

# Rechtseconomische beschouwingen over rechtshandhaving

Louis Visscher\*

## 1 Inleiding

Het onderwerp rechtshandhaving mag zich niet alleen in een grote juridische belangstelling verheugen, maar vormt ook in de rechtseconomie een *hot topic*. Rechtsregels, publiekrechtelijke en privaatrechtelijke, vormen in de economische visie instrumenten om diverse vormen van *marktfalen* te bestrijden. Hiermee worden uiteenlopende situaties bedoeld die resulteren in een lagere welvaart dan welke zonder het marktfalen zou zijn bereikt.<sup>1</sup> Onvolledige informatie, bijvoorbeeld, kan er toe leiden dat een koper de kwaliteit van een mogelijk te kopen product niet nauwkeurig kan vaststellen. Als de producent en/of de verkoper betere informatie hebben, kunnen deze proberen gebruik te maken van de informatievoorsprong door een prijs te vragen die hoger is dan de kwaliteit rechtvaardigt. De potentiële koper kan vanwege dit risico afzien van de transactie, terwijl er ook situaties zijn waarin de kwaliteit van het product de prijs wel rechtvaardigt en alle betrokken partijen baat zouden hebben gehad bij de transactie. Het privaatrecht kan proberen de gevolgen van deze informatieongelijkheid te beperken, onder meer via het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW en door een informatieplicht op de verkoper te leggen. Ook kan de producent via het opbouwen van een goede merkreputatie signalen afgeven over de kwaliteit van zijn producten. In paragraaf 2 bespreek ik in het kort de vormen van marktfalen die voor dit boek van belang zijn.

Het recht tracht gedragsprikkelers aan actoren te verschaffen, om zo hun gedrag in de gewenste richting te sturen. Wil het recht deze functie kunnen vervullen, dan moeten rechtsregels worden gehandhaafd, omdat de gedragsprikkelers anders illusoir blijven. Als een gedupeerde koper geen actie onderneemt tegen een malafide verkoper, dan ontvangt deze laatste geen gedragsprikkelers uit het consumentenrecht. En als een fabrikant eventuele inbreuken op zijn merkenrecht niet goed kan bestrijden, dan verliest het merk zijn onderscheidend vermogen, zodat het niet langer een kwaliteitssignaal kan afgeven. In paragraaf 3 ga ik in op het onderwerp '*optimal enforcement*', waarbij de relatieve voor- en nadelen van privaatrecht, bestuursrecht en strafrecht als handhavingsmechanisme aan de orde komen. Gezien het thema van dit boek zal ik hierbij de nadruk leggen op het privaatrecht. Vervolgens besteed ik aandacht aan het inzicht dat steeds rekening moet worden gehouden met de handhavingskosten, zodat niet moet worden gestreefd naar *maximale* maar naar *optimale* handhaving. Sommige normschendingen worden dus geaccepteerd, omdat het te duur is om ook deze schendingen tegen te gaan en/of omdat het te duur is om alle benodigde informatie te vergaren. Waar de focus in de centrale vraag uit de Inleiding van Engelhard bij de *effectiviteit* van de handhaving ligt, daar verschuift deze in de rechtseconomie dus naar de *efficiëntie* van de handhaving.

In paragraaf 4 pas ik het geschetste kader toe op een aantal juridische deelterreinen die in dit boek worden besproken, te weten consumentenrecht, mededingingsrecht, sancties in het vermogensrecht en procesrecht.

In paragraaf 5 kom ik tot mijn conclusies.

---

\* Louis Visscher is Universitair Hoofddocent Rechtseconomie bij het *Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE)* van de *Rotterdam School of Law* van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld Kanning/Kerkmeester 2008, p. 51.

Voordat ik aan een bespreking van rechtseconomische inzichten betreffende privaatrechtelijke rechtshandhaving begin, lijkt het mij zinvol om kort de positie van dit onderwerp in de rechtseconomie te schetsen en dit te vergelijken met de positie zoals deze uit het inleidende hoofdstuk van Engelhard blijkt. In dat hoofdstuk wordt rechtshandhaving gedefinieerd als ‘het nemen van juridische actie of maatregelen en/of het houden van toezicht ter bevordering van de naleving of sanctionering van de niet-naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten’. Deze definitie sluit goed aan bij de economische benadering, waar ook het belang van het bevorderen van de naleving van rechtsregels centraal staat. De sanctionering van niet-naleving wordt in de rechtseconomie niet als zelfstandig doel gezien. Sanctionering dient ter bevordering van de naleving van rechtsregels, zodat de tweedeling tussen bevorderen van naleving enerzijds en sanctionering anderzijds vanuit economische optiek niet moet worden gemaakt. Het geldend maken van aanspraken of rechten is wel van belang, zoals in paragraaf 3.3.1 bij de bespreking van de verschillende beschermingsvormen van aanspraken zal blijken.

De aandacht voor het privaatrecht als handhavingsmechanisme is in de rechtseconomie, anders dan blijkt uit het inleidende hoofdstuk in het recht, allerm minst iets van de laatste jaren. Het artikel ‘The Private Enforcement of Law’ van Landes en Posner uit 1975 en Polinsky’s artikel ‘Private versus Public Enforcement of Fines’ uit 1980 zijn hier duidelijke voorbeelden van. Ook de visie dat het aansprakelijkheidsrecht ‘moet bevorderen dat bepaalde kosten bij bepaalde groepen veroorzakers wordt gelegd opdat ze zich anders zullen gedragen en bepaalde schade wordt vermeden’ staat binnen de rechtseconomie al lang centraal. Coase’ klassieke artikel ‘The Problem of Social Cost’ uit 1960 en Calabresi’s al even klassieke boek ‘The Costs of Accidents’ uit 1970 bijvoorbeeld zijn gebaseerd op deze gedachte.

Veel van de onderwerpen die Engelhard in haar Inleiding noemt, zijn onderwerp van een uitgebreide rechtseconomische discussie (collectieve actie, directe actie, alternatieve geschillenbeslechting, private handhaving van het mededingingsrecht, *punitive damages*). Het onderwerp van dit boek mag zich dus in een grote rechtseconomische belangstelling verheugen. Kennisname van de verworven economische inzichten kan derhalve relevante argumenten opleveren die het debat over het verbeteren van de mogelijkheden van privaatrechtelijke rechtshandhaving kunnen verrijken. Ik hoop dat mijn hoofdstuk hieraan een bijdrage levert.

## **2 De economische rationale van het recht – bestrijden van marktfalen<sup>2</sup>**

### *2.1 Inleiding*

In het economische ideaaltype van *volkomen concurrentie* wordt maximale welvaart bereikt. Transacties tussen vele kopers en vele verkopers vinden kosteloos plaats op basis van volledige informatie, zodat goederen en rechten terecht komen bij degenen die ze het hoogste waarderen. Actoren houden bij hun beslissingen rekening met alle kosten en baten die hun gedrag veroorzaken, zowel voor zichzelf als voor derden. Activiteiten worden daardoor alleen uitgeoefend als de maatschappelijke kosten ervan lager zijn dan de maatschappelijke baten. De prijs van producten is gebaseerd op de productiekosten. Vanwege concurrentie worden de producenten gedwongen om zo efficiënt mogelijk te produceren, omdat consumenten het product anders bij de concurrent kopen.

Het moge duidelijk zijn dat het bovenstaande een theoretische situatie betreft. De werkelijkheid wijkt in meerdere of mindere mate af van dit ideaaltype. Zulke afwijkingen zijn vormen van marktfalen, welke resulteren in een welvaartsdaling. Rechtseconomen analyseren

---

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld Holzhauser/Teijl 1995, p. 7 e.v.; Van Velthoven/Van Wijck 2007, p. 47 e.v.; Kanning/Kerkmeester 2008, p. 45 e.v.

het recht als instrument om de negatieve gevolgen van dit marktfalen tegen te gaan. In de rest van deze paragraaf bespreek ik in het kort de vormen van marktfalen die voor deze bijdrage relevant zijn, vanwege de rechtshandhaving in de bijbehorende rechtsgebieden.

## 2.2 Marktmacht - mededingingsrecht

Als niet is voldaan aan de voorwaarde dat er zodanig veel verkopers zijn dat geen enkele aanbieder invloed kan uitoefenen op de prijs, dan kan de situatie ontstaan dat aanbieders hun prijs verhogen tot boven het niveau dat bij volkomen concurrentie zou zijn bereikt. Hierdoor vindt een *herverdeling* van welvaart van consumenten naar producenten plaats, omdat de consumenten meer voor de producten moeten betalen. Er vindt echter ook een *welvaartsdaling* plaats, omdat een deel van de consumenten het product niet meer zal kopen vanwege de te hoge prijs. De welvaartsstijging die deze consumenten zouden hebben gerealiseerd door het product aan te schaffen bij volkomen concurrentie, gaat dus verloren.

Naast dit *deadweight loss* brengt een monopolie nog andere nadelen mee. Ten eerste zijn er kosten verbonden aan het verwerven en het in stand houden van een monopolie (*'rent seeking'*). Voorts heeft een monopolist minder prikkels om verspilling in zijn productieproces tegen te gaan, omdat hij toch geen concurrentie ondervindt. Ten slotte krijgt een monopolist minder prikkels tot innovatie, waardoor de welvaarts groei afneemt.

Via het mededingingsrecht kunnen de nadelen van marktmacht worden bestreden, bijvoorbeeld door een verbod op concurrentie beperkende overeenkomsten (art. 81 EG) en een verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 82 EG). Door zulk gedrag te beboeten, wordt het minder aantrekkelijk gemaakt, wat de economische rationale van het mededingingsrecht is. Hiervoor is echter wel vereist dat eventuele inbreuken op het mededingingsrecht via publieke of private handhaving worden bestreden.

## 2.3 Negatieve externe effecten - civiele aansprakelijkheid, strafrecht en regulering

Gedragingen van de ene actor kunnen negatieve gevolgen hebben voor anderen, denk bijvoorbeeld aan milieuvervuiling, hinder en gevaarstelling. Als de veroorzaker niet voor de gevolgen opdraait, dan is er sprake van *negatieve externe effecten*. Doordat de actor geen rekening hoeft te houden met alle kosten, oefent hij de activiteit te vaak uit en krijgt hij onvoldoende prikkels om het externe effect te beperken of te voorkomen. De *private* kosten van de activiteit zijn weliswaar lager dan de private baten ervan (anders zou de actor de activiteit niet uitoefenen), maar de *totale maatschappelijke* kosten kunnen hoger liggen dan de private baten. De activiteit leidt in zulke gevallen tot een daling van de totale welvaart.

Via rechtsregels kan worden geprobeerd het externe effect te *internaliseren*. Toegepast op het voorbeeld van milieuverontreiniging kan de activiteit via heffingen duurder worden gemaakt, zodat deze minder vaak wordt uitgeoefend. Ook kan de heffing, als deze gebaseerd wordt op de mate van vervuiling, prikkels geven om maatregelen te treffen die de activiteit minder vervuilend maken. Aansprakelijkheid voor milieuschade, evenals mogelijke strafrechtelijke sancties voor milieudelicten, kunnen vergelijkbare zorg- en activiteitenprikkels geven. Via (bestuursrechtelijke) regulering kunnen eveneens gedragsvoorschriften worden gegeven die tot het gewenste gedrag leiden, zoals het voldoen aan vergunningsvoorwaarden. Steeds is echter handhaving nodig om de potentiële gedragsprikkels te kunnen realiseren.

## 2.4 Informatie als collectief goed – auteurs- en octrooirecht

Collectieve goederen zijn goederen waar geen markt voor is, vanwege hun *non-exclusiviteit* en *non-rivaliteit*. Dit houdt in dat het niet mogelijk is om iemand van het genot van het goed

uit te sluiten en dat het gebruik door de ene persoon niet ten koste gaat van de gebruiksmogelijkheden van een ander. Vanwege deze karakteristieken is het voor een potentiële aanbieder niet mogelijk om geld aan dit goed te verdienen. Het is immers niet mogelijk om gebruikers uit te sluiten die niet willen betalen. Evenmin is het zo dat het gebruik door de eventuele betalende gebruikers de gebruiksmogelijkheden van niet-betalende gebruikers beperken (dat zou de laatste groep nog de prikkel hebben kunnen geven toch te betalen).

Informatie heeft, zodra het is openbaar gemaakt, kenmerken van een collectief goed. Het kennisnemen van de informatie door de één gaat niet ten koste van de mogelijkheden van anderen om eveneens kennis te nemen van de informatie. Voorts is het vaak moeilijk of onmogelijk om niet-betalende gebruikers uit te sluiten, denk aan het illegaal downloaden van software of het kopiëren van boeken.

Als 'producenten' van informatie, zoals auteurs, muzikanten en uitvinders, de verspreiding van hun informatie na de initiële openbaarmaking niet kunnen tegengaan, dan bestaat het gevaar dat ze te weinig informatie zullen produceren, omdat ze de gemaakte kosten niet kunnen terugverdienen. Een farmaceutisch bedrijf, bijvoorbeeld, dat veel geld heeft geïnvesteerd in de ontwikkeling van een medicijn, zal deze kosten willen terugverdienen. Een concurrerend bedrijf dat het medicijn op de markt koopt en via *reversed engineering* de samenstelling achterhaalt, kan hetzelfde medicijn veel goedkoper produceren, omdat er geen hoge aanloopkosten hoeven worden terugverdiend. Als de oorspronkelijke producent hier niets tegen kan doen, is het zeer de vraag of het medicijn wel zal worden ontwikkeld.

Een bekende oplossing voor het probleem van collectieve goederen, is dat de overheid de productie ter hand neemt. Bij informatie als collectief goed bestaat echter een andere oplossing: intellectuele eigendom. Via auteursrechten en octrooien krijgen de producenten van de betreffende informatie het alleenrecht om de informatie te gebruiken, zodat ze wel degelijk geld kunnen verdienen, bijvoorbeeld via het uitgeven van licenties. Wil deze oplossing kunnen werken, dan moet worden opgetreden tegen inbreuken, zodat ook hier het handhavingsvraagstuk relevant is.

## 2.5 Onvolledige informatie – merkenrecht en consumentenrecht

In afwijking van het model van volkomen concurrentie bestaan er in de praktijk vaak informatieverschillen tussen de bij een transactie betrokken partijen. De verkoper van een zaak weet bijvoorbeeld meer over de kwaliteit dan de koper. Dit kan leiden tot het probleem van averechtse selectie: de koper is op zich bereid om een hoge prijs te betalen voor een kwaliteitsproduct, maar omdat hij de exacte kwaliteit van het product in kwestie niet kent, is hij in dit geval toch niet bereid een hoge prijs te betalen. Verkopers van kwaliteitsproducten zijn niet bereid te verkopen tegen de prijs die de koper wil betalen, zodat een welvaartsverhogende transactie niet tot stand komt. De enige producten die worden aangeboden voor de prijs die de koper wil betalen, zijn producten die maximaal de kwaliteit hebben die bij deze prijs behoort. De koper kan dus verwachten dat de gemiddelde kwaliteit van de aangeboden producten lager is dan de door hem geboden prijs, zodat hij niet langer bereid is deze prijs te betalen. Deze negatieve spiraal kan doorgaan totdat alleen nog producten van een lage kwaliteit worden aangeboden.

Het recht biedt een aantal mogelijke oplossingen voor dit probleem. Via een merk kan de verkoper van kwaliteitsproducten informatie over de kwaliteit aan de koper geven. Kopers zijn bereid om meer te betalen voor een product van een bepaald merk, omdat ze op basis van de informatie die het merk geeft, inschatten dat de kwaliteit die prijs rechtvaardigt, bijvoorbeeld omdat ze zelf eerdere ervaringen hebben met dit merk, of omdat ze ervaringen van anderen met dit merk kennen. Wil een merk deze functie kunnen vervullen, dan moet het merkenrecht uiteraard wel worden gehandhaafd. Naast het merkenrecht kan ook het

consumentenrecht een positieve rol vervullen. Er kunnen informatieplichten op de verkoper worden gelegd betreffende de eigenschappen van het product. Eveneens kunnen consumenten optreden indien het product niet de eigenschappen heeft die ze redelijkerwijs mochten verwachten. Net zoals voor andere rechtsgebieden geldt ook voor het consumentenrecht dat het moet worden gehandhaafd. Als dit te duur is voor de individuele consument of als deze niet eens weet dat er een normovertreding heeft plaatsgevonden, dan is private handhaving illusoir en kan publieke handhaving nodig zijn.

## *2.6 Het belang van handhaving*

In de bespreking van de verschillende vormen van marktfalen en de mogelijke reacties van het recht daarop, werd steeds duidelijk dat het recht moet worden gehandhaafd. Regels van mededingingsrecht, civiele aansprakelijkheid, auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht en consumentenrecht kunnen alleen de wenselijke gedragsprikkel aan de betrokken actoren geven, als deze actoren geconfronteerd worden met de gevolgen van hun handelingen. Handhaving is daarmee een cruciaal onderwerp in de rechtseconomie.

In de volgende paragraaf ga ik in op het leerstuk van optimale rechtshandhaving, waarbij de vraag aan bod komt onder welke omstandigheden private handhaving beter is en wanneer publieke handhaving verkieslijk is, wat voor soort remedie wenselijk is en op welk tijdstip de juridische interventie moet plaatsvinden. Ook zal ik aandacht besteden aan de kosten van handhaving, die mede afhangen van het type remedie dat wordt gehanteerd.

## **3 Optimale rechtshandhaving**

### *3.1 Inleiding*

Er bestaat een uitgebreide rechtseconomische literatuur over optimale rechtshandhaving. Deze term maakt direct duidelijk dat niet wordt gestreefd naar maximale handhaving ('koste wat het kost'). De voordelen van meer handhaving, bestaande uit een daling in het aantal normovertredingen, moeten worden afgewogen tegen de stijging in de handhavingskosten.<sup>3</sup> In economische termen moeten de uitgaven aan handhaving alleen worden verhoogd zolang de marginale (= extra) kosten kleiner zijn dan de marginale baten.

De Amerikaanse rechtseconoom Steven Shavell heeft een analysekader ontwikkeld waarin hij verschillende dimensies van rechtshandhaving onderscheidt.<sup>4</sup> Deze dimensies komen in de onderhavige paragraaf aan de orde: private versus publieke handhaving, het type remedie en het tijdstip waarop het recht ingrijpt.

### *3.2 Publieke of private handhaving?*

Voor de keuze tussen publieke en private handhaving is de beschikbaarheid van informatie over het bestaan van een normschending en over de identiteit van de normovertreder van belang. Voorts is relevant of de gekozen handhavingvorm de juiste handhavingsprikkel geeft: niet teveel, maar ook niet te weinig.<sup>5</sup>

#### *3.2.1 Informatie*

---

<sup>3</sup> Deze handhavingskosten bestaan onder andere uit de proceskosten en andere geschilkosten. Zie over dit onderwerp Jongbloed elders in dit boek.

<sup>4</sup> Shavell 1993. Zie ook Shavell 2004, p. 572 e.v.

<sup>5</sup> Van den Bergh/Visscher 2008a, p. 39.

Als private partijen goede informatie hebben over normschendingen en de identiteit van de overtreder, dan is het in beginsel niet wenselijk dat de overheid middelen uitgeeft aan publieke handhaving, omdat publieke rechtshandhaving duurder is dan private rechtshandhaving. In een archetypische onrechtmatigedaadszaak weet de gelaedeerde dat er een normschending heeft plaatsgevonden en weet hij eveneens wie de laedens is.<sup>6</sup> Deze informatie is niet aanwezig bij de overheid en de gelaedeerde heeft vaak een prikkel om deze informatie openbaar te maken, omdat hij een schadevergoedingsactie zal willen instellen. Onder deze omstandigheden zou publieke handhaving een verspilling van middelen betekenen.

Bij schending van (veiligheids)regulering kan dit echter anders zijn. Als er geen schade ontstaat, blijven private partijen wellicht onwetend over de schending. Publieke handhaving kan dan wenselijk zijn, omdat via toezicht controle op de naleving van regulering kan worden uitgeoefend, zonder dat er eerst schade moet ontstaan. De overheid kan eveneens een informatievoordeel hebben in vergelijking met individuen vanwege het opbouwen van expertise, en door het benutten van schaalvoordelen. Waar het voor individuele gelaedeerden te duur kan zijn om onderzoek te doen naar het bestaan van bepaalde risico's, kan dat voor de overheid wel degelijk mogelijk zijn, zeker als de resultaten van het onderzoek vervolgens op grotere schaal in regulering kunnen worden verwerkt. Als de betere informatie van de overheid via regulering wordt toegepast, kan dit tevens resulteren in betere gedragsnormen dan door individuele onrechtmatigedaadsacties geconcretiseerde zorgvuldigheidsnormen.<sup>7</sup> Ook in het mededingingsrecht vormen informatievoordelen van de overheid een argument voor publieke handhaving.<sup>8</sup>

Vaak zal een mix van handhavingsinstrumenten nodig zijn om de beste prikkels te geven, om zo de sterke punten van de verschillende methoden met elkaar te combineren. Regulering kan bijvoorbeeld minimumeisen stellen aan te nemen veiligheidsmaatregelen, terwijl civiele aansprakelijkheid aanvullende eisen kan stellen als de omstandigheden die vereisen of rechtvaardigen. Via de veiligheidsregulering wordt zodoende de door de overheid verworven informatie ter beschikking van alle relevante partijen gesteld, terwijl partijen die zelf over betere informatie beschikken via het onrechtmatigedaadsrecht aanvullende gedragsprikkels krijgen. De omstandigheid dat het voldoen aan vergunningsvoorwaarden niet vrijwaart tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, past goed in dit denkkader.

### *3.2.2 Handhavingsprikkels*

Voor wat betreft de juiste omvang van de handhavingsprikkels is het belangrijk om te beseffen dat private partijen in hun beslissing al dan niet een rechtszaak te beginnen tegen een normovertreder, een afweging maken van de private kosten van het instellen van de zaak en de verwachte private baten daarvan. Naast deze private kosten en baten bestaan er echter ook maatschappelijke kosten en baten. Er bestaat geen systematische relatie tussen de private en maatschappelijke kosten en baten, zodat private partijen vanuit maatschappelijk oogpunt verkeerde handhavingsbeslissingen kunnen nemen. Engelhard stelt in haar Inleiding terecht dat bij privaatrechtelijk optreden de opbrengsten veelal toekomen aan de eisende partij. Het gaat hier dan om de private baten van de rechtszaak. Dit neemt niet weg dat er eveneens maatschappelijke baten kunnen ontstaan door het privaatrechtelijk optreden. Als een laedens na een geslaagde schadevergoedingsactie van een gelaedeerde zijn gedrag verandert en zodoende in de toekomst minder schade veroorzaakt, dan is die daling in de verwachte schade een maatschappelijke baat, die niet aan de eiser toekomt. De tegenstelling die

---

<sup>6</sup> Landes/Posner 1975, p. 31; Shavell 1993, p. 267.

<sup>7</sup> Shavell 1984, p. 359 e.v. Zie ook Faure 1995, p. 142.

<sup>8</sup> Van den Bergh 2006, p. 144, 145; Van den Bergh/Keske 2007, p. 471 e.v.

Engelhard maakt met het publiekrecht, waar de opbrengsten hoofdzakelijk bestaan uit de maatschappelijke baten van vermeden schade, wordt binnen de rechtseconomie dus niet zo scherp aangezet.

In dit kader bestaan diverse problemen van private handhaving. Ten eerste kunnen private partijen *free rider* gedrag vertonen door geen rechtszaak te beginnen, in de hoop dat iemand anders (privaat of publiek) het wel doet. Als consument A nadeel ondervindt van de algemene voorwaarden van een producent, maar consument B of een belangengroep van consumenten een rechtszaak tegen de producent voeren en winnen, dan profiteert A van de uitkomst van het geding, zonder zelf kosten te hebben gemaakt. Als echter teveel betrokken partijen zich als *free rider* gedragen, kan het zijn dat de rechtszaak niet wordt gevoerd en dat de normovertreder niet met een sanctie wordt geconfronteerd. Publieke handhaving via bijvoorbeeld een consumentenautoriteit kan dan nodig zijn.<sup>9</sup>

Ten tweede kan de laedens insolvent zijn, zodat hij een eventuele schadevergoeding niet kan betalen. Private handhaving via het aansprakelijkheidsrecht kan dan geen juiste gedragsprikkel aan de laedens verstrekken.<sup>10</sup> Publieke handhaving kan een oplossing bieden, bijvoorbeeld via specifieke gedragsvoorschriften voor de potentiële laedens die zijn gedrag beïnvloeden voordat er schade ontstaat. Ook niet-financiële sancties zoals het intrekken van een vergunning waardoor de laedens zijn activiteit moet stopzetten, of vrijheidssancties uit het strafrecht kunnen een oplossing bieden.<sup>11</sup>

Ten derde kunnen, ook los van het insolventieprobleem, de private verwachte baten (zoals een verwachte schadevergoeding) van een rechtszaak lager zijn dan de maatschappelijke baten (de betere gedragsprikkel, die tot minder normschendingen aanleiding kunnen geven). Dit probleem speelt vooral in gevallen van strooischade, waar de schade per gelaedeerde klein is, maar de totale schade groot.<sup>12</sup> Geen enkele individuele gelaedeerde zal een rechtszaak willen beginnen (ze blijven *rationeel apathisch*), zodat de laedens niet met de door hem veroorzaakte schade wordt geconfronteerd. In situaties waarin het moeilijk is om normschending, causaliteit, onrechtmatigheid et cetera vast te stellen, kunnen de kosten van de procedure eveneens uitstijgen boven de verwachte baten, met rationele apathie als gevolg.

### 3.2.3 Mogelijke oplossingen binnen private handhaving

Voordat mag worden geconcludeerd dat informatieproblemen en/of rationele apathie publieke handhaving nodig maakt, moet eerst worden onderzocht of er binnen de private handhaving oplossingsrichtingen voor dit probleem bestaan.<sup>13</sup> Publieke handhaving is immers duurder dan private handhaving, zodat laatgenoemde de voorkeur verdient. Hieronder bespreek ik groepsacties en punitive damages als mogelijke oplossingen voor de geschetste problemen van private rechtshandhaving.

Er bestaan verschillende vormen van groepsacties, zoals collectieve acties (waarbij individuele eisers hun claims bundelen zodat er slechts één procedure hoeft te worden gevoerd) en representatieve acties (waarbij een organisatie namens haar leden of namens een groep slachtoffers de procedure voert). Zulke acties kunnen de informatieongelijkheid verkleinen, bijvoorbeeld doordat de representatieve organisatie vanwege specialisatie en schaalvoordelen over betere informatie kan beschikken dan de individuele slachtoffers.<sup>14</sup> Tevens kan het probleem van rationele apathie worden verkleind. Immers, de kosten per eiser

---

<sup>9</sup> Zie de bijdrage van Schaub elders in dit boek.

<sup>10</sup> Shavell 1986, p. 47.

<sup>11</sup> Zie hiervoor verder paragraaf 3.3 over de verschillende typen remedies.

<sup>12</sup> Tzankova 2005.

<sup>13</sup> Zie ook Van Boom 2006.

<sup>14</sup> Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 17.

dalen doordat er minder procedures worden gevoerd. Doordat de eisers gezamenlijk over meer financiële middelen beschikken dan elk afzonderlijk individu, kan er betere rechtsbijstand worden verkregen en kan er betere bewijsvergaring plaatsvinden, zodat de verwachte baten stijgen. Voorts wordt het financiële risico van het verlies van de zaak over meerdere personen gespreid, zodat het een lagere drempel vormt om een zaak te beginnen. Ten slotte kan het free rider probleem worden tegengegaan, voor zover de deelnemers aan de zaak kunnen worden gedwongen mee te betalen, bijvoorbeeld via lidmaatschapsgeld van de representatieve organisatie.<sup>15</sup>

Groepsacties kennen echter ook nadelen.<sup>16</sup> Vanwege de informatieasymmetrie tussen de actor die de groep vertegenwoordigt (een advocaat of de representatieve organisatie), kunnen er zogenaamde *principal-agent* problemen ontstaan. De belangen van de principalen (de eisers) en van de agent (de advocaat of de representatieve organisatie) zijn niet steeds gelijkgericht. Om er voor te zorgen dat de agent handelt in het belang van de principaal, is toezicht nodig, maar dat is kostbaar. In groepsacties, waar de belangen per principaal relatief laag zijn, kunnen deze toezichtskosten snel uitstijgen boven de baten ervan, zodat het voor de eisers niet rationeel is om toezicht te houden. Het is onder deze omstandigheden nog maar de vraag of de agent dan handelt in het beste belang van de principaal. De belangenorganisatie zou in een representatieve actie bijvoorbeeld meer bezig kunnen zijn met het verwerven van een bepaalde reputatie, dan met het behalen van het beste resultaat voor de leden.<sup>17</sup>

Een tweede probleempunt wordt gevormd door de beloningsstructuur van de advocaat of de representatieve organisatie. Rationeel apathische eisers zullen niet bereid zijn om van tevoren kosten te maken voor de rechtszaak. Een mogelijke oplossing voor dit probleem wordt gevormd door de invoering van *no cure no pay*, omdat er dan alleen betaald hoeft te worden als de collectieve actie succes heeft. Als de beloning tevens gebaseerd wordt op de omvang van het behaalde resultaat ('*quota pars litis*'), dan kunnen de *principal-agent* problemen die ontstaan bij het uurtariefsysteem bestreden worden. Wel bestaat nu het gevaar dat de advocaat of representatieve organisatie te snel schikt, omdat de volledige extra kosten van dooronderhandelen of procederen door deze agent worden gedragen, terwijl de baten ervan voor het grootste deel naar de principaal gaan.<sup>18</sup>

Een tweede oplossing voor de problemen van private handhaving, vooral voor wat betreft rationele apathie, bestaat uit het toestaan van punitive damages.<sup>19</sup> Rationele apathie ontstaat doordat de kosten van de procedure uitstijgen boven de verwachte baten. Punitive damages verhogen de verwachte baten, waardoor de afweging van private kosten en baten kan uitvallen in het voordeel van het instellen van de zaak. Deze mogelijke functie van punitive damages speelt een belangrijke rol in het concept van *treble damages* in het Amerikaanse mededingingsrecht,<sup>20</sup> evenals in de Europese discussies over *double damages*.<sup>21</sup>

In paragraaf 3.2.2 bleek dat de private en de maatschappelijke kosten en baten van rechtshandhaving uiteen kunnen lopen. Een individuele eiser die een rechtszaak instelt, dient niet alleen zijn eigen private belang, maar ook het maatschappelijke belang van het

---

<sup>15</sup> Van den Bergh/Visscher 2008b, p.22. Zie ook Stigler 1974, p. 360.

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld Miller 1998, Schäfer 2000; Silver 2000, p. 210 e.v.

<sup>17</sup> Dit probleem wordt ook gesignaleerd door Hondius in zijn bijdrage elders in dit boek.

<sup>18</sup> Zie onder andere Schäfer 2000, p. 192 e.v.; Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 24 en 26. De beloningsstructuur bij collectieve acties kwam recentelijk prominent in de Nederlandse media aan de orde in het kader van de woekerpolissen. Hierbij werd de vraag gesteld of de representatieve stichtingen niet te snel zouden schikken, omdat het bedrag dat zij hier zelf mee zouden verdienen, onafhankelijk was van het bereikte resultaat.

<sup>19</sup> Zie onder andere Visscher 2009.

<sup>20</sup> Wils 2003, p. 476.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld Van den Bergh e.a. 2006, p. 14, alsmede de Staff Working Paper van de Europese Commissie uit 2008. Zie ook de bijdrage van Freudenthal elders in dit boek.

verstrekken van gedragsprikkelers aan potentiële normovertreders. De verwachte private opbrengst omvat echter niet deze maatschappelijke baten en is daarom vanuit maatschappelijk oogpunt te laag, zodat er te weinig rechtszaken worden gevoerd. Punitive damages kunnen dit probleem oplossen.

### 3.3 Het type remedie

#### 3.3.1 Het raamwerk van Calabresi en Melamed

In paragraaf 3.2 heb ik de vraag besproken wanneer private rechtshandhaving beter is en wanneer publieke. Eveneens heb ik aandacht besteed aan mogelijke oplossingen voor informatieproblemen en rationele apathie binnen private rechtshandhaving. In de onderhavige paragraaf komen de verschillende remedies aan de orde die bij private en publieke handhaving kunnen worden gebruikt om actoren tot naleving van rechtsregels aan te zetten. Een belangrijk onderscheid dat in dit kader door Calabresi en Melamed is geïntroduceerd, is dat tussen *property rules* en *liability rules*.<sup>22</sup> Indien twee partijen conflicterende belangen hebben, dan moet allereerst worden bepaald welk belang prevaleert. Het is economisch gezien wenselijk ‘aanspraken’ (subjectieve rechten, maar ook rechtens erkende belangen) toe te wijzen aan degene die ze het hoogste waardeert. Als niet duidelijk is welke partij dit is, dan moet de aanspraak worden toebedeeld aan degene die een eventuele foute toewijzing het beste kan corrigeren.

De tweede vraag is hoe de toegekende aanspraken beschermd moeten worden. De auteurs onderscheiden hier bescherming via *property rules* en via *liability rules*.<sup>23</sup> Het is van belang te beseffen dat deze termen niet met de juridische begrippen ‘eigendom’ en ‘aansprakelijkheid’ moeten worden vertaald, noch dat ze zouden zien op goederenrecht respectievelijk verbintenissenrecht. Beide termen hebben in het raamwerk van Calabresi en Melamed een eigen betekenis. *Property rule* bescherming houdt in dat de aanspraak alleen bij de rechthebbende kan worden weggenomen na diens voorafgaande instemming. Er moet dus een vrijwillige transactie tot stand komen. Licenties in het octrooirecht en de vordering tot nakoming in het contractenrecht zijn hier voorbeelden van: het recht om gebruik te maken van de gepatenteerde vinding respectievelijk de bevoegdheid om de contractuele verplichtingen niet te hoeven vervullen, kunnen alleen worden verkregen als de wederpartij instemt. Onder de veronderstelling dat de betrokken partijen over het algemeen hun eigen subjectieve waarderingen het beste kennen, heeft *property rule* bescherming de voorkeur. Vrijwillige transacties garanderen immers dat beide betrokken partijen voordeel bij de transactie hebben, omdat ze anders niet zouden hebben ingestemd. De transactie verhoogt zo de welvaart. Als de transactiekosten laag genoeg zijn voor de betrokken partijen om een transactie aan te kunnen gaan, verdienen *property rules* dus de voorkeur.

*Liability rule* bescherming houdt in dat de aanspraak ook zonder voorafgaande instemming mag worden weggenomen, mits de objectief vastgestelde waarde van de aanspraak wordt vergoed, bijvoorbeeld via een schadevergoeding. Als de transactiekosten te hoog zijn om een vrijwillige transactie te bereiken, kan bescherming via een *liability rule* toch resulteren in een transactie en zo wellicht de welvaart verhogen. Immers, als degene die de aanspraak wegneemt deze hoger waardeert dan de objectief vastgestelde waarde, en deze objectief vastgestelde waarde goed overeenkomt met de subjectieve waardering van de rechthebbende, dan zorgt de onvrijwillige transactie er voor dat de aanspraak terecht komt bij degene die deze het hoogste waardeert. Dwanglicenties in het octrooirecht, de actie tot schadevergoeding

---

<sup>22</sup> Calabresi/Melamed 1972.

<sup>23</sup> De derde beschermingsvorm, *inalienability rules* (onvervreemdbaarheid), is vooral van belang bij bijvoorbeeld grondrechten. Deze vorm laat ik hier verder buiten beschouwing.

in het contractenrecht en onteigening zijn hier voorbeelden van: ook zonder instemming kan de transactie tot stand worden gebracht, maar daar moet wel een objectief vastgestelde vergoeding voor worden betaald.

Omdat het gevaar bestaat dat de objectief vastgestelde waarde lager is dan de subjectieve waardering van de rechthebbende, moeten liability rules alleen worden gebruikt als de transactiekosten te hoog zijn voor property rule bescherming. Ook vereisen liability rules meer overheidsingrijpen, omdat de objectieve waarde moet worden bepaald. Liability rules zijn derhalve duurder in hun toepassing.

### 3.3.2 *Onrechtmatigedaadsrecht: verbodsactie en schadevergoeding*

In het onrechtmatigedaadsrecht zijn in beginsel twee remedies voorhanden: een verbodsactie en schadevergoeding. Beide remedies kunnen de potentiële schadeveroorzaker van zijn gedrag weerhouden, hetzij door het te verbieden, hetzij door het duurder te maken. Een verbodsactie is een voorbeeld van property rule bescherming en heeft zoals gezegd de voorkeur in situaties van lage transactiekosten. Deze vorm van bescherming leidt er immers toe dat degene die de aanspraak van de rechtshebbende wil afnemen, een vrijwillige transactie dient aan te gaan. De rechthebbende zal alleen instemmen als hij de aanspraak minder waard vindt dan de prijs die hij ervoor ontvangt.

Mocht de potentiële schadeveroorzaker, ondanks de verbodsactie, zijn activiteit toch uitoefenen, dan kan de activiteit op last van een dwangsom worden beëindigd. Voor zover er reeds schade is ontstaan, dient de schadeveroorzaker deze te vergoeden. Vanuit economische optiek hoeft in zulke situaties van lage transactiekosten niet meer te worden beoordeeld of de schadeveroorzaker onzorgvuldig heeft gehandeld. Er wordt dus geen belangenafweging gemaakt. Het enkele veroorzaken van de schade in een situatie van lage transactiekosten zonder voorafgaande toestemming is voldoende voor het oordeel dat onrechtmatig is gehandeld. De schadeveroorzaker heeft door zijn gedrag inbreuk gemaakt op het recht van de rechthebbende: hij heeft diens aanspraak zonder voorafgaande toestemming weggenomen of aangetast. De onrechtmatigheidscategorie ‘inbreuk op een recht’ heeft daarom een zelfstandige bestaansgrond: zij zorgt ervoor dat in situaties van lage transactiekosten geen belangenafweging wordt gemaakt, maar stimuleert juist het aangaan van een vrijwillige transactie, waarbij de partijen zelf de waarde van de aanspraak bepalen.<sup>24</sup>

In situaties van hoge transactiekosten, zo bleek in paragraaf 3.3.1, verdienen liability rules juist de voorkeur, omdat property rule bescherming de totstandkoming van wenselijke transacties kan belemmeren. De primaire remedie in deze gevallen is dus een actie tot schadevergoeding. Art. 6:168 BW, dat in gevallen van zwaarwegende maatschappelijke belangen de verbodsactie uitsluit, past goed in dit denkkader.<sup>25</sup> Het vooruitzicht om schadevergoeding te moeten betalen, kan gedragsprikkels aan de laedens verstrekken, die hem kunnen aanzetten tot het treffen van meer voorzorgsmaatregelen en/of tot het aanpassen van zijn activiteitsniveau. Dit is vanuit economisch perspectief de primaire functie van schadevergoeding.

Het onrechtmatigedaadsrecht wordt in de economische literatuur als een relatief goedkoop instrument aangemerkt, omdat het vooral open normen gebruikt die alleen hoeven te worden geconcretiseerd als er schade is ingetreden. Veel van zulke gevallen zullen ook nog eens administratief worden afgedaan door verzekeringsmaatschappijen, of buiten rechte worden geschikt, wat de kosten nog verder verlaagt. Er zijn relatief weinig toezichtskosten, omdat het aan het slachtoffer is om een rechtszaak te beginnen. Hij heeft meestal informatie over het bestaan van de schade en vaak ook over de identiteit van de laedens. Dit laatste geldt veel

<sup>24</sup> Visscher 2006, p. 45; Kanning/Kerkmeester, p. 178, 179.

<sup>25</sup> Kerkmeester/Visscher 2003, p. 10.

minder in complexe zaken van bijvoorbeeld massaschade, waarbij dan ook de vraag moet worden gesteld of het onrechtmatigedaadsrecht wel het meest geschikte instrument is voor zulke gevallen.

Er bestaan diverse redenen waarom schadevergoeding niet steeds de juiste gedragsprikkel kan verstrekken, zodat naar andere remedies moet worden gezocht. Ten eerste zal niet elke schadeveroorzaker via het aansprakelijkheidsrecht met de gevolgen van zijn gedrag worden geconfronteerd, vanwege rationele apathie van de gelaedeerde(n), bewijsmoeilijkheden, et cetera. Collectieve acties en punitieve damages zijn al genoemd als mogelijk oplossingen voor dit probleem. Een ander probleem dat eerder aan bod is gekomen, is insolventie van de laedens. Als de schadeveroorzaker de schadevergoeding niet kan betalen, ontvangt hij onvoldoende prikkels uit het aansprakelijkheidsrecht. Zeker in gevallen waarin punitieve damages worden gebruikt om de te lage verwachte aansprakelijkheid te compenseren, ligt het risico van insolventie op de loer. Kwalitatieve aansprakelijkheden kunnen dit probleem bestrijden, voor zover de aansprakelijk gestelde niet insolvent is, en andere prikkels heeft om het gedrag van de potentiële schadeveroorzaker te beïnvloeden. Wel brengt deze oplossing extra toezichtskosten mee, omdat de principaal het gedrag van de agent moet controleren.<sup>26</sup> Ten derde kan het probleem bestaan dat niet alle schade van de gelaedeerde in de schadevergoeding tot uitdrukking komt. Dit speelt vooral bij immateriële schade, zoals in gevallen van letselschade en overlijden.<sup>27</sup> Ook bij subjectieve en/of onzekere schade, zoals de persoonlijke waardering van een uniek goed dat verloren is gegaan, bijvoorbeeld een schilderij, speelt het risico van onderwaardering een grote rol.

### 3.3.3 Bestuursrechtelijke boetes

De hierboven beschreven problemen van schadevergoeding werpen de vraag op of andere juridische sancties, bijvoorbeeld uit het bestuursrecht, beter geschikt zijn om de gewenste gedragsprikkel te verstrekken.<sup>28</sup> In het kader van het leerstuk van optimale rechtshandhaving kan een aantal overeenkomsten en verschillen tussen het onrechtmatigedaadsrecht en bestuursrechtelijke regulering worden genoemd. Vergelijkbaar met de verbodsacties en de schadevergoedingsactie uit het aansprakelijkheidsrecht, kan via het bestuursrecht ongewenst gedrag onmogelijk worden gemaakt door bijvoorbeeld geen vergunning te verlenen of deze in te trekken, en onaantrekkelijk worden gemaakt door er negatieve financiële consequenties in de vorm van een boete aan te verbinden. Er bestaan echter ook duidelijke verschillen.

Ten eerste vindt de normstelling in het bestuursrecht *ex ante* plaats, dit in tegenstelling tot het *ex post* karakter van het aansprakelijkheidsrecht. In situaties waarin de overheid betere informatie ter beschikking heeft dan rechters, is het beter dat de gedragsnormen via regulering door de overheid worden opgesteld dan dat dit door een rechterlijke concretisering van de zorgvuldigheidnorm gebeurt.<sup>29</sup> Ook kan de overheid gebruik maken van schaalvoordelen: de overheid kan onderzoek (laten) doen naar de risico's van bepaalde activiteiten, en de resultaten hiervan ten goede laten komen aan partijen die het onderzoek zelf niet hadden kunnen (laten) uitvoeren.

---

<sup>26</sup> Kraakman 2000, p. 670, 671.

<sup>27</sup> Visscher 2008.

<sup>28</sup> Zie hierover ook de bijdrage van Jurgens/Widdershoven elders in dit boek.

<sup>29</sup> Indien de potentiële schadeveroorzaker zelf de beste informatie heeft, is risicoaansprakelijkheid het aangewezen regime.

Vervolgens wordt de omvang van de remedie in het aansprakelijkheidsrecht bepaald door de schade, terwijl een bestuursrechtelijke boete ook hoger of lager dan de schade kan worden vastgesteld en dus flexibeler is.<sup>30</sup>

Voorts is schadevergoeding een zogenaamde *harm-based sanction*, terwijl een boete ook *act based* kan zijn. Act-based sanctions kunnen worden ingeschakeld zodra een bepaalde norm is geschonden, ongeacht of die normschending in schade heeft geresulteerd of zal resulteren. Harm-based sanctions daarentegen kunnen alleen worden gebruikt nadat schade is ontstaan.<sup>31</sup>

De omvang van act-based sanctions kan lager zijn dan die van harm-based sanctions, zonder dat de mogelijke preventieve werking teniet wordt gedaan, omdat niet elke normschending in schade resulteert.<sup>32</sup> Zo kan het risico van insolventie van de potentiële schadeveroorzaker worden bestreden. Dit geldt vanzelfsprekend nog sterker voor maatregelen die normovertreding onmogelijk maken, zoals het intrekken of niet verlenen van een vergunning. In paragraaf 3.4 ga ik verder in op het tijdstip van juridisch ingrijpen.

Een belangrijk voordeel van bestuursrechtelijke regulering is, dat dit het probleem van rationale apathie kan overwinnen, doordat het niet aan de individuele gelaedeerde is om het in werking te stellen. Vanzelfsprekend kan de overheid met haar beperkte budgetten niet alle normovertredingen tegengaan, maar de beslissing om al dan niet een actie in te stellen, wordt niet (louter) genomen op basis van een afweging van de private kosten en baten van de procedure.

Een nadeel van bestuursrechtelijke regulering, in vergelijking met het aansprakelijkheidsrecht, is de mogelijke invloed van belangengroepen bij het tot stand komen van de regelgeving. De gedragsnormen zouden onder invloed van zulke groepen kunnen leiden tot een bevoordeling van de betreffende groep(en), in plaats van correctie van marktfalen. Ook is de overheid bij het opstellen van de normen mede afhankelijk van informatie die wordt verstrekt door de partijen die gereguleerd worden. Dit opent het gevaar voor *regulatory capture*: de betrokken partijen verschaffen alleen de informatie die in hun voordeel werkt.<sup>33</sup>

Een ander nadeel ten opzichte van het onrechtmatigedaadsrecht wordt gevormd door de hogere kosten.<sup>34</sup> Het uitvaardigen van gedetailleerde ex ante gedragsvoorschriften is kostbaarder dan het formuleren van een open ex post te concretiseren zorgvuldigheidnorm. Voorts vereist het ex ante karakter van regulering toezicht, voordat bekend is of er sprake is van normovertreding en/of schade. Zo worden bijvoorbeeld door de Voedsel en Waren Autoriteit restaurants bezocht waarvan bij controle blijkt dat ze de regels hebben overtreden, maar ook restaurants die zich overeenkomstig de norm hebben gedragen. Ten slotte is regulering minder flexibel dan het onrechtmatigedaadsrecht en kunnen de regels inmiddels verouderd zijn.

### 3.3.4 Strafrechtelijke boetes en vrijheidssancties<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> De Geest, G./Dari-Mattiacci 2003.

<sup>31</sup> Shavell 1993, p. 257, 258.

<sup>32</sup> Een eenvoudig cijfervoorbeeld (ontleend aan Shavell 1993, p. 261) kan dit inzichtelijk maken. Stel dat iemand een voordeel van € 50 behaalt bij het begaan van een normovertreding die in 20% van de gevallen in schade resulteert. Stel vervolgens dat de pakkans 30% is, en dat er eveneens een 30% kans is op aansprakelijkstelling indien schade is ontstaan. Een act-based sanction moet minimaal € 166,66 zijn om het gedrag af te schrikken (30% van € 166,66 is € 50). Een harm-based sanction moet echter minimaal € 833,33 zijn om hetzelfde effect te hebben (30% van 20% van € 833,33 is € 50).

<sup>33</sup> Levine 1998.

<sup>34</sup> Zie over de handhavingskosten van aansprakelijkheid en regulering ook Innes 2004.

<sup>35</sup> Vanwege de beperkte relevantie van het strafrecht voor dit boek beperk ik mij in deze paragraaf tot enkele rechtseconomische kanttekeningen betreffende strafrechtelijke rechtshandhaving.

Strafrechtelijke boetes kennen in beginsel dezelfde flexibiliteit als bestuursrechtelijke boetes, omdat ze niet noodzakelijkerwijs zijn gekoppeld aan het bestaan van schade, noch aan de omvang daarvan. Vanwege de negatieve connotatie zullen ze als ernstiger worden ervaren dan bestuursrechtelijke boetes, zodat ze een sterkere preventieve werking kunnen hebben.<sup>36</sup> Dit geldt ook voor vrijheidssancties, die nog sterker dan boetes als negatief zullen worden ervaren, wat het probleem van een lage veroordelingskans bestrijdt. Het niet-financiële karakter vormt tevens een oplossing voor het insolventieprobleem. Het leedtoevoegende karakter, het reputatie-effect en de ingrijpendheid van de sancties vereisen in het strafrecht verregaande waarborgen tegen onterechte veroordelingen, hetgeen het een duur instrument maakt. Het strafrecht moet daarom als *ultimum remedium* worden gehanteerd.

### 3.3.5 Compliance en deterrence strategieën<sup>37</sup>

In het streven normovertredingen tegen te gaan, zijn de hierboven genoemde methoden van schadevergoeding en boetes voorbeelden van *deterrence strategieën*: door middel van sancties wordt getracht overtredingen te voorkomen. Een alternatief wordt gevormd door *compliance strategieën*: door actoren te informeren over de toepasselijke normen, ze advies te geven over hoe de normen na te leven, door te waarschuwen bij overtreding en door alleen te sanctioneren als de voorgaande stappen niet het gewenste resultaat opleveren, wordt geprobeerd ze te overtuigen de regels na te leven. Veiligheid op de werkvloer, bijvoorbeeld, kan worden bevorderd door via de dreiging van aansprakelijkheid uit art. 7:658 BW prikkels aan de werkgever te verschaffen om maatregelen te treffen die schade van de werknemer kunnen voorkomen. Ook kunnen overtredingen van de arbeidsomstandighedenwetgeving bestuursrechtelijk worden gesanctioneerd.<sup>38</sup> Een compliance strategie zou er bijvoorbeeld in kunnen bestaan dat de Arbeidsinspectie bij een geconstateerde overtreding de werkgever adviseert hoe hij de overtreding kan opheffen.

Deterrence strategieën verdienen de voorkeur als de kosten van naleving de private baten van naleving door de actor duidelijk overstijgen. Deze actor heeft dan immers prikkels om niet na te leven, zodat hij bij compliance strategieën eerst een controle en eventuele waarschuwing zal afwachten. Voorts werken compliance strategieën niet goed als potentiële overtreders tegen lage kosten kunnen wisselen tussen wel naleven en niet naleven, als ze op kosten kunnen besparen door naleving uit te stellen en als de pakkans laag is. Suurmonds onderzoek naar handhaving van brandveiligheidsregulering in de horeca ziet op zulke situaties: het is relatief eenvoudig om bijvoorbeeld tafels voor nooduitgangen weg te halen als er een controle plaatsvindt, om ze daarna weer terug te plaatsen. Omdat controles infrequent zijn en van tevoren worden aangekondigd, is de pakkans zeer laag. Suurmonds conclusie dat een verschuiving in de richting van deterrence strategieën wenselijk is, mag dus niet verbazen.<sup>39</sup> Aanvullende privaatrechtelijke handhaving in de vorm van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan dan een goede rol vervullen.

### 3.4 Het tijdstip van ingrijpen

---

<sup>36</sup> Ogus/Abbott 2002, p. 287 en 292.

<sup>37</sup> Omdat de literatuur over compliance versus deterrence strategieën vooral ziet op handhaving via het bestuursrecht in plaats van via het privaatrecht, geef ik in deze paragraaf alleen de belangrijkste conclusies weer, zonder deze literatuur gedetailleerd te bespreken. De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar bijvoorbeeld Burby/Paterson 1993; Nyborg/Telle 2004; Suurmond 2007 en Suurmond 2008.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld Faure 1995, p. 142 e.v.

<sup>39</sup> Suurmond 2007, p. 21; Suurmond 2008, p. 338.

Juridische interventie kan op verschillende tijdstippen plaatsvinden. De vroegste fase waarin het recht kan ingrijpen, is het onmogelijk maken van de normschending (in het rechtseconomisch jargon heet dit *preclusion*). De verbodsactie uit art. 3:296 BW is hier een voorbeeld van. De onmogelijkheid een registergoed over te dragen zonder tussenkomst van een notaris past ook in dit idee, omdat op deze wijze dubieuze transacties direct worden tegengegaan.<sup>40</sup> De eerstvolgende fase van ingrijpen is na de normovertreding, maar voordat (dan wel ongeacht of) schade is ontstaan. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een contractueel boetebeding dat intreedt ongeacht of de crediteur schade heeft geleden of zal lijden. Harm-based sanctions zoals schadevergoeding uit onrechtmatige daad of contract, ten slotte, worden pas toegepast nadat schade is ontstaan.

Het optimale tijdstip van ingrijpen hangt af van veel factoren. Als de maximale omvang van de mogelijke sancties beperkt is, bijvoorbeeld vanwege insolventie of overwegingen van rechtvaardigheid, dan is het onmogelijk maken van de normovertreding de beste oplossing. Naarmate de mogelijke omvang van de sancties stijgt, worden act-based en harm-based sanctions ook mogelijk.<sup>41</sup>

De kosten van toezicht en handhaving zijn een tweede relevante factor. Als *preclusion* onmogelijk of te duur is, bijvoorbeeld omdat het continu toezicht vereist, dan moet worden gekozen voor act-based of harm-based sanctions. Waar *preclusion* echter relatief goedkoop is, zoals het deugdelijk omheinen van een terrein zodat er geen afval kan worden geloosd, is dit vaak aantrekkelijk dan de andere instrumenten. Voor zover het intreden van schade een signaal kan zijn van een normovertreding, zijn harm-based sanctions aantrekkelijk in situaties waarin toezicht op de naleving van regels te kostbaar is.

De derde relevante factor is de beschikbare informatie. Als de actoren zelf goede informatie hebben over de mogelijke gevolgen van hun gedrag, dan geven harm-based sanctions de juiste prikkels. Als ze die gevaren niet kennen, maar ze weten wel dat bepaald gedrag verboden is, dan zijn act-based sanctions weer beter. Als ook deze informatie ontbreekt, dan is het onmogelijk maken van bepaald gedrag verkieslijk, mits de relevante autoriteiten voldoende informatie hebben en de extra handhavingskosten goedge maakt worden door het betere gedrag van de actoren.

In de bijdrage van Keirse elders in dit boek komt het tijdstip van ingrijpen nadrukkelijk terug. De opmerking dat de primaire plicht in het verbintenissenrecht is schade te voorkomen en dat de verplichting schade te vergoeden een secundaire plicht is, wordt vanuit de rechtseconomie van harte onderschreven. De stelling dat het privaatrecht aan doelmatigheid verliest door de aandacht (*ex post*) te richten op de rechten van de schuldeiser in plaats van (*ex ante*) op de plichten van de schuldenaar, kan echter alleen worden onderschreven voor zover de extra kosten van het concentreren op de schadevoorkomingsplicht<sup>42</sup> niet groter zijn dan de extra baten in de zin van schadevermijding. Het effectueren van een schadevoorkomingsplicht impliceert immers toezicht en een overgang van harm-based sanctions naar *preclusion*, met alle bijkomende kosten van dien. Het is daarom de vraag of het privaatrecht het meest geschikte instrument is om 'onze aandacht in de tijd naar voren te halen', of dat daarvoor publieke handhaving beter geëigend is.

---

<sup>40</sup> De betrokkenheid van een notaris kan vanzelfsprekend niet alle dubieuze transacties voorkomen, zie de bijdrage van Van Oostrom elders in dit boek.

<sup>41</sup> Zie bijvoorbeeld Polinsky/Shavell 2000, p. 232.

<sup>42</sup> Mijns inziens betreft de door Keirse aangehaalde jurisprudentie vooral een schadebeperkingsplicht, niet een schadevoorkomingsplicht. Een schadebeperkingsplicht wordt in de rechtseconomie in beginsel positief beoordeeld, zie bijvoorbeeld Visscher 2006, p. 204 e.v.

### 3.5 Optimale handhaving vereist een combinatie van instrumenten

Uit het bovenstaande overzicht volgt dat voor het bereiken van optimal enforcement een combinatie van instrumenten vereist is.<sup>43</sup> Zo kan regulering minimumeisen stellen aan bijvoorbeeld productveiligheid en arbeidsomstandigheden, terwijl via privaatrechtelijke instrumenten zoals productaansprakelijkheid (art. 6:185 e.v. BW) en werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:685 BW) aanvullende eisen kunnen worden gesteld. In geval van rationele apathie kan het nodig zijn de privaatrechtelijke actie tot schadevergoeding te combineren met publiekrechtelijke boetes zoals *follow-on* schadevergoedingsacties nadat een mededingingsautoriteit een boete heeft opgelegd. Bij insolventie kan het nodig zijn om naast financiële sancties zoals schadevergoeding of boetes, ook vrijheidssancties mogelijk te maken.

In beginsel bestaat een voorkeur voor handhaving via het aansprakelijkheidsrecht, vanwege de bij de partijen aanwezige informatie, de relatief lage kosten, de open normen, het ex post karakter en de beperkte gevoeligheid voor de invloed van belangengroepen. Als het aansprakelijkheidsrecht vanwege informatieproblemen, insolventie, bewijsproblemen of rationele apathie niet goed werkt, wordt publiekrechtelijke handhaving belangrijker. Voorbeelden van situaties waarin het onrechtmatiggedaadsrecht niet goed functioneert en regulering daarom gewenst is, zijn het vermijden van brand in een restaurant (hoge verwachte schade), gezondheidsgelateerde schade (problemen met het bewijzen van causaliteit) en milieuschade (causaliteitsproblemen en gespreide schade).<sup>44</sup>

## 4 Het economische analyse kader toegepast op enkele onderwerpen uit dit boek

In de onderhavige paragraaf zal ik het hierboven uiteengezette denkkader toepassen op enkele onderwerpen die in andere hoofdstukken van dit boek aan de orde zijn gekomen. Ik zal achtereenvolgens ingaan op consumentenrecht, mededingingsrecht, sancties in het vermogensrecht en procesrecht.

### 4.1 Consumentenrecht

In haar hoofdstuk over handhaving van consumentenrecht geeft Schaub aan dat consumenten vaak niet de kennis en de middelen tot hun beschikking hebben om hun rechten effectief te kunnen handhaven. Jongbloed wijst er daarnaast voor het privaatrecht in bredere zin op dat de kosten en de moeite van een procedure de geleden verliezen te boven kunnen gaan, zodat de gelaedeerde geen rechtszaak zal beginnen, zelfs als hij de kennis en de middelen heeft. Schaub's stelling dat alternatieve geschillenbeslechting en collectieve handhaving dan nodig zijn, past goed in het economische denkkader, waar problemen van informatieasymmetrie en rationele apathie tot vergelijkbare conclusies leiden.<sup>45</sup>

Schaub onderzoekt of het beschikbare instrumentarium tot *effectieve* handhaving van het consumentenrecht kan leiden, dus of het in het materiële recht geboden niveau van bescherming daadwerkelijk tot zijn recht kan komen. In de rechtseconomie wordt veeleer gezocht naar *efficiënte* handhaving, waarbij de kosten van additionele handhaving niet mogen uitstijgen boven de baten ervan.

Schaub betoogt onder verwijzing naar Van Boom<sup>46</sup> dat de ex post remedies in het consumentenrecht vaak minder geschikt zijn om een ex ante gedragsverandering bij

<sup>43</sup> Zie bijvoorbeeld Shavell 1984, p. 365; Faure 1995, p. 143 e.v., Van den Bergh/Keske 2007, p. 473 e.v.

<sup>44</sup> Shavell 1993, p. 279. Zie ook Boyer en Porrini 2002, p. 246.

<sup>45</sup> Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 13 e.v.

<sup>46</sup> Van Boom 2007.

professionele partijen te bewerkstelligen, maar dat de ex ante gebods- of verbodsactie waarschijnlijk niet door consumenten wordt ingesteld omdat de kosten en moeite hier vaak groter zijn dan het belang van de consument. In economische termen zijn de harm-based sanctions niet geschikt om de juiste prikkels te geven en lijden de mogelijke maatregelen van preclusion onder het euvel van rationele apathie en van free riders: waarom zou consument A alle kosten van een gebods- of verbodsactie dragen, als alle andere consumenten daar van mee profiteren? Het individuele belang van consument A zal vaak kleiner zijn dan de kosten van de procedure, maar de gezamenlijke belangen van alle betrokken consumenten kunnen wel degelijk boven de kosten van de procedure uitstijgen.

De visie dat de consument als zwakke partij moet worden gezien die moet worden beschermd tegen de sterke producent, wordt in de rechtseconomie niet zonder meer gedeeld. De relevante vraag is eerder welke vormen van marktfalen zich in het consumentenrecht voordoen en hoe deze opgelost kunnen worden. Het corrigeren van een eventuele machtsongelijkheid is geen relevante doelstelling in zichzelf, als de oorzaken van het marktfalen niet worden weggenomen. In het consumentenrecht zullen vooral problemen van asymmetrische informatie en transactiekosten een rol spelen.<sup>47</sup> Informatieplichten van de verkoper, garanties, conformiteitseisen en remedies voor wanprestatie kunnen hier een nuttige rol vervullen.<sup>48</sup>

Schaubs stelling, dat art. 3:305a BW op basis waarvan belangenorganisaties een collectieve actie kunnen instellen een waardevol instrument is voor de handhaving van consumentenrechten, wordt door economische argumenten ondersteund. Collectieve acties kunnen immers het probleem van rationele apathie verkleinen, alsmede informatieproblemen overwinnen en het free rider probleem ten dele oplossen.<sup>49</sup> De beperking dat de collectieve actie niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld wordt zowel door Schaub als door rechtseconomen negatief beoordeeld.<sup>50</sup> De Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (Wcam) ondervangt dit probleem weliswaar gedeeltelijk, maar omdat een verzoek tot verbindendverklaring door beide partijen gezamenlijk moet worden ingediend, ontbreekt de dreiging van schadevergoeding voor een niet-coöperatieve laedens. Volledigheidshalve moet ook worden gewezen op de mogelijke nadelen van collectieve acties, die in de uiteindelijke keuze om zulke acties mogelijk te maken, moeten worden meegewogen.<sup>51</sup> Zo is het de vraag of degene die de collectieve actie uitvoert, wel echt in het belang van de vertegenwoordigden optreedt. Het gevaar bestaat, zeker als de vertegenwoordigden vanwege rationele apathie geen of weinig toezicht houden, dat de vertegenwoordiger vooral zijn eigen belangen behartigt. Ook kunnen collectieve acties worden gebruikt om de gedaagde aan te zetten tot een schikking, om zo reputatieschade te voorkomen, zelfs als de collectieve claim ongefundeerd is.

Publieke handhaving door bijvoorbeeld de Consumentenautoriteit past in beginsel goed in het economische denkkader, omdat het de problemen van private handhaving kan oplossen. Van den Bergh en Luth betogen echter dat de aandachtsgebieden van de Consumentenautoriteit niet steeds in overeenstemming zijn met economische inzichten. Voor wat betreft onredelijke bedingen in algemene voorwaarden geldt wel dat de Consumentenautoriteit een nuttige rol kan vervullen, omdat er hier duidelijke sprake is van een informatieachterstand aan de kant van de consument. Voor wat betreft bijvoorbeeld pakketreizen is het echter de vraag of er niet

---

<sup>47</sup> Van den Bergh 2003, p. 81, 82.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld Van den Bergh/Visscher 2009, waar op p. 134 e.v. wordt betoogd dat minimale garantietermijnen waarvan niet bij contract kan worden afgeweken, negatief moeten worden beoordeeld omdat het partijen niet toestaat een kortere termijn af te spreken, zelfs niet als ze dat beiden willen.

<sup>49</sup> Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 16 e.v.

<sup>50</sup> Zie ook Visscher 2004.

<sup>51</sup> Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 23 e.v. Zie ook Miller 1998, Schäfer 2000; Silver 2000, p. 210 e.v.

een te hoog niveau van consumentenbescherming wordt nagestreefd. Via de prijs van de producten draait de consument uiteindelijk op voor deze extra bescherming, terwijl hij zelf die informatie vaak tegen lagere kosten ook had kunnen verwerven.<sup>52</sup>

Het laatste onderwerp uit het consumentenrecht dat ik wil bespreken, wordt gevormd door de afkoelingsperiodes. Schaub geeft het voorbeeld van een consument die wordt overrompeld door een telemarketeer. Art. 7:46d BW geeft de consument die via koop op afstand een zaak heeft aangeschaft, gedurende zeven werkdagen het recht de koop zonder opgaaf van redenen te ontbinden. Art. 7:48c BW biedt een tiendaagse afkoelingsperiode bij de koop van *timeshares* van onroerende zaken.

Afkoelingsperiodes vinden hun juridische rationele voornamelijk in de wens de zwakkere contractspartij te beschermen. De omstandigheid dat het contact vaak op initiatief van de verkoper wordt gelegd en dat de consument vaak onvoorbereid is en overrompeld wordt, versterken deze wens. Vanuit economische optiek is een afkoelingsperiode echter vooral een instrument om marktfalen te corrigeren.<sup>53</sup> Zo kunnen de (korte termijn) voorkeuren van een consument die tijdens de vakantie een timeshare koopt geheel anders zijn dan zijn voorkeuren als hij weer thuis is. De in een opwelling gekochte timeshare blijkt dan helemaal niet zijn nut te verhogen. Een afkoelingsperiode kan dit probleem bestrijden. De druk die telemarketeers soms uitoefenen, kunnen eveneens tot beslissingen van consumenten leiden die ze later betreuren. Ook worden via zulke verkooptechnieken vaak ‘situationele monopolies’ gecreëerd, waardoor de prijs kan worden opgedreven. De consument wordt er namelijk van overtuigd dat het kostbaar is om alternatieve aanbieders te onderzoeken.<sup>54</sup> Ten slotte heeft de consument een informatieachterstand, doordat hij pas na de koop de zaak daadwerkelijk in handen krijgt zodat hij deze kan inspecteren. Ook bij de aankoop van een timeshare heeft de consument niet alle relevante informatie. De afkoelingsperiode geeft hem de mogelijkheid om alsnog te beoordelen of de zaak wel aan zijn wensen voldoet en of de prijs niet te hoog was.

Voor de informatiefunctie moet de afkoelingsperiode lang genoeg zijn om de vereiste informatie te kunnen verkrijgen. De tiendagetermijn bij timesharing is hier te kort voor. Voor koop op afstand is het afhankelijk van het type zaak of zeven dagen te kort is (bij zaken waarvan de eigenschappen pas bij langer gebruik blijken) of juist te lang (bij zaken waarvan de eigenschappen snel kunnen worden vastgesteld). Voor het bestrijden van het kopen in een opwelling is de tiendagetermijn bij timesharing waarschijnlijk te kort als de koper in die periode nog niet in zijn normale ritme is teruggekeerd. Voor wat betreft het situationele monopolie lijkt zeven dagen lang genoeg, omdat het de consument de mogelijkheid biedt de prijs te vergelijken met die van andere aanbieders.<sup>55</sup>

Afkoelingsperiodes kennen ook enkele nadelen. Zo kunnen consumenten ze misbruiken, bijvoorbeeld door het product gedurende die periode te gebruiken en dan alsnog terug te sturen.<sup>56</sup> De eis van verzegeling uit art. 7:46d lid 4 sub c bestrijdt dit probleem voor de betreffende categorie zaken. Ook zou een gebruiksvergoeding voor de verstreken periode kunnen worden overwogen. Vervolgens stijgen de transactiekosten, omdat de afkoelingsperiodes vertraging en onzekerheid veroorzaken. Voor zover de verkopers deze kosten in de prijs kunnen omslaan, betalen consumenten dus zelf voor de verkregen bescherming. Het is hierbij de vraag of ze die bescherming de prijs wel waard vinden.

---

<sup>52</sup> Van den Bergh/Luth.

<sup>53</sup> Zie Rekaiti/Van den Bergh 2000, p. 375 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

<sup>54</sup> Rekaiti/Van den Bergh 2000, p. 378, 379.

<sup>55</sup> Zie voor deze beoordeling van de duur van de periodes Rekaiti/Van den Bergh 2000, p. 387-392 en de daar aangehaalde literatuur.

<sup>56</sup> Rekaiti/Van den Bergh 2000, p. 381 e.v.

Immers, ook de consumenten die tevreden zijn en van tevoren gedegen onderzoek hebben gedaan naar wat ze willen, betalen voor bescherming die ze niet nodig hebben.

#### 4.2 Mededingingsrecht

Freudenthals hoofdstuk over het mededingingsrecht biedt een aantal interessante aanknopingspunten voor een rechtseconomische beschouwing. Vanzelfsprekend kan ik in deze paragraaf niet op alle aspecten ingaan, zodat ik mij beperkt tot de meest in het oog springende onderwerpen vanuit het onderwerp van private handhaving.<sup>57</sup> Alvorens op deze onderwerpen in te gaan, is het interessant te wijzen op Freudenthals opmerking dat aan bestuursrechtelijke en civielrechtelijke handhaving conflicterende doelstellingen ten grondslag liggen. Bij bestuursrechtelijke handhaving is het doel preventie, terwijl dit bij privaatrechtelijke handhaving het voorkomen van normschendende gedragingen (is dit geen preventie?) en het compenseren van de veroorzaakte schade is. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat in de rechtseconomie ook bij private handhaving het preventiedoel centraal staat, en dat compensatie het middel is waarmee dit doel wordt nagestreefd.<sup>58</sup> De visie dat voor privaatrechtelijke handhaving geen rol zou zijn weggelegd als afschrikwekkende maatregel, wordt in de rechtseconomie dus niet gedeeld. Private handhaving kan een welkome aanvulling vormen op publieke handhaving, zeker nu de mededingingsautoriteiten vanwege beperkte middelen een selectie moeten maken betreffende de te vervolgen inbreuken.<sup>59</sup> Wel kent private handhaving een aantal problemen die moeten worden opgelost, om de preventieve werking te verbeteren.

Freudenthal geeft in dit kader aan dat het moeilijk is voor gedupeerden, vooral voor indirecte afnemers, om schadevergoeding te krijgen, ondermeer omdat het moeilijk is om de omvang van de schade te bewijzen. Ook lijden de gedupeerden vaak slechts een geringe individuele schade, zodat ze de kosten van de procedure te hoog. In economische termen is er dus sprake van rationele apathie, die resulteert in een te lage veroordelingskans. Het is opvallend dat de oplossingen die in de rechtseconomie voor dit probleem worden aangedragen (punitive damages en collectieve acties), in Europa sceptisch worden beoordeeld. Freudenthal noemt punitive damages zelfs als voorbeeld van ‘negatieve aspecten van de Amerikaanse privaatrechtelijke handhaving’.

In het Groenboek *Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*<sup>60</sup> uit 2005 overwoog de Europese Commissie de invoering van *double damages* voor horizontale kartelinbreuken. Dit past op zich goed in het idee om via punitive damages te compenseren voor de te lage veroordelingskans, maar het is zeer de vraag of een verdubbeling hiervoor voldoende is. Van den Bergh oppert dat een zes- tot achtvoudige schadevergoeding wel eens nodig zou kunnen zijn om dit effect te bereiken.<sup>61</sup> Hoe dit ook zij, in het Witboek *Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels*<sup>62</sup> uit 2008 in het idee van punitive damages weer verlaten. Deze mogelijke oplossingsrichting voor het probleem van rationele apathie en ter verbetering van de private handhaving van het mededingingsrecht wordt dus niet gevolgd. Overigens moet bij

---

<sup>57</sup> Omdat Freudenthal het *passing-on* verweer (de directe afnemer heeft geen schade geleden voor zover hij de prijsverhogingen als gevolg van de inbreuk heeft doorberekend aan zijn eigen afnemers, zodat hij hiervoor ook geen schadevergoeding kan vorderen) niet bespreekt, laat ik dat in mijn bijdrage ook buiten beschouwing. Zie hierover bijvoorbeeld Van den Bergh/Keske 2007, p. 483 e.v. Voor een uitgebreide economische benadering van het mededingingsrecht, zie bijvoorbeeld Van den Bergh/Camesasca 2006.

<sup>58</sup> Zie hierover ook Van den Bergh 2006, p. 146, 147; Van den Bergh/Keske 2007, p. 470, 471.

<sup>59</sup> Van den Bergh/Keske 2007, p. 473.

<sup>60</sup> COM(2005) 672 definitief.

<sup>61</sup> Van den Bergh 2006, p. 148.

<sup>62</sup> COM(2008) 165 definitief.

het bepalen van de schadevergoeding niet alleen rekening worden gehouden met de te hoge prijs die afnemers hebben betaald, maar ook met de in paragraaf 2.2 besproken welvaartsverliezen als gevolg van het dalen van de verhandelde hoeveelheid, de verminderde prikkels tot innovatie en de kosten van het verwerven en in stand houden van de machtspositie.<sup>63</sup>

Freudenthal is positief over het gebruik van collectieve acties om private handhaving te verbeteren. Ook in de rechtseconomie worden groepsacties gezien als een mogelijke manier om private handhaving te verbeteren. Het Witboek stelt, anders dan de huidige situatie in Nederland, collectieve schadevergoedingsacties open, hetgeen in beginsel positief is. Het is echter de vraag of de voorgestelde *opt-in* regeling het gewenste effect zal bereiken. Immers, de rationeel apathische actoren moeten daardoor alsnog geactiveerd worden om hun claim te effectueren. Een *opt-out* regeling zou daarom vanuit rechtseconomische optiek meer voor de hand hebben gelegen.<sup>64</sup>

Van den Bergh en Keske waarschuwen voor een aantal mogelijke problemen van private handhaving. De benodigde collectieve acties vergroten het principal-agent probleem dat bestaat tussen advocaten (of representatieve organisaties) en hun cliënten. In een individuele rechtszaak heeft de cliënt vaak nog wel prikkels om, voor zover zijn beperkte informatie dat mogelijk maakt, de gedragingen van de advocaat te controleren, om te beoordelen of de advocaat wel in zijn belang handelt. Bij collectieve acties is het individuele belang van elke eiser echter zo beperkt, dat deze prikkels wegvallen. Ook kan de mogelijkheid van collectieve acties er toe leiden dat zaken met een lage slagingskans worden gestart, omdat het voor de gedaagde vanwege proceskosten en mogelijke reputatieschade aantrekkelijker kan zijn om zo'n zaak te schikken, ondanks de lage slagingskans.<sup>65</sup> Dit laatste geldt nog sterker indien punitive damages mogelijk zijn.

De conclusie uit de bovenstaande rechtseconomische exercitie moge duidelijk zijn: het Witboek kiest niet voor de instrumenten die de problemen van private handhaving daadwerkelijk zouden kunnen oplossen. Freudenthals vraag aan het einde van haar bijdrage, of er geen verdergaande maatregelen nodig zijn, kan dus bevestigend worden beantwoord.

#### *4.3 Sancties in het vermogensrecht*

Hondius bespreekt in zijn hoofdstuk een aantal onderwerpen die zich goed lenen voor enkele rechtseconomische beschouwingen. De opmerking dat het bij de keuze tussen privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sancties niet gaat om 'of of', maar om 'en en' is sterk verbonden aan het denken in termen van optimale rechtshandhaving. Hondius' aandacht aan de vraag wie de sanctie uitoefent, past hier eveneens bij. Steeds is de vraag welke wijze van rechtshandhaving het best geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Vanuit economische optiek is dat doel duidelijk: het verhogen van de maatschappelijke welvaart. Dit komt niet steeds overeen met het doel zoals Hondius dit schetst op basis van recent onderzoek van Engelhard en Van Maanen. Volgens Hondius zien de auteurs de mogelijkheid van vergoeding of herstel als hoofddoel. Nauwkeurige lezing maakt echter duidelijk dat de auteurs vergoeding of herstel als middel zien om het doel van het waarborgen (en handhaven) van aanspraken en het voorkomen van eigenrichting te voorkomen. Het aansprakelijkheidsrecht wijst dus aan wie en welke belangen bescherming

---

<sup>63</sup> Zie ook Van den Bergh 2006, p. 147; Van den Bergh/Keske 2007, p. 472 en Van den Bergh/Visscher 2008b, p. 13, 14.

<sup>64</sup> Zie ook Van den Bergh/Keske 2007, p. 477.

<sup>65</sup> Zie ook Van den Bergh/Keske 2007, p. 478.

verdienen.<sup>66</sup> In de rechtseconomische literatuur wordt, vergelijkbaar met Engelhard en Van Maanen, geargumenteed dat het aansprakelijkheidsrecht dient aan te geven in welke gevallen schade wel vergoed dient te worden en in welke gevallen niet. Het antwoord op die vraag wordt vervolgens gezocht in de doelen van preventie en schadespreiding.<sup>67</sup>

Een van de voorbeelden over de keuze van sancties betreft die tussen schadevergoeding en nakoming bij toerekenbare tekortkoming. Hondius noemt de dissertatie van Haas, die het primaat bij nakoming legt.<sup>68</sup> Als de kosten van nakoming echter meer dan 130% van het geobjectiveerde schuldeisersbelang bedragen, dient volgens Haas het recht op nakoming te vervallen ten gunste van het belang van de schuldenaar om niet na te komen.<sup>69</sup> Er is dan sprake van relatieve onmogelijkheid tot nakoming.

In de rechtseconomie wordt de keuze tussen nakoming en schadevergoeding onderzocht in het kader van het leerstuk van de efficiënte contractsbreuk.<sup>70</sup> Uitgangspunt hierbij is dat er situaties kunnen ontstaan tussen het sluiten en het uitvoeren van de overeenkomst, waarvan partijen – als ze deze situatie contractueel zouden hebben geregeld – zouden hebben afgesproken dat nakoming niet nodig is. Dit zal zo zijn als de kosten van nakoming zodanig zijn gestegen dat het nadeel van nakoming voor de debiteur groter is dan het voordeel van de crediteur. Nakoming zou in zulke situaties de gezamenlijke welvaart van de betrokken partijen verlagen en is derhalve niet wenselijk. De 130%-regel legt de grens dus te hoog. Als de schadevergoeding wordt gebaseerd op het voordeel dat de crediteur met de overeenkomst dacht te behalen (*'expectation damages'*, ofwel vergoeding van het positieve contractsbelang), dan ontvangt de debiteur de juiste nakomingsprikkels: hij zal nakomen zolang zijn kosten lager zijn dan de baten voor de crediteur. Vanwege het onzekere en subjectieve karakter van deze schade dreigt echter ondercompensatie, zodat de debiteur niet volledig voor de gevolgen van zijn gedrag opdraait.

De nakomingsvordering kent dus het risico van teveel nakoming, de schadevergoedingsactie van te weinig nakoming. Naarmate het probleem bij schadevergoeding groter is (zoals bij unieke zaken, denk aan kunstwerken en onroerend goed), geeft nakoming de beste prikkels. Bij diensten is schadevergoeding juist beter, omdat nakoming door een onwillige debiteur veel toezicht zou vereisen. Bij vervangbare, niet-unieke zaken hebben nakoming en schadevergoeding beide hun voor- en nadelen. Voor zover vervanging eenvoudig is, biedt schadevergoeding de crediteur de mogelijkheid de zaak elders aan te schaffen. Als deze vergoeding echter niet compenseert voor de tijd en moeite die moeten worden besteed aan het sluiten van een tweede overeenkomst, de ergernis als gevolg van de initiële wanprestatie, het niet kunnen vinden van een perfect substituuut vanwege productdifferentiatie en snelle veroudering en dergelijke, dan zal de debiteur toch vaker dan optimaal kiezen voor wanprestatie. Het is dan beter het primaat bij nakoming te leggen, omdat een crediteur die de schadevergoeding hoog genoeg vindt, daar voor zal kiezen (omdat het geen toezichtskosten meebrengt), terwijl een crediteur die de vergoeding te laag vindt, alsnog nakoming kiest.<sup>71</sup>

Vergelijkbare overwegingen spelen een rol bij de door Hondius besproken keuze die een teleurgestelde koper heeft. Herstel is een vorm van nakoming, die vaak kosteneffectief zal zijn. Als de consument de verkoper echter ook tot herstel kan dwingen als de kosten hiervan

---

<sup>66</sup>De auteurs noemen preventie, kostenallocatie, straffen, erkenning en genoegdoening en waarheidsvinding als nevenfuncties. Engelhard/Van Maanen 2008, p. 12-20..

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld Visscher 2006, p. 12 e.v.

<sup>68</sup> Haas 2009, p. 47, 48. Zie ook bijv. Stolp 2007, p. 263.

<sup>69</sup> Haas 2009, p. 143.

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld Visscher 2007 en Heszen/Hardy 2008.

<sup>71</sup> Visscher 2007, p. 394.

hoger zijn dan de baten, dan zal de verkoper hiervoor een risicopremie in de prijs opnemen. De consumenten betalen dan via de hogere prijs uiteindelijk meer dan dat het recht op herstel ze waard is.<sup>72</sup> Het is dus goed dat herstel niet kan worden verlangd als het teveel kost, maar art. 7:21 lid 5 BW lijkt de eisen te streng te stellen. Ook vervanging kan worden gezien als nakoming, alhoewel het eveneens past in het idee van schadevergoeding. Bij vervangbare zaken stelt een schadevergoeding de crediteur immers in staat een vervangende zaak aan te schaffen. Als de debiteur die vervangende zaak zelf levert, wordt hetzelfde resultaat bereikt. De remedie van een prijsverlaging ligt problematischer. Voor zover de consument een prijsreductie verkiest boven herstel of vervanging, leidt de prijsreductie tot overcompensatie. Immers, de juiste omvang van de schadevergoeding moet de crediteur in dezelfde situatie brengen die hij zou hebben bereikt bij correcte nakoming. En voor zover de consument geen voorkeur had voor de prijsreductie, is het zeer de vraag of deze de debiteur wel voldoende confronteert met de negatieve gevolgen van de non-conformiteit. Immers, de consument heeft niet gekozen voor een goedkoper product van een lagere kwaliteit, maar dat is in feite wel wat hij nu krijgt.

Ontbinding, ten slotte, komt economisch gezien neer op een relatief lichte vorm van schadevergoeding, namelijk het ongedaan maken van reeds verrichte betalingen ('*restitution*'). Het probleem bij deze vorm van schadevergoeding is, dat de debiteur te vaak voor niet-nakoming zal kiezen. Het is daarom goed dat ontbinding pas mogelijk is als de andere remedies niet effectief zijn gebleken.<sup>73</sup>

#### 4.4 Procesrecht

Het hoofdstuk van Jongbloed illustreert het probleem van rationele apathie en de daaruit voortvloeiende lage veroordelingskans, hetgeen private handhaving problematisch maakt. Een van de mogelijke oplossingen die Jongbloed bespreekt voor het probleem dat er een forse financiële drempel bestaat voor private handhaving, is het invoeren van een verplichte rechtsbijstandsverzekering.<sup>74</sup> Naast de problemen die rechtseconomen vaak hebben met het verplicht stellen van verzekeringen,<sup>75</sup> geeft Jongbloed zelf een ander mogelijk bezwaar aan: een aanmoediging om te procederen, omdat de verzekerde niet voor niets wil hebben betaald. Dit is een voorbeeld van 'moreel risico' (de verzekerde gaat zich na afsluiten van de verzekering anders gedragen, omdat hij niet zelf alle kosten meer draagt), een van de bekende problemen bij verzekeringen. De verzekeraar zal in de polisvoorwaarden instrumenten willen opnemen ter bestrijding van dit morele risico, bijvoorbeeld door geen dekking te bieden in zaken met een te lage kans van slagen. Ook het invoeren van een eigen bijdrage of een maximumdekking kan hierbij helpen. Anders dan uit de door Jongbloed aangehaalde literatuur voor Duitsland volgt, lijken rechtsbijstandsverzekeraars er in Nederland goed in te slagen moreel risico te bestrijden. Ondanks een sterke stijging in het aantal verkochte polissen bleef het aantal claims per honderd polissen namelijk vergelijkbaar.<sup>76</sup>

Jongbloed besteedt ook aandacht aan de tijdrovendheid van civiele procedures, waarbij de lange tijdsduur een reden kan zijn waarom potentiële eisers afzien van het voeren van een procedure. De procedure dient volgens Jongbloed gericht te zijn op spoedige, definitieve geschilbeslechting, waarbij eenvoud wenselijk is. Dat ben ik op zich met hem eens, maar bij het probleem van tijdigheid van rechtspraak spelen vanuit economische optiek een aantal andere elementen mee. Een rechterlijke uitspraak dient in de rechtseconomische visie niet

---

<sup>72</sup> Van den Bergh/Visscher 2009, p. 139.

<sup>73</sup> Van den Bergh/Visscher 2009, p. 141.

<sup>74</sup> Zie Kerkmeester 2005 voor een economische analyse van rechtsbijstandsverzekeringen.

<sup>75</sup> Van den Bergh/Faure 1990, p. 24 e.v.

<sup>76</sup> Verbond van Verzekeraars 2008, p. 96. Volgens Kilian/Regan 2004, p. 242 bedraagt de stijging in Duitsland slechts zo'n 4-8%.

alleen tot het beslechten van een geschil, maar vooral tot het verstrekken van gedragsnormen aan anderen dan de bij het proces betrokken partijen. Duidelijke en goede gedragsnormen kunnen wenselijke prikkels verstrekken, waardoor toekomstige geschillen wellicht vermeden kunnen worden. Het is daarom wenselijk dat rechterlijke beslissingen nauwkeurig en voorspelbaar zijn.<sup>77</sup> Nauwkeurigheid houdt in dat de beslissing overeenkomt met de feiten en met de maatschappelijk wenselijke norm. Beide aspecten zijn nodig, wil de beslissing de wenselijke gedragsprikkels kunnen geven. Voorspelbaarheid is ook nodig, omdat het recht alleen gedragsprikkels kan verstrekken als actoren kunnen inschatten hoe de rechter in een bepaald geval zal oordelen. Het versnellen en vereenvoudigen van procedures is alleen positief te beoordelen als het niet ten koste van de nauwkeurigheid en de voorspelbaarheid gaat. Dat zou immers kunnen resulteren in onduidelijker gedragsnormen en minder wenselijke gedragsprikkels, met een stijging in het aantal geschillen en rechtszaken als gevolg.<sup>78</sup>

## 5 Conclusies

In het centrale thema van dit boek komt een aantal vragen aan de orde: in hoeverre kunnen rechtsregels door het privaatrecht worden gehandhaafd, hoe vindt privaatrechtelijke handhaving plaats, is er verbetering nodig en hoe effectief is deze handhaving, eventueel vergeleken met het publiekrechtelijke arsenaal van sancties en andere handhavingsmechanismen? In mijn bijdrage heb ik geprobeerd vanuit rechtseconomische optiek een antwoord op deze vragen te geven.

Private en publieke handhaving verschillen in een aantal belangrijke opzichten van elkaar. Het privaatrecht heeft veelal een ex post karakter, maakt gebruik van open normen en van informatie die bij de betrokken partijen aanwezig is, gebruikt vooral harm-based sanctions en is voor de handhaving afhankelijk van particulier initiatief. Het publiekrecht heeft vooral een ex ante karakter, hanteert gedetailleerde gedragsnormen en informatie van de overheid en ook de handhaving is een overheidsaangelegenheid. Beide methoden hebben hun sterke en minder sterke kanten. Bij bijvoorbeeld veiligheid en mededinging wijzen vooral de informatievoorsprong van de overheid, de mogelijkheid van schaalvoordelen, en de beperkte prikkels tot private handhaving in de richting van publieke handhaving. In veel situaties waar het onrechtmatigedaadsrecht op ziet, zijn er juist argumenten voor private handhaving. Het is de vraag of de schadevoorkomingsplicht waar Keirse in haar bijdrage voor pleit, er niet toe zal leiden dat de relatieve voordelen van het privaatrecht verloren gaan. Het vervangen van harm-based sanctions door preclusion (met het benodigde toezicht van dien) en het verschuiven van het perspectief van ex post naar ex ante, zullen de handhavingskosten doen stijgen. Het is de vraag of dit offer wordt goedge maakt door verbeterde gedragsprikkels die niet eveneens door publieke handhaving hadden kunnen worden verstrekt.

Uit mijn bijdrage kwam ook naar voren dat het particuliere initiatief van private handhaving problematisch kan zijn vanwege rationele apathie. Hiervoor zijn enkele oplossingen mogelijk, die de verdere karakteristieken van private handhaving ongemoeid laten. Vooral het introduceren van collectieve schadevergoedingsacties en de mogelijkheid van punitive damages dienen naar mijn mening serieus te worden overwogen. Beide instrumenten geven potentiële eisers een grotere prikkel om daadwerkelijk een rechtszaak in te stellen, waardoor de schadeveroorzaker beter geconfronteerd wordt met de gevolgen van zijn gedrag. Het is jammer dat er een sterke juridische weerstand tegen deze instrumenten bestaat. In het consumentenrecht en het mededingingsrecht, maar ook in het onrechtmatigedaadsrecht en het

---

<sup>77</sup> Kerkmeester/Visscher 2007, p. 9 e.v.

<sup>78</sup> Kerkmeester/Visscher 2007, p. 12.

contractenrecht zouden deze instrumenten mijn inziens de private handhaving kunnen verbeteren.

Het antwoord op de vragen uit het centrale thema hangt vanzelfsprekend sterk af van het doel dat met handhaving worden nagestreefd. De rechtseconomie zoekt dit doel in welvaartsmaximalisatie. In het contractenrecht resulteert dit in een pleidooi voor efficiënte contractsbreuk, in het mededingingsrecht voor het bestrijden van misbruik van een economische machtspositie, in het onrechtmatigedaadsrecht voor het afwegen van kosten en baten van voorzorgsmaatregelen, in het consumentenrecht voor het verminderen van de (gevolgen van) informatiever schillen tussen producent en consument en in het procesrecht voor het zoeken naar nauwkeurige en voorspelbare rechtsregels. Deze focus wijkt enigszins af van de traditioneel juridische, maar biedt daardoor wel nieuwe gezichtspunten in het debat over private handhaving. Ik hoop dat dit hoofdstuk hieraan een bijdrage heeft geleverd.

## Literatuur

- Boom, W.H. van, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu, 2006
- Boom, W.H. van, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB*, 2007, p. 982-991
- Boyer, M., Porrini, D., 'The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation?', in: Zerbe, R.O., Swanson, T. (Eds.), *An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*, Volume 20, Elsevier Science Ltd., 2002, p. 245-268
- Burby, R.J., Paterson, R.G., 'Improving Compliance with State Environmental Regulations', *Journal of Policy Analysis and Management*, 1993, 12, p. 753-772
- Calabresi, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press, 1970
- Calabresi, G., Melamed, A.D., 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review*, 1972, 85, p. 1089-1128
- Coase, R.H., 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, p. 1-44.
- De Geest, G., Dari-Mattiacci, G., 'On the Intrinsic Superiority of Regulation plus Insurance over Tort Law', *Working paper Utrecht University, Institute of Economics* 2003
- Engelhard, E.F.D., Maanen, G.E. van, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer, 2008
- Europese Commissie, *Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC(2008) 404
- Faure, M.G., 'Rechtseconomische kanttekeningen bij de deregulering van de arbeidsomstandighedenwetgeving', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1995, 10, p. 140-149
- Haas, D., *De grenzen van het recht op nakoming*, Deventer: Kluwer, 2009
- Hesen, G.G., Hardy, R.R.R., 'Is the System of Remedies in the Netherlands Efficient from a Law and Economics Perspective?', in: Smits, J., Haas, D., Hesen, G.G. (red.), *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Antwerpen: Intersentia, 2008, p. 287-326
- Holzhauser, R.W., Teijl, R., *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint, 1995
- Innes, R., 'Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation', *International Review of Law and Economics*, 2004, 24, p. 29-48
- Kanning, W., Kerkmeester, H.O. (red.), *Economie en recht*, Groningen: Noordhoff, 2008

Kerkmeester, H.O., 'De invloed van rechtsbijstandverzekeringen op de beslechting van geschillen: een economisch perspectief', *AV&S*, 2005, p. 207-214

Kerkmeester, H.O., Visscher, L.T., 'Een spiegelbeeld van art. 6:168 BW', *TMA* 2003, p. 9-14

Kerkmeester, H.O., Visscher, L.T., 'De prijs van het civiele proces. Rechtseconomische inleiding', in: J. Laenens (Ed.), *De prijs van het civiele proces/Le proces civil: a quel prix?*, Brugge: Die Keure 2007, p. 1-16

Kilian, M., Regan, F., '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, p. 233-255

Kraakman, R.H., 'Vicarious and corporate civil liability', in: B. Bouckaert, G. De Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 669-681

Landes, W.M., Posner, R.A., 'The Private Enforcement of Law', *Journal of Legal Studies*, 1975, 4, p. 1-46

Levine, M.E., 'Regulatory capture', in: P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Volume 3*, London: Macmillan 1998, p. 267-271

Miller, G.P., 'Class Actions', in: P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Volume 1*, London: Palgrave Macmillan 1998, p. 257-261

Nyborg, K., Telle, K., 'The role of warnings in regulation: keeping control with less punishment', *Journal of Public Economics*, 2004, 88, p. 2801-2816

Ogus, A., Abbott, C., 'Sanctions for Pollution: Do We Have The Right Regime?', *Journal of Environmental Law*, 2002, 14, p. 283-298

Polinsky, A.M., 'Private versus public enforcement of fines', *Journal of Legal Studies*, 1980, 9, 1980, p. 105-127

Polinsky, A.M., Shavell, S., 'The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy', *American Law and Economics Review*, 2000, 2, p. 223-237

Rekaiti, P., Van den Bergh, R.J., 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach', *Journal of Consumer Policy*, 2000, 23, p. 371-407

Schäfer, H-B., '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, 9, p. 183-213

Shavell, S., 'Liability for Harm Versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies*, 1984, 13, p. 357-374

Shavell, S., 'The Judgment proof problem', *International Review of Law and Economics*, 1986, 6, p. 43-58.

Shavell, S., 'The Optimal Structure of Law Enforcement', *Journal of Law and Economics*, 1993, 36, p. 255-287

Shavell, S., *Foundations of Law and Economics*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2004.

Silver, C., 'Class Actions – Representative Proceedings', in: B. Bouckaert, G. De Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 194-240.

Stigler, G.J., 'Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation', *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, p. 359-365

Stolp, M.M., *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, Deventer: Kluwer, 2007

Suurmond, G., 'Compliance to fire safety regulations. The effects of the enforcement strategy', *Department of Economics Research Memorandum 2007.03*, Leiden University, Faculty of Law, 2007

Suurmond, G., *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2008

Tzankova, I.N., *Strooischade: Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu, 2005

Van den Bergh, R.J., 'De Richtlijn Consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief', in: Smits, J. (red.), *De Richtlijn Consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 79-93

Van den Bergh, R.J., 'Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking', *Markt & Mededinging* 2006, p. 143-151

Van den Bergh, R.J., Boom, W. van, Woude, M. van der, *The EC Green Paper on Damages Actions in Antitrust Cases – An Academic Comment*, 2006, <[ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/erasmus\\_university.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/erasmus_university.pdf)>

Van den Bergh, R.J., Camesasca, P.D.N., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London: Sweet & Maxwell 2006

Van den Bergh, R.J., Faure, M.G. 'De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse', in: *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1990, p. 9-53

Van den Bergh, R.J., Keske, S.E., 'Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?', *European Review of Contract Law*, 2007, p. 468-486

Van den Bergh, R.J., Luth, H.A., 'Rechtseconomische prioriteiten voor de Consumentenautoriteit', [www.consumentenautoriteit.nl/dsresource?objectid=5545&type=pdf](http://www.consumentenautoriteit.nl/dsresource?objectid=5545&type=pdf)

Van den Bergh, R.J., Visscher, L.T., 'Optimal Enforcement of Safety Law', in: Mulder, R.V. de (ed.), *Mitigating Risk in the Context of Safety and Security. How relevant is a Rational Approach?*, Rotterdam: Erasmus University, 2008a, p. 29-62

Van den Bergh, R.J., Visscher, L.T., 'The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law', *Erasmus Law Review*, 2008b, 1, p. 5-30

Van den Bergh, R.J., Visscher, L.T., 'Consumer Sales Law from an Economic Perspective', in: Ebers, M., Janssen, A., Meyer, O. (Eds.), *European Perspectives on Producers' Liability, Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress*, München: Sellier, 2009, p. 125-149

Van Velthoven, B.C.J., Van Wijck, P.W., *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer, 2007

Verbond van Verzekeraars, *Verzekerd van Cijfers. Dutch Insurance Industry in Figures*, 2008 < [www.verbondvanverzekeraars.nl/page/render.aspx?id=692](http://www.verbondvanverzekeraars.nl/page/render.aspx?id=692)>

Visscher, L.T., 'Het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie uit art.3:305a lid 3 BW rechtseconomisch bezien', *TMA* 2004, p. 80-86

Visscher, L.T., *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: BJu, 2006

Visscher, L.T., 'De rangorde van remedies voor wanprestatie: subsidiariteit en proportionaliteit versus efficiëntie', *NTBR*, 2007, p. 385-395

Visscher, L.T., 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief', *AV&S* 2008, p. 247-254

Visscher, L.T., 'Economic Analysis of Punitive Damages', in: Koziol, H., Wilcox, V. (Eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, Wenen: Springer, 2009, p. 219-236.

Wils, W.P.J., 'Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?', *World Competition*, 2003, 26, p. 473-488