

Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland

AV&S 2016/10

1. Inleiding

Op 28 januari 2016 ontving de Minister van Veiligheid en Justitie een set aanbevelingen (hierna: 'de Aanbevelingen') betreffende de vormgeving van een collectieve schadevergoedingsactie. Deze Aanbevelingen vloeien voort uit de internetconsultatie van het Voorontwerp van het Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie (hierna: 'het Voorontwerp').² Dit Voorontwerp beoogt een 'stok achter de deur' te introduceren, waarmee de gedaagde kan worden geprikkeld mee te werken aan een collectieve afhandeling van massaschade.³ Het ligt in de lijn der verwachting dat deze Aanbevelingen het uiteindelijke wetsvoorstel, dat in het voorjaar van 2016 wordt verwacht, zullen beïnvloeden.⁴

Deze bijdrage geeft een rechtseconomische evaluatie van de Nederlandse regelingen betreffende massaschade.⁵ Paragraaf 2 betreft de economische voor- en nadelen van collectieve afhandeling van massaschade in het algemeen. Paragraaf 3 bespreekt de bestaande Nederlandse regelingen, dus artikel 3:305a BW en de WCAM. Paragraaf 4 evalueert het Voorontwerp en de Aanbevelingen, die als stappen in de goede richting kunnen worden aangemerkt. Toch blijven er nog enkele punten van zorg bestaan. Paragraaf 5 concludeert.

2. Collectieve afhandeling van massaschade

2.1 Internaliseren van externe effecten

In economische termen is er bij schade sprake van het probleem van negatieve externe effecten: er zijn aan gedragingen kosten verbonden die door anderen dan de veroorzaker worden gedragen. Als de veroorzaker de voordelen die hij met de activiteit behaalt niet afweegt tegen alle kosten maar alleen tegen de kosten die hij zelf draagt, bestaat het gevaar dat hij de activiteit te vaak uitoefent. Ook krijgt hij onvoldoende prikkels voorzorgsmaatregelen te treffen die de schade (mogelijk) kunnen voorkomen of reduceren.

De oplossing voor dit probleem is *internaliseren*: degene die de kosten veroorzaakt moet met die kosten worden geconfronteerd, in plaats van dat deze bij de benadeelde(n) blijven liggen. Dat internaliseren kan onder andere via het civiele

aansprakelijkheidsrecht. Het vooruitzicht schadevergoeding te moeten betalen of vanwege een verbodsactie een activiteit stop te moeten zetten, kan de potentiële schadeveroorzaker aanzetten tot zorgvuldiger gedrag en/of het reduceren van zijn activiteitsniveau.

2.2 Problemen bij internalisatie via het aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht werkt via private handhaving. Het is aan de benadeelde(n) om een zaak tegen de laedens te beginnen, om zo bijvoorbeeld een verbod of schadevergoeding te vorderen. Er zijn verschillende redenen waarom een benadeelde dit niet steeds zal doen, hetgeen internalisatie van externe effecten via het aansprakelijkheidsrecht bemoeilijkt, met alle gevolgen van dien voor het zorg- en activiteitsniveau van de laedens:

1. De kosten van het voeren van een procedure kunnen zodanig hoog kunnen zijn, dat de benadeelde hier van afziet. Dit speelt vooral, maar niet alleen, in situaties van strooischade.⁶ De totale maatschappelijke schade kan daar groot zijn, maar omdat deze over een groot aantal benadeelden verdeeld is, kan de schade per individu zodanig klein zijn dat geen enkele benadeelde een rechtszaak aanspant. Op grond van een afweging van de verwachte kosten (tijd, geld, moeite) en baten (de opbrengst bij winst) van de procedure blijft men 'rationeel apathisch'.⁷
2. Procederen brengt het risico van verlies met zich mee, waarna de verliezende partij met (hoge) proceskosten geconfronteerd wordt terwijl er geen baten tegenover staan. Zelfs in situaties waarin de individuele schade hoog genoeg is om in beginsel de kosten van een procedure waard te zijn, kan een risicoaverse benadeelde van een procedure afzien uit angst voor de hoge kosten bij verlies. Hierbij speelt mee dat het moeilijk kan zijn een accurate inschatting te maken van de kans op winst of verlies, omdat de benadeelde over te weinig kennis en informatie beschikt. Zelfs als de benadeelde de kans op succes relatief hoog inschat, zou risicoaversie ertoe kunnen leiden dat hij, vanwege de vrees (hoge) kosten te moeten dragen als hij toch verliest, geen zaak begint.
3. Gebrek aan informatie kan er ook voor zorgen dat een benadeelde vreest niet aan de bewijslast betreffende bijvoorbeeld onzorgvuldigheid of causaliteit te kunnen voldoen. Hij kan dan besluiten geen procedure te starten omdat hij (vanwege deze bewijsnood) de kans op succes zeer laag of zelfs afwezig acht. Of misschien

1 Prof. mr. dr. L.T. (Louis) Visscher is lid van de redactie en bijzonder hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages aan Erasmus School of Law. Citeerwijze: L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische evaluatie van de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland', *AV&S* 2016/10, afl. 2.

2 www.internetconsultatie.nl/motiedijksma.

3 Zie MvT p. 1 (www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/document/1152).

4 *Kamerstukken II* 2015/16, 31762, nr. 4.

5 Zie ook M.G. Faure en L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: *Collectieve acties. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2015, Zutphen: Paris, p. 7-64.

6 Zie over strooischade o.a. I. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu, 2005.

7 Zie bijvoorbeeld 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, p. 183.

weet hij niet eens dat hij slachtoffer is geworden van bijvoorbeeld een onrechtmatige daad.⁸

4. Benadeelden zouden kunnen afwachten om te kijken of iemand anders een rechtszaak begint, waarvan men kan meeprofiteren, bijvoorbeeld omdat een verklaring voor recht of een verbod wordt gevorderd, of omdat door die procedure bepaalde informatie beschikbaar komt die men in een eigen zaak ook kan gebruiken. Dit is het *free-riderprobleem* en als te veel mensen zich zo gedragen, wordt de laedens evenmin met de door hem veroorzaakte kosten geconfronteerd.
5. Er kunnen zich situaties voordoen waarin geen enkel individu als eiser ontvankelijk is, terwijl er wel schade is, bijvoorbeeld door verminderde luchtkwaliteit of andere milieuschade. Ook hier is het risico dus dat de veroorzaker van het externe effect deze kosten niet zal internaliseren.

2.3 Collectieve afhandeling van massaschade als oplossing?

Het collectief afhandelen van massaschade kan bijdragen aan het oplossen van de hierboven beschreven problemen. In hoeverre een specifieke wijze van collectieve afhandeling daadwerkelijk de problemen oplost en niet op haar beurt grotere problemen in het leven roept, hangt af van de precieze vormgeving.

2.3.1 Voordelen van collectieve afhandeling

Als meerdere individuele claims worden gebundeld in één collectieve actie, dan dalen de kosten per eiser omdat de totale kosten over een grotere groep worden gespreid.⁹ Dit bestrijdt rationele apathie. De collectieve actie is dus goedkoper dan de reeks individuele acties zou zijn geweest. Toch kunnen de totale systeemkosten stijgen, als er zonder collectieve actie (bijna) geen individuele claims zouden zijn gestart. Maar dan zou het probleem van de niet-geïnternaliseerde externe effecten blijven bestaan. Amerikaans empirisch onderzoek suggereert dat de kosten van een *class action* inderdaad afnemen naarmate het aantal deelnemers in de vordering toeneemt.¹⁰ Deze daling in de systeemkosten is, nog los van het bestrijden van rationele apathie, een voordeel van een collectieve afhandeling.

Doordat de kosten per eiser dalen, neemt het probleem van risicoaversie in belang af. Immers, het financiële risico per eiser daalt omdat de kosten bij verlies van de procedure over meer mensen worden gespreid.

Ook informatieasymmetrie kan verminderen als gevolg van de collectieve afhandeling. Door de bundeling ontstaan

schalvoordelen, waardoor meer middelen beschikbaar zijn voor (kostbare) informatieverzameling, deskundige belangenbehartiging et cetera.

Door de collectieve actie wordt de totale schadeomvang beter duidelijk en internaliseert de laedens het externe effect meer. Ook vanwege het beoordelen van onrechtmatigheid is het belangrijk om de schadeomvang goed vast te kunnen stellen, bijvoorbeeld in het kader van de Kelderluik-factoren.¹¹ Als het resultaat van de collectieve actie alleen geldt voor degenen die bij die actie zijn aangesloten, kan het free-riderprobleem worden aangepakt. Als betrokkenen eerst het resultaat van de collectieve actie kunnen afwachten alvorens te besluiten of ze eraan gebonden willen zijn, is dit minder het geval. Het probleem is echter kleiner dan bij individuele acties, omdat daar kosten per individu hoger en de prikkel om af te wachten dus groter zijn.

In situaties waarin er geen sprake is van individuele benadeelden die een vordering zouden kunnen instellen, is een bundeling van claims niet mogelijk. Collectieve afhandeling in de vorm van een representatieve vordering kan hier een oplossing voor bieden. Op deze manier kan een laedens immers toch worden geconfronteerd met de door hem veroorzaakte schade, bijvoorbeeld aan het milieu.

De mate waarin rationele apathie en free-ridergedrag worden tegengegaan, hangt sterk af van de omvang van de groep en de manier waarop de groep gevormd wordt. Als maar weinig benadeelden meedoen, worden de kosten per eiser niet voldoende gereduceerd om rationele apathie te overwinnen. En als het te gemakkelijk is om het resultaat van de collectieve actie af te wachten, blijft het free-riderprobleem bestaan. Vanuit dit perspectief zou een 'verplichte collectieve actie' aantrekkelijk zijn, waarin alle benadeelden betrokken zijn en er niet uit kunnen stappen. Zo'n verplichte actie zal echter waarschijnlijk op veel weerstand stuiten en ik laat deze dan ook verder onbesproken.

Twee meer realistische alternatieven zijn opt-in- en opt-outacties. Rechtseconomen hebben een sterke voorkeur voor het opt-outmodel. De vrees bestaat namelijk dat vanwege rationele apathie, informatieasymmetrie en free-ridergedrag relatief weinig mensen gebruik zullen maken van een opt-in, zodat de groep niet groot genoeg wordt om de bovenbeschreven voordelen te behalen.¹² Een opt-outgroep is naar verwachting veel groter en empirisch onderzoek bevestigt dat de opt-outratio meestal laag is. Het argument dat opt-out op gespannen voet staat met partijautonomie en het grondwettelijk recht op toegang tot de rechter is vaak een lege huls, zeker in gevallen van strooischade. Vanwege rationele apathie komt er immers in veel gevallen helemaal geen individuele claim (of zelfs maar een opt-in).

8 R. Van den Bergh, 'Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem', 1 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, p. 17; M. Faure en F. Weber, 'Dispersed losses in tort law – an economic analysis', *Journal of European Tort Law*, 2015.

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

10 Eisenberg, T. en Miller, G., 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: <www.ssrn.com/abstract528147>.

11 Uit het *Kelderluik-arrest* (Hoge Raad 5 november 1965, NJ 1966/136, ECLI:NL:HR:1965:AB7079) volgt immers dat de omvang van de schade (de 'ernst van de gevolgen' van een ongeval) relevant is bij het beoordelen van de onzorgvuldigheid van het gedrag van de laedens.

12 Zie Keske, Renda en Van den Bergh 2010, p. 61.

2.3.2 Nadelen van collectieve afhandeling

In elke situatie waarin een persoon namens iemand anders handelt, kunnen er 'principaal-agentproblemen' optreden. De agent heeft niet steeds dezelfde belangen als de principaal. Naarmate het voor de principaal moeilijker en/of kostbaarder wordt om toezicht te houden, kan de agent meer zijn eigen belangen nastreven in plaats van die van de principaal.¹³ Dit probleem speelt al bij individuele acties, omdat de cliënt niet altijd voldoende informatie en deskundigheid heeft om het werk van de advocaat te kunnen beoordelen.¹⁴ In collectieve acties, waar het belang van individuele eisers meestal relatief klein is en de juridische materie complex, speelt dit nog sterker. Het gevaar bestaat dus dat de belangenbehartiger eigen belangen nastreeft en dat geen enkele benadeelde adequate controle houdt. Vooral de invloed van de beloningsstructuur van de belangenbehartiger is in dit kader uitgebreid onderzocht.¹⁵ Een volledige bespreking gaat het bestek van deze bijdrage te buiten, maar samengevat kan worden gezegd dat bij resultaatsafhankelijke beloningen (met name *contingency fees*) de belangen van advocaat en cliënt(en) gelijkgericht zijn dan bij een uurtariefsysteem. Dit leidt tot betere screening op kwaliteit (omdat een advocaat bij *contingency fees* alleen verdient aan zaken die hij wint, terwijl dat bij een uurtarief anders is) en snellere schikkingen (omdat vertragingstactieken geen voordelen voor de advocaat meebrengen). Een resultaatsafhankelijke beloning bestrijdt eveneens rationele apathie en risicoaversie, omdat de advocaat de procedure voorfinanciert en het risico van verlies draagt.¹⁶

Bij representatieve vorderingen (in plaats van een bundeling van individuele vorderingen) bestaat een principaal-agentprobleem tussen de organisatie en de belanghebbenden en ook tussen de organisatie en degene die deze in rechte vertegenwoordigt. Die laatste verhouding is wellicht minder problematisch dan bij een bundeling van individuele claims, omdat de organisatie meer (financiële) prikkels heeft om toezicht te houden op de belangenbehartiger vanwege de grote totale belangen. Voor wat betreft de eerste verhouding geldt dat naarmate de representatieve organisatie groter is en een meer algemeen doel dient, er meer belangentegenstellingen tussen de aangesloten belanghebbenden onderling kunnen bestaan. Een vordering zou dan slechts het belang van een deel van de leden kunnen dienen terwijl toch alle leden meebetalen. Ook kan een algemenere organisatie gemakkelijker eigenbelangen zoals reputatie,

ledenwerving, publieke aandacht en dergelijke nastreven.¹⁷ Dit risico is dus groter bij bijvoorbeeld algemene consumentenorganisaties dan bij specifieke organisaties die een nauw omschreven belang van een nauw afgebakende groep dienen. Zeker als de betreffende algemene organisatie een monopolie heeft, is dit problematisch. Concurrentie zou er immers voor kunnen zorgen dat de verschillende organisaties daadwerkelijk de belangen van de aangesloten leden goed moeten dienen, omdat deze anders naar de concurrent overstappen.

Naast principaal-agentproblemen wordt ook het gevaar van 'frivole claims' en 'blackmail settlements' als mogelijk nadeel van collectieve acties genoemd. Het gaat hier om vorderingen die (vrijwel) geen kans van slagen hebben en die eigenlijk niet voor de rechter zouden moeten worden gebracht omdat de maatschappelijke kosten ervan hoger zijn dan de maatschappelijke baten. De reden dat ze toch in een collectieve actie zouden kunnen worden gebracht, is omdat het voor de gedaagde(n) aantrekkelijker kan zijn om zo'n zaak te schikken dan te procederen, zelfs als de procedure zou worden gewonnen. Het proces brengt immers onvermijdelijk proceskosten met zich mee en zou reputatieschade kunnen veroorzaken. Als schikken voor de gedaagde(n) goedkoper is dan procederen, dan zou het voor eisers dus toch aantrekkelijk kunnen zijn een claim te starten om zo'n blackmail settlement af te dwingen.¹⁸ Er is echter geen empirisch bewijs dat dit in de praktijk vaak gebeurt.¹⁹

Voordat ik in paragraaf 3 en 4 de Nederlandse situatie bespreek, moet de algemene opmerking worden gemaakt dat voor het bestrijden van de mogelijke problemen van collectieve acties vaak een grote rol aan de rechter wordt toegekend. Zo moet de rechter bijvoorbeeld de representativiteit en deskundigheid van representatieve organisaties beoordelen, vaststellen of een vordering wel collectief kan worden afgehandeld, een actieve rol spelen bij het proberen te bereiken van een schikking, een bereikte schikking beoordelen et cetera. Economische inzichten doen de vraag rijzen of deze verwachtingen niet te hoog gespannen zijn. Een bespreking van deze inzichten gaat het kader van deze bijdrage te buiten, maar het is wel een punt van aandacht.²⁰

3. De huidige Nederlandse regelingen

3.1 Artikel 3:305a BW

Een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot

13 Zie bijvoorbeeld K.M. Eisenhardt, 'Agency Theory: An Assessment and Review', (14) *The Academy of Management Review* 1989, p. 61.

14 Zie bijvoorbeeld B.L. Hay, 'Contingent Fees, Principal-Agent Problems, and the Settlement of Litigation', (23) *William Mitchell Law Review* 1997, p. 44 e.v.; D.A. DeMott, 'The Lawyer as Agent', (67) *Fordham Law Review* 1998, p. 301-326.

15 Voor een overzicht, zie bijvoorbeeld Faure, M.G. en Hartlief, T., 'Claimcultuur en beloningssystemen', in Van Boom, W.H., Giesen, I. en Smit, M. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij, 2012, p. 151-166; L.T. Visscher, 'Gedrag van advocaten', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 1132 e.v.

16 Zie ook Faure en Visscher 2015, p. 18 e.v.

17 Zie Van den Bergh, R., '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: Van Boom, W. en Loos, M. (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.

18 Keske, Renda en Van den Bergh 2010, p. 66.

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

20 Voor een uitgebreide bespreking, zie A.P.G.C.F. Biard, *Judges and Mass Litigation - A (Behavioral) Law & Economic Perspective* (diss. Rotterdam) 2014; Faure en Visscher 2015, p. 53-62.

bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Deze collectieve actie kan bijdragen aan het overwinnen van rationele apathie, de totale systeemkosten verlagen en ook tot internalisatie leiden in situaties waar geen ontvankelijke individuele eisers zijn. Naarmate de individuele zaken meer verschillen vertonen, wegen deze voordelen van collectieve actie minder zwaar. Het is daarom goed dat artikel 3:305a BW gelijksoortige belangen vereist. Ook kan een collectieve actie de informatieongelijkheid tussen gedaagde en eisers, alsmede verschillen in onderhandelingsmacht, verkleinen.

De eis dat de organisatie de belangen ingevolge haar statuten behartigt, bestrijdt het principaal-agentprobleem. Ook de ontvankelijkheidseis dat de belangen van de vertegenwoordigden voldoende gewaarborgd moeten zijn, draagt hieraan bij. De mate waarin het probleem daadwerkelijk wordt aangepakt, hangt mede af van de invloed van de vertegenwoordigden op de organisatie en van de organisatie op de advocaten.²¹ Artikel 3:305a BW geeft vertegenwoordigden een opt-outmogelijkheid, zodat deze uit een collectieve actie kunnen stappen en een claim via een andere organisatie kunnen indienen, als ze denken dat deze hun belangen beter behartigt.²² Ook dit bestrijdt het principaal-agentprobleem. Bij de bestrijding van dit probleem bestaat een spanning tussen het aanscherpen van de representativiteitseisen enerzijds en het willen behouden van concurrentie tussen representatieve organisaties. Een monopolie van één organisatie zou de problemen namelijk weer kunnen versterken.

De organisatie is niet-ontvankelijk indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Het primaat ligt dus – terecht – bij schikken. Een belangrijk voordeel van schikken, naast de lagere systeemkosten in vergelijking met procederen, is dat bij vrijwillige oplossingen alle aspecten die de betrokken partijen van belang vinden in de oplossing meegenomen worden. Bij door het recht opgelegde oplossingen is dat niet steeds zo. Vrijwillige oplossingen zijn alleen mogelijk als de kosten om tot zo'n oplossing te komen niet te hoog zijn. Onderhandelingen tussen een laedens en vele individuele benadeelden zullen vaak zeer kostbaar of zelfs onmogelijk zijn. Onderhandelen met één of enkele organisaties verlaagt deze transactiekosten, waardoor een vrijwillige oplossing beter bereikbaar wordt. Dit voordeel moet worden afgewogen tegen de mogelijke principaal-agentproblemen die ontstaan. De reeds besproken ontvankelijkheidseisen en opt-out beperken die problemen.

Een ander voordeel van de eis van voldoende overleg is dat het blackmail settlements bestrijdt. Een organisatie die een

frivole claim indient louter om de gedaagde tot een schikking te dwingen, zal niet kunnen voldoen aan de eis dat voldoende is getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Ook de eis dat de betrokken belangen voldoende moeten zijn gewaarborgd, alsmede de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling, bestrijden dit probleem.

Artikel 3:305 BW verbiedt een collectieve schadevergoedingsactie en dit is problematisch. Een 'stok achter de deur' die de schikkingsonderhandelingen kan stimuleren, ontbreekt. Vanwege rationele apathie e.d. is het onwaarschijnlijk dat er voldoende dreiging van individuele claims uitgaat om een weigerachtige gedaagde tot medewerking aan te zetten. Een verbodsactie of het openbaar (laten) maken van de uitspraak is wel mogelijk, maar het is zeer de vraag of daarmee de rationele apathie bij individuele vorderingen voldoende overwonnen wordt. Zelfs als dat wel zo is, brengen die benodigde individuele zaken weer hoge systeemkosten met zich mee. Ook is het free-riderprobleem bij bijvoorbeeld een verbodsactie veel groter dan bij een schadevergoedingsactie, omdat benadeelden die niet aan de procedure meebetalen wel volledig van het verbod meeprofiten. Dit kan het enkele starten van een collectieve actie reeds frustreren.

Soms wordt tegen collectieve schadevergoedingsactie aangevoerd dat schadevergoeding eigenlijk alleen individueel kan worden vastgesteld. Inderdaad zullen geen twee zaken precies hetzelfde zijn, maar dit is geen reden om een collectieve schadevergoedingsactie af te wijzen. Ten eerste is het twijfelachtig of er zonder zo'n actie wel een op de individuele omstandigheden afgestemde schadevergoeding komt, nu rationele apathie individuele vorderingen belemmert. Een niet-geïndividualiseerde schadevergoeding is mijns inziens beter dan helemaal geen schadevergoeding. Ten tweede is het vanuit economisch perspectief belangrijker dat de schadevergoeding 'gemiddeld genomen klopt', dan dat dit in elk individueel geval zo zou moeten zijn.²³ Het gaat immers primair om de gedragsprikkel voor de laedens en niet om de schadevergoeding van de benadeelden. Via *damage scheduling* kan onderscheid worden gemaakt tussen groepen gevallen, zodat te grote afwijkingen tussen de schadevergoeding en de werkelijke schade vermeden worden. Ten slotte worden in een rechtseconomische analyse ook de kosten van het juridische systeem meegewogen. Als de 'meerkosten' van het nauwkeuriger vaststellen van de schadevergoeding uitstijgen boven het daarmee te bereiken voordeel van betere gedragsprikkel, dan is die grotere mate van nauwkeurigheid niet wenselijk. Eenzelfde afweging geldt bij de keuze tussen schikken en procederen: een schikking die niet tot volledige schadevergoeding leidt maar die de systeemkosten voldoende reduceert ten opzichte van proce-

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

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

23 L. Kaplow, 'The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis', (23) *The Journal of Legal Studies* 1994, p. 313ff.

deren, kan toch te verkiezen zijn boven verder procederen voor een mogelijk hogere schadevergoeding.²⁴

3.2 De Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)

Door de WCAM kunnen partijen die een schikkingsovereenkomst sluiten het Hof Amsterdam verzoeken deze schikking algemeen verbindend te verklaren. Zo kunnen ook benadeelden die niet zelf bij de schikking betrokken waren, aan het bereikte resultaat worden gehouden. Vanwege alle besproken voordelen van collectieve acties is dit toe te juichen. Het principaal-agentprobleem wordt bestreden doordat het hof moet beoordelen of de organisatie representatief is, de belangen van de betrokkenen voldoende gewaarborgd zijn en de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk is. Ook de opt-outregeling, waardoor ontevreden belanghebbenden kunnen uitstappen, bestrijdt dit probleem. Natuurlijk zorgt een opt-out wel voor een mogelijk free-riderprobleem. Een belanghebbende kan immers afwachten totdat een schikking is bereikt en dan de opt-out gebruiken als hij niet tevreden is. Empirisch onderzoek laat echter zien dat in het algemeen slechts een zeer klein percentage belanghebbenden gebruikmaakt van opt-outmogelijkheden,²⁵ zodat opt-out te verkiezen is boven opt-in.

De WCAM vereist een *gezamenlijk* verzoek van representatieve organisatie en schadeveroorzaker. Een weigerachtige gedaagde kan dus nog steeds niet gedwongen worden mee te werken aan een collectieve afhandeling van massaschade. Het Voorontwerp beoogt in deze lacune te voorzien.

4. Recente ontwikkelingen

4.1 Het Voorontwerp van het Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie²⁶

Doel van het Voorontwerp is een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen,²⁷ middels een collectieve schadevergoedingsprocedure in vijf stappen voor die gevallen waarin partijen niet tot een schikking kunnen of willen komen.

Het primaat blijft – terecht – liggen bij overleg en de ontvankelijkheidseisen hieromtrent worden aangescherpt: zo moet er *daadwerkelijk* gepoogd zijn tot overleg te komen. Dit beperkt het risico van frivole claims. Lichtzinnig gebruik

wordt eveneens bestreden door de eis dat de groep van voldoende omvang moet zijn en dat er geen andere effectieve en efficiënte mogelijkheden voor schadevergoeding zijn.

Ook aan de representativiteit van de organisatie worden zwaardere eisen gesteld. Zo moet er voldoende deskundigheid zijn en de belangen moeten op zorgvuldige wijze worden behartigd. Specifieke aandacht kan worden besteed aan de vraag of de organisatie niet haar eigen commerciële belangen nastreeft.²⁸ Het principaal-agentprobleem wordt dus bestreden. Dat is goed, maar er moet voorkomen worden dat de eisen zo zwaar zijn dat slechts één of zeer weinig organisaties hier aan kunnen voldoen.

In het voorstel oordeelt de rechter eerst over ontvankelijkheid en pas in de tweede fase over onrechtmatigheid. Dit reduceert de systeemkosten (omdat zwakke claims al snel beëindigd kunnen worden) en gaat blackmail settlements tegen. Bij een frivole claim zal immers waarschijnlijk geen sprake zijn van het zorgvuldig behartigen van de betrokken belangen en van afdoende daadwerkelijke pogingen om via overleg het gevorderde te bereiken.

Na de rechterlijke beslissingen in de tweede fase moeten partijen proberen een collectieve schikking te bereiken. Lukt dat niet, dan wordt dit in de derde fase onder regie van de rechter nogmaals geprobeerd. Hier komt de mogelijkheid van een mediator aan bod en wordt besproken welke geschillen aan het bereiken van een schikking in de weg staan. Als een schikking niet lukt, beveelt de rechter in de vierde fase op verzoek van (een van) de partijen de overlegging van een voorstel voor een collectieve schikking. De rechter kan partijen naar een derde, zoals een mediator, verwijzen die mede aan de hand van die voorstellen met partijen alsnog probeert een schikking te bereiken. Als dit nog steeds niet lukt, dan kan de rechter in de vijfde fase zelf een regeling voor collectieve schadeafwikkeling vaststellen. In de hele procedure geldt 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. Dit gaat frivole claims en blackmail settlements tegen.

Het is goed dat het Voorontwerp de mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsactie biedt, want die stok achter de deur ontbreekt bij artikel 3:305a BW en de WCAM. Problematisch is echter dat er zo veel stappen moeten worden gezet voordat de rechter tot vaststelling overgaat.²⁹ De herhaalde pogingen tot overleg hebben een kleine kans van slagen omdat voorafgaande pogingen evenmin succesvol waren en het de vraag is of er met elke nieuwe stap voldoende verandert om de kans op succes afdoende te verhogen. De procedure wordt zo nodeloos tijdrovend en kostbaar. Het zou beter zijn bijvoorbeeld de derde en vierde fase samen te voegen. Het vooruitzicht dat de rechter al sneller zelf met een regeling kan komen, kan partijen juist aanzetten tot co-operatiever gedrag.

24 Bij deze vergelijking moet men niet vergeten dat er bij doorprocederen een kans is dat men *verliest* en met proceskosten wordt geconfronteerd. De vergelijking tussen 'volledige schadevergoeding' bij doorprocederen en 'onvolledige vergoeding' bij schikken, is dus vaak een schijntegenstelling.

25 Zie bijvoorbeeld Eisenberg en Miller 2004, p. 1532. Dat onderzoek betreft niet de WCAM.

26 Zie voor besprekingen o.a. T.M.C. Arons en G.F.E. Koster, 'Voorontwerp wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie. Het sluitstuk van de collectieve actie?', *Ondernemingsrecht* 2014; M.A.C. Stapel en T. Thuijs, 'Collectief schadeverhaal in Nederland: we zijn er bijna, maar nog niet helemaal', *Vennootschap en Onderneming* 2014; D.M.J. van Abeelen, 'Een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland; met voldoende waarborgen omkleed?', *NTBR* 2015/3; T. Bosters e.a., 'Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie', *NJ* 2015/1138; J.M.L. van Duin en R.S.I. Lawant, 'Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2015; A.Ch.H. Franken, 'Precedentwerking als meest efficiënte en effectieve vorm van collectieve schadevergoeding', *AV&S* 2015/12, afl. 3.

27 MvT, p. 1.

28 MvT, p. 20.

29 Van Duin en Lawant 2015, p. 10 geven aan dat er tot 55 procedurele stappen gezet moeten worden alvorens de rechter zelf een regeling vaststelt.

Voordat de rechter een regeling vaststelt, kan hij personen voor wie de regeling moet worden vastgesteld, oproepen zich als deelnemer te melden. Bij onvoldoende gebruik van deze opt-in kan de rechter afzien van het vaststellen van een regeling. Dit is problematisch vanwege de besproken nadelen van opt-in, die tot onvoldoende internalisatie kunnen leiden.

Een door de rechter vastgestelde regeling is bindend voor de partijen en voor personen die de opt-in hebben gebruikt. Andere kunnen via de aanvaarding van een derdenbeding ook van een opt-in gebruikmaken. Sommigen auteurs vrezen dat dit het bereiken van een schikking kan belemmeren omdat belanghebbenden kunnen wachten totdat de uitkomst bekend is, alvorens te beslissen eraan gebonden te willen zijn. De financiële consequenties van de schikking zijn dan voor de gedaagde moeilijk te overzien. Daarom pleiten deze auteurs voor een opt-in eerder in de procedure.³⁰ Rechtseconomen willen juist een opt-out: de schadeveroorzaker draagt zo meer van de schade en vanwege de verwachte lage opt-outratio is er meer duidelijkheid over de financiële consequenties dan de voorgestelde opt-in.³¹

Rationele apathie en informatieasymmetrie kunnen ervoor zorgen dat niet elke belanghebbende de hem toekomende schadevergoeding zal opeisen. Een opt-out leidt dus niet per definitie tot betere compensatie dan een opt-in. In beide gevallen (geen gebruikmaken van een opt-in resp. het niet ophalen van de schadevergoeding) blijft de schade ongecompenseerd, maar bij de opt-in betaalt de schadeveroorzaker (veel) minder schadevergoeding dan bij de opt-out. Vanwege de betere internalisatie is de opt-out dus te verkiezen boven de opt-in. Het niet-geclaimde deel van de schadevergoeding bij de opt-outregeling moet dus ook niet terugvloeien naar de gedaagde, omdat deze die schade dan alsnog niet draagt.³²

4.2 Aanbevelingen Juristengroep

In april 2015 vond een stakeholderbijeenkomst plaats over het Voorontwerp. Naar aanleiding hiervan heeft een groep praktijkjuristen van zowel verwerende als eisende zijde in aanwezigheid van juristen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie een aantal discussiepunten verder doordacht, hetgeen in Aanbevelingen heeft geresulteerd. Deze bleken tijdens een tweede stakeholdersbijeenkomst op breed draagvlak te mogen rekenen. In deze paragraaf bespreek ik deze Aanbevelingen.³³

1. De eerste Aanbeveling wil dat er duidelijkere, strenge eisen aan de kwaliteit en ontvankelijkheid van belangenorganisaties worden gesteld, welke zijn geïnspireerd op de Claimcode. De belangenorganisatie moet gemotiveerd stellen dat en waarom zij aan de ontvan-

kelijkheidseisen voldoet. Bestaande organisaties zoals Consumentenbond en VEB worden vermoed aan de kwaliteitseisen (betreffende governance, financiering, transparantie, juridische vertegenwoordiging, expertise, track record en toe- en uittreding van de achterban) te voldoen.

Duidelijkheid is inderdaad wenselijk, omdat het systeemkosten over het wel of niet voldoen aan vage criteria kan vermijden. Het gevaar bestaat echter dat er hoge toetredingsbarrières voor belangenorganisaties worden opgeworpen die tot onwenselijke marktmacht van één of enkele organisaties leiden. Dit geldt temeer nu bestaande organisaties vermoed worden aan de eisen te voldoen. In paragraaf 2.3.2 bleek dat principaal-agentproblemen bij algemenere organisaties groter zijn dan bij nauwer afgebakende organisaties. Een te grote marktmacht voor een algemene organisatie zoals de Consumentenbond is een punt van zorg. Het is wenselijk dat voldoende concurrentie tussen organisaties mogelijk blijft.

2. De tweede Aanbeveling introduceert de mogelijkheid dat de rechter een Exclusieve Belangenbehartiger (hierna: 'EB') aanwijst, welke exclusief mag procederen in de collectieve actie. Bij de aanwijzing, waartegen geen hoger beroep openstaat, zijn o.a. de omvang van de achterban, de grootte van het vertegenwoordigde financiële belang en het track record van belang.

De beoordeling van deze Aanbeveling hangt af van hoe deze wordt ingevuld. Het ontbreken van hoger beroep legt in elk geval een zeer grote verantwoordelijkheid bij de rechter. De EB krijgt grote marktmacht, hetgeen een punt van aandacht is. Het is in elk geval noodzakelijk dat in de 'strijd' om wie EB wordt, voldoende concurrentie bestaat.

Voor zover het werken met een EB doublerende procedures over vergelijkbare zaken voorkomt, kan het de systeemkosten verlagen. Het is echter de vraag of hiervoor nodig is dat met één EB wordt gewerkt, waarbij de vraag is of de rechter voldoende aanknopingspunten heeft voor deze keuze. Gelukkig biedt de Aanbeveling de mogelijkheid om meer EB's aan te wijzen, zodat concurrentie behouden kan blijven.³⁴ Wel moet natuurlijk worden voorkomen dat verschillende procedures bij verschillende rechters lopen, maar daarin voorziet de Aanbeveling al. Groot voordeel van meerdere EB's is dat de band tussen de belangenorganisatie en de achterban nauwer kan zijn dan bij één EB die voor iedereen optreedt. De onderlinge concurrentie kan ervoor zorgen dat de EB's betere prikkels ontvangen om het belang van de vertegenwoordigden goed te dienen, zodat de kwaliteit van de dienstverlening hoger kan zijn dan bij één EB. Zelfs als de systeemkosten hierdoor zouden stijgen (hetgeen vanwege de grotendeels gelijkgerichte belangen waarschijnlijk zal meevallen), kunnen de betere resultaten hier ruimschoots tegen opwegen.

30 Van Duin en Lawant 2015, p. 14; Stapel en Thuis 2014, p. 189.

31 Zie ook Arons en Koster 2014, paragraaf 4.II. Ook Bosters e.a. 2015, p. 1590 e.v. zien het gebrek aan finaliteit als een groot probleem in de voorgestelde regeling.

32 Het betreffende bedrag zou bijvoorbeeld aan een stichting of een fonds kunnen worden uitgekeerd die daarmee andere collectieve acties kunnen financieren. Zie voor zulke *cy pres* methodes ook Tzankova 2005, p. 79, 80.

33 Ik laat Aanbeveling 4 over de *scope rule* buiten beschouwing.

34 Ook kunnen niet-EB's in de gelegenheid worden gesteld inhoudelijk te worden gehoord in de procedure, hetgeen eveneens wenselijk is.

3. De derde Aanbeveling introduceert een opt-out, om zo eerder duidelijkheid te krijgen over de binding van gedupeerden en over finaliteit. Individuele gedupeerden kunnen voor aanvang van de inhoudelijke procedure gebruikmaken van deze opt-out. Ze kunnen geen parallelle 305a-actie starten, maar kunnen wel een individuele procedure starten of procederen op basis van volmacht. Een eventuele *uitspraak* van de rechter is bindend voor de gedupeerden die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out. Als een *schikking* wordt bereikt die door de rechter verbindend wordt verklaard, dan hebben gedupeerden nog een opt-outmogelijkheid. De keuze voor opt-out kan worden toegejuicht. De laedens wordt zo beter met de door hem veroorzaakte schade geconfronteerd: strooischadeslachtoffers zullen waarschijnlijk geen gebruikmaken van de opt-out en benadeelden die wel gebruikmaken van de opt-out hebben waarschijnlijk voldoende belang om een individuele procedure te starten of te procederen op basis van volmacht. De opt-out na schikking bestrijdt slechte schikkingen als gevolg van principaal-agentproblemen, dus ook dit is wenselijk.

De Aanbevelingen maken niet duidelijk wat er met het geld moet gebeuren dat niet door gedupeerden wordt geclaimd. Vanuit economische optiek is het belangrijk dat dit niet terugvloeit naar de gedaagde, omdat dit de mate van internalisatie zou verminderen. Zeker nu andere organisaties geen parallelle procedures mogen voeren, is dit erg belangrijk. Immers, of individuele procedures of procederen per volmacht realistische opties zijn, is vanwege rationele apathie van strooischadeslachtoffers die hun vergoeding niet hebben geclaimd, zeer de vraag.

4. De laatste Aanbeveling pleit voor een vereenvoudiging van de voorgestelde procedure. De rechter stelt een termijn aan partijen voor het beproeven van een schikking. Wordt geen schikking bereikt, dan kan de gedaagde inhoudelijk op de collectieve vordering reageren. In geval van een collectieve schadevergoedingsactie kan de rechter in iedere stand van de procedure de EB bevelen de schade van de benadeelden nader te onderbouwen of te classificeren in schadeklassen. Bij een eventuele veroordeling tot schadevergoeding wordt de gedaagde veroordeeld om aan iedere gedupeerde die niet heeft geopt-out de schadevergoeding te voldoen. Benadeelden moeten zich daartoe binnen een door de rechter te bepalen termijn melden door van een formulier. Het vereenvoudigen van de procedure, zeker door schrappen van de stappen met een kleine kans op succes, kan positief worden beoordeeld. De systeemkosten dalen en de grotere dreiging van een rechterlijke vaststelling kan de schikkingsonderhandelingen stimuleren. Ook nu blijft de vraag bestaan wat er met het geld gebeurt dat niet wordt uitgekeerd omdat benadeelden zich niet tijdig hebben gemeld. Rationele apathie en informatie-asymmetrie kunnen ervoor zorgen dat partijen die niet hebben geopt-out evenmin zo'n formulier invullen. Dit geld moet niet terugvloeien naar de gedaagde, omdat hij anders het externe effect onvoldoende internaliseert.

5. Conclusie

Collectieve afhandeling van massaschade kan ervoor zorgen dat de laedens beter wordt geconfronteerd met de door hem veroorzaakte schade. Dit geldt vooral in gevallen waarin door rationele apathie, informatieasymmetrie en free-ridergedrag onvoldoende individuele procedures zouden worden aangespannen, of waarin geen enkele individuele eiser ontvankelijk zou zijn. Wel moeten bij zulke procedures principaal-agentproblemen en frivole claims worden tegengegaan.

Artikel 3:305a BW introduceerde de mogelijkheid van collectieve acties, maar verbiedt collectieve schadevergoedingsacties. De WCAM maakt een collectieve afhandeling van massaschade wel mogelijk, maar vereist een gezamenlijk verzoek. Geen van beide instrumenten kent dus een 'stok achter de deur'. Het Voorontwerp kent die wel, maar vanwege de keuze voor opt-in en de complexe en tijdrovende procedure is het de vraag of het wel een effectieve regeling is. De Aanbevelingen komen aan deze bezwaren tegemoet door voor een opt-outprocedure te kiezen die sterk vereenvoudigd is.

De opeenvolging van de besproken regelingen laat zien dat er steeds meer stappen in de (vanuit rechtseconomisch perspectief bezien) goede richting worden gezet. Toch blijven er nog enkele punten over die bij het vormgeven van het uiteindelijke wetsvoorstel aandacht verdienen. Het gaat hier met name om de vraag of de rechter de grote rol die hem wordt toegekend wel goed kan vervullen, en of de eisen die aan representativiteit en kwaliteit van de representatieve organisatie worden gesteld, niet tot een monopolie leiden. Concurrentie tussen zulke organisaties is belangrijk, niet alleen in de fase voorafgaand aan de procedure, maar ook tijdens de procedure. Het werken met meerdere EB's is vanuit dat perspectief wenselijk.

Deze bijdrage heeft een aantal punten aangestipt waar afwegingen tussen verschillende soorten kosten onvermijdelijk zijn. Bijvoorbeeld de afweging tussen hogere systeemkosten door het werken met meer EB's enerzijds en een groter principaal-agentprobleem bij het werken met één EB anderzijds. Of de afweging tussen de lagere systeemkosten bij een schikking waarbij de gedachte van volledige schadevergoeding wordt losgelaten enerzijds en de hogere systeemkosten van doorprocederen voor een mogelijk hogere schadevergoeding anderzijds. Voor het uiteindelijke rechtseconomische oordeel zijn de *totale maatschappelijke kosten* van belang, waarbij de kosten van voorzorgsmaatregelen, de schade die naar verwachting toch nog ontstaat, de mate waarin die schade wordt gespreid en de omvang van de systeemkosten allemaal meewegen. Collectieve schadevergoedingsacties spelen bij het verlagen van deze totale kosten een essentiële rol. De hierboven geschetste ontwikkelingen in Nederland kunnen, met de geplaatste kanttekeningen, vanuit dat perspectief dan ook positief worden beoordeeld.