to Be Less Harmful', *Social Psychological and Personality Science* 2011, Vol. 2, p. 97-102.
140. I.A. Horowitz, I. Brolley & L. Forster Lee, 'Effects of Trial Complexity on Decision-Making', *Journal of Applied Psychology* 1996, Vol. 81, p. 757-768.

ware meeliften op de sterkere gevallen, als die zwaardere gevallen meer opvallen. Als de zwakkere zaken juist meer opvallen, kunnen de sterkere zaken daar juist de dupe van worden. De ‘outlier’, die de aandacht trekt, heeft dus invloed op hoe de andere zaken gezien worden.¹⁴¹

Er is echter ook onderzoek dat juist het tegenovergestelde suggereert: door het contrast tussen sterke en zwakke zaken, lijken sterke zaken sterker dan ze zijn en lijken zwakke zaken zwakker dan ze zijn.¹⁴² Hierdoor kunnen bij massaschade sommige groepen gedupeerden meer of minder schadevergoeding krijgen dan ze zouden hebben gekregen in een individuele claim.

Er is dus in het onderzoek geen eenduidige mening over hoe outliers de andere zaken beïnvloeden: worden uiteenlopende zaken als gelijker gezien dan ze eigenlijk zijn, of worden ze vanwege het contrast-effect juist als ongelijker gezien? Het gaat ons er hier niet om die vraag te beantwoorden. Waar het wel om gaat, is dat de massa-context invloed kan hebben op de rechterlijke besluitvorming betreffende bijvoorbeeld aansprakelijkheid, schadevergoeding enz.

1.9.4 Mogelijke oplossingen?

Na bovenstaande bespreking van redenen waarom het nog maar de vraag is of rechters de rol wel kunnen vervullen die hen wordt toebedeeld, gaan wij hieronder kort in op mogelijke oplossingsrichtingen voor de geschetste problemen.

1.9.4.1 Meervoudige kamers

Maakt het voor de hierboven besproken problemen uit of rechters alleen zitten of in panels? Kan de omstandigheid dat rechters in panels hun mening bediscussieren met andere rechters en dat ze tot overeenstemming moeten komen, deze problemen mitigeren? De rechter-goeroe zou wellicht meer tot overleg worden gedwongen en de rechter-volger kan tot een actievere houding worden aangezet. Ook zouden biases minder relevant kunnen worden omdat de betreffende rechters hun standpunten moeten toelichten en met tegengestelde meningen geconfronteerd kunnen worden. Bartels geeft aan dat het feit dat iemand zijn beslissing moet rechtvaardigen tegenover anderen vaak tot zorgvuldiger besluitvorming leidt waarbij de relevante informatie meer wordt meegenomen en men minder afgaat op vooroordelen.¹⁴³ Uit experimenten blijkt dat groepen vaak rationelere beslissingen nemen dan individuen, dat ze beter zijn bij het oplossen van complexe problemen en dat ze minder

141. I.A. Horowitz & K.S. Bordens, ‘The Effects of Outlier Presence, Plaintiff Population Size, & Aggregation of Plaintiffs on Simulated Civil Jury Decisions’, *Law & Human Behaviour* 1988, Vol. 12, p. 209-229. Dit betrof een onderzoek onder juryleden, maar omdat onderzoek systematisch laat zien dat rechters onder invloed van biases en heuristics dezelfde fouten maken als andere mensen, is dit toch een relevante uitkomst.

142. J. Rachlinski, C. Guthrie & A. Wistrich, *Context Effects in Judicial Decision Making*, paper gepresenteerd op de jaarvergadering van de American Psychology-Law Society, 2010.

143. B.L. Bartels, ‘Top-Down and Bottom-Up Models of Judicial Reasoning’, in: D. Klein & G. Mitchell (red.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 45.

ten prooi vallen aan biases.¹⁴⁴ Ook blijken rechters die in een panel zitten beter in staat impopulaire beslissingen te nemen.¹⁴⁵

Ander onderzoek suggereert echter dat het niet mogelijk is om *in abstracto* aan te geven of individuen dan wel groepen betere beslissingen nemen.¹⁴⁶ Door het geheim van de raadkamer is het juist mogelijk dat rechters meeliften op de inspanningen van hun collega's. Ze kunnen meegaan in de mening van de oudste en/of belangrijkste rechter en dus niet per se hun eigen mening volgen. Empirisch onderzoek suggereert bijvoorbeeld dat rechters die een panel voorzitten, vaker in de richting van hun voorkeur stemmen dan wanneer ze gewoon lid van het panel zijn.¹⁴⁷ Het zitten in panels lost dus niet alle problemen op.¹⁴⁸

1.9.4.2 *Debiasing*

Hierboven werd duidelijk dat verschillende biases een rol spelen bij collectieve acties. Met name het outlier-effect en het identifiable-victim-effect zijn hierbij relevant. Het is interessant om te onderzoeken of het mogelijk is rechters te 'debiasen', zodat ze niet, of in elk geval minder aan deze fouten ten prooi vallen. Het outlier-effect kan worden verminderd als aandacht wordt besteed aan de omstandigheid dat een bepaalde benadeelde meer of juist minder schade kan hebben geleden dan anderen. Als expliciet wordt gemaakt, bijvoorbeeld in het kader van damage scheduling, welk percentage van de totale groep in elke schaderubriek valt, wordt eveneens duidelijk in hoeverre de hoge of juist lage schades representatief zijn voor de hele groep. Zo wordt de samenstelling van de gehele groep in de besluitvorming betrokken, in plaats van dat wordt geconcentreerd op niet-representatieve schades.

Voor wat betreft het identifiable-victim-effect is onder andere van belang dat de rechter beseft dat er ook benadeelden zijn die niet in de procedure zijn betrokken en dat hun belangen niet over het hoofd mogen worden gezien als gevolg van een focus op de benadeelden die wél aanwezig zijn. In een experiment zijn beslissingen van twee groepen leken met elkaar vergeleken. De ene groep werd gewezen op het bestaan van het identifiable-victim-effect en de andere groep niet. De geïnformeerde beslissers bleken minder schadevergoeding toe te kennen aan de aanwezige benadeelden.

144. G. Bornstein & I. Yaniv, 'Individual and Group Behaviour in the Ultimatum Game: Are Groups More 'Rational' Players?', *Experimental Economics* 1998, Vol. 1, p. 101-108; P.R. Laughlin & H.R. Carey, 'Groups Perform Better Than The Best Individuals on Letters-to-Numbers Problems: Effects of Induced Strategies', *Group Processes & Intergroup Relations*, 2012, Vol. 15, p. 231-242; P.R. Laughlin, E.C. Hatch, J.S. Silver & L. Boh, 'Groups Perform Better than the Best Individuals on Letters-to-Numbers Problems: Effects of Group Size', *Journal of Personality and Social Psychology* 2006, Vol. 90(4), p. 644-651; G. Charness & M. Sutter, 'Groups Make Better Self-Interested Decisions', *Journal of Economic Perspectives* 2012, Vol. 26(3), p. 157-176.
145. A. Taha, 'How Panels Affect Judges: Evidence From United States District Courts', *University of Richmond Law Review* 2005, Vol. 39, p. 1235-1278.
146. N.L. Kerr, G.P. Kramer & R.J. McCoun, 'Bias in Judgment: Comparing Individuals and Groups', *Psychological Review* 1996, Vol. 103(4), p. 715; F.S. ten Velden & C.K.W. de Dreu, 'Groups As Motivated Information Processors', in: R.W.M. Giard (red.), *Judicial Decision Making in Civil Law – Determinants, Dynamics and Delusions*, Den Haag: Eleven International Publishing 2012.
147. T. Eisenberg, T. Fisher & I. Rosen-Zvi, 'Group Decision Making on Appellate Panels: Presiding Justice and Opinion Justice Influence in the Israel Supreme Court', *Psychology, Public Policy and Law* 2013, Vol. 19(3), p. 282-296.
148. Zie hierover ook F.S. ten Velden & T.R.W. de Wilde, 'Rechterlijke groepsbesluitvorming', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (2e druk), p. 1087-1122.

deelden dan de niet-geïnformeerde beslissers, maar er werd niet meer schadevergoeding toegekend aan de afwezige, statistische benadeelden. In de woorden van de onderzoekers: ‘people discount sympathy towards identifiable victims but fail to generate sympathy toward statistical victims’.¹⁴⁹ Het is dus zeer de vraag of het louter informeren over het identifiable-victim-effect het probleem oplost, of dat bijvoorbeeld procedurele vereisten de rechter moeten dwingen zich rekenschap te geven van de afwezige, statistische benadeelden.

1.9.4.3 Gespecialiseerde rechters

Het consultatiewetsvoorstel scheidt een gespecialiseerde instantie voor de collectieve schadevergoedingsacties, waarbij de keuze tussen Rechtbank Den Haag en Rechtbank Midden-Nederland nog gemaakt moet worden. Het voordeel van een gespecialiseerde rechter is dat deze een repeat player wordt die expertise kan ontwikkelen waardoor hij efficiënter en beter complexe massaschadezaken kan verwerken. Zo’n gespecialiseerde rechtbank kan ook de zichtbaarheid en het prestige van de betrokken rechters vergroten, hetgeen relevante factoren in de nutsfunctie van rechters zijn, vooral bij rechter-goeroes. Of het ook de besproken biases verkleint, is nog maar de vraag. Onderzoek suggereert namelijk dat gespecialiseerde rechters dezelfde soorten fouten maken als generalisten.¹⁵⁰

1.9.4.4 Conclusie

De hierboven kort besproken mogelijke oplossingen voor de fouten die rechters (net als anderen) maken bij complexe besluitvorming, maken duidelijk dat de problemen er naar alle waarschijnlijkheid niet of niet volledig door worden opgelost. Onzes inziens is het dus zeer de vraag of rechters de rol kunnen spelen die ze in procedures voor collectieve afwikkeling van massaschade krijgen toebedeeld. Het is te eenvoudig om bij de gesignaleerde knelpunten in massaschadeprocedures steeds rechterlijk toezicht als oplossing te zien. Naar onze mening wordt er in de voorgestelde procedure in het consultatiewetsvoorstel ook veel, waarschijnlijk te veel, van de rechter verwacht. Uiteindelijk is het natuurlijk een empirische vraag of de problemen zich inderdaad zullen voordoen, maar het lijkt ons verstandig om procedurele waarborgen in te bouwen die de genoemde biases verminderen of tegengaan en er niet te veel op te vertrouwen dat de rechter het allemaal wel zal oplossen.

1.10 Slot

In deze bijdrage stond de rechtseconomische visie op collectieve acties centraal. Uitgangspunt waren twee casus die beide gemeen hadden dat de maatschappelijke schade groot kan zijn, maar dat het risico bestaat dat er desondanks geen vordering wordt ingesteld vanwege zogenaamde rationele apathie. Dat verwijst naar de neiging

-
149. D.A. Small, G. Loewenstein & P. Slovic, ‘Sympathy and Callousness: The Impact of Deliberative Thought on Donations to Identifiable and Statistical Victims’, *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, 2007, Vol. 102, p. 143-153.
150. C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A. Wistrich, ‘Inside the Bankruptcy Judge’s Mind’, *Boston University Law Review* 2006, Vol. 86, p. 1226-1265.

van het slachtoffer om bij een zeer geringe schade geen vordering te brengen, temeer daar derden als vrijbuiters mee zouden kunnen profiteren van de investeringen (in tijd, geld en moeite) van dat slachtoffer. Het gevolg zal zijn dat ook in gevallen van grote maatschappelijke schade geen vordering wordt ingesteld en dat dus een marktfalen optreedt. Immers, de veroorzaker wordt niet langer blootgesteld aan de maatschappelijke kosten van zijn actie.

Dit is precies de belangrijkste functie van collectieve actie: het voordeel daarvan is dat via een dergelijke groepsvordering tegen relatief lage kosten per individu schadeveroorzakers toch kunnen worden blootgesteld aan de maatschappelijke kosten van hun handelen, zodat de externaliteit wordt geïnternaliseerd. Echter, we gaven aan dat vanuit rechtseconomisch perspectief ondanks de vele voordelen van collectieve actie er ook potentiële nadelen bestaan. Deze hangen vooral samen met de vraag wie namens de groep de vordering zal uitbrengen. Precies omdat de groep als zogenaamde principaal niet altijd de mogelijkheid heeft om de vertegenwoordiger (de zogenaamde agent) te controleren bestaat het gevaar dat de agent (zoals een belangenbehartiger) niet altijd in het belang van de groep zal optreden. Dat rechtvaardigt eens te meer een controle op die belangenbehartigers, meer bepaald door de rechter. Echter, we gaven tevens aan dat vaak te hooggespannen verwachtingen bestaan ten aanzien van die rechterlijke controle. Immers, ook die rechter heeft, precies doordat hij met een grote groep slachtoffers wordt geconfronteerd, vaak slechts beperkte mogelijkheden om het gedrag van een belangenbehartiger, bijvoorbeeld in het kader van het tot stand komen van een schikking, op adequate wijze te controleren.

We gaven ook aan dat het vanuit rechtseconomisch perspectief van belang is om op juiste wijze de groepsvordering vorm te geven. Dat houdt niet alleen verband met de zojuist vermelde rol van de belangenbehartiger en de wijze waarop die belangenbehartiger wordt gefinancierd, maar ook met de vraag of alle slachtoffers in beginsel geacht worden aan de groepsvordering mee te doen tenzij ze daarover zelf een andere mening ventileren (een zogenaamd opt-outmodel) of dat slachtoffers zelf actie moeten ondernemen om aan de groepsvordering mee te doen (opt-in). Juist omdat de groepsvordering wordt gepropageerd vanwege de rationele apathie wordt vanuit rechtseconomisch perspectief een sterke voorkeur gegeven aan het opt-outmodel. Bij opt-in bestaat immers het risico dat slechts een gering aantal slachtoffers zou meedoen, met als potentieel nadeel dat schadeveroorzakers nog steeds niet worden blootgesteld aan de maatschappelijke kosten van hun handelen. Nadat deze en andere aspecten van de vormgeving van de groepsvordering in het eerste deel werden besproken, werd in het tweede deel ingegaan op de Nederlandse regelingen. Aandacht werd besteed aan de collectieve actie ex art. 3:305a BW. Principieel wordt het feit dat deze bepaling de collectieve actie mogelijk maakt als positief beoordeeld. Ook het feit dat er primaat ligt bij overleg is zeker aantrekkelijk omdat daardoor vrijwillige transacties worden gestimuleerd. Problematisch is wel het feit dat er in deze bepaling ook een verbod is opgenomen op een collectieve schadevergoedingsactie. Basisprobleem daarmee is dat de potentiële schadeveroorzaker nog steeds niet geheel zal zijn blootgesteld aan de maatschappelijke schade die zijn handelen teweegbrengt, vooral wanneer die schade over veel benadeelden is gespreid. Het verbod van een collectieve schadevergoedingsactie heeft dus als groot nadeel dat er geen stok achter de deur staat om een afschrikking/dreiging te bieden wanneer schikkingsonderhandelingen zouden mislopen.

Vervolgens bespraken wij de WCAM vanuit rechtseconomisch perspectief. Het feit dat deze wel de mogelijkheid biedt van een collectieve afwikkeling van massaschade valt toe te juichen. Het is echter problematisch dat de WCAM een gezamenlijk verzoek van een representatieve organisatie en een schadeveroorzaker vereist. De WCAM biedt dus niet de mogelijkheid om een weigerachtige schadeveroorzaker te dwingen mee te werken aan een collectieve afhandeling van massaschade. Het wetsvoorstel *Afwikkeling massaschade in een collectieve actie* heeft precies tot doel om daaraan tegemoet te komen. Echter, de wijze waarop dit wetsvoorstel uitvoering geeft aan de regeling voor collectieve schadeafwikkeling lijkt buitengewoon complex. Weliswaar kan de rechter nu tot collectieve afwikkeling overgaan wanneer een schadeveroorzaker dit weigert, maar de procedure die in vijf afzonderlijke stappen voorziet, vereist dat partijen ook na eerdere mislukte pogingen tot overleg, nog altijd verder zouden onderhandelen. Ook problematisch in het consultatiewetsvoorstel is dat er, anders dan vanuit economisch perspectief wordt voorgesteld, met een opt-inregeling wordt gewerkt. Zoals aangegeven bestaat bij strooischade een groot probleem van rationele apathie waardoor te vrezende partijen vaak de facto geen vordering zullen instellen. Ten slotte is het ook problematisch dat het consultatiewetsvoorstel, evenals de overige regelingen, een belangrijke rol toedicht aan de rechter. Uit psychologisch onderzoek blijkt dat rechters, net zoals anderen, ontvankelijk kunnen zijn voor een aantal biases die de rechterlijke besluitvorming op problematische wijze kunnen beïnvloeden. Op dat vlak heeft de ontwerper van het consultatiewetsvoorstel vermoedelijk te hooggespannen verwachtingen ten aanzien van de mogelijkheden die de rechter de facto heeft om een belangrijke rol te spelen bij de kwaliteitsborging in geval van schadeafwikkeling bij massaschadeclaims. Nederland lijkt met de recente ontwikkelingen een belangrijke stap in de goede richting te zetten, meer bepaald door nu ook schadeafwikkeling via collectieve acties mogelijk te maken, maar juist wat de specifieke institutionele vormgeving betreft kan vanuit de rechtseconomische literatuur nog veel worden geleerd teneinde de effectiviteit van deze schadeafwikkeling te verbeteren.