

# Individuele of collectieve schadevaststelling, een rechtseconomische benadering

Prof. mr. dr. L.T. Visscher, datum 15-03-2022

**Datum**

15-03-2022

**Auteur**

Prof. mr. dr. L.T. Visscher<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS638422:1

**Vakgebied(en)**

Verbintenissenrecht (V)

In het debat over individuele versus collectieve schadeafwikkeling staat vaak het perspectief centraal van een gelaedeerde die bij collectieve schadevaststelling met deels ongecompenseerde schade blijft zitten, hetgeen hij als inbreuk op zijn autonomie zal ervaren. Er zijn echter ook andere benaderingen mogelijk. In deze bijdrage komen achtereenvolgens aan de orde (1) het perspectief van potentiële gelaedeerden (die dus nog niet weten óf ze schade zullen gaan lijden, en zo ja, hoeveel), (2) het perspectief van potentiële laedentes, (3) overwegingen van risicohouding en (4) overwegingen van systeemkosten. De bijdrage laat zien dat veel argumenten in de richting van collectieve schadevaststelling wijzen.

## 1. Inleiding

De vraag of schade individueel of collectief afgewikkeld moet worden, is snel gesteld maar niet zo eenvoudig beantwoord. Veel factoren spelen een rol die niet allemaal in dezelfde richting wijzen. Dit is niet alleen vanuit juridisch, maar ook vanuit rechtseconomisch perspectief het geval.

Alleen al de vraag of de schadevergoeding (zo veel mogelijk) moet worden gebaseerd op de omstandigheden van het individuele geval of dat er bijvoorbeeld ook met gemiddeldes mag worden gewerkt, blijkt veel facetten te hebben. Een eerste factor hierbij is de vraag welk perspectief wordt gehanteerd: *ex ante* (dus voordat de schade is ontstaan of zelfs maar duidelijk is óf er schade zal ontstaan, laat staan dat de omvang van die schade bekend is) of *ex post* (als duidelijk is dat er inderdaad schade is ontstaan, en er ook meer duidelijkheid is over hoe groot deze is). Ten tweede kan er een spanning bestaan tussen de wens om gedragsprikkelers aan de betrokken partijen te geven enerzijds ('preventie'), en de wens om de schade van de gelaedeerde te vergoeden anderzijds ('compensatie'). Ten derde kan de mate van individualisering invloed hebben op de (financiële) risico's die potentiële gelaedeerden en laedentes lopen, zodat hun risicohouding ook relevant is. Ten slotte beïnvloedt de mate van individualisering en collectivisering de kosten van het juridische systeem.

Los van deze vier aspecten is voor de *afwikkeling* van schade natuurlijk ook relevant of dit in individuele procedures gebeurt of via een collectieve schadevergoedingsactie. In deze bijdrage laat ik dit aspect echter buiten beschouwing en richt ik mij louter op individuele versus collectieve *vaststelling* van schade.<sup>[2]</sup>

In de rechtspraak is het *ex post* perspectief dominant, omdat de vraag naar schadevergoeding pas aan de orde komt als er reeds schade is geleden. Deze natuurlijke nadruk op het *ex post* perspectief kan ervoor zorgen dat het *ex ante* perspectief buiten beeld blijft. Juist dat *ex ante* perspectief biedt belangrijke inzichten bij de keuze tussen individuele en collectieve schadevaststelling. In deze bijdrage staat het *ex ante* perspectief daarom centraal. Het gaat hier in wezen om de vraag welke methode de voorkeur heeft van *potentiële* gelaedeerden en *potentiële* laedentes, en om de vraag welke methode het beste past bij de maatschappelijke functie(s) die men het aansprakelijkheidsrecht wil laten vervullen.

In mijn bijdrage bespreek ik de vier hierboven genoemde aspecten in meer detail. Zij hangen sterk met elkaar samen, zodat enige overlap tussen de paragrafen onvermijdelijk is. In paragraaf 2 bespreek ik de vraag hoe collectiviseren zich verhoudt tot de autonomie van potentiële gelaedeerden. Er kan worden betoogd dat zij vanuit een *ex ante* perspectief, voordat ze weten of zij later een sterke of een zwakke claim zullen hebben, voor wat betreft veel aspecten een voorkeur hebben voor collectieve boven individuele vaststelling.<sup>[3]</sup> Vanuit een *ex post* perspectief hangt de voorkeur van gelaedeerden er echter van af of ze een sterke of een zwakke claim blijken te hebben. In paragraaf 3 verschuift de aandacht van potentiële gelaedeerden naar potentiële laedentes en van compensatie naar preventie. Hier is vooral de vraag relevant of meer accuratesse in de schadevaststelling *ex post* wel tot betere gedragsprikkelers *ex ante* leidt. In paragraaf 4 en 5 ga ik nader in op risicohouding en systeemkosten. Deze factoren zijn in paragraaf 2 en 3 al aangestipt, maar worden nu wat uitgebreider

besproken. In paragraaf 6 kom ik tot mijn conclusies. Hier zal blijken dat veel argumenten in de richting van collectieve schadevaststelling wijzen.

## 2 Het ex ante perspectief van de potentiële gelaedeerde: hoe verhoudt collectiviseren zich tot individuele autonomie?

Een veelgehoord bezwaar tegen collectieve vaststelling van schade is dat deze zich slecht verhoudt tot individuele autonomie, omdat de schadevergoeding voor sommige gelaedeerden lager kan uitvallen dan deze bij individuele vaststelling zou zijn geweest. Zij krijgen dan niet 'waar ze recht op hebben.' Vanuit een ex post perspectief is dit bezwaar begrijpelijk. We weten dan immers al welke gelaedeerden een hogere en welke een lagere schade hebben geleden. Als iedereen een gemiddelde vergoeding zou krijgen, krijgen sommigen 'te veel' en anderen 'te weinig'. Gelaedeerden die te weinig krijgen, zullen het hier vermoedelijk niet mee eens zijn, zodat collectiviseren hun autonomie aantast. Anderzijds zullen gelaedeerden die te veel krijgen vermoedelijk wèl voorstander van collectiviseren zijn. Het ex post oordeel van gelaedeerden over collectiviseren kan dus sterk afhangen van de individuele omstandigheden van die gelaedeerden. Vanuit een ex ante perspectief blijkt dit echter anders te zijn.

Hay en Rosenberg stellen zich de vraag hoe het werken met gemiddeldes ('*averaging*') zich verhoudt tot individuele rechtvaardigheid en autonomie.<sup>[4]</sup> Er bestaan veel feitelijke en juridische verschillen tussen individuele zaken, bijvoorbeeld voor wat betreft de kwaliteit van het beschikbare bewijs omtrent causaliteit, onrechtmatigheid, schade, eigen schuld, et cetera, de (on)gunstigheid van de toepasselijke rechtsregels, de omvang van de vermogensschade, de omvang van de immateriële schade, et cetera. Door zulke verschillen is de ene claim sterker dan de andere, maar vanuit het perspectief van de betrokkenen zijn de verschillen vaak een kwestie van toeval, waar ze zelf geen invloed op hebben.<sup>[5]</sup>

Een *potentiële* gelaedeerde weet, voordat er een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden, nog niet hoe sterk zijn eventuele toekomstige claim zal zijn. Hij kan hooguit een inschatting maken van de 'verwachte waarde' van de claim, dus van het gemiddelde van alle mogelijke uitkomsten.<sup>[6]</sup> Vanuit dit ex ante perspectief maakt het voor de potentiële gelaedeerde dan ook niet uit of later, ex post, rekening wordt gehouden met de individuele kenmerken van de zaak of dat er gebruik wordt gemaakt van *averaging* (waarbij *averaging* dus kan bestaan uit het aanpassen van de kans op schadevergoeding, de omvang van die schadevergoeding, of beide). Steeds is de verwachte waarde immers hetzelfde: de uitkomst van de gemiddelde zaak. Potentiële gelaedeerden hebben dus geen reden om tegen *averaging* te zijn.<sup>[7]</sup> Sterker nog, er zijn twee redenen waarom ze juist een *voorkeur* voor *averaging* zullen hebben.<sup>[8]</sup> Ten eerste zijn de kosten van het afwikkelen van de claim dan lager. Omdat er minder wordt uitgegeven aan de systeemkosten, blijft er netto meer over voor de schadevergoeding, zijn de proceskosten lager, kan de premie voor de rechtsbijstandsverzekering dalen, et cetera. Ten tweede verlaagt *averaging* de risico's voor potentiële gelaedeerden. Ze krijgen immers altijd een gemiddelde schadevergoeding en blijven dus, als ze ex post een zwakke claim blijken te hebben (door bijvoorbeeld zwak bewijs of ongunstig toepasselijk recht), niet met lege handen staan. Zo bezien is *averaging* als het ware een soort verzekering tegen het risico dat een gelaedeerde later een zwakke claim blijkt te hebben.

Een complicatie bij dit laatste punt is, dat het alleen opgaat voor verschillen tussen claims die *niet* bestaan uit de omvang van de vermogensschade, of beter gezegd voor claims waarvan de sterkte niet afhangt van het pre-compensatievermogen van de gelaedeerde en daarmee van zijn behoefte aan geld.<sup>[9]</sup> Denk bijvoorbeeld aan de kwaliteit van het bewijs. Als een gelaedeerde onvoldoende bewijs heeft om causaal verband of onrechtmatigheid aan te tonen, dan blijft hij met de eigen schade zitten. Als het bewijs voldoende sterk is, krijgt hij juist volledige vergoeding. Dit is een onzekere situatie, met een mogelijk zeer ongunstige uitkomst: helemaal geen vergoeding. Risicomijdende personen hebben ex ante een voorkeur voor een systeem waarin hun schadevergoeding gebaseerd wordt op de gemiddelde kwaliteit van het bewijs. Stel bijvoorbeeld dat in 70% van de gevallen het bewijs sterk genoeg is om schadevergoeding te krijgen en in 30% te zwak. Een risicomijdende potentiële gelaedeerde heeft dan liever een systeem waarin hij met zekerheid 70% van de schade vergoed krijgt, dan een systeem waarin hij volledige vergoeding krijgt in de 70% van de gevallen waarin hij een sterke claim heeft en geen vergoeding in de 30% van de gevallen waarin hij een zwakke claim heeft. De lagere vergoeding bij een sterke claim (70% in plaats van 100%) is als het ware de 'pseudo-verzekeringspremie' die men bereid is te betalen voor de dekking tegen het risico dat men geen vergoeding krijgt als men zwak bewijs heeft.

Als het verschil in sterkte van de claims echter bestaat uit de omvang van de vermogensschade, dan leidt *averaging* juist tot méér risico. Immers, een gelaedeerde die een hoge schade lijdt en slechts een gemiddelde schadevergoeding krijgt, blijft met een deel ongecompenseerde schade zitten. Een gelaedeerde die een relatief lage schade lijdt, krijgt juist meer vergoeding dan de schade die hij lijdt. Risicoaverse personen vinden het mogelijke nadeel van onvolledige vergoeding zwaarder wegen dan het mogelijke voordeel van te veel vergoeding. Dit komt door het 'afnemend grensnut van geld': naarmate iemand meer geld heeft, levert een extra euro steeds minder extra nut op, omdat het aan steeds minder belangrijke behoeftes zal worden besteed. Een bepaald bedrag aan geld *krijgen* (waardoor iemand rijker wordt), levert dus minder nut op dan ditzelfde bedrag aan geld *verliezen* (waardoor iemand armer wordt). Daarom kost een te *lage* schadevergoeding meer nut dan een te *hoge* schadevergoeding aan nut zou opleveren.

Voor alle aspecten waarbij de sterkte van de claim *niet* afhangt van de behoefte aan geld, hebben potentiële gelaedeerden dus een voorkeur voor *averaging*. Dit geldt ook voor smartengeld, omdat aspecten zoals pijn, verdriet en gederfde levensvreugde onafhankelijk zijn van het vermogen van de betrokkene.<sup>[10]</sup> Bij smartengeld voor letselschade zou dus goed kunnen worden gewerkt met abstract begrote normbedragen die afhangen van aard, ernst en duur van het letsel, maar die tussen gelaedeerden met vergelijkbaar letsel verder niet verschillen. Het is bij immateriële schade natuurlijk, veel meer dan bij vermogensschade, ook nog maar zeer de vraag of het überhaupt mogelijk is om deze individueel exact vast te stellen, nu subjectieve en niet-meetbare factoren hier zo'n grote rol spelen.

Als potentiële gelaedeerden een voorkeur voor *averaging* hebben, dan kan zo'n systeem alleen werken als het *verplicht* is, en dus niet afhankelijk is van instemming achteraf. Ex post zullen gelaedeerden met een relatief sterke claim immers niet meer aan zo'n systeem willen meedoen.<sup>[11]</sup> Om individuele autonomie te respecteren, moeten claims dan dus juist niet individueel worden afgewikkeld. Het feit dat gelaedeerden die een sterke claim blijken te hebben ex post een voorkeur hebben voor individuele afwikkeling, neemt niet weg dat ook zij ex ante een voorkeur kunnen hebben voor *averaging*. Vanwege de nadruk die in het recht op de ex post relatief sterke claims van sommige gelaedeerden wordt gelegd, wordt dit aspect gemakkelijk over het hoofd gezien.

De conclusie van deze paragraaf kan als volgt worden samengevat. Vanuit het perspectief van potentiële gelaedeerden die ex ante niet weten hoe sterk hun claim ex post zal zijn, heeft *averaging* als voordelen dat het de systeemkosten verlaagt en dat het de risico's reduceert voor wat betreft alle verschillen tussen claims die niet bestaan uit de omvang van de vermogensschade. Alleen bij verschillen in vermogensschade hebben ze een voorkeur voor individuele vaststelling. Voor de uiteindelijke voorkeur van gelaedeerden is dan relevant wat zwaarder weegt: het grotere risico voor wat betreft de vermogensschade enerzijds, of de lagere systeemkosten en de lagere risico's voor wat betreft andere verschillen anderzijds. Naarmate verschillen in de omvang van vermogensschade van gelaedeerden belangrijker zijn, worden de argumenten voor een individuele afwikkeling sterker. In abstracto is niet aan te geven wat zwaarder weegt, maar er kan in elk geval niet worden volgehouden dat potentiële gelaedeerden steeds een voorkeur zouden hebben voor individuele schadevaststelling boven collectieve.

### 3. Het perspectief van de potentiële laedens: overwegingen van preventie

Het is genoegzaam bekend dat in de rechtseconomie aandacht wordt gevraagd voor de preventiefunctie van het onrechtmatigedaadsrecht. De gedachte is, zeer kort samengevat, als volgt: als een potentiële laedens weet dat hij aansprakelijk kan worden gesteld voor de door hem veroorzaakte schade, dan geeft dit gedragsprikkel om meer zorg te betrachten en/of om de activiteit minder vaak uit te oefenen. Dit is maatschappelijk gezien wenselijk als de kosten van deze gedragsverandering lager zijn dan de schade die er naar verwachting mee wordt vermeden. De vraag in hoeverre de schadevergoeding op de individuele schade moet worden gebaseerd of dat beter kan worden gewerkt met gemiddeldes, is ook vanuit dit perspectief onderzocht. In de rechtseconomische literatuur wordt dit geformuleerd als een vraag naar de optimale mate van accuratesse bij de schadevaststelling.<sup>[12]</sup>

Om de wenselijke gedragsprikkel te kunnen geven, moet de schadevergoeding in beginsel overeenstemmen met de omvang van de schade. Als een potentiële laedens ex ante geen informatie heeft over hoe groot de schade is die hij in de toekomst zal veroorzaken, dan kan hij zijn gedrag alleen baseren op een inschatting van de gemiddelde schade. Stel dat een laedens een schade van € 100, € 200, € 300 of € 400 kan veroorzaken, elk met een 25% kans. Als de schade ex post individueel wordt vastgesteld, is er dus 25% kans dat de laedens € 100 moet betalen, 25% kans dat hij € 200 moet betalen, et cetera. De verwachte waarde hiervan is € 250.<sup>[13]</sup> Zijn *verwachte aansprakelijkheid* vanuit dit ex ante perspectief is dus € 250, ook al is de echte aansprakelijkheid ex post € 100, € 200, € 300 of € 400. Als de schadevergoeding ex post op de gemiddelde schade zou worden gebaseerd, is de verwachte aansprakelijkheid eveneens € 250.

Omdat preventie ex ante werkt, maakt het voor de gedragsprikkel dus niet uit of de schade individueel of collectief wordt vastgesteld. Grotere accuratesse ex post verbetert de gedragsprikkel ex ante niet en heeft vanuit dit perspectief gezien dus geen toegevoegde waarde. Omdat grotere accuratesse wel hogere vaststellingskosten meebrengt, is het maatschappelijk gezien zelfs onwenselijk.<sup>[14]</sup> Meer accuratesse is dus niet wenselijk, zolang systematische onder- en overschattingen van de schade maar worden vermeden. Zulke systematische fouten zouden namelijk in verkeerde gedragsprikkel resulteren.<sup>[15]</sup>

Het bovenstaande veronderstelde dat de potentiële laedens geen informatie heeft over de schade die hij kan veroorzaken. Als hij wél informatie heeft over de omvang van de schade die hij kan veroorzaken, dan heeft meer accuratesse ex post wel degelijk maatschappelijke waarde. Immers, als de schadevergoeding op de gemiddelde schade wordt gebaseerd, dan krijgt een potentiële laedens die weet dat hij een relatief lage schade zal veroorzaken, te veel gedragsprikkel. Hij kiest dan een hoger zorgniveau en/of een lager activiteitsniveau dan optimaal is bij deze lage schade. Een potentiële laedens die weet dat hij *hoge* schade zal veroorzaken, krijgt bij gemiddelde schadevergoeding juist te weinig zorgprikkel.

Accuraat vastgestelde schadevergoeding geeft daarentegen precies de juiste prikkel. Dat voordeel moet wel worden afgewogen tegen de hogere vaststellingskosten. Als de schade meestal rond het gemiddelde zit, dus als uitschieters zeldzaam zijn, en als het lastig is om de schade nauwkeurig vast te stellen, dan is het beter om van gemiddeldes uit te

gaan. De kleine verslechtering van gedragsprikkel wordt dan goedge maakt door de daling in de vaststellingskosten. Datzelfde geldt als nauwkeuriger schadevaststelling (bijna) geen effect heeft op het gedrag, bijvoorbeeld als voorzorgsmaatregelen zo goedkoop zijn dat ook bij de laagste schadevergoeding al optimale zorg wordt genomen.<sup>[16]</sup> Als de laedens nú nog geen informatie heeft over de concrete schade die hij kan veroorzaken, maar als hij daar wel onderzoek naar kan doen, dan beïnvloedt de ex post accuratesse de prikkels om zulk onderzoek te doen. Als de schadevergoeding op de gemiddelde schade wordt gebaseerd, dan krijgt de potentiële laedens geen prikkels om dat onderzoek te doen. Dat onderzoek brengt namelijk wel kosten met zich mee, maar heeft geen invloed op de hoogte van de schadevergoeding.<sup>[17]</sup> Als de schade echter individueel wordt vastgesteld, is er wél een prikkel om onderzoek te doen, omdat dit voordelen voor de laedens meebrengt. Deze private baten van onderzoek bestaan uit lagere zorgkosten en/of een hoger activiteitsniveau als de mogelijke schade laag blijkt te zijn, en lagere verwachte aansprakelijkheid door een hoger zorgniveau en/of een lager activiteitsniveau als de mogelijke schade hoog blijkt te zijn. Als deze verwachte private baten hoger zijn dan de kosten van het onderzoek, dan zal de potentiële laedens het onderzoek doen. Of dit ook maatschappelijk wenselijk is, hangt ervan af of de genoemde voordelen groter zijn dan de kosten van het onderzoek *plus* de kosten van meer accuratesse ex post.<sup>[18]</sup>

De conclusie van deze paragraaf kan als volgt worden samengevat. Vanuit preventieoogpunt heeft meer ex post accuratesse geen maatschappelijke waarde als de potentiële laedens geen informatie heeft of kan krijgen over de omvang van de schade die hij zal veroorzaken. Als hij die informatie wel heeft of kan krijgen, dan geeft meer accuratesse betere gedragsprikkel. Of meer accuratesse dan ook maatschappelijk wenselijk is, hangt ervan af of de voordelen van de betere gedragsprikkel opwegen tegen de hogere systeemkosten van meer accuratesse plus de eventuele onderzoekskosten van de laedens zelf.

#### 4. Overwegingen betreffende risicohouding

In paragraaf 3 werd verondersteld dat de laedens risiconutraal is, zodat voor zijn gedrag alleen de verwachte waarde van de schadevergoeding relevant is. Als hij echter risicomijdend is, dan is dit anders. Naarmate de schadevergoeding ex post accurater wordt vastgesteld, stijgt het risico voor de laedens. Immers, bij een schadevergoeding die gebaseerd is op de gemiddelde schade, betaalt hij steeds dezelfde schadevergoeding, ongeacht de daadwerkelijke schadeomvang. Bij individueel vastgestelde schade fluctueert de schadevergoeding echter, en dat creëert risico's voor de laedens. Individualisering is vanuit het oogpunt van de risicomijdende potentiële laedens dus onwenselijk, zodat hij voorkeur zal hebben voor collectieve vaststelling.

Vanuit het perspectief van de potentiële gelaedeerde die vermogensschade lijdt, is het net andersom, zoals bleek in paragraaf 2. Als de schadevergoeding overeenkomt met de daadwerkelijk geleden vermogensschade, dan loopt de gelaedeerde geen risico. Maar als de vergoeding gebaseerd wordt op de gemiddelde vermogensschade, dan blijft een gelaedeerde die bovengemiddelde vermogensschade heeft geleden met ongecompenseerde schade zitten, terwijl een gelaedeerde met ondergemiddelde vermogensschade overgecompenseerd wordt. Individualisering is vanuit het oogpunt van de risicomijdende gelaedeerde met vermogensschade dus juist wel wenselijk.

Voor verschillen tussen zaken die niet bestaan uit de omvang van de vermogensschade hebben potentiële gelaedeerden juist weer een voorkeur voor collectivisering, omdat ze dan niet het risico lopen met lege handen te blijven staan als ze bijvoorbeeld zwak bewijs blijken te hebben.

De uiteindelijke voorkeur voor collectief of individueel hangt ervan af wat zwaarder weegt: de voorkeur van gelaedeerden voor individuele afwikkeling vanwege mogelijke verschillen in vermogensschade enerzijds, of de voorkeur voor collectieve afwikkeling van potentiële schadeveroorzakers en van potentiële gelaedeerden voor wat betreft andere verschillen tussen zaken anderzijds.

De potentiële gelaedeerden hebben dus tegengestelde voorkeuren, afhankelijk van of het vermogensschade of andere factoren betreft. Het is mijn inziens belangrijk om hierbij voor ogen te houden dat deze verschillende factoren elkaar kunnen beïnvloeden. Een gelaedeerde met hoge vermogensschade heeft voorkeur voor individueel, en een gelaedeerde met zwak bewijs heeft voorkeur voor collectief. Dit kan ook een en dezelfde gelaedeerde zijn, dus een gelaedeerde met hoge vermogensschade en zwak bewijs. Bij individualisering zou deze gelaedeerde met lege handen kunnen blijven staan, omdat hij causaliteit of onrechtmatigheid niet kan bewijzen. Bij collectivisering zou hij een schadevergoeding krijgen die gebaseerd is op de gemiddelde vermogensschade en de gemiddelde kwaliteit van het bewijs. Daarom meen ik dat, als we rekening houden met deze samenhang, de theoretische voorkeur van potentiële gelaedeerden met hoge vermogensschade voor individualisering gerelativeerd moet worden.

Hoe zwaarwegend de argumenten betreffende risicoaversie zijn, hangt mede af van de beschikbaarheid van verzekeringen.<sup>[19]</sup> Immers, als partijen verzekerd zijn, dan is hun risico op die manier al gedekt. De beschikbaarheid van verzekeringen verzwakt dus de argumenten voor individualisering, omdat de enige factor die in de richting van individuele afwikkeling wees, de risicoaversie van gelaedeerden is die bang zijn hoge vermogensschade te lijden. De andere factoren wezen in de richting van collectieve afwikkeling.



Het is interessant hierbij op te merken dat er in *first party* verzekeringen vaak tot op zekere hoogte wordt afgeweken van de exact geleden schade. Er worden bijvoorbeeld vastgestelde bedragen of maxima gehanteerd voor bepaalde schadetypes, of er wordt met vastgestelde percentages (van bijvoorbeeld invaliditeit of inkomensverlies) gewerkt. De verzekerden kiezen zelf dus vaak niet voor volledig individueel vastgestelde vergoedingen. Het is de vraag of dit in het aansprakelijkheidsrecht, waar de vergoeding door de (verzekeraar van de) laedens wordt betaald, dan wel zou moeten gebeuren.<sup>[20]</sup>

Ook als we alleen kijken naar het doel van het compenseren van de schade van risicomijdende potentiële gelaedeerden, en dus de overwegingen van preventie uit paragraaf 3 even terzijde schuiven, dan zijn er nog steeds argumenten om niet te kiezen voor volledig geïndividualiseerde schadevaststelling.<sup>[21]</sup> Dit is heel duidelijk als we kijken naar *first party* verzekeringen.<sup>[22]</sup>

Als de dekking wordt gebaseerd op de schade zoals deze in een individueel geval exact wordt vastgesteld, dan zal een verzekerde bewijs omtrent de schadeomvang blijven leveren zolang de kosten van dat bewijs lager zijn dan de stijging in de vergoeding. De hogere vaststellingskosten zullen (via de premie en/of lagere dekking) door de verzekerde worden gedragen, zodat de individuele vaststelling hem geld en derhalve nut kost. Een minder exacte schadevaststelling, bijvoorbeeld doordat de dekking uit een vastgesteld normbedrag bestaat, is goedkoper en kost de verzekerde dus minder geld en nut. Maar als een verzekerde nu minder vergoeding krijgt dan in een individueel systeem, dan is dát een nadeel dat hem ook geld en nut kost.

Er zijn dus twee vormen van mogelijk nutsverlies: enerzijds door hogere vaststellingskosten bij een individueel systeem; anderzijds door mogelijk lagere dekking in een collectief systeem. Naarmate een individuele schade meer uitstijgt boven wat de 'gemiddelde dekking' zou zijn, weegt het nutsverlies door collectivisering zwaarder. Er is in theorie een 'drempelwaarde' van schade te bepalen waarboven het de moeite waard is om de schade individueel vast te stellen, omdat anders het verloren nut van de incomplete dekking zwaarder weegt dan het gewonnen nut van de besparing op vaststellingskosten. Voor schades lager dan die drempelwaarde zou collectieve vaststelling juist beter zijn, omdat daar het verloren nut van hogere vaststellingskosten zwaarder weegt dan het gewonnen nut van vollediger dekking.

Ex ante hebben verzekerden een voorkeur voor een systeem dat alleen die schades individueel vaststelt die 'hoog genoeg' zijn, dus die boven de drempelwaarde uitstijgen. Voor schades die dicht bij het gemiddelde zitten, is collectieve vaststelling beter. Het nut dat verzekerden kwijt raken als hun schade hoger dan gemiddeld maar lager dan de drempelwaarde is, wordt goedge maakt door het nut dat ze winnen doordat de vaststellingskosten zijn gedaald. Hierdoor kan de premie lager, of de vergoeding hoger zijn dan bij volledig geïndividualiseerde schadevaststelling.

De conclusie van deze paragraaf kan als volgt worden samengevat. Risicoaversie van potentiële laedentes en van potentiële gelaedeerden voor wat betreft verschillen tussen claims die niet uit de omvang van de vermogensschade bestaan, pleit voor collectiviseren. Risicoaversie van potentiële gelaedeerden voor wat betreft verschillen in vermogensschade pleit voor individualisering. Dit laatste aspect moet vanwege drie redenen worden gerelativeerd. Ten eerste kan een gelaedeerde met hoge vermogensschade een zwakke claim vanwege andere redenen hebben en dan geeft hij vermoedelijk toch de voorkeur aan collectivisering. Ten tweede bieden verzekeringen een remedie tegen risicoaversie. Ten slotte zijn er ook in systemen die alleen compensatie nastreven nog steeds redenen om de schade niet volledig geïndividualiseerd vast te stellen.

## 5. Overwegingen betreffende systeemkosten

In de voorgaande paragrafen is enkele malen aan de orde gekomen dat individuele schadevaststelling kostbaarder is dan collectieve. Immers, als voor de schadevergoeding alleen bekend hoeft te zijn hoe groot de gemiddelde schade is, dan hoeft de exacte schade niet in elk individueel geval te worden vastgesteld. Dat scheelt tijd en middelen, niet alleen van 'het juridische systeem' maar ook van de individuele partijen.

Deze hogere vaststellingskosten moeten worden afgewogen tegen de mogelijke voordelen van individualisering op het gebied van preventie en schadedekking of schadespreiding. Naarmate die voordelen minder aanwezig zijn, zijn er minder redenen om een individuele afwikkeling te verkiezen boven een collectieve. De partijen zullen bij individuele schadevaststelling blijven investeren in bewijslevering betreffende de omvang van de schade zolang de kosten daarvan lager zijn dan de resulterende verandering in de verwachte schadevergoeding. Voor zover de laedens ex ante niet weet hoe hoog de schadevergoeding ex post zal zijn, hebben deze investeringen geen effect op het gedrag van laedentes en zijn vanuit preventieoogpunt dus zinloos.<sup>[23]</sup>

De *tijdsduur* van de schadeafwikkeling kan ook worden gezien als een vorm van systeemkosten. In diverse alternatieven voor het aansprakelijkheidsrecht wordt het feit dat die alternatieven sneller tot compensatie leiden, als groot voordeel gezien. Vaak staat daar wel een bepaalde mate van collectivisering tegenover. Denk bijvoorbeeld aan diverse vormen van ADR die sneller maar minder gedetailleerd zijn, of aan schadefondsen. Er kan dus een afweging nodig zijn tussen snelheid en accuratesse, waarbij het mogelijk is dat gelaedeerden een voorkeur hebben voor snellere maar minder accurate compensatie boven accuratere maar langzamere compensatie. Uit een recent rechtsvergelijkend onderzoek naar de normering van letselschade blijkt bijvoorbeeld dat er in de onderzochte landen een hoge mate van tevredenheid is bij

gelaedeerden over systemen die gebruik maken van normeringen maar die wel snel tot compensatie leiden.<sup>[24]</sup>

Een handig gedachtenexperiment bij het nadenken over de kosten en baten van individualisering is het volgende: stel dat een eiser zelf alle kosten zou dragen van de schadevaststelling, hoe ver zou hij dan willen gaan met de individualisering? Het is aannemelijk dat hij een afweging zou maken tussen de kosten en baten van individualisering. Stel bijvoorbeeld dat verdere individualisering tot € 500 meer schadevergoeding zou leiden, maar dat de vaststellingskosten hierdoor met € 1000 zouden stijgen (verfijndere meetmethoden toepassen, meer deskundigen inschakelen, et cetera). Onze eiser zou dat niet doen, omdat de kosten hoger zijn dan de baten.

Vanuit het oogpunt van de samenleving maakt het niet uit of de kosten en baten door één en dezelfde persoon worden gedragen of door verschillende personen. Dus als iemand anders dan de eiser de gestegen vaststellingskosten moet betalen, is het maatschappelijk gezien nog steeds niet wenselijk om € 1000 aan kosten te maken om daarmee € 500 aan baten te behalen. Onze eiser zal dit nu echter wel willen, omdat hij wel de € 500 aan baten krijgt maar niet de € 1000 aan kosten draagt. De private prikkel tot bewijslevering is nu dus groter dan maatschappelijk optimaal is. Sterker nog, deze € 500 hogere schadevergoeding is maatschappelijk gezien niet eens een baat! Als de gelaedeerde € 500 meer *krijgt*, dan *betaalt* de laedens € 500 meer, zodat het hier slechts om een verschuiving van geld gaat. De essentiële vraag is of de baten van deze verschuiving, dus de mogelijke preventieve prikkel en de mogelijk betere risicoverdeling, tegen de systeemkosten opwegen.<sup>[25]</sup> Die mogelijke baten zijn in de vorige paragrafen uitgebreid aan de orde gekomen.

## 6. Conclusie

Er is geen eenvoudig antwoord mogelijk op de vraag wat beter is: individuele of collectieve schadevaststelling. Het juridische ex post perspectief kan al snel tot de conclusie leiden dat individualisering beter is, omdat gelaedeerden anders met ongecompenseerde schade kunnen blijven zitten. Deze focus op gelaedeerden met een bovengemiddelde schade is begrijpelijk, maar verhult het zicht op een aantal andere belangrijke aspecten.

Potentiële gelaedeerden, die nog niet weten of ze later een sterke of een zwakke claim zullen hebben, kunnen een voorkeur hebben voor collectivisering. Omdat de systeemkosten lager zijn, blijft er meer over voor de daadwerkelijke compensatie. En collectivisering verlaagt de risico's, behalve voor gelaedeerden met hoge vermogensschade.

Voor de preventieve werking van aansprakelijkheid is het zeer de vraag of meer accuratesse ex post wel tot betere gedragsprikkelers ex ante leidt. Als de laedens geen informatie heeft of kan vergaren over de concrete schade die hij zal veroorzaken, heeft meer accuratesse ex post geen waarde, maar het veroorzaakt wel systeemkosten. Als de laedens wel informatie heeft of kan vergaren over de schade die hij zal veroorzaken, dan heeft meer accuratesse wel waarde. Dit voordeel moet worden afgewogen tegen de gestegen kosten.

Risicoaverse laedentes hebben een voorkeur voor collectivisering, omdat ze dan niet met uitschieters in aansprakelijkheid geconfronteerd worden. Bij potentiële gelaedeerden hangt de voorkeur af van waaruit de verschillen tussen claims bestaan: vermogensschade of andere aspecten. Maar ook als we inzoomen op de functie van compensatie voor risicomijdende gelaedeerden, blijkt dat volledige individualisering niet gewenst is. Alleen voor schades die significant hoger zijn dan gemiddeld, is individualisering de extra kosten waard.

De enige argumenten in het voordeel van individualisering zijn dus de risicoaversie van potentiële gelaedeerden die bovengemiddelde vermogensschade kunnen lijden, en de betere gedragsprikkelers voor potentiële laedentes die informatie hebben of kunnen vergaren over de omvang van de schade die ze kunnen veroorzaken. Deze voordelen moeten worden afgewogen tegen de nadelen van individualiseren: hogere systeemkosten, grotere risico's voor schadeveroorzakers, en grotere risico's voor potentiële gelaedeerden voor wat betreft alle verschillen tussen zaken die niet uit de omvang van de vermogensschade bestaan. Een gelaedeerde met hoge vermogensschade wiens claim voor wat betreft andere aspecten zwak is, zal vermoedelijk toch een voorkeur voor collectiviseren zal hebben. Dit relateert het risico-argument in het voordeel van individualiseren. Ook de beschikbaarheid van verzekeringen verzwakt de redenering dat risicomijdende gelaedeerden voor wat betreft de omvang van vermogensschade een voorkeur voor individualiseren hebben. Veel argumenten wijzen dus in de richting van collectieve schadevaststelling. Het feit dat sommige gelaedeerden ex post minder vergoeding krijgen dan ze bij individuele vaststelling zouden hebben gekregen, doet niet af aan de besproken voordelen van collectiviseren.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. dr. L.T. (Louis) Visscher is hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages aan het Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan Michael Faure voor zijn waardevolle feedback. Citeerwijze: L.T. Visscher, 'Individuele of collectieve schadevaststelling', *AV&S* 2022/11 afl. 2.

[2]

Voor een rechtseconomische bespreking van collectieve schadevergoedingsacties, zie bijvoorbeeld L.T. Visscher en M.G. Faure, 'A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions', (44) *Journal of Consumer Policy* 2021, p. 455-482 en L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland', *AV&S* 2016/10, afl. 2, p. 61-67. In de bijdrage van Giesen, Van Maurik en Rijnhout in dit nummer staat juist niet de vaststelling van schade, maar de afwikkeling ervan centraal.

[3]

In paragraaf 2 zal echter blijken dat deze argumentatie niet zonder meer opgaat als het verschil tussen sterke en zwakke claims de omvang van de vermogensschade betreft.

[4]

B.L. Hay en D. Rosenberg, 'The Individual Justice of Averaging', *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 285*, 2000.

[5]

Hay en Rosenberg 2000, p. 29, 30.

[6]

Bijvoorbeeld: "er is een X% kans dat ik voldoende bewijs heb om causaliteit en onrechtmatigheid aan te tonen, een Y% kans dat ik veel (of juist weinig) vermogensschade lijd, een Z% kans dat het recht mijn immateriële schade voor vergoeding in aanmerking laat komen", et cetera. Als al deze mogelijke uitkomsten worden meegewogen, resulteert een inschatting van de gemiddelde uitkomst. Of die inschatting correct zal zijn, is natuurlijk een tweede.

[7]

Dit gaat er van uit dat ze vooral geïnteresseerd zijn in de tastbare uitkomst van de zaak, bijvoorbeeld de hoogte van een schadevergoeding. Naarmate ze meer waarde hechten aan 'individueel gehoord worden', zal *averaging* minder aantrekkelijk zijn. Zie Hay en Rosenberg 2000, p. 32, 33.

[8]

Hay en Rosenberg 2000, p. 34-36.

[9]

Hay en Rosenberg 2000, p. 37 e.v.

[10]

Hay en Rosenberg 2000, p. 39.

[11]

Hay en Rosenberg 2000, p. 15 e.v.

[12]

L. Kaplow, 'The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis', (23) *Journal of Legal Studies* 1994, p. 307-401; L. Kaplow en S. Shavell, 'Accuracy in the Assessment of Damages', (39) *Journal of Law and Economics* 1996, p. 191-210.

[13]

$0.25 \times 100 + 0.25 \times 200 + 0.25 \times 300 + 0.25 \times 400 = 250$ .

[14]

Kaplow 1994, p. 313, 314; Kaplow en Shavell 1996, p. 194.

[15]

De voorgaande redenering veronderstelt risiconneutraliteit van de laedens. In paragraaf 4 ga ik nader op dit aspect in.

[16]

Kaplow 1994, p. 315; Kaplow en Shavell 1996, p. 194.

[17]

Kaplow 1994, p. 316.

[18]

Kaplow 1994, p. 319; Kaplow en Shavell 1996, p. 195.

[19]

Kaplow 1994, p. 320, 321; Kaplow en Shavell 1996, p. 199.

[20]

Voor de problemen die kunnen ontstaan doordat aansprakelijkheid meer schadesoorten voor hogere bedragen compenseert dan waarvoor mensen zichzelf willen verzekeren, zie G.L. Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', (96) *Yale Law Journal* 1987, p. 1521-1590.

[21]

Kaplow en Shavell 1996, p. 204.

[22]

Zie L. Kaplow, 'Optimal Insurance Contracts When Establishing the Amount of Losses Is Costly', (19) *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory* 1995, p. 139-152.

[23]

Kaplow en Shavell 1996, p. 201.

[24]

M.G. Faure, *Rechtsvergelijkend onderzoek naar normering van letselschade*, 2020, p. 53, 70, 77-81. Zie [www.verzekeraars.nl/media/8759/rechtsvergelijkend-onderzoek-naar-normering-van-letselschade.pdf](http://www.verzekeraars.nl/media/8759/rechtsvergelijkend-onderzoek-naar-normering-van-letselschade.pdf).

[25]

Het inzicht dat preventie, schadespreiding en systeemkosten alle drie van belang zijn en dat de verschillende kostensoorten tegen elkaar moeten worden afgewogen, staat centraal in G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, London: Yale University Press 1970, p. 24 e.v.