

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Adempauze (II)**

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Adempauze (II)**

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Adempauze (II)**

Vindplaats: NTBR 2011/61 Bijgewerkt tot: 20-10-2011

Auteur: M.-J. van der Heijden[1]

Adempauze (II)

Framing van een betere overlegregeling in het burgerlijk (proces)recht

Deze bijdrage volgt op de wens van Castermans voor een ‘adempauze’ waarbij de overlegeis van art. 3:305a lid 2 BW als beter alternatief voor de huidige verzuimregeling wordt aangedragen. Het stellen van een ontvankelijkheids eis dat er overleg binnen een bepaalde termijn moet plaatsvinden, heeft in de praktijk niet het gewenste effect dat partijen overleggen om er samen uit te komen. Om tot een eerste aanzet van een wenselijke adempauze te kunnen komen, is het doel van deze bijdrage de grenzen en mogelijkheden van overlegregelingen in het burgerlijk procesrecht (in het bijzonder die welke betrekking hebben op collectieve acties) met een aantal inzichten uit andere disciplines, zoals de sociale psychologie, te confronteren. Betoogd wordt dat de inzichten met betrekking tot de sturing van gedrag uit andere wetenschappelijke disciplines meegenomen moeten worden bij het introduceren van een werkelijke adempauze in het recht.[2]

1. Inleiding

‘Bezint eer ge begint’ en ‘zoek elkaar op, overleg en los het op’ zijn beginselen die volgens Castermans ten grondslag zouden moeten liggen aan een betere verzuimregeling.[3] Voor de vormgeving van dit voorstel van een adempauze stelt Castermans voor aan te sluiten bij het ontvankelijkheidsvereiste uit de wettelijke regeling van de groepsactie (art. 3:305a lid 2 BW). Deze bepaling schrijft een termijn van twee weken voor waarbinnen overleg gevoerd moet worden als voorwaarde om een zaak aanhangig te maken. Aangenomen dat een adempauze zoals hiervoor voorgesteld wenselijk is, moet een betere regeling het beoogde resultaat van overleg tussen partijen om er samen uit te (kunnen) komen bereiken.

In deze bijdrage staat ‘overleg’ centraal. Dit vereiste van overleg is de link tussen de groepsactie en de ingebrekestelling uit de bijdrage van Castermans.[4] ‘Overleg’ is in het burgerlijk procesrecht niet alleen in art. 3:305a lid 2 BW te vinden. Voorafgaand aan de WCAM-procedure om een schikkingsovereenkomst algemeen verbindend te verklaren moet ook overleg gevoerd zijn.[5] Het overleg dient een zelfregulerende werking mogelijk te maken, opdat partijen er zelf uitkomen, er minder zaken voor de rechter aanhangig worden gemaakt en geschillen tussen partijen efficiënter, tegen minder kosten opgelost worden. In par. 2 wordt aangegeven dat het louter opnemen van een wettelijk overlegvereiste in art. 3:305a lid 2 BW als ontvankelijkheids eis echter niet het beoogde zelfregulerende resultaat heeft opgeleverd. Vervolgens worden recente initiatieven om dit probleem aan te pakken besproken. Aangegeven wordt dat beter (ook) ingezet kan worden op het overlegvereiste, maar dat het anders ingevuld dient te worden. In deze bijdrage wordt betoogd dat het overlegvereiste uit lid 2 een inspanningsverplichting moet zijn om de juridische bepaling de gewenste zelfregulerende functie te laten vervullen. Daarna wordt in par. 3 het standpunt ingenomen dat dit overleg pas effectief is, een werkelijke adempauze zal zijn, als andere wetenschappen de factoren aangeven of een overlegregeling het beoogde effect kan hebben. Een aantal voorbeelden van prikkels die het overleg beïnvloeden illustreren de grenzen van

juridische overlegregelingen. Andere inzichten dragen echter mogelijkheden aan om het gebruik en het succes van een overlegregeling te vergroten. Als voorbeeld wordt de *default*-optie uit de WCAM-procedure behandeld. Tot slot volgt een afsluitende opmerking in par. 4. 2.Art. 3:305a lid 2 BW: een werkelijke adempauze?

Volgens de wetgever moest de overlegeis in lid 2 het zelfregulerende vermogen van de betrokken partijen vergroten.[6] Stichtingen en verenigingen verkregen de bevoegdheid om voor een groep individuen met soortgelijke belangen te procederen, maar lid 2 van dit artikel moest deze stichtingen en verenigingen ook aansporen om eerst overleg te beproeven en voorkomen dat de andere partij ‘rauwelijks’ gedagvaard werd.[7] De schadeveroorzaker had de mogelijkheid om kennis te nemen van de vordering en van de partij (stichting) die door de bundeling van claims als belangenbehartiger optreedt, de situatie te herstellen, om alsnog aan de verplichtingen te voldoen of om een (financiële) tegemoetkoming voor te stellen ter compensatie van de schade.

Deze bepaling beoogt dus een serieuze inspanningsverplichting[8] als ontvankelijkheids eis te stellen mede om een stortvloed van groepsacties voor de rechter te vermijden. De bepaling stelt echter ook dat een termijn van twee weken na ontvangst van het verzoek tot overleg met betrekking tot het te vorderen voldoende is.[9] De rechtspraak is in deze evenmin streng; een kennisgeving en het in acht nemen van de termijn wordt in de praktijk voldoende geacht, terwijl meermaals is beslist dat waar zinvol overleg niet mogelijk is de eiser toch ontvankelijk kan zijn.[10] Hierdoor is de overlegeis als inspanningsverplichting sterk uitgehold.

Hierop en op het aanverwante gebrek aan zelfregulerend vermogen van de overlegeis reageren recente initiatieven door het stellen van een aangescherpte inhoudelijke toets van voldoende representativiteit[11] van de claimstichtingen en verenigingen. Het doel is het aantal groepsacties te beperken.[12] Het aantal claims en het aantal claimstichtingen zouden namelijk zijn toegenomen en de stichtingen zouden door ‘winstbejag’ eerder een claim instellen.[13] Of de verzwaaring van de representativiteits eis het aantal stichtingen en (bijgevolg) het aantal claims zal terugdringen is onzeker en zelfs twijfelachtig. Een ‘claimstichting’ kan immers aan deze beweerdelijk strengere eis voldoen door een zorgvuldigere formulering van de belangen van de groep individuen in de statuten op te nemen.[14] Bovendien kan het aanhangig maken van zaken juist gezien worden als het behartigen van de belangen van de stakeholders.

Een ander gerealiseerd voorstel is het opstellen van een gedragscode voor claimstichtingen, de Claimcode.[15] Hierin staat bijvoorbeeld hoe deze stichtingen hun governancestructuur moeten aanpassen, opdat de transparantie bevorderd wordt en de beweegredenen inzichtelijk zijn. De rechter kan echter nu al controleren of de stichting vanuit juiste beweegredenen een zaak aanhangig maakt en voldoende representatief is door een lijst van de deelnemers te verlangen.[16] Het invoeren van extra transparantie-eisen treft bovendien ook claimstichtingen die wel al gedragsconform opereerden, terwijl het — net als bij de verzwaarde representativiteits eis — nog altijd de vraag is of het winstbejag — aangenomen dat dit inderdaad de oorzaak is — effectief weggenomen wordt. Daarnaast moet de code niet tot doel hebben dat stichtingen zo ontmoedigd worden dat zij niet meer de belangen voor de rechter behartigen, want dan is een wellicht groter negatief effect van beperkte toegang tot de rechter gecreëerd.[17]

Als alternatief zou daarom wellicht beter het overlegvereiste tegen het licht gehouden moeten worden om het beoogde zelfregulerende effect te bewerkstelligen, namelijk dat partijen samen naar een oplossing zoeken. Een gedragscode kan voorschrijven dat stichtingen meer moeten inzetten op overleg, maar of stichtingen dit ook gaan doen is ook afhankelijk van factoren die ook buiten het recht zelf liggen. Een vergoeding van de kosten voor het overleg zou tot overleg aan kunnen zetten. Welke (andere) factoren meegenomen moeten worden en wat de effecten ervan kunnen zijn, kan echter niet alleen door het recht beantwoord worden.

Daarvoor zullen de bevindingen over gedragseffecten uit andere wetenschappen betrokken moeten worden.[18]

### 3. Een aanzet tot een betere juridische overlegregeling

In de vorige paragraaf is aangegeven dat een wettelijk vereiste van werkelijk overleg een inspanningseis moet zijn. In deze paragraaf wordt gezocht naar de factoren die personen ertoe kunnen bewegen om zich voor dit overleg in te spannen. Zonder kennis van deze factoren die het gedrag beïnvloeden, leiden voorstellen tot een adempauze niet tot beter recht. Deze inzichten in gedragseffecten zijn nodig om zelfregulering middels een overlegregeling te bereiken of om te concluderen dat een voorstel daartoe mogelijk juist nadelige gevolgen heeft, die wellicht zo zwaar wegen dat geoordeeld moet worden dat die bepaalde regeling onwenselijk is.[19] Een aantal voorbeelden van inzichten betreffende *primes* (prikkel) uit de sociale psychologie en van een *default*-optie demonstreren dat overleg door extra-juridische factoren beïnvloed kan worden.

#### Voorbeelden van prikkels

Positieve en negatieve ervaringen met procedures — zoals groepsacties, mediation, deelgeschilprocedures[20] of WCAM-procedures — kunnen van invloed zijn op de toekomstige keuze voor een procedure. Maar ook prikkels van buiten het recht kunnen bepalend zijn voor deze keuze tot overleg en de houding tijdens het overleg bepalen. In de sociale psychologie wordt de beïnvloeding van gedrag door deze prikkels *priming* genoemd. Sociale psychologie identificeert *primes* (stimuli). *Primes* kunnen personen bewust en onbewust tot bepaald gedrag bewegen. Zo heeft onderzoek uitgewezen dat personen die door grof taalgebruik gestimuleerd werden door ernaar te luisteren of deze woorden te lezen, een ander eerder en vaker onderbraken tijdens een daaropvolgend gesprek dan zij die met neutrale woorden waren geconfronteerd. ‘Zij die geprikkeld werden met beleefde woorden, onderbraken de ander het minst’.[21]

Een ander onderzoek experimenteerde of warme en koude condities gevolgen hadden voor de interactie tussen personen. Het resultaat was dat zelfs het aanbieden van warme in plaats van koude drankjes een positief effect heeft op het sociale gedrag van personen: deze personen waren meer gericht op de interactie en er volgden meer concrete afspraken uit het daaropvolgende gesprek.[22]

De voorbeelden geven aan dat *primes* bijdragen aan een vruchtbaar overleg of het geschil laten escaleren, maar een juridische overlegregeling zal weinig met deze bevindingen kunnen aanvangen. Deze inzichten zijn toch waardevol, want ze geven aan dat bepaalde zaken niet (wettelijk) geregeld kunnen worden.

Met andere prikkels kan wel rekening gehouden worden. In het voorgaande werd winstbejag als een oorzaak gezien voor de toename van collectieve acties. Financiële prikkels kunnen er inderdaad toe leiden dat ‘intrinsieke drijfveren tot prosociaal gedrag’ die bij bepaalde belangenbehartigers aanwezig zijn ‘worden uitgedreven’.[23] Deze prikkels ‘kunnen tot gevolg hebben dat het gewenste gedrag niet meer door sociale normen maar door een kosten-baten analyse wordt gereguleerd, met meer zelfzuchtige keuzes als resultaat’.[24] Het belonen van gewenst gedrag kan dus minder wenselijk gedrag vertonen (*crowding out*).[25]

De verklaring hiervoor wordt gevonden in het bestaan van twee concurrerende sets van normen: sociale normen en de normen van economische transacties. Hoe personen zich gedragen, is afhankelijk van welke set van normen is geactiveerd.

Dit laatste voorbeeld heeft mogelijk implicaties voor een te formuleren juridische regeling betreffende rechtsbijstand en andere financiële aspecten van collectieve acties en van overleg en voor de voorkeur voor groepsacties of overleg. Momenteel moeten partijen namelijk zelf de kosten voor overleg dragen of deze in een overeenkomst regelen. Maar als het aankomt op een procedure kunnen belangenbehartigers een vergoeding van gemaakte kosten ten behoeve van de vaststellingsovereenkomst tegemoet zien. Hier kan ook op voorhand in de

onderhandelingen met schadeveroorzakers op worden geanticipeerd en van geprofiteerd.[26] Wanneer overwogen wordt om rechtsbijstand voor claimstichtingen en vergoeding van de kosten voor overleg mogelijk te maken, moet onderzocht worden welke set van normen geactiveerd wordt om wenselijk gedrag te effectueren. Een juridische regeling van deze financiële aspecten zou van sociaal-psychologische inzichten kunnen profiteren.

Een constructie voor overleg

Het voordeel van de WCAM-procedure is de algemeen verbindendverklaring waarbij voor een groot aantal benadeelden en de schadeveroorzaker(s) het conflict efficiënt en effectief beëindigd wordt en benadeelden een proportionele schadevergoeding kunnen ontvangen.

Veel komt hierbij aan op het overleg voor de procedure waartoe partijen bereid moeten zijn. De inspanningen voor deze onderhandelingen worden met het oog op een schadevergoeding en een algemeen verbindendverklaring gedaan. De keuze voor dit overleg voorafgaand aan een WCAM-procedure kan verklaard worden door onderzoeksresultaten die uitwijzen dat 'mensen (1) verlies zwaarder laten wegen dan winst, (2) onzekerheid het liefst proberen te vermijden en (3) de voorkeur geven aan voordeel nu in plaats van (meer) voordeel later.

Want dat kost meer tijd en energie.'[27] De WCAM sluit in een grote mate aan bij deze bevindingen: de procedure geeft uitzicht op een proportionele schadevergoeding die beter is dan niets, tijdens deze procedure zijn partijen al akkoord over de hoogte van de schadevergoeding, terwijl bij het voeren van een rechtszaak het nog onzekerheid is of benadeelden een schadevergoeding zullen krijgen. De zekerheid die de schikkingsovereenkomst met een WCAM-procedure geeft, maakt dat de keuze voor overleg voor deze procedure makkelijker is. Daarbij komt dat van de opt-out mogelijkheid pas gebruik hoeft te worden gemaakt als de schikkingsovereenkomst al vaststaat. Een individu kan dus nog altijd kiezen voor een individuele of geen procedure.[28]

Bovendien kan de keuze voor overleg gestuurd worden door het aangeven van een *default*-optie: één van de mogelijke opties is vooraf aangemerkt als de standaardkeuze. Wie geen andere keuze maakt, wordt geacht te hebben gekozen voor de *default*. Deze sturing is door de *opt-out* benadering van de WCAM-procedure onderdeel van dit instrument en medebepalend voor het succes van de WCAM[29] en de keuze voor het voorafgaande overleg. Het effect ervan is immers dat de schadevergoedingsregeling op een groot aantal gevallen van toepassing is, tenzij expliciet gekozen is om niet onder de regeling te vallen (*opt-out*).

Daardoor wordt de efficiëntie en de effectiviteit bevorderd en de procedure als een succes gezien. De WCAM maakt dus gebruik van een *default* dat een effectief gevolg heeft en waardoor mogelijk eerder voor overleg (met het oog op een WCAM-procedure) gekozen zal worden. Daarmee sluit deze collectieve actie aan bij de inzichten uit de psychologie van keuzearchitectuur (*framing*).

#### 4.Afronding

Bij de keuze voor een werkelijke 'ademtpauze' gaat het over de condities waaronder overleg plaatsvindt. Soms is de dreiging van een rechtszaak voldoende om partijen tot onderhandelen aan te zetten, maar gelet op het aantal groepsacties door claimstichtingen kan er ook een omgekeerd effect plaatsvinden. Wil het recht het gedrag van partijen sturen, dan zal meer nagedacht moeten worden over de condities waaronder wenselijk overleggedrag bewerkstelligd kan worden. Bepaalde inzichten uit de sociale psychologie geven niet alleen de beperkingen van de beïnvloeding van gedrag aan, maar kunnen ook mogelijkheden aanreiken door overleg te stimuleren. Een voorbeeld van sturing van gedrag tot overleg is de *default*-optie van de WCAM. Deze voorgesorteerde keuze als onderdeel van de vormgeving van de procedure is *framing* en het verklaart mede de keuze voor overleg.

De stelling in deze bijdrage is dat voor een wettelijke overlegeis uit art. 3:305a lid 2 BW en voor het voorstel van een ademtpauze ter vervanging van de huidige verzuimregeling met inzichten uit andere wetenschappen rekening gehouden moet worden om deze regelingen

werkelijk beter recht te laten zijn. Ook kunnen de bevindingen duidelijk maken waarom bepaalde wettelijke overlegregelingen niet het beoogde gedragseffect hebben en hoe overlegregelingen beter vormgegeven zouden moeten worden. Voor een betere adempauze dient het rechtssysteem meer open te staan voor deze ‘vreemde’ inzichten uit andere wetenschappen. Een open rechtssysteem vraagt ook meer van juristen, namelijk meer samenwerking met anderen, zoals sociologen, economen en psychologen en de bereidheid regelingen te evalueren en aan te passen aan deze veranderende inzichten.

Voetnoot

[1]

Mr. dr. M.-J. van der Heijden is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

[2]

Deze bijdrage betreffende beter burgerlijk recht is ter viering van het vijftienvig jarig jubileum van de Vereniging voor Burgerlijk Recht geschreven op uitnodiging van de redactiecommissie beter burgerlijk recht bestaande uit Anne Keirse, Siewert Lindenbergh, Marco Loos en Albert Verheij. Zie voor meer informatie *NTBR* 2011/4, p. 24, alsook [www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl](http://www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl).

[3]

A.G. Castermans, ‘Adempauze’, in: *NTBR* 2011/8, Beter recht.

[4]

*Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 28.

[5]

Zie ook mediation: overleg onder toezicht van een derde; en de deelgeschilprocedure: een procedure voor de rechter om vastgelopen overleg vooruit te brengen door een juridisch twistpunt in overlijdens- en letselschadezaken te beslechten.

[6]

*Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 28.

[7]

*Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 28.

[8]

*Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 28.

[9]

Art. 3:305a lid 2 BW: ‘ [] niet ontvankelijk, indien [de rechtspersoon] in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende.’

[10]

Bijv.: Rb. Arnhem (vzr.) 9 september 2005, r.o. 14, *LJN* AU2499; Rb. ’s-Gravenhage 10 april 2004, r.o. 3.1.2, *LJN* AB0981.

[11]

Aanscherping van huidige eis in lid 1: Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.

[12]

Claimcode voor claimstichtingen (art. 3:305a BW), opgesteld door Jurjen Lemstra en Rob Okhuijsen, gepresenteerd op 18 maart 2011 in het gebouw van de Raad voor de rechtspraak (inmiddels geen concept meer); en Advies Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade van de Raad voor de rechtspraak, 22 april 2011.

- [13] Zie de (Concept-)Claimcode voor claimstichtingen (art. 3:305a BW), opgesteld door Jurjen Lemstra en Rob Okhuijsen.
- [14] De stichting of vereniging kan nauwkeurig de belangen afbakenen door een beperkte omschrijving van de belangen op te nemen of juist kiezen voor een ruime omschrijving zoals het beschermen van het milieu, zoals Milieudefensie, en dan opkomen voor elk type milieuschending.
- [15] Beschikbaar via: [www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/716993/compljuniclaimcodecomm2011.pdf](http://www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/716993/compljuniclaimcodecomm2011.pdf) (in werking vanaf 1 juli 2011).
- [16] Hof Amsterdam 7 oktober 2004, *JOR* 2004/329 (Stichting Lipstick Effect/ABN Amro); Rb. Den Haag 31 maart 2010, *LJN* BL9558 (representativiteit en handelen uit (eigen) commercieel belang).
- [17] Daarbij komt dat de Claimcode uitgaat van een ‘pas toe of leg uit’ benadering, waardoor nu al de vraag gesteld wordt of deze governance-eisen niet een wettelijke verankering nodig hebben om werkelijk het doel te bereiken. Zie W.H. van Boom in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het Consumentenrecht* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer, 2010.
- [18] Zie de ‘civilologie’ in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, a.w., p. 20.
- [19] Zie ook A.L.M. Keirse en L. Voet, ‘Hoe de koop van een woning te reguleren; zeker weten?!’, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2011/2 (binnenkort te verschijnen), voor een rechtseconomische analyse van de effectiviteit van een termijn te weten de bedenktijd in de context van de koop van een woning naar Nederlands, Belgische en Frans recht.
- [20] Zie G. de Groot tijdens het 22e LSA symposium aldus gepubliceerd in: Marre Breitschaft, ‘De Deelgeschilprocedure: stand van zaken’, op: [www.kvdadvoc.nl](http://www.kvdadvoc.nl).
- [21] J.A. Bargh, M. Chen en L. Burrons, ‘Automaticity of Social Behavior: direct effects of trait construct and stereotype activation on action’, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1996-2, p. 240-244.
- [22] H. IJzerman en G.R. Semin, ‘The Thermometer of Social Relations: mapping social proximity on temperature’, *Psychological Science*, 2009, p. 1214-1220.
- [23] W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen* (WRR rapport), Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 112.
- [24] W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen* (WRR rapport), Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 112.
- [25] W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen* (WRR rapport), Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 91.
- [26] HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527 (Vie d’Or) (vergoeding mogelijk ex art. 3:305a BW *jo.* 6:96 lid 2 BW); zie ook S.J. de Groot, a.w., voor vergoeding van kosten voor

onderhandelingen in de context van de deelgeschilprocedure.

[27]

Tiemeijer, a.w., p. 88.

[28]

Tzankova, Van Dijck en Van Doorn, *NJB* 2011-21, p. 1383 e.v.

[29]

Analoog aan het onderzoek betreffende orgaandonatie. Zie E.J. Johnson en D.G. Goldstein, 'Do defaults save lives?', *Science* 2003/302, 5649: 1338.

Copyright © Kluwer 2012  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 29-02-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.