

Samenvatting

Onderwerp onderzoek

Dit onderzoek geeft inzicht in de keuze van benadeelden om in een geval van massaschade niet, individueel of collectief te procederen. Het Nederlandse rechtssysteem kent verschillende regelingen om vele vorderingen van benadeelden, schadevergoedingsaanspraken in het bijzonder, in collectieve vorm af te doen. In de kern zijn deze verschillende regelingen terug te voeren op twee regimes: een opt in- of een opt out-regime. Binnen een opt in-regime zijn benadeelden pas gebonden aan de collectieve actie nadat zij zelf stappen ondernomen hebben en zich uitdrukkelijk bij de collectieve actie hebben aangesloten. De spiegelbeeldige tegenhanger van een opt in-regime is een opt out-regime. Binnen een opt out-regime maken benadeelden die binnen een nader gedefinieerde groep vallen direct onderdeel uit van de collectieve actie, tenzij zij expliciet hebben aangegeven zich daaraan te onttrekken. Binnen een opt out-regime moeten de benadeelden het uiteindelijk bereikte resultaat nog wel ophalen. Het aantal benadeelden dat dit doet wordt uitgedrukt middels de zogenaamde take-up-rate.

De meest bekende en gebruikte regelingen om gevallen van massaschade collectief af te wikkelen zijn de collectieve actie ex art. 3:305a BW, de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM), de regeling rondom massaal bezwaar in het belastingsrecht ex art. 25a AWR en de onrechtmatige-daadsvordering wegens benadeling van schuldeisers in het faillissementsrecht. De collectieve actie ex art. 3:305a BW is geënt op het opt in-regime, aan de WCAM ligt duidelijk een opt out-regime ten grondslag. In de belastingrechtelijke regeling rondom de afwikkeling van massaal bezwaar en de onrechtmatige-daadsvordering wegens benadeling van schuldeisers in het faillissementsrecht zien we componenten van een opt out-regime terug. Zie uitgebreider over deze regelingen hoofdstuk 2 van het eindrapport.

In de literatuur is veel geschreven over de keuze voor een opt in- dan wel een opt out-regime; een tweetal stromingen is te onderscheiden. De zogenaamde 'klassieke school' hecht in het kader van de keuze voor een opt in- dan wel een opt out-regime grote waarde aan het beginsel van partijautonomie en, in het verlengde daarvan, aan de (individuele) toegang tot het recht ex art. 6 EVRM. Deze twee beginselen belichamen de keuzevrijheid van het individu: vrijheid van keuze voor de te volgen afwikkelingsstrategie en de belangenbehartiger. Deze keuzevrijheid, die het beste tot uiting komt in een opt in-regime, zou resulteren in een uitkomst op maat voor de individuele benadeelde.

De 'nieuwe, meer rechtseconomisch georiënteerde school' zoekt in het kader van de keuze voor een opt in- of opt out-regime aansluiting bij de initiële investeringsongelijkheid tussen veroorzakers van massaschade en benadeelden. Opt in-regimes handhaven deze initiële ongelijkheid, omdat een opt in-regime tot de vorming van een kleinere groep benadeelden leidt. Bovendien werkt een opt in-regime 'free riders' - benadeelden die achterover leunen, geen initiatief nemen en geen kosten maken, maar uiteindelijk meeliften op het bereikte resultaat- in de hand. Een opt out-regime vergroot de groep van benadeelden, vergroot daarmee het financiële belang dat op het spel staat en prikkelt zodoende om te investeren in voorbereiding van de zaak en het betrekken van expertise. Wel bestaat het risico dat er een groter volume van ondeugdelijke vorderingen wordt gecreëerd.

Onderzoeksvraag en aanpak onderzoek

De redeneringen van beide stromingen in de literatuur berusten op belangrijke vooronderstellingen omtrent de afweging van benadeelden al dan niet (individueel of collectief) te procederen, die niet direct empirisch getoetst zijn. In dit onderzoek staat daarom de vraag centraal wat de invloed is van de keuze voor een opt in- of opt out-regime, in relatie tot andere factoren die bepalen of benadeelden niet, individueel of collectief gaan procederen. Pas aan de hand van deze bevindingen kunnen het potentieel,

de gevaren, de opbrengsten en de kosten van een opt in- en opt out-regime bepaald worden. We gaan vervolgens in op de vraag welke implicaties deze bevindingen hebben voor de keuze voor een opt in- of opt out-regime bij het inrichten van procedures voor de afwikkeling van massaschade.

Om de eerste onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk om te bepalen welke andere factoren een rol spelen in samenhang met de keuze voor een opt in- of een opt out-regime. Middels literatuuronderzoek zijn deze factoren geïdentificeerd. We hebben rechtseconomische en empirische studies naar opt in- en opt out-regimes en studies over geschilgedrag in het algemeen bestudeerd en verschillende relevante factoren onderscheiden.

Vervolgens hebben wij voor drie factoren in drie aparte studies empirisch getoetst welk effect een opt in- of opt out-regime in relatie tot deze factoren heeft op de keuze van benadeelden om niet, individueel of collectief te procederen. Van iedere studie maakten experimenten onder studenten deel uit. In totaal zijn 335 eerste en tweedejaars rechtenstudenten studierend aan de Universiteit van Tilburg bij de experimenten betrokken. Studenten konden door deelname een klein aantal credits voor een vak en een geldbedrag van €10,- verdienen. In de kern bestonden de experimenten uit een aantal toetsvragen dat door studenten beantwoord diende te worden. Na afloop van deze toetsvragen kregen studenten te horen dat maar een deel van de toetsvragen door de docent was nagekeken en dat zij om die reden niet in aanmerking kwamen voor de credits en/of het geldbedrag. Onmiddellijk na de uitslag is aan studenten verzocht een standardevaluatie van een (fictieve) toetsingscommissie in te vullen. Daar zijn zij willekeurig in de verschillende condities ingedeeld en konden zij aangeven of zij individueel, collectief of geen klacht omtrent de gang van zaken wilden indienen. Voor een uitgebreidere beschrijving van de experimenten en de gevolgde procedure, zie hoofdstuk 5 van het eindrapport.

Ten slotte hebben we de resultaten uit het literatuuronderzoek en de experimenten vertaald naar de context van collectieve procedures voor de afwikkeling van massaschade. Geanalyseerd is welke betekenis en implicaties de diverse onderzoeksresultaten hebben voor de inrichting van het geldende recht op het gebied van individuele en collectieve acties.

Factoren die samenhangen met de keuze voor een opt in- of opt out-regime

Het aantal empirische studies toegespitst op (een vergelijking van) opt in- en opt out-regimes is om verschillende redenen gering. Veel van het onderzoek is daarbij gericht op de werking van 'damages class actions' in de Verenigde Staten. Uit de beschikbare onderzoeken (zie nader hoofdstuk 3 van het eindrapport) blijkt dat opt out-procedures gemiddeld een hogere participatiegraad kennen dan opt in-procedures. Wel zijn er grote verschillen in participatie-percentages, vooral bij opt in-procedures, hetgeen aangeeft dat kennelijk ook andere factoren in belangrijke mate van invloed zijn op de keuze van benadeelden om niet, individueel of collectief te procederen. Uit de diverse onderzoeken komen redenen naar voren om binnen een opt in-regime niet collectief te procederen, waaronder onbekendheid, wantrouwen of (princiepelijk) tegenstander van juridisch procederen, als ook de geringe schade die is geleden. Binnen een opt out-regime zijn in de kern twee redenen vastgesteld om uit een collectieve procedure te stappen: het rechtsgebied of type zaak en de behaalde opbrengst per benadeelde. Bovendien valt op dat benadeelden vaker opt-outen na een schikkingsvoorstel (wanneer zij dus een zekere uitkomst hebben) dan voor een schikkingsvoorstel. Verder blijkt het lastig om andere relevante factoren te identificeren. Er zijn veel factoren in de diverse onderzoeken genoemd, zonder dat duidelijk is van welke factoren een groot en van welke factoren een minder groot effect uitgaat.

In meer algemeen onderzoek naar geschilgedrag van mensen met een (potentieel) juridisch probleem, komt eveneens aan de orde welke keuzes mensen maken in het licht van een juridische procedure en welke factoren daarbij een rol spelen (zie nader hoofdstuk 4 van het eindrapport). Zo laat onderzoek naar de status quo bias zien dat wat als standaard staat aangegeven, in belangrijke mate de keuze van een individu beïnvloedt. Mensen prefereren doorgaans de status quo boven verandering. De status quo bias blijkt ook binnen het recht een rol te spelen. De status quo bias lijkt te verklaren dat opt-

out-regimes een hogere participatiegraad kennen dan opt in-regimes. Binnen een opt in-regime zullen benadeelden immers de neiging hebben om niet te procederen (status quo) in plaats van individueel of collectief; binnen een opt out-regime zullen benadeelden een collectieve actie (status quo) verkiezen boven niet of individueel procederen.

Toch geldt de status quo-bias niet onverkort, ook andere factoren bepalen de keuze van betrokkenen in het licht van een juridische procedure. Uit onderzoek komt naar voren dat mensen bij hun keuze om te procederen kosten en opbrengsten tegen elkaar afwegen. In deze afweging betrekken zij zowel materiële als immateriële kosten (zoals informatieverzameling, bewijsvoering, tijd en energie, inschakelen van rechtshulp) als materiële en immateriële baten (zoals de financiële opbrengst, de mate waarin partijen de procedure als rechtvaardig beschouwen en de mate van controle op het verloop van de procedure). Uit experimenteel onderzoek naar de invloed van sociale normen volgt dat informatie over wat anderen doen het gedrag van individuen in sterke mate kan sturen. Van informatie over hoe anderen handelen blijkt een sterker effect uit te gaan dan van informatie over hoe iemand behoort te handelen.

Drie factoren getoetst in experimenten: de uitkomsten

Uit de inventarisatie van factoren die samenhangen met procedeer- en geschilgedrag en de keuze voor een opt in- of opt out-regime, hebben we drie factoren gedestilleerd. De eerste door ons onderscheiden factor ziet op het wel of geen zekerheid hebben over de uitkomst van de procedure (studie 3). Wanneer de uitkomst zeker is, zou dit de mogelijkheid kunnen vergroten voor benadeelden om een adequate afweging te maken tussen de kosten en de baten van niet, individueel of collectief procederen. Ook de omvang van het nadeel lijkt een relevante factor, want een klein nadeel zal naar verwachting benadeelden minder prikkelen om zich in de mogelijkheden en alternatieven te verdiepen (studie 2). De volgende onderscheiden factor is de beschikbaarheid van informatie over hoe anderen handelen. Ook deze factor lijkt een belangrijke invloed te hebben op de keuze van benadeelden om niet, individueel of collectief te procederen (studie 1). De daadwerkelijke effecten van deze factoren in samenhang met de standaardkeuze (ook wel default of status quo) binnen een opt in- en opt out-regime hebben we vervolgens in verschillende studies getoetst met experimenten.

Uit de drie studies blijkt dat benadeelden binnen een opt out-procedure vaker meedoen aan een collectieve actie dan binnen een opt in-procedure. In het opt out-regime volgen benadeelden de default: een collectieve actie. Het bleek echter niet altijd zo te zijn dat benadeelden binnen een opt in-procedure vaker geen procedure beginnen dan binnen een opt out-procedure. Soms leken in dit verband andere factoren dan het type procedure een sterker effect te hebben, zoals een natuurlijk weerstand tegen het voeren van een procedure en een schending van morele en ethische normen.

Behalve het type procedure vonden wij andere factoren die van invloed waren op de beslissing om af te wijken van de default. Benadeelden die weten dat de meerderheid van de overige benadeelden individueel zal procederen, kiezen - zowel in een opt out- als in een opt in-regime- vaker voor een individuele procedure dan benadeelden die deze informatie niet hebben. Ondanks dat de benadeelden zelf aangaven een keuze te maken op basis van eigen, rationele overwegingen, blijkt uit het verrichte onderzoek dat deze informatie, vermoedelijk onbewust, een sterk effect heeft op benadeelden. Ook zekerheid omtrent de uitkomst heeft zowel binnen een opt out-regime als binnen een opt in-regime tot gevolg dat benadeelden minder vaak de default kiezen dan wanneer de uitkomst nog onzeker is. In onze studie overwogen en kozen benadeelden vaker om een individuele actie te starten indien de uitkomst van de collectieve actie bekend was dan wanneer deze uitkomst onbekend was.

De factor omvang van het nadeel is van invloed op de *overwegingen* van benadeelden om niet, individueel of collectief te procederen, maar niet op de uiteindelijke *keuzes* die de benadeelden vervolgens hieromtrent maken. Wanneer de omvang van het nadeel toeneemt, overwegen de benadeelden, zowel binnen een opt out- als binnen een opt in-regime, eerder om individueel te

procederen. Deze overweging is ingegeven door het idee dat zij in een individuele procedure een grotere opbrengst zullen behalen en omdat zij zich onredelijk behandeld voelen. Opvallend is ook dat benadeelden, zowel binnen een opt out- als binnen een opt in-regime, meer overwogen om zich aan te sluiten bij een collectieve actie als zij een groter nadeel hadden geleden dan wanneer het nadeel klein was. De verklaring hiervoor lag in het grote vertrouwen dat de benadeelden stelden in de objectiviteit van de commissie die de collectieve klacht zou beoordelen.

Hierbij moet worden opgemerkt dat het nadeel in ons onderzoeksdesign uiteindelijk relatief klein is (een klein aantal credits en een geldbedrag van €10,-). Daar staat tegenover dat de inspanning die benadeelden moesten verrichten om een beter resultaat te behalen, in dit design ook relatief gering is. De door ons verrichte studies zijn daarom vooral te beschouwen als voorbeelden van strooischadeproblematiek. Nader onderzoek zal het effect van de omvang van het nadeel (en de andere factoren) bij meer substantiële schade moeten uitwijzen. Een andere mogelijke beperking van het onderzoeksdesign is dat het effect van het type procedure in de praktijk vermoedelijk wordt gerelativeerd door de take-up-rates. Deze take-up-rates bepalen uiteindelijk hoeveel benadeelden daadwerkelijk profiteren van een collectieve actie. Meer over de uitkomsten, conclusies en beperkingen van het verrichte empirisch onderzoek staat in hoofdstuk 5 en 6.2-6.3 van het eindrapport.

Implicaties van de onderzoeksresultaten voor praktijk en beleid rondom massaschade

Uit het verrichte onderzoek blijkt dat benadeelden binnen een opt out-regime vaker meedoen aan een collectieve actie dan binnen een opt in-regime. Teneinde een zo groot mogelijk aantal benadeelden te betrekken bij de afwikkeling van massaschade om zoveel als mogelijk een finale afwikkeling te bereiken, verdient een opt out-procedure op het eerste gezicht de voorkeur. Vanuit dit perspectief is het opt out-regime dat de WCAM hanteert, aantrekkelijk en te prefereren boven het opt in-regime van art. 3:305a BW. Ook de regelingen van art. 25a AWR en de art. 6:162 BW-vordering wegens de benadeling van schuldeisers in faillissement die opt out-componenten bevatten, zijn om deze reden wenkende perspectieven.

Informatie dat het merendeel van de benadeelden een individuele procedure zal starten, heeft bij de andere benadeelden in zowel opt in- als opt out-regimes het effect dat ook zij vaker voor een individuele procedure kiezen. Voor een opt out-regime betekent dit dat de wetenschap dat vele benadeelden afwijken van de default door uit de collectieve procedure te stappen en een individuele klacht in te dienen, andere benadeelden mee kan trekken in deze 'uitstapbeweging'. Op deze manier kan van opt-outen een domino-effect uitgaan. Deze redenering geldt voor de WCAM, art. 25a AWR en de art. 6:162 BW-vordering wegens benadeling van schuldeisers in het faillissementsrecht, al zal de impact voor de laatste vordering beperkt zijn, omdat dit scenario zich in de praktijk nauwelijks voordoet. In de massaschadepraktijk zoals die zich de laatste jaren rondom de WCAM ontwikkeld heeft, zetten belangenorganisaties soms proactieve/agressieve wervingscampagnes in. Deze communicatie door belangenorganisaties kan veel benadeelden uit de met de WCAM bereikte collectieve regeling trekken en daarmee afbreuk doen aan het bereik van de collectieve regeling. Het verdient in dit licht aanbeveling om belangenorganisaties (en de door hen ingezette communicatiestrategieën) aan een zorgvuldigheidstoets te onderwerpen op het moment dat zij het massaschade-speelveld gaan betreden.

Eveneens is gebleken dat benadeelden zowel in opt in als opt out-regimes vaker ervoor kiezen een individuele actie te starten wanneer hen de uitkomst van de collectieve procedure bekend is. De WCAM kent de benadeelden de opt out-mogelijkheid toe op het moment dat de collectieve bereikte schikkingsovereenkomst verbindend is verklaard. Benadeelden hebben op dat moment zekerheid omtrent de vergoeding die hen krachtens deze collectieve regeling zal worden toegekend. Enerzijds laten de onderzoeksresultaten zien dat dit systeem de kans vergroot dat benadeelden uit de collectieve regeling stappen en een individuele procedure beginnen. Anderzijds lijkt de regeling van de WCAM daarmee bij te dragen aan partijautonomie in plaats van dat ze er inbreuk op maakt. De WCAM lijkt

benadeelden te prikkelen na te denken over de eigen rechtspositie en deze na een inhoudelijke kosten-batenafweging vorm te geven (door wanneer het resultaat van de collectieve schikkingsovereenkomsten gelet op de individuele omstandigheden niet passend voorkomt, een individuele procedure te starten). Conform eenzelfde redenering lijken de in de belastingrechtelijke en faillissementsrechtelijke regelingen vervatte opt out-elementen de partijautonomie eveneens niet te frustreren.

De factor omvang van het nadeel heeft invloed op de overwegingen van benadeelden om niet, individueel of collectief te procederen, maar niet op de keuzes die de benadeelden vervolgens daadwerkelijk maken. Zowel voor de afwikkeling van strooschade als voor de afwikkeling van substantiële schade is het opt out-regime van de WCAM daarom een aantrekkelijk wijze om een finale afwikkeling van massaschade te bereiken. Weinig benadeelden zullen immers wanneer het nadeel in omvang toeneemt afwijken van de default (een collectieve regeling) teneinde een individuele actie te starten. Wel zullen benadeelden wanneer het nadeel groter wordt meer overwegen om af te wijken van de default door een individuele procedure te starten. Benadeelden voelen zich immers onrechtvaardig behandeld en verwachten dat de aandacht hiervoor en de opbrengst in een individuele procedure groter zullen zijn. Samen met de wetenschap dat andere benadeelden individueel gaan procederen of zekerheid over het bedrag dat de collectieve regeling benadeelden zal toekennen, kan dit benadeelden er uiteindelijk toch toe brengen een individuele actie te starten. Wanneer benadeelden echter vertrouwen stellen in de objectiviteit van de (rechterlijke) instantie die de collectieve klacht afhandelt, zullen zij zich weer minder snel onttrekken aan de collectieve actie. Eenzelfde redenering geldt voor de belastingrechtelijke (art. 25a AWR) en faillissementsrechtelijke context (art. 6:162 BW wegens benadeling van schuldeisers). Dit stelt beleidsmakers en onderzoekers voor de uitdaging na te denken over de vraag hoe massaschade collectief kan worden afgewikkeld zonder dergelijke uitkomstgerichte en procesbelangen van individuele benadeelden uit het oog te verliezen.

Meer over de implicaties is te lezen in hoofdstuk 6.4 van het eindrapport. In hoofdstuk 6.5 doen wij tot slot enkele suggesties voor vervolgonderzoek.