

Inhoudsopgave

1	Een rechtseconomische visie op collectieve actie
	– Prof. dr. M.G. Faure en prof. mr. dr. L.T. Visscher / 7
1.1	Inleiding / 7
	Deel I: Collectieve actie: een rechtseconomische analyse
1.2	Voorbeelden / 9
1.2.1	Zure regen / 9
1.2.2	Het telefoonkartel / 9
1.3	Marktfalen / 9
1.4	Collectieve actie in rechtseconomisch perspectief / 11
1.4.1	Omschrijving / 11
1.4.2	Voordelen / 11
1.4.3	Opt-in of opt-out / 13
1.4.4	Nadelen / 14
1.5	Toegang tot de rechter en financiering van collectieve acties / 15
1.5.1	Financiering van belangenbehartigers / 16
1.5.2	Financiering van collectieve actie en schikkingen / 19
1.5.2.1	De timing van een schikking / 20
1.5.2.2	Betalingssystemen en prikkels tot schikking / 21
1.5.2.3	Argumenten voor rechterlijke controle / 23
1.5.3	Rechtsbijstandsverzekering / 24
1.5.4	Financiering van de vordering door een derde / 26
1.6	Alternatieven voor de collectieve actie / 26
1.6.1	Representatieve vordering / 27
1.6.2	Overdracht van schuldvordering / 31
	Deel II: De Nederlandse regelingen
1.7	De huidige situatie / 33
1.7.1	Collectieve actie ex art. 3:305a BW / 33
1.7.1.1	De regeling / 33
1.7.1.2	Internaliseren van externaliteiten: overleg versus rechtsvordering / 33
1.7.1.3	Een rechtseconomische evaluatie van art. 3:305a BW / 39
1.7.2	De Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) / 45
1.8	Het wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie / 47
1.8.1	Inleiding / 47
1.8.2	De voorgestelde procedure / 47
1.8.2.1	Het primaat blijft liggen bij overleg / 47
1.8.2.2	De vijf stappen / 49
1.8.2.3	Een verbetering, maar ... / 52
1.9	De rol van de rechter bij collectieve acties / 53
1.9.1	Inleiding: (te?) hooggespannen verwachtingen? / 53

1.9.2	Inzichten uit de rationale keuzetheorie betreffende rechters in collectieve claims / 54
1.9.3	Inzichten uit de psychologie en gedragseconomie betreffende rechters in collectieve claims / 57
1.9.4	Mogelijke oplossingen? / 60
1.9.4.1	Meervoudige kamers / 60
1.9.4.2	Debiasing / 61
1.9.4.3	Gespecialiseerde rechters / 62
1.9.4.4	Conclusie / 62
1.10	Slot / 62
2	Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht? – Prof. dr. I.N. Tzankova / 65
2.1	Massaschade blijft / 65
2.2	Belangrijke ontwikkelingen sinds 2006 / 68
2.2.1	Europese ontwikkelingen / 69
2.2.2	Ontwikkelingen in Noord-Amerika / 71
2.2.2.1	De Verenigde Staten / 71
2.2.2.2	Canada / 73
2.2.2.3	Wisselwerking VS en Canada / 74
2.2.3	Nationale collectieve actieregelingen / 75
2.2.3.1	Drie benaderingen / 75
2.2.3.2	Collectieve acties geëvalueerd / 76
2.2.3.3	Class actions in context: ‘the law in action’ / 79
2.3	De Nederlandse collectieve actie: the law in action / 81
2.3.1	Eerste thema: rechtscultuur en -traditie / 81
2.3.1.1	Ons-kent-onsbedrijfscultuur / 81
2.3.1.2	Belangenbehartiging en belangenconflicten / 82
2.3.2	Tweede thema: financiering van collectieve acties / 84
2.3.3	Derde thema: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in collectieve acties / 87
2.3.3.1	Het einde van het ‘hokjesdenken’ in class actions? / 87
2.3.3.2	Cy-près: een ‘public-private affaire’ / 89
2.3.3.3	Aandachtspunten bij cy-près en de Nederlandse paradox / 91
2.4	Tot slot / 93

Hoofdstuk 1

Een rechtseconomische visie op collectieve actie

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

1.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enkele conclusies sluiten het preadvies af (paragraaf 1.10).

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

Hoofdstuk 2

Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?

Een reflectie

Prof. dr. I.N. Tzankova *

2.1 Massaschade blijft

De keuze van de fundamentele herbezimmers in 2003 om massaschade tot een kernthema van het hedendaagse burgerlijk procesrecht te benoemen,¹ een keuze die zij handhaafden in hun eindrapport uit 2006,² leidde toen bij een enkeling nog tot verwondering. Ging het hier niet slechts om een trend, een vluchtig verschijnsel? En was strooischade,³ als onderdeel hiervan, niet een non-probleem, iets waarmee men rechters en rechtzoekenden niet moest lastig vallen? Tien jaar later is massaschade prominenter aanwezig in het juridische en maatschappelijke debat dan ooit tevoren: er zijn consumentenschades als gevolg van ‘gebrekkige’ financiële producten of misleiding (bijv. DSB, beleggingsverzekeringen, Staatsloterijclaim), beleggingsschades als gevolg van ‘gebrekkig’ functionerende kapitaalmarkten (bijv. beleggingsschades in Fortis en Imtech, BP, ‘VW dieselgate’), milieugerelateerde massaschades (bijv. aardbevingen in Groningen, de klimaatactie van de stichting Urgenda of de actie van de Nigeriaanse boeren tegen Shell), diverse kartelschades (zoals die tegen AkzoNobel, Philips of de Libor-manipulatie), internationale en nationale rampen (zoals die met de MH17, het bloedbad in Alphen aan den Rijn, de monstertruckramp in Haaksbergen). Er zijn voorts massaschades als gevolg van productaansprakelijkheden (denk aan de gebrekkige heup- en lekkende siliconenprothesen) en ‘humanitaire’ massaschades (de weduwen van Srebrenica en het seksueel misbruik binnen de katholieke kerk). Voor zover massaschade al een modeverschijnsel was, is geen twijfel meer mogelijk: het is een modeklassieker gebleken.

* Ianika Tzankova is hoogleraar Mass Claim Dispute Resolution in Tilburg University en verbonden aan een procesfinancier. Zij dankt Fred Hammerstein, Ben Knüppe, Rob Okhuijsen, Karlijn van Doorn, Deborah Hensler en Jasminka Kalajdzic voor hun input en Inge Pullens voor haar redactionele ondersteuning. Eventuele fouten of onjuistheden zijn van de auteur.

Ik draag dit preadvies op aan Niels Frenk.

1. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
2. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd: Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
3. Strooischade is een bijzondere vorm van massaschade, waarbij de schade over veel gelaedeerden is ‘uitgestrooid’ en voor ieder van hen zo gering is dat het geen zin heeft op individuele basis schadevergoeding te vorderen, zelfs niet door middel van een collectieve actie. Zie I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen* (Allen & Overy Onderzoekseries), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005. Zie ook *Strooischade: Een verkennend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken*, uitgevoerd door Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. en Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009.

Steeds vaker heeft massaschade een transnationaal karakter. Wij spreken dan van internationale of transnationale massaschade.⁴ De eisers kunnen verspreid zijn over meerdere landen, bijvoorbeeld omdat een producent een groot afzetterrein heeft voor een product dat gebrekkig blijkt te zijn. Vaak is bij de vervaardiging van producten of de ontwikkeling van diensten een keten aan actoren betrokken. Daardoor wordt niet alleen de verantwoordelijkheid voor een product of dienst diffuus, maar komt het steeds vaker voor dat als iets misgaat, de potentiële daders in de causale keten verspreid zijn over meerdere landen. Het is ook denkbaar dat een schade toebrengend feit in werkelijkheid een complex van feiten is dat in meerdere landen speelt of impact heeft, denk aan kartelschades. Dit leidt tot complexe vraagstukken over de competente rechter⁵ en het toepasselijke recht bij massaschade. Vraagstukken waar het internationale privaatrecht geen bevredigend antwoord op geeft.⁶ Dit resulteert in een lacune die rechters en juridische dienstverleners moeten zien op te vullen. Het economische en maatschappelijke leven gaat immers door en houdt geen rekening met juridische onduidelijkheid. Zodoende doet zich bij transnationale massaschade steeds de situatie voor dat terwijl een voorliggend geschil internationaal van aard en impact is, een nationale rechter daarover moet rechtspreken. In de woorden van Ralf Michaels:⁷

‘We face an increasing number of problems that are essentially global in nature because they affect the world in its entirety: global cartels, climate change, crimes against humanity; to name a few. These problems require world courts, yet world courts in the institutional sense are largely lacking. Hence, domestic courts must function, effectively, as world courts. (...)’

De voorwaarden waaronder nationale rechters effectief en legitiem de rol van een wereldrechter kunnen spelen, is een van de vragen die globalisering met zich meebrengt. Deze vraag blijft in dit preadvies buiten beschouwing, maar wat wel een veilige werkpremissie lijkt te zijn, is dat nationale rechters de ‘wereldrechterrol’ niet goed kunnen spelen met een ‘naar binnen gekeerde blik’, dat wil zeggen zonder zich rekenschap te geven van de transnationale dimensie van de kwestie die voor hen ligt en van de grensoverschrijdende implicaties van hun beslissingen. Dat lijkt in Nederland goed te zitten.⁸ Toen de eindbeslissing van het Hof Amsterdam

4. Ik spreek in het vervolg van transnationale massaschade.
5. Zie de uitspraak van het Europees Hof van Justitie: HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13 (*Hydrogen Peroxide cartel*) in relatie tot de bevoegde rechter bij Europese kartelschade.
6. Th. Bosters, *Collective redress and private international law in the European Union* (diss. Tilburg), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2015, legt consistent en gedetailleerd de tekortkoming van Brussel I bloot in relatie tot financiële massaschade. M. Danov doet hetzelfde in relatie tot het mededingingsrecht in: ‘EU competition law enforcement: is Brussels I suited to dealing with all the challenges?’, *International and Comparative Law Quarterly* (61) 2012, p. 27-54. Ook kritisch is A. Stadler in haar commentaar op de Europese aanbeveling over collective redress in: ‘The Commission’s Recommendation on common principles of collective redress and private international law’, *NIPR* 2013, afl. 4, p. 483-488. Wederom een gemiste kans voor de Europese wetgever.
7. R. Michaels, ‘Global Problems in Domestic Courts’, in: S. Muller e.a. (red.), *The Law of the Future and the Future of Law*, FICHL Publication Series No. 11, 2011, p. 165.
8. W.J.J. Los, ‘Toepassing van de WCAM — bespiegelingen over de rol en taak van de rechter’, in: *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht/Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012; E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western High Courts* (Hart Studies in Comparative Public Law), Oxford: Hart Publishing 2013; M. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (diss. Tilburg), Tilburg: Prisma Print 2014.