TILBURG UNIVERSITY

Toegang tot het recht bij massaschade

Tzankova, Ianika

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

Link to publication

Citation for published version (APA):
Tzankova, I. N. (2007). Toegang tot het recht bij massaschade. Tilburg: Universiteit van Tilburg.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 14. dec. 2018

Toegang tot het recht bij massaschade

Ianika N. Tzankova

UNIVERSITEIT TILBURG
BIBLIOTHEEK
TILBURG

Stellingen
behorend bij het proefschrift van Ianika N. Tzankova: 'Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen' en 'Toegang tot het recht bij massaschade', Universiteit van Tilburg, 30 maart 2007

1. In de visie van velen houdt 'eigen verantwoordelijkheid' vooral het ontwikkelen van een groter incasseringsvermogen in. Deze visie is niet de mijne. (*Strooischade, p. 67-69*)

2. Ongelijkheid in de investeringsmogelijkheden van verweerders en van benadeelden van massaschade verstoort het processuele en daarmee het onderhandelingsevenwicht tussen beiden. Dit kan tot gevolg hebben dat de benadeelden, om het evenwicht te herstellen, zich tot onorthodoxe maatregelen genoodzaakt zien: de inschakeling van de media bijvoorbeeld, waardoor een nieuwe vorm van ongelijkheid ontstaat. Dit is onwenselijk. (*Toegang tot het recht bij massaschade, § par. 5.2.3 en 6.4, Strooischade p. 99-111*)

3. De meest fervente pleitbezorgers van het zelfbeschikkingsrecht van partijen dreigen door zich blind te staren op dat recht over het hoofd te zien, dat in de situatie van massaschade *juist door een inbreuk op dat beginsel* de waarden kunnen worden bereikt, die men via het civiele proces beoogt te realiseren: het verwezenlijken van materiële rechten en bevoegdheden in individuele gevallen. (*Toegang tot het recht bij massaschade, § 4.3.1, 4.6.3, 5.2.5*)

4. Het ontbreken van elke vorm van een wettelijke collectieve schadevergoedingsmogelijkheid is in strijd met art. 13 EVRM. (*Toegang tot het recht bij massaschade, § 1.4, 4.3.1*)

5. Art. 6 EVRM dient desnoods te worden aangevuld met een extra lid, dat de toegang tot het recht in gevallen van massaschade nader definieert. (*Toegang tot het recht bij massaschade, § 1.4, 4.3.1)*

6. De free rider moet vogelvrij worden verklaard. (*Toegang tot het recht bij massaschade,§ 1.3.1 en 1.4*)

7. Maatwerk op macroniveau is géén confectiewerk. (*Toegang tot het recht bij massaschade, § 5.2.2.)*

8. Trefwoordenregisters bij boeken van minder dan 250 pagina's (in het bijzonder proefschriften zouden bij wet (zelfregulering volstaat niet) verboden moeten worden.

9. Het is wetenschappelijk onverantwoord om in wetenschappelijke publicaties 'grapjes' op te nemen voor de oplettende lezer. Men weet namelijk nooit of de desbetreffende publicatie later nog ergens voor genomineerd wordt.

10. De meeste vrouwen kunnen inderdaad niet kaartlezen en dat willen ze ook graag zo houden: ze hebben genoeg andere dingen te doen. (*8, 9 en 10: Bulgaarse wijsheden*)

Toegang tot het recht bij massaschade

Universiteit van Tilburg

TOEGANG TOT HET RECHT BIJ MASSASCHADE

proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan
de Universiteit van Tilburg,
op gezag van de rector magnificus,
Prof. dr. F.A. van der Duyn Schouten,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van een door het college voor promoties
aangewezen commissie in de aula van de Universiteit
op vrijdag 30 maart 2007 om 14.15 uur

door

Ianika Necheva Tzankova

geboren op 15 december 1973
te Razgrad (Bulgarije)

promotor: Prof. mr. J.B.M. Vranken

commissie: Prof. mr. J.M. Barendrecht
Prof. dr. M.G. Faure LL.M.
Prof. mr. M.S. Groenhuijsen
Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels
Prof. dr. P. Taelman

UNIVERSITEIT VAN TILBURG
BIBLIOTHEEK
TILBURG

Woord vooraf

Of dit een echt Tilburgs proefschrift is, weet ik niet, maar het is in ieder geval het soort boek geworden dat ik wilde schrijven. Wel ben ik langer in Tilburg gebleven dan beoogd en dat komt waarschijnlijk doordat ik zoveel kansen en ruimte heb gekregen. Misschien was ik ook betrekkelijk eenvoudig te 'verleiden'. Een goed inhoudelijk verhaal en de kans om inspirerende mensen tegen te komen, bleken in de regel steeds voldoende. Oordeel zelf.

De eerste verleiding was een 'offer I couldn't resist' en afkomstig van Theo Kremer van het Verbond van Verzekeraars. Het betrof het zogenaamde PIV-project dat Wim Weterings en ik met veel enthousiasme en passie opstartten, en dat later onder de vleugels van onder andere Maurits Barendrecht en Corry van Zeeland uitgroeide tot de landelijk bekende 'Gedragscode Letselschade'. Ook achteraf bezien dus een goede keuze en de moeite waard. Mijn belangstelling voor de voorfase en voor het Engelse civiele proces was reeds toen aangewakkerd.

De tweede verleiding nam een driemanschap voor haar rekening. Heren fundamentele herbezinners: jullie hebben mij leren balanceren (en thematiseren). Ik zal mijn eerste voorzichtige stappen op het koord (dat steeds hoger kwam te liggen) en jullie gemoedelijke aanmoedigingen vanaf de zijlijn nooit vergeten. Wat ben ik jullie een hoop verschuldigd.

Maurits Barendrecht slaagde erin om me met een straffe hand tot een project te verleiden, waar ik niet op zat te wachten. Toch kreeg ik daarbinnen ook de ruimte. Het deel van het WODC-onderzoek over transactiekosten dat gaat over massaschade zou een onderdeel van mijn proefschrift gaan vormen. Al met al een heel leerzame exercitie.

Verleiding nummer vier kwam voor rekening van een internationaal advocatenkantoor. Dit is een twijfelgeval. Ik weet nog steeds niet wie hier wie verleid heeft. Het 'strooischadeboek' is één van de twee publicaties geworden waar ik op promoveer, ook al was mij bij aanvang op het hart gedrukt dat men niet op (mini)proefschriften zat te wachten. Voor het overige kreeg ik wel volledig de vrije hand.

Dat ook deze 'flirt met de praktijk' in ieder geval voor mij goed is uitgevallen, bleek uit verleiding nummer vijf die ik onze Rector-Magnificus en Pieter Siebers (Pers en Voorlichting) toedicht: de nominatie van het 'strooischadeboek en -team' voor de NRC Academische Jaarprijs 2005/2006. In Karlijn van Doorn, Willem Keukens, Paul Sluijter en Floortje van Tilburg vond ik vier fantastische teamgenoten. We zijn heel ver gekomen. Onze inspanningen zijn niet voor niets geweest. Een aantal van de voor de Academische Jaarprijs uitgewerkte gedachten, waaronder het platform

'collectieve acties.nl', heeft een plaats in dit boek gekregen en wie weet wat er nog meer volgt.

Ook het buitenland lonkte verleidelijk en hoe verder, hoe leuker ik het vond. Dat de Verenigde Staten en Engeland centraal staan in het rechtsvergelijkende gedeelte is derhalve geen toeval, maar een methodologisch zeer verantwoorde keuze. Het pragmatisme en de doelgerichtheid van de common law-landen spreekt mij ook als wetenschapper zeer aan. 'Legal realism' heb ik leren kennen en waarderen. Het heeft ook mijn kijk op het concept van toegang tot het recht beïnvloed. Een belangrijk deel van de rechtsvergelijking met Amerika vond overigens in Nederland plaats. Ik wil Stijn Franken en Daan Lunsingh Scheurleer (Nauta Dutilh) bedanken voor de gastvrijheid en voor het feit dat zij het doorworstelen van 'Newberg on Class Actions' voor mij zo aangenaam hebben gemaakt.

De inspirerende mensen hoefde ik overigens niet ver te zoeken. Mijn promotor Jan Vranken is in veel opzichten bepalend geweest voor mijn wetenschappelijke ontwikkeling. Aan hem heb ik veel te danken (zie ook de voorwoorden bij de andere boeken van mijn hand). Ik voel me bevoorrrecht dat ik zo nauw met hem heb mogen samenwerken. What more can I say...

De samenstelling van onze vakgroep is door de jaren heen steeds wisselend geweest. Wat onveranderd bleef, was de humor en de gemoedelijkheid. Allemaal hartelijk dank daarvoor. Er waren door de jaren heen een aantal 'rotsen in de branding' die ik bij mijn aankomst in Tilburg aantrof en die er nog steeds zijn. Aan hen heb ik veel warmte te danken: Machteld de Hoon, Marcella Franssen, Dolf Harinxma thoe Slooten en Maaike van Laarhoven.

Ronald nam een ander soort verleiding voor zijn rekening en dat leverde ons twee prachtzonen op. Mijn promotietraject nam een aanvang met Iavor (2001) en eindigde met Bojan (2006). Hiermee is de cirkel rond. De cirkel kan echter nog niet dicht zonder de Tilburgse oud-collega's te noemen die tevens dierbare vrienden zijn geworden. Sabrina van Willigenburg voelde vanaf het begin vertrouwd: we hebben weinig woorden nodig. Ivo, ik hoor het Maurits nog zeggen: 'Als Tzankova en Giesen met elkaar in discussie gaan, dan ben ik weg: dat kan wel even duren…'. We zijn verrassend eensgezind gebleken.

Ook wil ik een aantal personen expliciet bedanken die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit boek. Ivo Giesen bleef mij, zelfs na zijn vertrek naar Utrecht, bestoken met attenderingsboodschappen over het onderwerp van mijn proefschrift. Mijn wraakactie heeft hij dan ook berustend ondergaan. Hij was de eerste na mijn promotor, die concepten van de verschillende hoofdstukken heeft gelezen en van bemoedigend commentaar heeft voorzien. Bart Groen was zo vriendelijk om als mijn redacteur te willen optreden en een deel van zijn Kerst daarvoor op te offeren. Reinout Wibier en Arnold Croiset van Uchelen hebben eveneens nuttig commentaar geleverd op (delen van) het boek. Kathelijne van Gulijk hielp mee bij de samenstelling van de literatuurlijst. Gijs van Dijck was de laatste die het manuscript las en daarmee voor de 'finishing touch' zorgde.

Het manuscript is afgerond in november 2006. De rechtsvergelijkende onderdelen in januari 2006. Met publicaties die nadien zijn verschenen, is slechts incidenteel rekening gehouden.

Ik draag dit boek op aan de drie belangrijkste (grote kleine) mannen in mijn leven.

's Hertogenbosch/Tilburg december 2006

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst XI

1 Een schets van het onderzoeksterrein 1
1.1 Introductie 'massaschade' 1
1.2 Afbakening onderzoeksthema 3
1.3 Substantiële massaschade 4
1.3.1 Probleemanalyse sluipende en gefixeerde massas4chade
1.3.2 Bijzondere problematiek sluipende massaschade 6
1.4 Toegang tot het recht 7
1.5 Onderzoeksvraag en methode van onderzoek 7
1.6 Toetsen geldend recht 9
1.7 Plan van aanpak 10
1.8 Een paar nuanceringen 10
1.9 Het gebruik van rechtseconomische en empirische inzichten 11
1.10 Reductie van transactiekosten 13

2 Golven van toegang tot het recht 17
2.1 Golven 17
2.1.1 Het nut van beeldspraak 17
2.1.2 Vijf golven en een plan van aanpak 18
2.2 Eerste golf 19
2.2.1 Toegang tot het recht is toegang tot advocaten 19
2.2.2 Voorbeelden 20
2.2.3 Tekortschieten 22
2.3 Tweede golf 23
2.3.1 Van recht hebben naar recht krijgen 23
2.3.2 Voorbeelden 23
2.3.3 Tekortschieten 24
2.4 Derde golf 26
2.4.1 Overheidsrechtspraak gemoderniseerd en gerelativeerd 26
2.4.2 Voorbeelden 26
2.4.3 Tekortschieten 27
2.5 Vierde golf 27
2.5.1 Voorkomen is beter dan genezen 27
2.5.2 Voorbeelden 28
2.5.3 Tekortschieten 29
2.6 Vijfde golf 29

2.6.1 Zelfregulering 29
2.6.2 Voorbeelden en tekortschieten 30
2.7 Evaluatie. Goed en slecht nieuws 30

3 Het Engelse regime 33
3.1 Plan van aanpak 33
3.2 Part 19.III CPR 33
3.2.1 Waarom niet Part 19.II? 33
3.2.2 Part 19.III: algemeen 34
3.2.3 Het pre-Woolf tijdperk 35
3.2.4 Het post-Woolf tijdperk: de rechter centraal 38
3.2.5 Toepassingsbereik 39
3.3 Hoofdlijnen 40
3.4 De GLO 41
3.4.1 Het begin: een overlegcultuur 41
3.4.2 Criteria voor toewijzing 43
3.4.3 Inhoud 45
3.4.4 Gevolgen: res judicata en disclosure 46
3.4.5 Gevolgen: de kosten 47
3.5 GLO-kwesties en test case 50
3.5.1 GLO-kwesties 50
3.5.2 Test case 51
3.6 De lead solicitor 53
3.6.1 Bevoegdheden 53
3.6.2 Selectie 54
3.7 Financiering van multi-party actions 57
3.7.1 Uit publieke middelen: Legal Aid 58
3.7.2 Via een cfa 60
3.7.3 Enige cijfers 65
3.8 ADR 66
3.8.1 Mediation en (collectief) schikken 66
3.8.2 Pre-action protocols 68
3.9 Tot slot: integrerende conclusies 69
3.9.1 Financiering van multi-party acties (eerste golf) 69
3.9.2 Gestroomlijnde procedures en case management (tweede en derde golf) versus het zelfbeschikkingsrecht van partijen 71
3.9.3 ADR (vierde golf) 72

4 Het Amerikaanse regime 75
4.1 Plan van aanpak 75
4.2 Aanwijzingen bij raadplegen Amerikaanse literatuur 77
4.2.1 De literatuur 77
4.2.2 Stromingen in de literatuur 80
4.3 Class actions: doelstellingen 81
4.3.1 Toegang tot recht 82
4.3.2 Proceseconomie, rechtszekerheid en rechtseenheid 84
4.3.3 Preventie en gedragsbeïnvloeding 85

4.3.4	Voorspelbaarheid van de procedure	86
4.4	Twee soorten class actions. Hoofdlijnen	86
4.4.1	Algemeen	86
4.4.2	Limited fund en damages class action	88
4.4.3	Tussenconclusie	91
4.5	Day in Court	92
4.5.1	Algemeen	92
4.5.2	Adequaatheid van de class vertegenwoordiger	94
4.5.3	Adequaatheid van de class advocaat	96
4.5.4	Notice en opt out	98
4.5.5	Voorkeurstest	99
4.5.6	Tussenconclusie	101
4.6	Geheel gelijk aan som der delen?	102
4.6.1	Algemeen	102
4.6.2	Twee modellen	103
4.6.3	De class als entiteit	104
4.6.4	Consequenties	110
4.7	De dynamiek van schaalvergroting	112
4.7.1	Algemeen	112
4.7.2	Een terugblik op misbruikgevaar	113
4.7.3	Opt out versus no exit	118
4.8	De rol van de rechter	121
4.8.1	Algemeen	121
4.8.2	Grondslag en bevoegdheden	121
4.8.3	Case management technieken	124
4.8.4	Special masters	127
4.8.5	Bezwaren	128
4.9	Tot slot: integrerende conclusies	131
4.9.1	Financiering van class actions (eerste golf)	132
4.9.2	Gestroomlijnde procedures en casemanagement (tweede en derde golf) versus het zelfbeschikkingsrecht van partijen	133
4.9.3	ADR (vierde golf)	134
5	**Evaluatie en een begin van een antwoord**	135
5.1	Plan van aanpak	135
5.2	Kernthema's uit beide stelsels	135
5.2.1	Noodzaak tot een 'collectieve' aanpak? Twee benaderingen	136
5.2.2	Partijautonomie en zelfbeschikking onder druk?	138
5.2.3	Het ontstaan van de groep	142
5.2.4	Opt in, opt out of … no exit?	147
5.2.5	De groep als consolidatiemechanisme of als entiteit?	152
5.2.6	Gericht op schikken of procederen?	154
5.2.7	De rol van de rechter	158
5.2.8	De rol van belangenbehartigers	161
5.2.9	Aandacht voor financiering en kosten	163
5.2.10	Gefixeerde massaschade en sluipende massaschade	167
5.3	De 'score' van beide stelsels	172

5.3.1 Beheersing van transactiekosten 172
5.3.2 Rechtsgelijkheid 177
5.3.3 Het free-rider probleem 178
5.3.4 Eindscore 179

6 Antwoord op de onderzoeksvraag en aanbevelingen 181
6.1 Antwoord op de onderzoeksvraag 181
6.2 Maatwerk op macroniveau 182
6.3 Collectieve schikking via court-annexed ADR 183
6.4 Randvoorwaarden: financiering en tegengaan van misbruik 184
6.5 Het managen van de verandering 185
6.6 Europese dimensie 186

Samenvatting 189
Summary 199
Lijst van verkort aangehaalde literatuur 207
Lijst van geraadpleegde websites 231
Trefwoordenregister 233

Afkortingenlijst

(zie ook trefwoordenregister of literatuurlijst)

ADR	Alternative Dispute Resolution
All ER	All England Law Reports
APIL	Association of Personal Injury Lawyers
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
CA	Court of Appeal
CAFA	Class Action Fairness Act 2005
CEDR	Centre for Effective Dispute Resolution
CFA	Conditional fee agreement
CJC	Civil Justice Counsel
CLS	Community Legal Service
CPR	Civil Procedure Rules
FJC	Federal Judicial Center
GLO	Group Litigation Order
HL	House of Lords
LSC	Legal Services Commission
MCL	Manual for Complex litigation
Med LR	Medical Law Reports
MPA Service	Multi Party Action Information Service
MvT	Memorie van Toelichting
PD	Practice Directions
SI	Statutory Instrument
US	United States: Supreme Court Reports
WCAM	Wet Collectieve afwikkeling massaschade

1 Een schets van het onderzoeksterrein

1.1 Introductie 'massaschade'

Massaschade, collectieve acties, class actions: de afgelopen jaren hebben deze onderwerpen veel agenda's beheerst. De verwachting is dat dit voorlopig zo blijft. Veel landen hebben ondervonden dat de frequentie waarmee massaschade zich voordoet weinig zegt over de impact die het verschijnsel op een rechtssysteem kan hebben. Eén of twee gevallen van massaschade per jaar zijn al voldoende om een rechtssysteem jarenlang in hun greep te houden en de 'dagelijkse gang van de rechtspleging' te verstoren. Inmiddels hebben bijna alle Europese landen een collectieve actie regeling of iets dat erop lijkt (al dan niet op een beperkt materieelrechtelijk terrein) in voorbereiding of goedgekeurd. In sommige landen is de regeling reeds in werking getreden.[1] Op Europees niveau zijn er ook initiatieven, zij het vooral op het beperkte terrein van het mededingingsrecht.[2] In Nederland bestaat van de kant van de overheid ook de nodige aandacht, hetgeen blijkt uit de invoering van de Wet Collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)[3] en de voorstellen in het kader van de fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht. Laatstgenoemde voorstellen bepleiten een principiële en daarom een meer structurele, in tegenstelling tot ad hoc, benadering van massaschade.[4] Over het fundamentele karakter dat de afwikkeling van massaschade heeft, lopen de meningen in Nederland echter vooralsnog uiteen.[5] Met dit boek hoop ik de voorstanders van de 'praktische benadering' over de spreekwoordelijke (principiële) streep te trekken.

Dit onderzoek betreft 'massaschade' en 'massale zaken'. Daarbij gaat het om grote aantallen benadeelden die een geschil hebben met één of een beperkt aantal normschender(s). Aan dat geschil liggen echter dezelfde of soortgelijke feitelijke en juridische vragen ten grondslag. De mate waarin sprake is van gemeenschappelijkheid in de feitelijke en in de juridische vraagstelling kan variëren, en zal vaak samenhangen met de aard van de normschendende gebeurtenis. Denk aan Enschede en Volendam, World Online, en de aandelenlease-affaire, maar ook aan geschillen tussen een kabel-

---

1 Bij Micklitz&Stadler 2006, Micklitz&Stadler 2005 vinden we een uitgebreid overzicht van de initiatieven in verschillende Europese landen.

2 Micklitz&Stadler 2006, p. 1495-7 bespreken beknopt de Europese ontwikkelingen. Zij wijzen ook op Richtlijn 2004/48/EC 'on the enforcement of intellectual property rights that has introduced a collective claim for damages which has almost not been noticed'.

3 Stb. 340 en Stb. 380.

4 Uitgebalanceerd 2006 en Een nieuwe balans 2003.

5 Hierover in 5.2.1 meer.

exploitant en consumenten die het niet eens zijn over de hoogte van de abonnementsgelden. De gemeenschappelijkheid in de feitelijke en de juridische vraagstelling is in de eerste twee gevallen bijvoorbeeld groter dan bij de aandelenlease affaire.

Dat het om grote aantallen getroffenen gaat, is bij massaschade een constante factor.[6] Omdat het vooral de 'getallen' zijn die de aandacht trekken en het afwikkelingsproces bemoeilijken, wordt bij het definiëren van het begrip al snel naar een kwantitatief criterium gegrepen. Het is echter lastig om exact aan te geven hoe groot het aantal schadelijders dient te zijn om een voorliggend geval als massaschade aan te kunnen merken.[7] Dat kan verschillen van land tot land,[8] of zelfs per rechtsgebied, aangezien een en ander mede afhankelijk zal zijn van de omvang en het (proces)vermogen van een desbetreffend stelsel om met grote aantallen claims om te gaan. Er zijn 1,4 miljoen bezwaarschriften nodig om het normale werk van de Belastingdienst te ontwrichten,[9] terwijl een kleine rechtbank al bij 100 extra zaken overbelast kan raken. Een kwantitatief criterium kan dus niet beslissend zijn, maar wel een eerste indicatie vormen dat een massaschadegeval zich voordoet.

In het kader van dit onderzoek worden massaschade en massale zaken onderverdeeld in twee hoofdtypes.[10] Deze indeling[11] is gerelateerd aan de mate waarin het instellen van een individuele schadevergoedingsactie per benadeelde in rechte al dan

6 Zie voor andere invullingen van het massaschadebegrip o.m. Barendrecht 2002, p. 605-17, Akkermans 1997, p. 255, n. 1, Bunjes 1996, p. 9-11, Bauw 1995, p. 622.

7 Een duidelijk voorbeeld voor Nederland biedt de behandeling van het wetsvoorstel 28 349 dat uiteindelijk geleid heeft tot de Wet van 19 december 2002 tot invoering in de Algemene wet inzake rijksbelastingen van de mogelijkheid tot het doen van een collectieve uitspraak op massaal bezwaar, Stb. 2003/10. In de literatuur werd door sommigen verdedigd dat de nieuwe regeling van toepassing dient te zijn indien het aantal betrokken belastingplichtigen 5000 bedraagt, terwijl andere auteurs van mening waren dat dit aantal veel hoger zou moeten zijn, zo rond 100.000. Zie Rosier 2002, p. 967 en Jansen 2002, p. 971-2. In de nieuwe regeling is hieromtrent uiteindelijk geen bepaling opgenomen.

8 In Engeland wordt bijvoorbeeld aangenomen dat er ten miste 10 soortgelijke gevallen moeten zijn, wil men gebruik kunnen maken van een bijzonder procedureel mechanisme (a Group Litigation Order) dat in het leven is geroepen voor massaschade gevallen, zie Hodges 2001, p. 30. In Amerika wordt echter bij large scale litigation eerder gedacht aan honderden, duizenden of tientallen duizenden betrokkenen. In Canada is het minimale aantal 'two or more', maar er worden aanvullende criteria gehanteerd om het begrip af te bakenen. Vlg. Eizenga 2003, § 3.19-23.

9 Ik refereer hier aan de in de belastingwereld bekende 'vakantiebonnen' kwestie, naar aanleiding waarvan de Wet van 19 december 2002 tot invoering in de Algemene wet inzake rijksbelastingen van de mogelijkheid tot het doen van een collectieve uitspraak op massaal bezwaar werd ingevoerd, Stb. 2003/10. Zie ook Essers & Happé 2002, p. 1537.

10 Voor voorbeelden van andere mogelijke onderverdelingen van massaschade (in het aansprakelijkheidsrecht) zie Bauw & Frenk 2002, p. 79, Koch 1998, p. 801-3, Von Bar 1998, Rubriek Developments 1976, p. 1356. In de Amerikaanse literatuur hanteert men vaak het 'mass torts' begrip als een verzamelbegrip voor alle typen massaschade, die op een aansprakelijkheidsgrondslag kunnen worden gebaseerd. Het valt in vijf subcategorieën uiteen, namelijk in mass accidents, mass exposure, personal injury mass torts, property damage mass torts en economic loss: Klonoff & Bilich 2000, p. 757-8 en Cohen 1998, p. 269-73.

11 Zie ook Een nieuwe balans 2003, p. 164-6, 174-7.

niet opportuun is, gelet op de uitkomst van een individuele kosten-baten analyse.[12] Bij het eerste type is de omvang van de individuele schades zodanig dat een individuele actie in het licht van die uitkomst met het oog op een dergelijke analyse opportuun is (substantiële massaschade), terwijl dat bij het tweede type (strooischade) niet het geval is. Bij substantiële schade staat, zoals nog blijken zal, individuele compensatie voorop, terwijl bij strooischade voordeelontneming en normhandhaving centraal staan.[13]

Met deze tweedeling wordt beoogd om het denken over dit complexe verschijnsel te structureren. Dit bevordert een gericht onderzoek naar de procedurele problematiek die zich bij de afwikkeling daarvan voordoet en naar mogelijke oplossingen, waarover in 1.5 meer. Discussies over die problematiek en oplossingen kunnen dan in ´dezelfde taal´ worden gevoerd, zonder te worden vertroebeld door oneigenlijke of niet ter zake doende argumenten. De thema's die van belang zijn bij de afwikkeling van strooischade en substantiële massaschade overlappen elkaar slechts op een klein aantal punten, waarvan de collectieve schikking en haar invloed op het gedrag en de beloning van belangenbehartigers (het zogenaamde agency probleem) er één is.

Het feit dat aan strooischade en aan substantiële massaschade in twee afzonderlijke publicaties aandacht wordt besteed, is derhalve terug te voeren op meer dan een samenloop van omstandigheden.[14] Deze aanpak past ook bij de insteek van dit onderzoek om het principiële verschil tussen beide hoofdtypen met hun specifieke problematiek te benadrukken.

1.2 Afbakening onderzoeksthema

Dit onderzoek is beperkt tot het eerste hoofdtype massaschade: substantiële schade. Daarbij is de omvang van de individuele claims zodanig dat, bij afwezigheid van een collectieve actie, een individuele actie op grond van een kosten-baten analyse opportuun zou zijn.[15] Dit type laat zich, afhankelijk van de vraag of de schadeveroorzakende gebeurtenis beperkt is in de tijd en de omvang van de groep schadelijders al dan niet (definitief) bekend is, verder onderscheiden in gefixeerde en in sluipende massaschade. Gefixeerde schade ontstaat als gevolg van de blootstelling van een grote groep mensen aan de gevolgen van een enkele gebeurtenis, veroorzaakt door dezelfde initiële schadeveroorzaker(s); men duidt deze vaak ook aan als 'rampschade' of 'mass accidents'. Voor de goede orde merk ik op dat de aandelenlease-kwestie en dergelijke

12 Onder kosten worden de kosten begrepen van rechtshulp en het inschakelen van derden zoals getuigen en deskundigen, kosten van de tijd aan claimafhandeling besteed door de schadelijder, kosten van onzekerheid en overige emotionele kosten.

13 In het bijzonder bij het tweede subtype strooischade: Tzankova 2005, p. 22-3, 69.

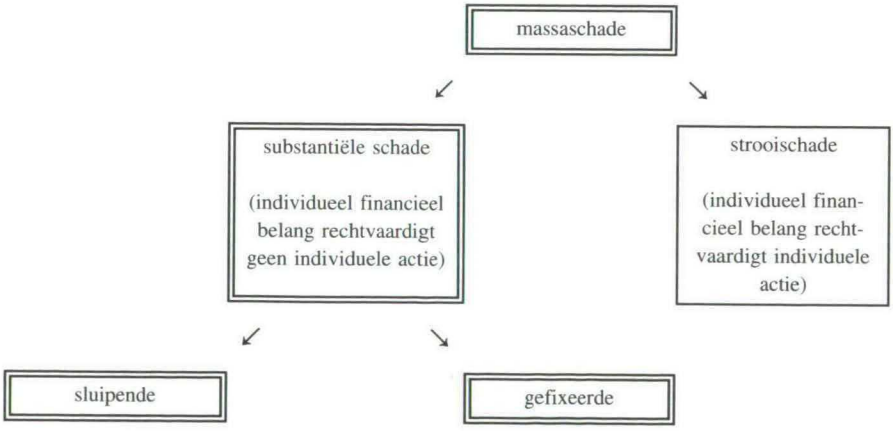
14 De publicatie over strooischade (Tzankova 2005) kwam mede tot stand dankzij een studiebeurs van een advocatenkantoor welke in 2004 werd toegekend.

15 In de Amerikaanse literatuur wordt in die gevallen gesproken van individually recoverable claims. Zie de Rubriek Developments 1976, p. 1356. Voor het tweede hoofdtype massaschade: strooischade, zie Tzankova 2005. Strooischade blijft hier verder buiten beschouwing.

ook hieronder vallen, omdat de beweerde normschending weliswaar uit meerdere feitelijke gebeurtenissen kan bestaan, maar deze beperkt zijn in de tijd en de groep van benadeelden vaststaat of nader omlijnd is. Gezegd zou kunnen worden dat het daarbij steeds om één in juridische zin relevante gebeurtenis gaat, bijvoorbeeld de verkoop van een financieel product.

Sluipende schade is niet het gevolg van één gebeurtenis, maar van een reeks van gebeurtenissen, waarbij de schade pas na verloop van tijd ontstaat of manifest wordt.[16] Daardoor is het niet duidelijk door of vanaf welke gebeurtenis in de reeks de schade is veroorzaakt. Evenmin is het kenbaar hoe groot de kring van mogelijke benadeelden is. Sluipende massaschade wordt vooral in verband gebracht met letselschade door gebrekkige (medische) producten en beroepsziektes. Beide terreinen zijn, althans in Nederland, voorwerp van strenge overheidsnormering.

Vergeleken met strooischade kennen sluipende en gefixeerde massaschade een specifieke procedurele problematiek, terwijl laatstgenoemde vormen van schade ook onderling nog verschillende procedurele problemen kennen. In de volgende paragrafen ga ik hier dieper op in. Schematisch weergegeven, verhoudt het onderzoeksonderwerp zich tot de hiervoor besproken andere vormen van massaschade als volgt:



1.3 Substantiële massaschade

1.3.1 Probleemanalyse sluipende en gefixeerde massaschade

Bij de afwikkeling van beide subtypen substantiële massaschade zijn drie problemen essentieel. De beperking of voorkoming van *dubbele transactiekosten* vormt een eerste belangrijk aandachtspunt. In 1.10 geef ik aan wat ik daaronder versta. Ik volsta hier met de opmerking dat als alle schadelijders tegelijkertijd een juridische actie zouden

16 Het begrip sluipende schade wordt ontleend aan Spier 1990.

beginnen, dat niet alleen tot een overvloed aan claims bij de rechter zou leiden, maar ook tot veel elkaar overlappende acties. Veel benadeelden nemen echter een afwachtende houding aan, vertrouwend op de precedentwerking van eventuele proefprocessen. Dit leidt tot een *'free rider'-probleem*, een tweede aandachtspunt, dat inhoudt dat benadeelden van de inspanningen en de uitkomsten gerealiseerd door andere benadeelden profiteren en daarmee per saldo een voordeel behalen. Free riden doet zich bij elke procedure voor, voorzover een uitspraak een precedentwerking heeft en derden daarvan kunnen profiteren, omdat hun geval enige gelijkenis vertoont met de feitelijke of juridische kenmerken van het precedent. Dat wordt niet als bezwaarlijk of problematisch ervaren. Free riden wordt wel een probleem bij massaschade, omdat het veronderstelt dat een partij mede in het belang van andere benadeelden een procedure initieert en niet alleen alle daarmee gemoeide kosten voor haar rekening neemt, maar in geval van een nederlaag ook nog het risico van de proceskostenveroordeling draagt. Dit probleem zorgt in ieder geval ervoor dat het steeds lastiger zal worden om benadeelden te vinden die het initiatief voor een proefproces willen nemen en in een kwalitatief hoogwaardige rechtsbijstand en in de voorbereiding van de claim willen investeren. Bovendien is het gevaar groot dat de uitkomst in het precedent niet de meest optimale is voor de groep. Per saldo is dit voor geen van de benadeelden voordelig.

Hoewel het proefproces zoals we het in Nederland kennen,[17] in veel gevallen nuttig en bruikbaar is, kan het niet een gelijke behandeling van massaschadelijders zekerstellen. *Rechtsgelijkheid* is binnen een rechtsstelsel in het algemeen van belang, maar bij de afwikkeling van massaschade in het bijzonder, omdat massaschadelijders zowel in feitelijk als in juridisch opzicht meer overeenkomsten delen dan niet-massaschadelijders. Ongelijke behandeling valt bij massaschade daarom eerder op, leidt eerder tot maatschappelijke onrust en tast het vertrouwen in het rechtsstelsel eerder aan. Dat is tevens het derde aandachtspunt dat bij de afwikkeling van massaschade essentieel is. Ik onderscheid twee factoren waaraan de mate af te leiden is waarin een rechtsstelsel bij de afwikkeling van massaschade erin slaagt de rechtsgelijkheid te waarborgen en te bevorderen. De twee factoren betreffen (1) het vermogen van een afwikkelingsmechanisme om een uitkomst te waarborgen die soortgelijk is voor soortgelijke gedupeerden, rekening houdend met (2) de aanwezigheid van een beperkt fonds. Ik zal beide factoren afzonderlijk toelichten.

De eerste factor hangt samen met een probleem dat ik als *informatie-asymmetrie* aanduid. In de individuele gevallen zal, met de uitkomst in het proefproces in het achterhoofd, alsnog overeenstemming moeten worden bereikt. Onderhandelingen daarover hebben een vertrouwelijk karakter. Daardoor zullen de afzonderlijke benadeelden niet steeds, althans niet steeds tijdig, op de hoogte (kunnen) zijn van de bijzonderheden en de uitkomsten in andere zaken. Het gevolg hiervan is dat verschillen in de individuele uitkomsten betrekkelijk willekeurig zijn.

De financiële mogelijkheden van de potentiële normschender(s) zullen, zelfs indien er een verzekering beschikbaar is, vaak ontoereikend zijn om bij gegrondbevinding

17 Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 54-5.

van de klachten de aanspraken van alle schadelijders integraal en volledig te vergoeden. In de literatuur spreekt men in dit verband van een *limited fund*.[18] Daardoor is het gevaar reëel dat partijen die hun aanspraak vroeg geldend maken volledige(re) schadevergoeding ontvangen, terwijl anderen die om welke reden dan ook minder voortvarend zijn, achter het net vissen. Dit bergt het bezwaar in zich van een ongerechtvaardigde ongelijke verdeling onder de benadeelden. In een limited fund situatie zijn bekendheid met de procedure en gelijktijdigheid van de voortgang van de afwikkeling van de individuele gevallen daarom van groot belang. In de Nederlandse setting is een regeling voor een limited fund situatie zelfs onmisbaar, omdat de indruk bestaat dat een dergelijke situatie zich in Nederland vaak zal voordoen.[19] Dat komt doordat een normschender de door hem veroorzaakte schade slechts naar draagkracht kan vergoeden dat wil zeggen: voorzover zijn aansprakelijkheidsverzekering en zijn vermogen daarvoor toereikend zijn. Bij grote bedrijven en instellingen is dit laatste nog wel voorstelbaar, maar bij kleinere bedrijven, eenmanszaken en particulieren is dit bij massaschade slechts zelden het geval. Een reguliere Nederlandse aansprakelijkheidsverzekering kent slechts een beperkte dekking.[20] Een verantwoorde reductie van transactiekosten, zodat meer middelen overblijven voor de schadelijders is bij een limited fund derhalve in het bijzonder van belang.

De problematiek die zich bij de afwikkeling van substantiële massaschade kan voordoen, kan aldus worden samengevat onder de noemers:

- vermindering ofwel beheersing van transactiekosten;
- rechtsongelijkheid die kan ontstaan door informatie-asymmetrie en limited fund;
- free rider-probleem.

1.3.2 Bijzondere problematiek sluipende massaschade

Bij sluipende massaschade krijgen de hiervoor gesignaleerde problemen een eigen dynamiek. Het aantal schadelijders is door het grote tijdsverloop tussen de blootstelling aan de (reeks) schadeveroorzakende gebeurtenissen en de openbaring van de schade vaak onbekend. Bovendien zijn de verschillende soorten (sub)groepen benadeelden minder goed kenbaar en daardoor minder goed definieerbaar. Dat laatste is echter een belangrijke voorwaarde voor een verantwoorde toepassing van procedurele consolidatie- of belangenbundelingsmechanismen, die voor reductie van transactiekosten zorgen. Bij sluipende massaschade is gelijktijdige, laat staan definitieve afwikkeling voor alle benadeelden niet eenvoudig te realiseren, hetgeen rechtsongelijkheid in de hand werkt.

---

18 Zie over deze problematiek die geïllustreerd wordt aan de hand van een voorbeeld uit de legionella-affaire ook Frenk 2003, p. 39-41 en Bauw & Frenk 2002, p. 88-9. Ook onder het nieuwe verzekeringsrecht zal het uiteindelijke resultaat voor benadeelden om in geval van massaschade hun schade vergoed te krijgen niet bemoedigend zijn. Voorzover er verzekeringsgelden aanwezig zouden zijn, zal het toedelingproces zeer complex van aard zijn. Zie hierover Wansink 2002.

19 Aldus Rapport Borghouts, p. 17-8.

20 Rapport Borghouts, p. 17-8.

Door het grote tijdsverloop kunnen bovendien causaliteits- en bewijsproblemen optreden, die per individueel geval of categorie gevallen anders liggen, en kunnen ook problemen rijzen bij de vaststelling van de (vermoedelijke) normschender(s). Het is vooral de ontoereikende stand van wetenschap en techniek die het lastig maakt om de verbanden tussen bepaalde oorzaken en gevolgen vast te stellen, en de daarmee samenhangende vraag te beantwoorden, hoe het recht met die onzekerheid dient om te gaan.

1.4 Toegang tot het recht

In dit onderzoek staat de verbetering van de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade centraal. Onder toegang tot het recht versta ik het bereiken van een resultaat dat recht doet aan de materiële aanspraken die een benadeelde geldend wil maken. In overeenstemming met de binnen- en buitenlandse literatuur wordt bij dit geldend maken niet alleen gedacht aan de overheidsrechter, maar ook aan private conflictoplossingsmechanismen, waarbij in het algemeen beroep wordt gedaan op het probleemoplossende vermogen en de zelfredzaamheid van de rechtzoekenden zelf.[21] Voor een uitgebreide bespreking van het concept 'toegang tot het recht' aan de hand van de vijf evolutiegolven die daarin worden onderscheiden, verwijs ik naar hoofdstuk 2.

Mijn veronderstelling is dat een goede aanpak van de hiervoor geschetste drie aandachtspunten de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade bevordert. De vraag hoe een collectieve afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken zich verhoudt tot individuele rechtvaardigheid blijkt steeds in de kern van de drie onderscheiden aandachtspunten te liggen. In de verschillende golven over toegang tot het recht komt dit vraagstuk echter niet, althans onvoldoende, aan bod. In dit onderzoek probeer ik deze leemte op te vullen.

1.5 Onderzoeksvraag en methode van onderzoek

Op basis van het bovenstaande kom ik tot de formulering van de volgende onderzoeksvraag:

Waarborgt een collectieve afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken in gevallen van substantiële massaschade de toegang tot het recht beter dan een individuele afdoening en is die afwikkeling om die reden een te prefereren afwikkelingsmethode?

---

21 Zie onder meer Barendrecht & Kamminga 2005, RMO-rapport 2004 en voorts Macdonald 2003, p. 2-5 en Parker 1999, p. 30-41, 174-204 die vijf evolutiegolven in het denken over de toegang tot het recht onderscheiden.

Deze onderzoeksvraag, die omwille van de overzichtelijkheid zo beknopt mogelijk is geformuleerd, wordt opgesplitst in de volgende deelvragen:

a. Wat wordt in de literatuur thans verstaan onder 'toegang tot het recht'?

Deze vraag is hiervoor in 1.4 summier aangekaart en wordt zoals al aangekondigd nader in hoofdstuk 2 uitgewerkt.

b. Hoe hebben twee relevante buitenlandse rechtsstelsels de afwikkeling van substantiële massaschade op hoofdlijnen geregeld?

Ik zal deze vraag niet beantwoorden door een uitputtende beschrijving te geven van het in beide rechtsstelsels geldende recht. Dan zou ik vele tientallen bladzijden meer nodig hebben dan nu. Die bladzijden heb ik wel, maar ik meen dat geen lezer ermee gediend is die voorgelegd te krijgen. Ik vind dit ook niet het meest wenselijke niveau van rechtsvergelijking. Waar ik naar streef, is om de lezer mee te nemen in mijn zoektocht in literatuur en (in beperkte mate) rechtspraak van beide rechtsstelsels naar die thema's die er toe doen, met name omdat ze essentieel, problematisch, en omstreden zijn. Ik noem dit een thematische analyse en rechtsvergelijking. De thema's zijn in beide rechtsstelsels niet dezelfde, maar tot op zekere hoogte zijn ze wel onderling vergelijkbaar. In 5.2 zal ik ze herleiden tot tien kernthema's, die, op basis van dit onderzoek, naar mijn mening het antwoord op de onderzoeksvraag bepalen.

Bij de rechtsvergelijkende methode is de keuze voor de te inventariseren rechtsstelsels van belang. Er zijn verschillende factoren die deze keuze bepalen. Die keuze is al eerder toegelicht.[22] Toepassing daarvan op het onderzoeksonderwerp levert twee rechtsstelsels op die niet alleen de twee tegenovergestelde procedurele basisbenaderingen bij de afwikkeling van massaschade vertegenwoordigen, maar tevens op *ruime ervaring daarmee in de praktijk* kunnen bogen. Met name dat laatste is voor de hier gevolgde thematische aanpak van belang. Het betreft de 'Amerikaanse' en de 'Engelse' basisbenadering,[23] die respectievelijk de 'opt out'- en de 'opt in'-regimes bij de afwikkeling van massaschade vertegenwoordigen. De rechtsvergelijking vindt plaats in hoofdstukken 3 en 4.

22 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze factoren met verdere verwijzingen Tzankova 2005, p. 26-7, Tzankova 2004, p. 104.

23 Waar in dit onderzoek gesproken wordt van 'Amerika' wordt de Verenigde Staten van Amerika bedoeld. Als ik van 'Engeland' of de 'Engelse benadering' e.d. spreek, dan bedoel ik Engeland en Wales. 'Engeland' wordt in dit onderzoek ook gebezigd als een synoniem van het Verenigd Koninkrijk.

c. *In hoeverre lijken de geïnventariseerde buitenlandse mechanismen en instrumenten erin te slagen om:*
   - *de transactiekosten bij de afwikkeling te reduceren?*
     In 1.10 ga ik nader in op de methode die ik voor de waardering van de transactiekostenreductie hanteer;
   - *gelijke behandeling van massaschadelijders te waarborgen?*
     Dit beoordeel ik aan de hand van twee factoren, namelijk
     het vermogen van een stelsel om:
     · *de informatie-asymmetrie bij de totstandkoming van schikkingen te ondervangen, en*
     · *een limited fund-verdeling te realiseren;*
   - *het free rider probleem te elimineren, althans te beperken?*

Op basis van de thematische analyse in de rechtsvergelijkende hoofdstukken en de in 5.2 gedistilleerde thema's wordt deze vraag ik 5.3 beantwoord.

d. *Welke zijn de bij de beantwoording van vraag c. blijkende neveneffecten (bezwaren/problemen) van de desbetreffende maatregelen?*

Bij onderzoeksvragen b., c., en d. zal gebruik worden gemaakt van bestaande empirische en rechtseconomische inzichten. Met dit onderzoek wordt beoogd om tevens zo veel mogelijk vast te stellen hoe de verschillende afwikkelingsmechanismen in de praktijk functioneren en tot welke problemen zij kunnen leiden. Als hier onvoldoende empirische gegevens over beschikbaar zijn, blijken rechtseconomische analyses een nuttig en bruikbaar alternatief te bieden.

1.6 Toetsen geldend recht

Per 1 augustus 2005 is de WCAM in werking getreden.[24] In dit onderzoek is deze wet bewust niet als uitgangspunt genomen. Gekozen is voor een andere aanpak, zoals hiervoor omschreven. De beoogde meerwaarde daarvan is het ontwikkelen van een objectief toetsingskader voor de adequate afwikkeling van substantiële massaschade, waaraan elke willekeurige regelgeving – in dit geval de Nederlandse – kan worden getoetst en geëvalueerd. In zoverre is de WCAM niet het uitgangspunt, maar het sluitstuk van het onderzoek. Bovendien dekt de WCAM, zoals in 5.2. nog zal blijken, slechts een klein deel van de hier onderzochte problematiek.

24 Stb. 340 en Stb. 380.

1.7 Plan van aanpak

In 1.5 is aangekondigd dat bestaande empirische en rechtseconomische inzichten incidenteel in de thematische analyse zullen worden verwerkt om een zo compleet mogelijk beeld te krijgen van de werkelijkheid van massaschade. Hoewel het steeds gewoner wordt dergelijke inzichten in juridisch onderzoek te integreren, is aandacht voor de beperkingen van die integratie gewenst om een verantwoord gebruik van die inzichten mogelijk te maken. Een en ander zal ik in 1.9 verantwoorden, nadat ik in 1.8 een aantal nuancerende opmerkingen heb gemaakt over het begrip massaschade.

In hoofdstuk 2 ga ik dieper in op de verschillende golven in het denken over de toegang tot het recht die in de binnen- en buitenlandse literatuur worden onderscheiden.

In hoofdstuk 3 wordt het Engelse 'opt in' regime op hoofdlijnen beschreven, in hoofdstuk 4 het Amerikaanse 'opt out'. In hoofdstuk 5 trek ik hoofdlijnen uit de rechtsvergelijking samen en pas mijn bevindingen toe op de Nederlandse situatie (5.2). Ik ga vervolgens na wat de scores van de twee regimes zijn met betrekking tot de eerder geformuleerde drie aandachtspunten, te weten de reductie van transactiekosten, de waarborging van rechtsgelijke behandeling van benadeelden (informatie-asymmetrie en limited fund problematiek) en het free rider probleem. In hoofdstuk 6 geef ik antwoord op de onderzoeksvraag en formuleer ik de conclusies en aanbevelingen.

1.8 Een paar nuanceringen

Een paar nuanceringen over het begrip massaschade zijn op hun plaats. Vooropgesteld moet worden dat massaschade een verschijnsel is dat zich moeilijk in allesomvattende definities laat vangen. Ook de door mij in 1.1-1.2 voorgestelde niet. Immers, een kosten-baten analyse levert een relatieve toets op, omdat het resultaat daarvan mede afhangt van het terrein waarop een normschending die tot massaschade leidt zich voordoet. Betreft het een complex of specialistisch terrein dat het inhuren van (kostbare) deskundigheid of specifieke expertise vereist, dan wel een tijdrovend feitenonderzoek? Zijn er buitenlandse aspecten betrokken, etc.? Dergelijke factoren werken kostenverhogend en kunnen tot de conclusie leiden dat het instellen van een individuele actie per schadelijder bij de rechter niet opportuun is, ook in gevallen die op zichzelf beschouwd een behoorlijke financiële waarde vertegenwoordigen. In de tweede plaats kunnen in een enkel massaschadegeval, zowel 'grote' als 'kleine' claims voorkomen, zodat een discussie mogelijk is over de vraag of daar het ene, dan wel het andere hoofdtype massaschade aan de orde is.

Dergelijke nuanceringen, die ten aanzien van elke definitie van massaschade kunnen worden gemaakt, hoeven niet tot de conclusie te leiden dat zij onbruikbaar is. Juristen hebben de neiging om alles te classificeren aan de hand van eenduidige criteria. Bij deze problematiek zijn dergelijke criteria echter niet te geven. De uitdaging is om instrumenten of maatregelen te onderscheiden die nuttig en bruikbaar zouden kunnen zijn voor de aanpak van bepaalde problemen, en die tot een adequate en passende afwikkeling in een voorliggend massaschadegeval kunnen leiden. Daarbij

is dus niet zozeer bepalend of een voorliggende massale zaak onder een definitie valt, maar of een voorliggende zaak voldoende aanknopingspunten en overeenkomsten daarmee vertoont, zodat die zaak ook baat kan hebben bij de toepassing van de desbetreffende instrumenten.

1.9 Het gebruik van rechtseconomische en empirische inzichten

Bij de bespreking van de onderzoeksvragen en de methode van onderzoek in 1.5 is opgemerkt dat, waar dat nuttig en mogelijk is, ook gebruik zal worden gemaakt van bestaande empirische en rechtseconomische inzichten. Vooropgesteld moet echter worden dat dit geen rechtseconomisch, noch een rechtssociologisch of empirisch onderzoek wordt. Mijn bedoeling is wel om zo veel mogelijk te proberen vast te stellen hoe bepaalde maatregelen uit de onderzochte rechtsstelsels in de praktijk van massaschadeafwikkeling functioneren en tot welke problemen zij kunnen leiden. De 'law in action' is hier even belangrijk, zo niet belangrijker dan de 'law in the books'. Voor een verantwoorde vastlegging van die 'law in action' zijn empirische studies nuttig, ook al is het bereik en toepassingsmogelijkheden van dergelijke studies altijd beperkt. Empirische studies leiden bovendien zelden tot de in het recht broodnodige normatieve uitspraken. Wel kunnen ze het doen van dergelijke uitspraken vergemakkelijken of verdiepen. Empirische studies kunnen grote meerwaarde hebben als men zich bewust is van hun beperkingen. Dergelijke studies, zeker op het terrein van het civiele procesrecht, zijn echter lang niet altijd beschikbaar of bruikbaar.[25] In veel gevallen kunnen rechtseconomische inzichten dan een aanvullend of alternatief systematisch analysekader bieden. Wat rechtseconomie namelijk probeert te doen, is om het bestaande recht ofwel 'the law in the books' vanuit een aantal veronderstellingen te verklaren en te voorspellen welke gedragseffecten een bepaalde rechtsregel zal hebben, ofwel hoe de werkelijkheid en 'the law in action' naar verwachting zullen zijn.

De hoofdstroom binnen de rechtseconomie, ook wel neoklassieke rechtseconomie genoemd, gaat uit van de theorie van de rationele keuze.[26] Daarin wordt verondersteld dat individuen rationeel, ofwel overeenkomstig hun eigen voorkeuren, handelen om hun welzijn te maximaliseren. Mensen handelen echter niet altijd rationeel. Dit blijkt ook één van de belangrijkste bezwaren te zijn die tegen de theorie kan worden aangevoerd. Dat komt voor rekening van een relatief nieuwe stroming: behavioral law and economics.[27] Deze stelt voorop dat mensen zich onder invloed van afwijkingen soms

25 Over deze problematiek zie Uitgebalanceerd 2006, p. 21-2, Tzankova 2005, p. 54-5, 97 en Een nieuwe balans 2003, p. 18, 30.

26 In deze studie zullen vooral inzichten uit de neoklassieke rechtseconomie worden gebruikt. Voor uitleg over andere stromingen die voor deze studie echter niet relevant zijn, zie Visscher 2005, p. 4, Cseres 2004, p. 17-20, Bouckaert & De Geest 2000, nr. 500-580, allemaal met vele verdere verwijzingen. Uitgebreid over de rationele keuze theorie zie Ulen 2000.

27 Sunstein 2000, Korobkin & Ulen 2000, p. 1051-144, Issacharoff 2002, p. 1-33.

structureel anders kunnen gedragen, gesproken wordt van 'biases',[28] dan een rationeel mens zou doen. De vertegenwoordigers van deze stroming onderbouwen hun kritiek met resultaten van experimenteel onderzoek, ook wel laboratoriumonderzoek genoemd.[29] Dergelijke irrationaliteit ondergraaft de voorspellende waarde van de theorie van de rationele keuze aanzienlijk.

In de rechtseconomie is een discussie gaande over de rol en het belang van deze nieuwe stroming. Het 'verweer' van de neoklassieke economen bestaat uit meerdere argumenten. Zo menen sommigen dat de geconstateerde afwijkingen op grote schaal minder belangrijk zijn dan bij het gedrag van één individu, onder meer omdat de effecten van verschillende afwijkingen die zich tegelijk voordoen elkaar kunnen versterken, maar ook opheffen.[30] Ook door leereffecten neemt het belang van afwijkingen af.[31] Verder doen sommige afwijkingen zich niet steeds, maar slechts onder bepaalde omstandigheden voor en zelfs als ze zich systematisch zouden voordoen, is het niet duidelijk welke beleidsaanbevelingen hieruit zouden moeten volgen.[32] Andere elementen uit het verweer zijn meer fundamenteel. Gesteld wordt dat de nieuwe stroming geen alternatief kan zijn voor de neoklassieke rechtseconomie, omdat ze geen coherent model voor menselijk gedrag kan bieden waarmee toetsbare hypothesen kunnen worden opgesteld en dat ze tevens 'undertheorized' is, vanwege haar puur empirische karakter.[33] De nieuwe stroming komt met andere woorden met 'niets beters'. Ook worden methodologische bezwaren gesignaleerd tegen de experimentele aanpak van behavioral law and economics. Tegen laboratoriumexperimenten, waar door 'proefpersonen' een 'echte' situatie wordt nagebootst, wordt aangevoerd dat zij tot een vertekend beeld van de werkelijkheid kunnen leiden. Daarom zouden de resultaten daarvan niet betrouwbaar zijn.[34]

Deze kritiek is ook bekend ten aanzien van laboratoriumonderzoeken in de cognitieve en sociale psychologie. Of ze één op één geldt voor economische experimenten, is echter niet helemaal duidelijk. Rechtseconomische experimentele onderzoekers gaan immers op een andere manier te werk. Een belangrijk verschil is dat rechtseconomen

---

28 Mensen schatten bijvoorbeeld structureel kansen verkeerd in (Ulen 2000, p. 806-9, Jolls, Sunstein & Thaler 2000, p. 47), hebben afkeer van verandering (Ulen 1999, p. 804-6, Korobkin 1998) en houden meer rekening met wat in het voordeel van een ander is, dan op basis van de rationele keuzetheorie wordt verondersteld (Ulen 1999, p. 801-6). Zie ook Van Bijnen 2005, p. 66, Giesen 2005, p. 69-72 en Van Boom 2003, p. 11-20.

29 McAdams 2000, p. 539-41 behandelt de methodologie van laboratoriumonderzoek bij de test van rechtseconomische modellen.

30 Onder andere Schäfer & Ott 2005, p. 70 e.v., Arlen 1998, p. 1776-7, Visscher 2005, p. 6.

31 Schäfer & Ott 2005, p. 70 e.v., Visscher 2005, p. 6, Van Bijnen 2005, p. 66, Ulen 2000, p. 793-4, Garvin 2004, p. 34, 37 e.v. en 46 e.v.

32 Arlen 1998, p. 1776-7, Visscher 2005, p. 6.

33 Posner 1998, p. 1559-60, Arlen 1998, p. 1776-7, Visscher 2005, p. 6. Zie ook de stevige kritiek van Engel 2005, waarin de meeste van de hier besproken elementen uitgewerkt en aangevuld zijn.

34 Smith 1982, McKenzie, Wixtel & Noelle 2004, p. 947, Visscher 2005, 7. Voor kritiek op de methode in het kader van een bespreking van empirische en experimentele studies naar wat rechtzoekenden belangrijk vinden in een procedure zie Bruinsma 2003, p. 2292-5, Minekus 2002, p. 18-20, 26. Een dergelijk kritiek ten opzichte van experimentele studies wordt weer gerelativeerd door Barendrecht & Klein 2004, p. 13-6.

voorwaarden toepassen die verschillende gedragsincentives genereren en vervolgens observeren hoe de deelnemers daarop reageren. Doorgaans wordt een marktsituatie nagebootst c.q. gecreëerd via een gedifferentieerde beloning van de deelnemers. Ze worden tevoren op de hoogte gebracht van het feit dat hun beloning afhankelijk zal zijn van de uitkomst van de beslissingen die ze in het experiment nemen. Zodoende wordt voor de deelnemers een reëel persoonlijk belang bij het experiment gecreëerd ofwel 'a small scale microeconomic environment in which real economic agents make real economic decisions',[35] hetgeen doorgaans niet het geval is bij psychologische laboratoriumonderzoeken.[36]

Geconcludeerd kan worden dat het nuttig is om inzichten uit de cognitieve en sociale psychologie en uit behavioral law and economics te gebruiken waar ze een toegevoegde waarde hebben voor de rationele keuzetheorie. Om de hiervoor aangeduide redenen kan de stroming van behavioral law and economics echter niet als een vervanging, maar 'slechts' als een aanvulling van die theorie worden gezien.[37] In de meeste gevallen biedt de theorie van de rationele keuze een nuttig en bruikbaar analysekader,[38] zeker als dat kader, zoals in dat onderzoek, niet het enige is en zeker voor een onderwerp als het onderhavige, waar de adequate afwikkeling van massale claims door de schaalvergroting concentratie van aanspraken veronderstelt. Dit laatste roept een aanzienlijke financiële incentive in het leven die een eigen dynamiek heeft en in belangrijke mate bepalend is voor de manier waarop verschillende betrokkenen zich in het afwikkelingsproces opstellen. De theorie van de rationele keuze is een hulpmiddel om deze incentives op een verantwoorde manier in kaart te brengen.

1.10 Reductie van transactiekosten

Dit onderdeel van het onderzoek is uitgevoerd in 2004 in het kader van een opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie (het WODC-onderzoek). De opdracht luidde om twaalf veelbelovende buitenlandse alternatieven voor de in Nederland gebruikelijke procedures en mechanismen te inventariseren die mogelijk de transactiekosten bij het verhalen van schade kunnen verlagen en deze vervolgens in te delen in de categorieën meest kansrijke, kansrijke en minst kansrijke.[39]

---

35 Wilde 1981, p. 142, McAdams 2000, p. 540.

36 Smit 1989, 162-7, Smit 1991, p. 878-87, McAdams 2000, p. 540-1. Overigens worden de resultaten van een economisch laboratoriumonderzoek een enkele keer empirisch overgedaan, met soortgelijke resultaten als uitkomst, aldus E. Posner op een mini-symposium dat op 12 september 2005 door het WODC te Utrecht werd georganiseerd, refererend aan een onderzoek van C. Sunstein.

37 Kaplow & Shavell 2002, p. 462, Ulen 2000, p. 816, Van Bijnen 2005, p. 67, Visscher 2005, p. 7.

38 Ulen 2000, p. 797 e.v., Visscher 2005, p. 7, Van Bijnen 2005, p. 67. Mensen lijken veel vaker rationeel dan irrationeel te reageren. Zelfs auteurs die kritisch staan tegenover de theorie van de rationele keuze geven dit toe: Korobkin & Ulen 2000, p. 1144.

39 Barendrecht e.a. 2004.

Eén van de onderzochte mechanismen betrof de gebundelde afwikkeling van massaschade, zoals daaraan vorm is gegeven in Amerika en Engeland.[40] Deze werd kansrijk beoordeeld.[41] Ik maak hier integraal gebruik van die onderzoeksresultaten die in 5.3.1 slechts in een verkorte vorm zullen worden weergegeven.

De desbetreffende resultaten uit het WODC-onderzoek zijn naar mijn mening nog steeds actueel. Althans, ik zie geen redenen die tot noemenswaardige aanpassingen nopen. De focus van het WODC-onderzoek ligt op de afwikkeling van massaschade met een letselschadecomponent. De omvang van de besparingen die eventueel te realiseren is, zou voor vermogensschade op het punt van de emotionele lasten iets afwijkend kunnen zijn. De transactiekostenreductie zou daar iets hoger kunnen uitvallen, omdat de berekening van vermogensschade zonder letselschadecomponent, bijvoorbeeld beleggingsschade, via formules mogelijk is.

Over de mogelijkheden van de in deze studie onderzochte stelsels van afwikkeling van massaschade om tot transactiekostenreductie te komen, is weinig bekend. Dat maakte een vergelijking en het tegen elkaar afzetten van de twee buitenlandse regelingen lastig. Om toch tot theoretisch verantwoorde en zinvolle uitspraken te komen over de transactiekostenreducerende werking van de twee regelingen is gebruik gemaakt van een methodiek die als volgt kan worden samengevat.[42]

Hoe verschillend beide buitenlandse stelsels van afwikkeling van massaschade ook zijn, ze blijken een aantal overeenkomsten te bevatten die als richtinggevend kunnen worden gezien voor de afwikkeling van dit type schade. Deze overeenkomsten vormen het uitgangspunt voor de schatting van een eventuele *minimale* transactiekostenreductie bij een gebundelde afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken bij massaschade. Indien gebundelde afwikkeling zou worden gecombineerd met andere (meest) kansrijk bevonden instrumenten, zou de reductie nog hoger kunnen zijn.[43]

Er wordt een onderscheid gemaakt naar drie delen van de claimafhandeling die ook in de praktijk vaak worden onderscheiden:

1. Het deskundigentraject: onder meer de vaststelling van het causaal verband tussen schade en schadeveroorzakende gebeurtenis;
2. Het aansprakelijkheidstraject: de vraag of sprake is van aansprakelijkheid respectievelijk welke mate van aansprakelijkheid en eigen schuld er op de verschillende partijen rust;
3. Het schadevaststellingstraject: de vaststelling van de omvang van de schadeposten.

Voor de onderlinge verhouding tussen de lasten van deze drie trajecten geldt dat deze ongeveer even groot lijken te zijn.[44] Om inzicht te krijgen in de orde van de grootte van de effecten is dit een verantwoorde aanname. Een volgende stap is een onderscheid

40 Tzankova 2004.

41 Barendrecht e.a. 2004, p. 169-88, in het bijzonder p. 179-80.

42 Hetgeen hierna wordt opgemerkt, vindt men uitgebreid terug bij Barendrecht e.a. 2004, p. 12-33.

43 Barendrecht e.a. 2004, p. 195-6, bijvoorbeeld de afwikkeling van massaschade in combinatie met schadefondsen en materiële normering of economische prikkels voor belangenbehartigers.

44 Barendrecht e.a. 2004, p. 15-6 jo p. 32.

maken tussen zes verschillende soorten kosten die in de drie trajecten worden gemaakt:[45]

- Kosten van rechtshulp en rechterlijke macht;
- Kosten van ingeschakelde derden, zoals getuigen en deskundigen;
- Kosten van de tijd aan claimafhandeling besteed door benadeelde en verweerder;
- Kosten van onzekerheid (in de periode dat een claim nog niet is afgewikkeld kunnen partijen geen beslissingen nemen over aanwending van de betrokken vermogensbestanddelen);
- Emotionele lasten (secundaire victimisatie van slachtoffers indien er sprake is van letselschade, stress en gezondheidsschade);
- Kosten van systeem- en uitvoeringsbewaking (toezicht en controle).

Voor ieder van de in totaal achttien verschillende componenten van transactiekosten wordt vervolgens steeds de richting van het effect van een type hervorming geschat vanuit vier benaderingen uit de onderhandelingstheorie en de rechtseconomie. Theorieën over het ontstaan van transactiekosten kunnen namelijk behulpzaam zijn bij het opsporen en bestrijden van deze kosten. Het gaat daarbij om theorieën over beletselen voor geschiloplossing,[46] over coördinatieproblemen bij buitengerechtelijke afhandeling van letselschade,[47] over kosten van informatie-uitwisseling,[48] en over marktfalen.[49]

---

45 Uitgebreider over de verschillende soorten kosten Barendrecht e.a. 2004, p. 12-14. Het betreft de in het aansprakelijkheidsrecht algemeen aanvaarde onderscheiding van Calabresi, die spreekt van tertiaire kosten: alle kosten van het behandelen van claims in het rechtssysteem. Calabresi 1970, Weterings 2004, p. 2-3 (nt. 2), Barendrecht e.a. 2004, p. 2-3.

46 Dat kunnen tactische/strategische, cognitieve en institutionele belemmeringen zijn: Barendrecht e.a. 2004, p. 16-9: Mnookin&Ross 1995, p. 4 e.v.

47 In zijn proefschrift over een betere afhandeling van letselschade onderscheidt Weterings 2004 acht coördinatieproblemen en bijhorende oplossingsrichtingen, die gedeeltelijk aansluiten bij de analyse van Mnookin&Ross 1995 en gebaseerd zijn op een studie naar de Nederlandse letselschadepraktijk: Barendrecht e.a. 2004, p. 19-20. De acht coördinatieproblemen zijn: competitive interactie, positioneel onderhandelen, uitsluitend distributief onderhandelen, overmatig optimisme bij partijen, asymmetrische verdeling van informatie, moeizame communicatie, onevenwichtige machtsbalans, eigen afwijkende belangen belangenbehartiger. Weterings 2004 schetst ook de bijhorende oplossingsrichtingen.

48 De afwikkeling van aansprakelijkheid en schade kan men ook zien als een besluitvormingsproces waarbinnen partijen en andere betrokkenen informatie uitwisselen (gebaseerd op Mackaay 1982: Barendrecht e.a. 2004, p. 20-3. Het creëren, verzamelen, selecteren, bewerken en overbrengen van informatie aan de bij de besluitvorming betrokkenen kost ook tijd en geld, net als het bediscussiëren en verwerken van informatie door alle deelnemers aan de besluitvorming. Deze benadering van het probleem van transactiekosten suggereert in de eerste plaats een kosten/baten afweging: alleen informatie gebruiken als de kosten van verzamelen, leveren en verwerken van informatie lager zijn dan de kwaliteitsverbetering in de besluitvorming. Mogelijke aandachtspunten bij de hervormingen zijn onder andere het managen van verwachtingen over wat aan informatie nodig zal zijn, zodat geen onnodige informatie wordt aangeleverd (bijvoorbeeld geschilpunten beperken).

49 Dit is de vierde en laatste invalshoek, waarin wordt onderzocht in hoeverre de 'markt' voor afwikkeling van schadeclaims goed werkt. Men zou het aansprakelijkheidsrecht kunnen zien als een methode om marktfalen te verhelpen (met name negatieve externe effecten), maar bij het uitvoeren daarvan krijgt men te maken met private partijen (adviseurs, verzekeraars) en overheden (regelgevers en rechters) die ook weer onvolkomen werken. Partijen, hun adviseurs en degenen die over hun belangen beslissen, functioneren in het kader van een 'markt' die een aantal bijzondere kenmerken heeft, zoals

Vanuit deze vier perspectieven wordt gekeken naar de potentie van de stelsels om transactiekostenreductie te realiseren, waarna een beredeneerde schatting van het besparende effect in de drie onderscheiden trajecten van de claimafhandeling kan worden gemaakt. Omdat het moeilijk is om over de omvang van het effect een exacte uitspraak te doen, is alleen getracht om tot een schatting te komen van de orde van grootte van het opwaartse- danwel neerwaartse effect:

- Vermindering kosten tussen 10 en 50%: --
- Vermindering kosten tussen 2 en 10%: -
- Gelijk blijven kosten tussen –2 en +2%: 0
- Vermeerdering kosten tussen 2 en 10%: +
- Vermeerdering kosten tussen 10 en 50%: ++
- Vermeerdering kosten hoger dan 50%: +++

informatieachterstand, keteneffecten, tournooi-effecten, keuzeproblemen: Barendrecht e.a. 2004, p. 23-8 met verdere verwijzingen.

2 Golven van toegang tot het recht

2.1 Golven

2.1.1 Het nut van beeldspraak

In dit hoofdstuk staan de verschillende golven die men in de binnen- en de buitenlandse literatuur onderscheidt in het denken over de toegang tot het recht door de jaren heen centraal. Indien men die literatuur bestudeert, valt op dat de toegang verschillende betekenissen en verschijningsvormen heeft gekend. In zekere zin kan worden gesproken van elkaar opvolgende 'ontwikkelingsgolven' die het denken over de toegang tot het recht heeft 'doorstaan'. Er zijn ook andere benaderingen van deze problematiek, maar zij worden hier verder buiten beschouwing gelaten,[1] omdat zij naar mijn mening zonder meer in de 'golfbeweging' zijn in te passen.

De tijdspanne waarin de verschillende golven zijn ontstaan, evenals de duur en zelfs de volgorde kan per land fluctueren, maar het totaalbeeld klopt wel, ook als we naar de Nederlandse situatie kijken. Wel is het zo dat sommige golfbewegingen Nederland later hebben 'aangedaan', zoals de belangstelling voor inzichten uit de organisatiewetenschappen in het civiele proces of de aandacht voor small claims procedures. De metafoor van de golfbeweging levert om meerdere redenen een nuttige beeldspraak op. Het brengt de nodige en logische ordening in het denken over het concept aan, zonder het denkproces kunstmatig gevangen te houden in strakke structuren. Voorts geeft de 'vloeiende' beweging aan dat de denklijnen in elkaar overgaan en dat de één voortkomt uit de andere, zodat ze niet los van elkaar kunnen worden gezien. Elke golf komt voor een deel voort uit het onvermogen van de vorige om het toegang tot het recht probleem op te lossen. Evenals oude golven ingehaald worden door nieuwe, maar niet verdwijnen en steeds terug blijven keren, worden klassieke inzichten over de toegang tot het recht ingehaald en vervangen door nieuwe. Maar ook zij blijven terugkomen en doorklinken in de huidige discussies, zij het vaak in een aangepaste vorm. Daarom kan het voorkomen dat bij het behandelen van een denkgolf die qua oorsprong verder terug in de tijd gepositioneerd wordt ook eigentijdse voorbeelden worden genoemd. Dat kan dus te maken hebben met het feit dat de desbetreffende denkgolf Nederland later heeft aangedaan of met het feit dat 'oudere' denkbeelden over de toegang tot het recht nog doorwerken in de huidige tijd.

---

1 Voor een kort overzicht daarvan zie Barendrecht & Kamminga 2005, p. 5-7.

2.1.2 *Vijf golven en een plan van aanpak*

In de buitenlandse literatuur worden vijf golven in het denken over de toegang tot het recht onderscheiden.[2] De eerste drie kunnen in de tijd gepositioneerd worden tussen halverwege de jaren zestig en het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw.[3] Na het bovenstaande zal het duidelijk zijn geworden dat de positionering in de tijd slechts richtinggevend is en niet absoluut mag worden opgevat. De eerste golf stelt de toegang tot het recht gelijk aan de toegang tot overheidsrechtspraak en vooral tot gefinancierde rechtshulp en tot advocaten.[4] De tweede golf richt zich op maatschappelijke en institutionele veranderingen die via het rechtssysteem gerealiseerd kunnen worden. Ook begint aandacht te ontstaan voor maatregelen die het functioneren van de overheidsrechtspraak dienen te verbeteren en die rechtspraak betekenisvoller en efficiënter te maken.[5] De derde golf zet de tendens voort om overheidsrechtspraak slagvaardiger en betekenisvoller te maken, maar focust de aandacht op alternatieven daarvoor.[6]

De vierde en de vijfde golf worden gepositioneerd aan het eind van de vorige en het begin van deze eeuw.[7] Ook bij de vierde golf staan alternatieven voor overheidsrechtspraak centraal. Zij worden echter niet zozeer gezien als mechanismen voor het oplossen van gerezen conflicten tussen rechtzoekenden, maar eerder als middelen om conflicten te voorkomen.[8] Bij de vijfde en (voorlopig) laatste golf wordt de toegang tot het recht gezocht buiten het juridische, maar dan niet zozeer in de bekende alternatieven voor overheidsrechtspraak, maar in zelfregulering. Gezegd zou kunnen worden dat de laatste twee golven een variatie zijn op een bekend thema: het zoeken van middelen om het probleem van de toegang tot het recht te verhelpen, buiten de overheidsrechtspraak.

---

2 Niet te verwarren met de vier rechtshulpgolven die in de Nederlandse rechtssociologische literatuur zijn onderscheiden door Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976. In dit standaardwerk over de Nederlandstalige rechtshulp worden vier 'rechtshulpgolven' onderscheiden, waarin de aandacht voor de toegang tot het recht voor gewone burgers extra in de belangstelling stond. Zie ook Huls 2004, p. 11 en Huls 2005, p. 3-8.

3 Een van de klassiekers in de toegang tot het recht literatuur is de studie van Cappelletti & Garth 1978. Zie echter ook Cappelletti&Garth 1977-8, p. 196-227, Sarat 1986, Trubek 1990, Bottomley e.a. 1994, Parker 1999, p. 32, Macdonald 2003, p. 2-3. Parker 1999 behandelt het onderwerp voor common law landen (vooral Australië en het Verenigd Koninkrijk, maar ook voorbeelden uit de US en Canada worden sporadisch genoemd). Macdonald 2003 behandelt het onderwerp vooral vanuit een Canadees perspectief. Zijn voorbeelden bestrijken het terrein van het civiele-, bestuurs- en strafrecht. Hierna zal vooral op ontwikkelingen in het civiele recht worden gelet.

4 Men spreekt ook van de 'legal aid approach': Macdonald 2003, p. 2, 11-7, Parker 1999, p. 32-5, Cappelletti & Garth 1977-1978, p. 197-209.

5 In de literatuur wordt de tweede golf aangeduid als 'institutional redesign' (Macdonald 2003, p. 2, p. 26-36) of als 'public interest law' (Parker 1999, p. 35-6).

6 De derde golf heeft dan ook de passende bijnaam 'demystification of law' (Macdonald 2003, p. 2-3, 40-2) ofwel 'informal justice' (Parker 1999, p. 36-38) gekregen.

7 Macdonald 2003, p. 3-4, 42-55 en Parker 1999, p. 38-41, 174-204.

8 Macdonald 2003, p. 3 spreekt van 'preventative law'.

In 2.2 t/m 2.6 zal ik deze vijf golfbewegingen nader toelichten en betrekken op de Nederlandse situatie. Waar ik dat nuttig en relevant acht, zal ik tevens ontwikkelingen in andere (Europese) landen aanstippen. Bij de behandeling wordt een driestappenplan gevolgd. Eerst wordt de desbetreffende golfbeweging aangeduid. Daarna worden buitenlandse en Nederlandse voorbeelden genoemd. Tenslotte worden de tekortkomingen van de desbetreffende golfbeweging aangeduid die tot een volgende golfbeweging hebben geleid. Een evaluatie van de bevindingen vindt plaats in 2.7.

2.2 Eerste golf

2.2.1 Toegang tot het recht is toegang tot advocaten

De eerste en oudste denkgolf over het concept van toegang tot het recht is te herleiden tot de verplichting van elke overheid en elke staat om te zorgen voor een effectieve rechtsbescherming van burgers, door onder meer een effectieve toegang tot een overheidsrechter te waarborgen. Deze verplichting is neergelegd in nationale en in Europese wetgeving, respectievelijk in art. 17 GW en 6 en 13 EVRM.[9] Overigens blijken deze rechten minder absoluut te zijn dan op het eerste gezicht lijkt. Zo is het omstreden of art. 17 GW doorwerkt in private rechtsverhoudingen ofwel horizontale werking heeft[10] en hebben de lidstaten bij de invulling van het recht uit art. 6 EVRM een zekere beoordelingsvrijheid.[11] Soortgelijke kanttekeningen worden ook bij art. 13 EVRM geplaatst. De directe werking daarvan is lange tijd een punt van discussie geweest.[12] In de context van massaschade wordt door sommigen aan deze artikelen extra veel gewicht toegekend, omdat de afwikkeling onvermijdelijk tot enige vorm van 'consolidatiedwang' of van 'gedwongen samenwerking' in het proces leidt, ook al kent de mate van dwang verschillende gradaties.[13] Hoewel 'consolidatiedwang'

---

9 Het betreft een impliciet recht, dat afgeleid is van het recht op een eerlijk proces: Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 90.

10 De geldigheid van arbitrale bedingen of bindend-adviesclausules in het algemeen wordt geaccepteerd. Bax 2000, p. 216.

11 Smits 1996, p. 34-6, Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 92-3, Kuijer 2004.

12 Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 95-7. Volgens art. 13 EVRM (recht op een daadwerkelijke rechtshulp) heeft bij schending van een van de verdragsrechten een ieder recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie. Voor een beroep op art. 13 moet er met andere woorden een 'arguable claim' bestaan ten aanzien van een ander artikel uit het EVRM (EHRM 27 april 1988, A.131, Boyle en Rice tegen het Verenigd Koninkrijk). Wel hebben de Lid-Staten in deze een zekere beoordelingsmarge (EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 463). Zie voorts EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464. Volgens de annotator J.C.J. Dute volgt uit deze uitspraak van het Europese Hof in twee Zweedse zaken dat het voor een effectieve rechtsbescherming niet noodzakelijk is dat de betrokkene ook vooraf zich tot de rechter kan wenden om de toelaatbaarheid van de medische gegevensverstrekking aan de rechter voor te leggen.

13 De twee basis (tegenovergestelde) consolidatieregimes die bij de aanpak van massaschade gehanteerd worden zijn 'opt in' en 'opt out'. Bij 'opt in' onderwerpt de benadeelde zich aan de procesdwang. Bij 'opt out' wordt hij daaraan onderworpen. Een uitgebreide uitleg van de regimes vindt respectievelijk plaats in hoofdstukken 3 en 4.

zich dus op verschillende manieren kan manifesteren, impliceert deze dwang steeds een zekere beperking van de 'keuzevrijheid'[14] van de betrokkenen, waardoor een vorm van 'collectiviteit' wordt gecreëerd. Dat wordt met name bij 'opt out' als problematisch ervaren en wordt door sommigen zelfs als een (onaanvaardbare) inbreuk op iemands recht op de toegang tot het recht[15] aangemerkt.

Ook de verplichting van de staat om te zorgen dat tevens adequate rechtsbijstand aanwezig is via een van overheidswege gefinancierd stelsel van rechtshulp, wordt tot de eerste golf gerekend (legal aid-benadering). Toegang tot het recht staat hier gelijk aan toegang tot advocaten.

2.2.2 Voorbeelden

Nederland, Frankrijk, Duitsland en Oostenrijk hebben nieuwe systemen van gefinancierde rechtshulp geïntroduceerd tussen 1972 en 1974.[16] In 1983 kreeg het recht op rechtsbijstand zelfs plaats in de Nederlandse Grondwet (art. 18 lid 2). In Nederland is in de jaren zeventig van de vorige eeuw een tweetal publicaties verschenen waarin de aandacht gevestigd werd op het belang van gefinancierde rechtshulp. Het betreft de rechtssociologische studie van Schuyt, Groenendijk en Sloot[17] en het zogenaamde 'zwarte nummer' van het juridische studentenblad Ars Aequi: 'De balie, een leemte in de rechtshulp'. De eerste onderscheidt en beschrijft vier perioden, gelegen tussen 1890-1970, waarin de aandacht voor de toegang tot het recht voor gewone burgers extra in de belangstelling stond. De laatste periode wordt afgesloten met het zwarte Ars Aequi nummer. Daarin wordt primair kritiek geuit op de dienstverlening door de advocatuur. De veronderstelling die daaraan ten grondslag lag, was kennelijk dat toegang tot het recht toegang tot 'advocatuur' was. Vanaf de jaren zeventig is in een hoog tempo een voorziening opgebouwd die beoogde in de geconstateerde leemte te voorzien. Door de overheid werden bureaus voor rechtshulp gefinancierd die laagdrempelige hulp boden in de vorm van spreekuren op een beperkt aantal rechtsterreinen, terwijl in diezelfde tijd ook de sociale advocatuur tot bloei kwam. Daar kwam bij dat studenten rechtswinkels oprichten die een laagdrempelige vorm van rechtshulp aanboden.[18]

---

14 Ik prefereer om van 'keuzevrijheid' in plaats van 'partijautonomie' te spreken, omdat het laatste begrip een heel specifieke betekenis heeft in de Nederlandse dogmatiek en hier derhalve voor verwarring zou kunnen zorgen.

15 Illustratief hiervoor is het advies van de Raad van State over wetsvoorstel 29 414 (Collectieve afwikkeling massaschade): Kamerstukken II, 29 414, 2003-2004, nr. 4.

16 Cappelletti&Garth 1977-1978, p. 199. Voor recente informatie over de overheidsuitgaven van verschillende Europese landen 'on courts and legal aid' zie het CEPEJ-rapport 2002, p. 19-27. Het geeft de resultaten weer van een onderzoek onder 40 lidstaten dat werd geïnitieerd door de Raad van Europa. Voor een recent overzicht van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand van Zweden, Finland, Duitsland en het Engeland zie Barendracht & Van Zeeland 2003.

17 Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976.

18 Huls 2004, p. 11-26 (p. 11).

De maatregelen die in Engeland op het terrein van de gefinancierde rechtshulp werden getroffen waren zo omvangrijk en daardoor zo succesvol dat de 'toevoegingspraktijk' voor een substantieel deel van het inkomen van veel (letselschade)advocaten zorgde.[19] Uiteindelijk is het systeem ten onder gegaan aan het eigen succes. Het werd op den duur zo kostbaar dat het instandhouden daarvan niet langer mogelijk was. Zo was het percentage zaken dat bijvoorbeeld in de periode 1980-91 en 1993-1994 via het systeem gefinancierd werd, verdrievoudigd. In de periode 1990-1994 waren de overheidsuitgaven voor gefinancierde rechtshulp met 55% gestegen, terwijl er geen verandering was in het GDP en er een stijging van de totale overheidsuitgaven was van 'slechts' 12%.[20] Een rigoureuze aanpassing van het Engelse systeem voor rechtshulp eind jaren negentig kon niet langer uitblijven.[21] In een recente Engelse studie naar de factoren die hiertoe hebben geleid, werd echter geconcludeerd dat de 'demand induced supply' die steeds als de grote boosdoener werd aangemerkt,[22] niet de enige of zelfs maar de voornaamste kostenverhogende factor was.[23] Andere factoren betroffen het toegenomen gebruik van technologie en nieuwe onderzoeksmethoden en de introductie van nieuwe materieelrechtelijke en procesrechtelijke concepten, waardoor rechtshelpers meer werk moesten verrichten om tegen de nieuwe onderzoeksmethoden of naar aanleiding van de nieuwe concepten verweer te voeren. Hoewel het onderzoek uitsluitend de gefinancierde rechtshulp op het terrein van het strafrecht betrof, zou naar mijn mening kunnen worden gesteld dat soortgelijke factoren ook van invloed zijn geweest voor het civiele recht. Het gebruik van nieuwe technologieën wint daar minder snel terrein en is minder vergaand dan in het strafrecht, maar ook het civiele recht wordt onder invloed van onder andere Europese en internationale ontwikkelingen steeds omvangrijker en complexer. Dit heeft onmiddellijk invloed op de omvang en inhoud van de werkzaamheden van rechtshulpverleners.[24]

Ook in Nederland is, weliswaar minder extreem, een soortgelijke tendens te bespeuren geweest. Al vanaf de jaren tachtig zijn in politieke- en beleidskringen bezuinigingsdiscussies ten aanzien van de gefinancierde rechtsbijstand gevoerd. Zij hielden mede verband met het feit dat het systeem van pro Deo-vergoedingen aan advocaten onbeheersbaar was: alle aanvragen voor rechtshulp van on- en minvermogende justitiabelen dienden te worden gehonoreerd. Het totaal viel daarom lastig

---

19 Blankenburg 2000, p. 27, Hodges 2001a, p. 332-4, Michalik 1999, p. 148-150. Een structurele fout van het Engelse systeem was dat het type, de kwaliteit en de kosten van de juridische diensten, werden bepaald door de aanbieders daarvan: Hodges 2001a, p. 334-5.

20 Hodges 2001a, p. 333-4.

21 Tzankova & Weterings 2003, p. 30, Barendrecht & Van Zeeland 2003, p. 35-46, Hodges 2001a, p. 332-9, P. Michalik 1999, p. 145 e.v. en 159 e.v.

22 Kritisch over dit 'supplier-led system' zijn onder andere Hodges 2001a, p. 334, Blankenburg 1999, Lord Woolf 1995, Harlow & Rawlings 1992, p. 296, Abel 1986, p. 379.

23 Cape & Moorhead 2005. Zie ook Cape & Moorhead 2005a, p. 1373.

24 Hodges 2001a, p. 333 noemt ook andere factoren die mogelijk 'the attraction of lawyers to legal aid from the 1980s' verklaren, zoals de instorting van de onroerend goed markt, waardoor veel advocaten van specialisme moesten veranderen.

te begroten.[25] Uit statistische gegevens van midden jaren negentig bleek dat Nederland van alle onderzochte Europese landen op de tweede plaats eindigde qua overheidsuitgaven aan gefinancierde rechtshulp per hoofd van de bevolking. Engeland stond op nummer één.[26] Hoe positief dit gegeven met het oog op de waarborging van de toegang tot het recht ook gewaardeerd kon worden, het was een teken: dit systeem zou op den duur onbetaalbaar worden. De problematiek wordt mogelijk voor een deel ondervangen met de nieuwe stelselherziening die de Bureaus voor Rechtshulp omgetoverd heeft in Juridische Loketten.[27]

2.2.3 Tekortschieten

Hoewel Engeland wellicht een typisch en daardoor extreem voorbeeld vormt, is de crisis die het stelsel van gefinancierde rechtshulp daar ondervonden heeft, illustratief voor het blijvende onvermogen van de 'legal aid benadering' om de toegang tot het recht te garanderen. Een aantal oorzaken speelt deze oplossing parten.

De eerste is dat het marktprincipe voor de distributie van juridische diensten nog altijd de heersende regel is en waarschijnlijk zal blijven. Dit houdt in dat partijen die over meer financiële middelen beschikken, beter in staat zullen zijn om in kwalitatief betere juridische bijstand te investeren en zodoende een voordeel voor zichzelf te creëren.[28] In 'one shooters-repeat players' verhoudingen wordt dit verschil alleen maar versterkt, omdat repeat players ook nog eens een schaalvoordeel genieten dat de one shooters ontberen.[29] Een andere factor is dat de behoefte aan rechtsbijstand 'elastisch' van aard is.[30] Die behoefte heeft de neiging om te groeien, zolang de potentiële begunstigden de rechtshelpers in staat achten om (al) hun problemen op te lossen. Gevolg is dat indien gefinancierde rechtsbijstand onbeperkt beschikbaar zou zijn, de vraag naar juridische diensten alleen maar verder zal toenemen totdat de bovengrens van het aanbod is bereikt.[31] Dat verklaart waarom het enkel beschikbaar stellen van meer of extra financiële middelen voor gefinancierde rechtsbijstand het probleem van toegang tot het recht niet zal oplossen. Bovendien schiet deze benadering van het probleem van de toegang tot het recht tekort, omdat zij weliswaar het optreden van dienstverleners (de advocatuur) beïnvloedt, maar weinig invloed heeft op de manier waarop in de gerechten geopereerd wordt, terwijl dat, zeker in een complexer wordende (juridische) wereld, ook een belangrijke kostenbepalende factor

25 Van Bennekom & Spigt 1983, p. 228. Huls 1984 bespreekt de organisatorische beslommeringen in het kader de bezuinigingsdiscussies. Huls 2003, p. 9 is van mening dat de bureaus voor rechtshulp zijn gesneuveld vooral 'ten gevolge van een fatale combinatie van zwak management en toezicht'.

26 Blankenburg 1999.

27 Meer over deze operatie en bijhorende problematiek in Houwerzijl 2003.

28 Pearce 2004, p. 974, Bellow & Kettleson 1978.

29 Galanter 1974, p. 95-160 heeft het onderscheid geïntroduceerd.

30 Bellow & Kettleson 1978, p. 380, Hazard e.a. 1983, p. 1091-92, Rhode 2003, p. 49.

31 Pearce 2004, p. 974, Bellow & Kettleson 1978, p. 380, Rhode 2003, p. 49.

is. Het (in)efficiënte optreden van de gerechten vertaalt zich onmiddellijk in de rekening die aan de rechtzoekende wordt gepresenteerd.[32]

De volgende twee golven beogen de toegang tot het recht dan ook te verbeteren door zich meer op de rol van de rechter en de functionering van de gerechtelijke instanties te richten.[33] Daarin is tevens aandacht voor andere problemen die de legal aid-benadering niet kan ondervangen: het probleem van de bescherming van kleine en van diffuse belangen, zoals consumenten- en milieubelangen.[34]

2.3 Tweede golf

2.3.1 Van recht hebben naar recht krijgen

De tweede golf van de toegang tot het recht beweging wordt op verschillende manieren aangeduid: van 'institutional redesign' tot 'public law' en 'representation of diffuse interests'.[35] Deze golf is meer politiek gekleurd, omdat ze sociale verandering via het recht beoogt te bereiken. Typerend daarvoor zijn aanpassingen in het systeem van procesrecht die kleine en diffuse groepsbelangen en algemene belangen beogen te beschermen. Voorbeelden van dergelijke aanpassingen zijn de introductie van bijzondere procesregels voor ontvankelijkheid en procesvertegenwoordiging in groepsacties, de introductie van collectieve acties en class actions en van small claim courts.[36] Met deze maatregelen wordt tegelijkertijd beoogd het proces efficiënter en slagvaardiger te maken.

2.3.2 Voorbeelden

De aandacht in de Nederlandse privaatrechtelijke literatuur voor groeps- en algemeen belangacties dateert al vanaf halverwege de jaren zeventig.[37] Sinds 1992 kent Nederland een wettelijke regeling van het collectieve actierecht. De belangstelling daarvoor

---

32 In soortgelijke zin Parker 1999, p. 35: 'It can do little to change law and legal processes where they do not work well' en Macdonald 2003, p. 22-3: 'Enhancing the efficiency of courts and other official agencies will reduce administrative costs charged back to litigants'.

33 Pearce 2004. Anderen proberen de oplossing nog steeds binnen de beroepsgroep te zoeken door een verandering in de aldaar geldende normen en waarden te bepleiten, waarin de 'officium nobile'-rol van de advocatuur centraal komt te staan (o.a. Simon 1998).

34 Cappelletti & Garth 1977-1978, p. 208-9, 194-5, 188-9, Parker 1999, p. 35.

35 Respectievelijk Macdonald 2003, p. 2, 22-4, 26-36, Parker 1999, p. 35-6, Cappelletti & Garth 1977-1978, p. 209.

36 Onder andere Cappelletti & Garth 1977-1978, p. 209-22, 241-55, literatuur in vorige noot en voorts McGuire & Macdonald 1997, McGuire & Macdonald 1998, D'Souza 1991, Baldwin 2003, Yngvesson & Hennessey 1975.

37 Verburgh 1974, Groenendijk 1981 en Frenk 1994.

is alleen maar groeiende, ook buiten de landsgrenzen.[38] Vooralsnog deinst men er in Europa echter voor terug het geldend maken van financiële aanspraken via collectieve acties toe te staan. Men lijkt 'Amerikaanse toestanden' te vrezen, hoewel de bescherming van de individuele toegang tot een overheidsrechter hoog in het vaandel staat. Niettemin is er in Nederland en in Europa een groeiende belangstelling voor de (on)mogelijkheden van 'private law enforcement',[39] die afgeleid is van de public law beweging.[40]

Wat de aanpak van small claims betreft, valt in EU-verband te wijzen op een initiatief van de Europese Commissie om een speciale 'Europese' procedure voor geringe vorderingen in alle lidstaten te introduceren.[41] Het nationale procesrecht van sommige Europese landen voorzag al in bijzondere 'small claim courts' of in bijzondere 'small claim procedures'.[42] Dat de aandacht voor specifieke small claim procedures in Nederland relatief gezien pas later op gang komt, heeft mogelijk ermee te maken dat de oude kantongerechtsprocedure en de oude incassoprocedure dit type claims naar tevredenheid konden opvangen.

2.3.3 Tekortschieten

De maatregelen die met de tweede golf geassocieerd worden, blijken echter beperkingen te kennen. Zo zijn de buitenlandse ervaringen met small claim courts als een mechanisme om de toegang tot het recht te verhogen niet onverminderd positief.[43] Deze blijken niet zelden vooral als een snelle incassoprocedure te worden gebruikt

---

38 Zie de extensieve rechtsvergelijkende studies van Basedow e.a. 1999 en van Micklitz & Stadler 2005 voor een actuele stand van zaken in zeven Europese landen, Micklitz & Stadler 2006, Een nieuwe balans 2003, p. 183-6. In Nederland is per 1 augustus 2005 de WCAM in werking getreden. Zie voorts Tzankova 2005, Een nieuwe balans 2003, p. 183-6.

39 Bos 2005, Tzankova 2005, Van Gerven 2002, p. 63-75. In EU-verband bestaat belangstelling voor private law enforcement vooral in relatie tot het mededingingsrecht: Bos 2005, Jones 1999, p. 84-92. De thema van de 10de European Competition Day 2004 was 'Private Enforcement of EU and national competition law'. Zie ook de rapporten uitgebracht in opdracht van de Europese Commissie respectievelijk van het Ministerie van Economische Zaken naar de struikelblokken bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Ze zijn te raadplegen op <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/> en respectievelijk <http://www.houthoff.com/nl-nl/content.aspx?cid=2971&mid=4&aid=20>

40 Tzankova 2005, p. 74-9.

41 Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, COM (2005) 87 def, 2005/0020 (COD), Brussel 15.03.2005, Uitgebalanceerd 2006, p. 107-8, Van der Grinten 2005.

42 De ervaringen daarmee zijn overigens heel wisselend: Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 30. Zie uitgebreid over de Engelse situatie Baldwin 2003, p. 313-43 en Burn 2001, p. 347-71.

43 McGuire &. Macdonald 1997, McGuire & Macdonald 1998 en D'Souza 1991, zijn meer negatief of waarschuwend van toon, hoewel de situatie in Singapore thans beter lijkt te zijn. Baldwin 2003, p. 313-43 is optimistischer van toon. Willigenburg & Tzankova 2005, p. 30 laten eveneens een gemengd beeld zien.

door ondernemingen en (kleine) bedrijven.[44] Hoewel hier op zichzelf niets mis mee is, blijft het probleem van toegang tot het recht voor consumenten en andere zwakkere groepen bestaan. We moeten dan ook afwachten of 'Europa' erin zal slagen om een, ook voor consumenten, aantrekkelijke procedure te ontwikkelen. Dat is iets wat andere landen niet zonder meer gelukt is. Een suggestie die men in empirische studies over de ervaringen met small claim courts tegenkomt, is dat die populatie rechtzoekenden eerder behoefte heeft aan de niet per se juridische, maar wel objectieve en deskundige interventie van een soort 'dorpsoudste', dan aan 'refined judicial procedures' of 'academical legal exercise'.[45]

Hoewel aanpassingen in het procesrecht om de toegang voor diffuse groepsbelangen en algemene belangen te waarborgen nuttig worden bevonden, blijken ook zij ontoereikend om het probleem afdoende aan te pakken. Hun belangrijkste beperking ligt in hun legalistische karakter: dergelijke verbeteringen leidden niet steeds tot tastbare resultaten. 'Legal representation – either of individuals or of diffuse interests – has not by itself proved sufficient to turn those rule changes into 'tangible advantages' at the practical level'.[46] Toegang tot procesvertegenwoordiging is, hoewel belangrijk, niet zaligmakend voor de bescherming van die belangen. Men komt verder of in ieder geval een heel eind met buitengerechtelijke, alternatieve benaderingen. Om structurele veranderingen of verbeteringen te realiseren die ook buiten de rechtszaal merkbaar zijn, is meer dan procedurele aanpassingen nodig. Dat meerdere dient buiten het juridische te worden gezocht. De derde golf borduurt op dit thema voort.

2.4 Derde golf

2.4.1 Overheidsrechtspraak gemoderniseerd en gerelativeerd

In de derde ontwikkelingsgolf blijft aandacht bestaan voor het slagvaardiger maken van de overheidsrechtspraak. Rechterlijk activisme wordt gestimuleerd om het proces, inclusief de voorfase, te stroomlijnen. Er worden moderne concepten uit de organisatiewetenschappen geïmplementeerd, waaronder case management. De voordelen daarvan worden ontdekt, vooral ook in relatie tot de 'minnelijke' oplossing van geschillen.[47] Gelijke toegang komt niet alleen tot uitdrukking in het beschikken over gelijke middelen, maar ook in het behalen van gelijke uitkomsten in (soort)gelijke situaties. Met deze maatregelen wordt meer in het algemeen beoogd om de kosten van de toegang tot het recht te verlagen en dat niet alleen voor onvermogenden of voor andere 'zwakkere' of achtergestelde groepen. Er is een algemene deformaliseringstendens

44 McGuire & Macdonald 1997, D'Souza 1991, p. 274, Yngvesson & Hennessey 1975, p. 235-43, Baldwin 2003, p. 335-6.

45 Baldwin 2003, p. 328-9. In soortgelijke zin ook McGuire & Macdonald 1997.

46 Cappelletti & Garth 1977-1978, p. 223. Zie ook Parker 1999, p. 36: 'however the public law movement was limited by its focus on achieving change through the reform of legal justice.'

47 Macdonald 2003, p. 3, 32-3, Resnik 1982, p. 374-448.

binnen het proces waarneembaar, die tot doel heeft om meer recht te doen aan de 'materiële waarheid' in het geschil. Lastenverlichting wordt ook nagestreefd via aanpassingen van het materiële recht, waardoor dat minder complex en conflictueus wordt.[48]

Wat bij de derde golf echter centraal staat, is het 'demystificeren' van de mogelijkheden van overheidsrechtspraak. Er is veel aandacht voor buitengerechtelijke oplossingsmechanismen: de ADR-beweging neemt een hoge vlucht,[49] zij het dat deze golf Nederland relatief laat bereikt.

2.4.2 Voorbeelden

Ook in de Nederlandse (civiel)procesrechtelijke rechtspraak en literatuur wordt al vanaf het begin van de jaren tachtig een deformaliseringstendens gesignaleerd.[50] Deze komt op verschillende manieren tot uitdrukking, maar in essentie komt het neer op een soepeler omgang met formele nietigheden en redelijk ruime mogelijkheden voor het herstel daarvan, zodat de rechter aan een materieelrechtelijke beoordeling van een geschil kan toekomen, zonder gehinderd te worden door formele argumenten. In de literatuur wordt gepleit voor een minder conflictueuze vormgeving van het recht[51] en bestaat aandacht voor de – kostenverlagende – voordelen van procedurele en materiële normering die tot vereenvoudiging van het recht leiden.[52]

Een groter rechterlijk activisme wordt eveneens in de sleutel van deformalisering geplaatst.[53] Met de verschijning van het Interimrapport fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht[54] wordt in de literatuur en de daardoor geïnspireerde discussie de aandacht gevestigd op de taakopvatting van de rechter en op de (on)mogelijkheden van case management. In de literatuur wordt voorts gepleit voor toepassing van concepten uit de organisatiewetenschappen bij de herbezinning op het civiele procesrecht.[55] De gedachte dat de stroomlijning van het proces al veel eerder zou moeten beginnen om haar 'heilzame uitwerking' in het proces te merken, met name in complexe kwesties, wint geleidelijk aan ook in Nederland steeds meer aan populariteit.[56]

---

48 Parker 1999, p. 37, Macdonald 2003, p. 3, 23.

49 Parker 1999, p. 37, Macdonald 2003, p. 40-2.

50 Zie onder meer Ten Kate 1983, Funke 1983, Dubbink 1982, congresbundel Jonge Balie 1984, Van Schellen 1988.

51 Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000.

52 Barendrecht e.a. 2004, p. 38-55, 132-41, Tzankova & Weterings 2003.

53 Hammerstein 1996, p. 413-6.

54 Een nieuwe balans 2003, p. 63-91, 265-7, waarin tevens ontwikkelingen op dit punt in een aantal andere Europese landen worden gesignaleerd, Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 27-8. Hierop is aanvankelijk veel kritiek geuit. Inmiddels zijn vanuit de rechterlijke macht verschillende initiatieven ontplooid om de actieve rechter wat meer 'handen en voeten' te geven. Zie ook Uitgebalanceerd 2006, p. 77, 84.

55 Barendrecht & Klijn 2004.

56 Tzankova 2001, Tzankova & Weterings 2003, Een nieuwe balans 2003, p. 93-127, Falkena & Haak 2004, Krans 2005, p. 3 noot 13 en p. 8, De Groot 2005, Van Harinxma 2006.

Hetzelfde kan worden gezegd over de ADR-beweging die niet alleen op nationaal, maar ook op Europees bestuurlijk niveau gestimuleerd wordt.[57] De klemtoon komt te liggen op zelfredzaamheid en de verbetering van de onderhandelingsomgeving waardoor rechtzoekenden beter in staat zijn om zelf hun problemen op te lossen.[58]

2.4.3 Tekortschieten

Ook de maatregelen die onder deze golf worden geschaard blijken beperkingen te hebben. Case management en rechterlijk activisme, waarover in dit boek later meer, blijken schaduwkanten te hebben en moeten voorzichtig, en met beleid worden toegepast.[59] Hetzelfde kan worden gezegd over maatregelen die de voorfase beogen te stroomlijnen. De tijd- en kostenbesparende werking daarvan staat niet ondubbelzinnig vast.[60] Op de ADR-beweging die 'informal justice' in het vooruitzicht stelt, wordt ook de nodige kritiek geuit. ADR-processen zijn in de regel privé en individueel, en daardoor niet in staat om structurele en breedverspreide problemen aan te pakken.[61] Voorts hebben ADR-mechanismen de neiging om uiteindelijk even rigide en technisch te worden als de 'formele overheidsrechtspraak', zeker als zij 'gekoloniseerd worden' door juristen.[62] Voorts vreest men dat de maatregelen die de voorfase van het proces centraal stellen tot een aanzienlijke kostenvermeerdering en verschuiving van kosten naar die fase leiden.[63] De aandacht voor de voorfase als een 'voorportaal' voor het recht was er al. De stap om nog verder terug te gaan in de tijd en te proberen geschillen te voorkomen lijkt vanzelfsprekend.

2.5 Vierde golf

2.5.1 Voorkomen is beter dan genezen

De vierde en de vijfde golf worden gepositioneerd aan het eind van de vorige en het begin van deze eeuw.[64] Zij zullen in vergelijking met de vorige drie wat beknopter

---

57 Voor een beknopte bespreking van deze ontwikkelingen zie Een nieuwe balans 2003, p. 47-60, Uitgebalanceerd 2006, p. 33-44.

58 RMO-rapport 2004, p. 34-5, Barendrecht & Kamminga 2005, 85-6.

59 Tzankova 2005, p. 123-4 met verdere verwijzingen, Uitgebalanceerd 2006, p. 49-51.

60 Tzankova & Weterings 2003, p. 32-34, 71-73, Goriely, Moorhead & Abrams 2002, p. xi-xii.

61 Zie hierover en over andere punten van kritiek die hier verder buiten beschouwing blijven Parker 1999, p. 38 met verdere verwijzingen.

62 Parker 1999, p. 38, Auerbach 1983, Merry 1993, Welsh 2001, Welsh 2002, p. 179-92. Voor critici in Nederland zie onder meer Van Bladel 2002, die ontwikkelingen in het Nederlandse arbitragerecht kritisch belicht, Een nieuwe balans 2003, p. 52-4.

63 Uitgebalanceerd 2006, p. 62 (waar een aantal reacties wordt besproken op voorstellen uit Een nieuwe balans 2003), Snijders 2003, p. 1701-2, Tzankova & Weterings 2003, p. 71-3 zijn hier optimistischer over.

64 Macdonald 2003, p. 3-4, 42-55 en Parker 1999, p. 38-41, 174-204.

worden behandeld, omdat de vierde golf een variant op een bekend thema is, namelijk de verhoogde aandacht voor ADR, terwijl we ons thans in de vijfde golf bevinden en daarover, in ieder geval op het terrein van het (Nederlandse) privaatrecht, relatief weinig te melden is.

Ook bij de vierde golf staan dus alternatieven voor overheidsrechtspraak centraal. Zij worden echter niet zozeer gezien als mechanismen voor het oplossen van gerezen conflicten tussen rechtzoekenden, maar eerder als middelen om conflicten te voorkomen.[65] In deze lijn past naar mijn idee ook de stroming die meent dat preventieve werking ook kan worden bereikt als de (juridische) informatievoorziening verbeterd wordt. De gedachte daarbij is dat een betere informatievoorziening ertoe zal leiden dat conflicten gemakkelijker voorkomen kunnen worden en dat als dat niet mogelijk is, zij in ieder geval niet escaleren.

2.5.2 Voorbeelden

Een verbetering van de juridische informatievoorziening beoogt men te bereiken door de markt voor juridische diensten toegankelijker te maken via liberalisering en door de ontwikkeling te stimuleren van nieuwe instrumenten voor de financiering van juridisch advies. De infrastructuur voor juridisch advies wordt zodoende uitgebreid. Maatregelen die hieronder vallen betreffen de ontwikkeling van verschillende soorten rechtsbijstandverzekeringen,[66] het toestaan van samenwerkingsverbanden met niet-juristen, het geheel of gedeeltelijk opheffen van het procesmonopolie van de advocatuur,[67] een grotere inzet van paralegals, het versoepelen of opheffen van advertentieverboden, het stimuleren van prijsconcurrentie binnen de beroepsgroep, het toestaan van no cure no pay en de verschillende varianten daarvan.[68]
Discussies over de (on)wenselijkheid van dergelijke maatregelen worden ook in Nederland gevoerd. Met name het al dan niet op beperkte schaal toestaan van no cure no pay heeft veel aandacht gekregen.[69]

---

65 Macdonald 2003, p. 3 spreekt van 'preventative law'.

66 In Engeland 'experimenteert' men bijvoorbeeld met de conditional fee agreement en een daaraan gekoppelde 'after the event'-rechtsbijstandverzekering. Marshall & Ahmedm 2001, p. 231-46, Tzankova & Weterings 2003, p. 30, Barendrecht & Van Zeeland 2003, p. 35-46.

67 In dat verband is vermeldenswaard de studie van Moorhead, Paterson & Sherr 2003 waar uiteenlopende soorten feitelijke gegevens en beschikbaar empirisch materiaal is gebruikt om de juistheid van de veronderstelling te testen of de kwaliteit van de dienstverlening door advocaten inderdaad hoger is. Hun conclusie lijkt dat het monopolie van de advocatuur niet ongewijzigd gehandhaafd kan worden.

68 Parker 1999, p. 39, Macdonald 2003, p. 17-22.

69 Een kleine greep uit voornamelijk tussen 1999-2005 verschenen literatuur over dit onderwerp: Weterings 2004, p. 108-10, Donner 2005 (waarin Minister Donner uitleg geeft, middels een brief aan de Tweede Kamer van 4 maart 2005, over zijn besluit om vernietiging door de Kroon te bevorderen van de door de Nederlandse Orde van Advocaten op 25 maart 2004 vastgestelde wijziging van de Verordening op de praktijkuitoefening), De Jong 2005, Barendrecht & Weterings, 2000, Van Dort 1999.

2.5.3 Tekortschieten

Dat in ieder geval de meeste van deze maatregelen de juridische dienstverlening toegankelijker maken, zal naar mijn idee moeilijk ontkend kunnen worden. Dat zij steeds positief correleren met de kwaliteit van die dienstverlening is echter onzeker.[70] De Engelse ervaringen met de nieuwe conditional fee agreement zijn in ieder geval vanuit de perceptie van de balie niet onverdeeld positief.[71] Het doorbreken van marktmonopolies is niettemin nuttig, omdat zij in ieder geval voor een categorie rechtzoekenden een verbetering kan opleveren, bijvoorbeeld indien er sprake is van zogenaamde 'prospective litigation', waarbij naar verwachting een aanzienlijk financieel resultaat zou kunnen worden behaald, waaruit de advocaatkosten voldaan zouden kunnen worden. Ook 'commerciële' rechtzoekenden zouden bij sommige maatregelen baat kunnen hebben, vooral ook indien de geschilafwikkeling bespoedigd wordt.[72]

2.6 Vijfde golf

2.6.1 Zelfregulering

Bij de (voorlopig) jongste vijfde golf wordt de toegang tot het recht gezocht buiten het juridische, maar dan niet zozeer in de bekende alternatieven voor overheidsrechtspraak, maar in het verschijnsel zelfregulering ofwel 'private rule making'. Instituties en rechtzoekenden worden zoveel mogelijk gestimuleerd om zelf en soms samen binnen bepaalde al dan niet door de overheid getrokken grenzen maatregelen te treffen die conflictvoorkomend of conflictoplossend zijn.[73] Men spreekt van 'enforced self-regulation'.[74] Op tal van terreinen wil de staat ervoor zorgen dat grote marktpartijen

---

70 Zie Parker 1999, p. 40 waar zij kort vier studies bespreekt naar de gevolgen voor de consumenten van juridische diensten van de opheffing van de advertentierestrictie voor de advocatuur. Slechts in één van die studies was een duidelijke verbetering van de kwaliteit waarneembaar: veelvuldig adverteren zorgde voor veel volume, waardoor specialisatie mogelijk was evenals een doelmatige inzet van paralegals. Hodges 2001, p. 335 en de door hem in noot 66 genoemde auteurs, voornamelijk rechters, wekken de suggestie dat de opheffing van de advertentierestrictie in Engeland juist 'has generated claims that have been of poor quality'. Voor kanttekeningen ten aanzien van no cure no pay zie onder meer Weterings 2004, p. 108-10, Tzankova 2005, p. 118-9. Moorhead, Paterson & Sherr 2003, zijn duidelijk positief over de verbetering van de kwaliteit van de dienstverlening door het opheffen of aanpassen van het procesmonopolie van de advocatuur.

71 Hierover in hoofdstuk 3 meer.

72 Zie ook Parkter 1999, p. 41.

73 Parker 1999, p. 174-204. Bij Macdonald 2003, p. 3, laatste alinea, hoort deze ontwikkeling nog bij de vierde golf. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat een andere stroming binnen deze golf de toegang tot het recht definieert als het gelijke recht voor een ieder om te participeren in elke institutie waar 'recht' wordt gemaakt, geadministreerd, toegepast, uitgelegd of geïnterpreteerd. Overal waar over recht wordt gedebatteerd. Dit impliceert toegang voor achtergestelde groepen tot juridische opleidingen, tot de rechtspraak, de publieke dienstverlening, de politiek. Macdonald 2003, p. 3-4, 45-55.

74 Ayres & Braithwaite 1992, p. 101. Parker 1999, p. 182.

en instituties de verantwoordelijkheid voor de interne en externe effecten van hun optreden op zich nemen en een beleid ontwikkelen over hoe met die effecten om te gaan.[75] Veel bedrijven en instellingen kiezen dan ook voor een proactieve houding. Ze gaan zelfstandig over tot dergelijke private rule making en tot het ontwerpen van eigen 'Codes of Conduct', nog voordat ze daartoe van bovenaf verplicht worden. Vooral op het terrein van het ondernemingsrecht zijn deze ontwikkelingen goed zichtbaar, maar ook ten aanzien van milieuwetgeving is een dergelijke tendens waarneembaar.[76]

2.6.2 Voorbeelden en tekortschieten

Ook in Nederland is deze zelfreguleringstendens op tal van terreinen waarneembaar en is de belangstelling daarvoor groeiende.[77] De Code Tabaksblat en de Tilburgse Code voor letselschadeafwikkeling kunnen als concrete uitwerkingen daarvan worden aangemerkt. Deze nieuwste ontwikkeling is nog te jong om de ervaringen daarmee te kunnen evalueren en van nadelen te kunnen spreken. Wel worden door sommigen in de literatuur reeds vraagtekens geplaatst bij het onderdeel 'zelf' van zelfregulering. Zelfregulering is immers niet mogelijk zonder een afbakening vooraf die bepaalt wie deel uitmaakt van de groep en wie niet, en juist daarom zal de claim dat regulering een zelfregulering is, altijd problematisch blijven.[78]

2.7 Evaluatie. Goed en slecht nieuws

Wat volgt uit het bovenstaande? In ieder geval dat toegang tot het recht meer is dan alleen de toegang tot de overheidsrechter. Sterker nog, de kans is aanzienlijk dat de eerstgenoemde toegang juist verminderd wordt als men de toegang tot de overheidsrechter als het enige uitgangspunt zou hanteren. Indien het onderhavige onderzoek benaderd wordt in het licht van de verschillende golfontwikkelingen wordt het al snel duidelijk waarom het niet beperkt is of kan zijn tot het civiele proces in enge zin en waarom er ook aandacht is voor kostenverlagende (concentratie)maatregelen, voor de voorfase van het proces, voor buitengerechtelijke geschiloplossingsinstrumenten, voor het belang van adequate en specifiek op de afwikkeling van massaschade gerichte financieringsstructuren. De natuurlijke uitkomst, de vanzelfsprekende conclusie is dan

75 Baldwin 1997, Grabosky 1995, Manning 1987, Parker 1999, p. 182-3.

76 Parker 1999, p. 183, Sigler & Murphy 1988, p. 57, Fischer & Schot 1993, p. 5.

77 De WRR heeft onder meer ervoor gepleit. Over zelfregulering op het terrein van het milieurecht, zie Van Gestel 2000, Eijlander e.a. 2004. In Een nieuwe balans 2003, p. 255-61 wordt onder het thema '(her)codificeren in de huidige tijd' ook een lans gebroken voor meer zelfregulering op het terrein van het civiele procesrecht. Sommige van de daarin voorgestelde maatregelen, vooral de maatregelen die participatie van rechtzoekenden vereisen, zijn aan te merken als toegang tot het recht-verhogend. Zie voorts Asser-Vranken, Vervolg 2005, p. 94-9.

78 Lindahl 2005, p. 1892-3 in zijn commentaar op Asser-Vranken, Vervolg 2005.

dat dit onderzoek moeilijk op iets anders kan berusten dan een overkoepelende aanpak, een strategie waarin de inzichten uit alle hiervoor besproken golfontwikkelingen verwerkt zijn.[79]

In het bovenstaande ligt goed en slecht nieuws besloten. Ik begin met het slechte nieuws. Het betreft de constatering dat zelfs rechtsstelsels die alle golven en bijbehorende maatregelen van de toegang tot het recht hebben doorstaan kennelijk nog steeds niet erin geslaagd zijn om het ideale systeem te ontwerpen waarin die toegang tot het recht gewaarborgd is. Dat impliceert dat de notie of het concept geen absolute of statische grootheid is die als eindpunt bereikt kan worden. Het is en blijft 'werk in uitvoering'. Dat is ook reeds door anderen opgemerkt: 'equal justice is an implausible ideal; adequate access to justice is less poetic but more imaginable',[80] en 'it is naïve to expect the market in justice ever to be organized so efficiently that the majority will be able to afford the services they need.'[81]

Deze wetenschap kan ontmoedigend zijn, omdat men op voorhand weet dat uitkomsten van onderzoek naar mogelijke verbeteringen van de toegang tot het recht steeds ontoereikend zullen zijn. Betekent dit dat dergelijke onderzoeken zinloos zijn? Naar mijn mening niet, omdat elk onderzoek ons toch iets verder zal helpen. Bovendien, het vergaren van inzichten over wat wel en niet haalbaar is, is op zichzelf genomen ook nuttig. Deze wetenschap impliceert wel een bijstelling van de onderzoeksambities en van ons verwachtingspatroon over de uitkomsten van het onderzoek. Het zou al een hele stap vooruit zijn als we erin zouden slagen om het eens te worden over de kernthema's die essentieel zijn voor de adequate afwikkeling van substantiële massaschade en het ons zou lukken de contouren van een mogelijke oplossingsrichting te schetsen. In de verschillende golven in het denken over de toegang tot het recht komt het vraagstuk naar de verhouding tussen de collectieve afwikkeling van massaschade en het realiseren van individuele rechtvaardigheid niet, althans onvoldoende, aan bod. Ik zal proberen deze leemte op te vullen. In hoofdstukken 5 en 6 kan men de resultaten van mijn beide pogingen toetsen.

Ik eindig deze paragraaf met het goede nieuws. Het goede nieuws is dat in ieder geval voor Nederland en in ieder geval ten aanzien van de afwikkeling van massaschade nog genoeg te verbeteren valt. Hoewel maatregelen die kenmerkend zijn voor de hiervoor besproken golven ook in Nederland te vinden zijn, worden de voordelen daarvan niet structureel en afgewogen toegepast in relatie tot de afwikkeling van massaschade en al helemaal niet in relatie tot de gesignaleerde knelpunten. Bovendien hebben we niet het nadeel van 'de remmende voorsprong'. Dat houdt in dat het hebben van een achterstand op een bepaald terrein ten aanzien van rechtsstelsels die verder zijn dan wij, ons in staat stelt om niet dezelfde fouten te maken als de 'ervaringsdeskundigen'. Het biedt de mogelijkheid om 'het bruikbare' te gebruiken en iets nieuws te ontwikkelen met een reële kans op een hoger slagingspercentage.

---

79 In die zin ook Parker 1999, p. 41, Macdonald 2003, p. 4.

80 Rhode 2003, p. 61.

81 Parker 1999, p. 41.

3 Het Engelse regime

3.1 Plan van aanpak

In dit hoofdstuk staat de Engelse aanpak van massaschade centraal. De wettelijke regeling is neergelegd in Part 19.III van de Civil Procedure Rules (CPR).[1] In 3.2 zal ik kort stilstaan bij de achtergrond daarvan. In 3.3 zal ik Part 19.III op hoofdlijnen schetsen, zodat de lezer in één oogopslag een idee krijgt hoe de regeling werkt. In 3.4-3.6 zal ik uitvoeriger ingaan op een aantal kernelementen van de Engelse benadering. Het betreft achtereenvolgens het aanhangig maken van een multi-party action via de Group Litigation Order (GLO), de test case(s) en de lead solicitor(s). In 3.7 zal ik aandacht besteden aan de financiering van multi-party actions, terwijl in 3.8 het gebruik van ADR zal worden toegelicht. 3.9 is de slotparagraaf.

3.2 Part 19.III CPR

3.2.1 Waarom niet Part 19.II?

Voordat ik nader inga op Part 19.III wil ik kort aangeven waarom ik mij bij de behandeling van het Engelse regime beperk tot 'groepsacties' en niet tevens de Engelse 'representative action', neergelegd in Part 19.II, meeneem. Zoals in hoofdstuk 1 reeds aan bod kwam, staat hier de afwikkeling van massaschade centraal waarin financiële aanspraken, doorgaans een schadevergoeding, voortvloeiend uit contract of onrechtmatige daad, geldend worden gemaakt. Uit het door mij uitgevoerde voorbereidende literatuuronderzoek blijkt dat de 'representative action', althans de nagenoeg identieke voorganger daarvan,[2] tekortschoot juist bij de effectuering van dergelijke aanspraken.[3] Het vorderen van een schadevergoeding is onder die regeling, anders dan in Nederland, wettelijk niet uitgesloten, maar komt in de praktijk niettemin nauwelijks voor.[4] In

---

1 Te raadplegen via <http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm>.

2 Er zijn wel wat terminologische wijzigingen ten opzichte van de oude regeling, maar het is niet duidelijk of daaraan enige betekenis moet worden toegekend: Mildred 2000, p. 396.

3 Mulheron 2004, p. 67-8, Andrews 2003, p. 991-4, Mildred 2000, p. 395-8.

4 Andrews 2003, p. 993-4 bespreekt het zeldzame geval waarin een dergelijke schadevergoedingsvordering mogelijk zou zijn: 'this can happen if a defendant's total liability can be calculated readily and damages divided precisely among class members'. Er zijn slechts twee voorbeelden hiervan bekend (uit 1941 en 1981), waarvan de tweede succesvol was alleen maar omdat de vertegenwoordigde partijen instemden met een cy pres distributie van de gevorderde schadevergoeding. Voor een uitleg

de literatuur wordt gesuggereerd dat het vereiste dat de vertegenwoordiger een identiek belang ('same interest') in de procedure moet hebben als de vertegenwoordigde, hieraan in de weg staat.[5] Zodra eigen schuld of andere individueel getinte verweren aan bod komen, of per individueel geval een verschillende beoordeling van causaliteit of de aansprakelijkheidsvraag bijvoorbeeld mogelijk is, wordt aangenomen dat hier niet aan voldaan is. Bij vorderingen tot schadevergoeding spelen dergelijke sterk individueel gekleurde vraagstukken steeds mee, terwijl in Engeland bovendien nog altijd de regel geldt dat 'the arithmetic of individual loss must be done painfully and precisely'. Toewijzing van een 'globale' schadevergoeding ('at large') is niet mogelijk. Het Engelse recht staat hier doorgaans geen concessies toe.[6]

In de praktijk wordt de regeling van Part II vooral gebruikt voor het verkrijgen van verklaringen voor recht ('declarations') dat een bepaalde handelwijze ontoelaatbaar is, waarna de betrokkenen kunnen overwegen een zelfstandige procedure te starten: een 'two stage'-benadering. De Nederlandse collectieve actieregeling functioneert in de praktijk op een soortgelijke wijze. Van deze mogelijkheid wordt in Engeland om meerdere redenen nauwelijks gebruik gemaakt. Ze blijkt niet aantrekkelijk te zijn, omdat een partij die een 'representative action' financiert dat mede ten behoeve van anderen doet, maar wel alleen het volledige procesrisico dient te dragen (het free rider probleem).[7] Van Part 19.II valt voor de oplossing van de problematiek die ik hier onderzoek, weinig te leren.

3.2.2 Part 19.III: algemeen

Part 19.III maakt deel uit van de CPR die in 1999 in werking zijn getreden na een grootscheepse herzieningsoperatie van het civiele procesrecht. Hoe belangwekkend ook, ik zal de verleiding weerstaan om uitgebreid in te gaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de CPR en haar 'illustere vader': Lord Woolf. Dat heb ik reeds bij andere gelegenheden gedaan,[8] terwijl in de literatuur ook door anderen daar uitgebreid

---

over cy pres ofwel 'next best besteding' die het mogelijk maakt dat verkregen schadevergoedingen of ontnomen voordeel naar derden, zoals belangenorganisaties, toe kan vloeien, zie Tzankova 2005, p. 79-83.

5 Andrews 2003, p. 988, 991-4, Hodges 2001, p. 122-4, Mildred 2000, p. 396-7. De rechtspraak ten aanzien van de oude regeling van de Engelse 'representative procedure' is van grote invloed geweest op het ontwerp van de huidige Canadese en Australische class action regeling. Deze interactie wordt besproken door Mulheron 2004, p. 77-94 die zelfs van mening is dat de nieuwe regeling van Part 19.III niet nodig was geweest als men creatiever was omgegaan met de bestaande regeling.

6 Mulheron 2003, p. 102 en Andrews 2003, p. 991. Dit wordt enigszins genuanceerd door Hodges 2001, p. 102: een voorwaarde is wel dat partijen het eens zijn geworden dat een 'aggregate award' wordt toegewezen.

7 Andrews 2003, p. 993, Andrews 2002, p. 485. Ook de Consumentenbond heeft over dit gevolg van de huidige Nederlandse collectieve actie regeling geklaagd in haar reactie op Een nieuwe balans 2003 (zie de reactie van de Consumentenbond p. 6-8, ook besproken door Tzankova 2005, p. 92, noot 318).

8 Tzankova 2001, Tzankova & Weterings 2002, Tzankova & Weterings 2003.

aandacht aan is besteed.[9] Ik zal volstaan met de mededeling dat de CPR een nieuw tijdperk in het Engelse civiele procesrecht hebben ingeleid, waarin een grote rol is weggelegd voor de actieve rechter en veel aandacht is voor de relatie tussen de fase voorafgaand aan het proces (de voorfase) en het proces, en voor differentiatie. Dit komt op verschillende manieren tot uitdrukking. Bijvoorbeeld via de introductie van specifieke pre-action protocols die het preprocessuele gedrag van partijen normeren en het toerekenen van gedrag dat daar niet aan voldoet aan de procederende partijen. Of via het stimuleren van buitengerechtelijke beslechting van geschillen al dan niet via het gebruik van ADR of offers to settle[10] en via de introductie van drie verschillende processporen afhankelijk van de aard en het financiële belang in een zaak.[11] De nadruk op en het belang van de voorfase is ook merkbaar, zoals hierna nog zal blijken in onder meer 3.4 en 3.5, bij de afwikkeling van massaschade.

Andere kenmerken van de CPR die vermeldenswaard zijn, betreffen hun gelaagde structuur en de centrale plaats die de Practice Directions (PD) innemen bij de toepassing van de regels. De gelaagde structuur brengt mee dat behalve Part 19.III ook Part 1 bijvoorbeeld van belang is, waarin het 'overriding objective' van de CPR uiteen is gezet en de plichten van de rechter en partijen om deze te realiseren. Het 'overriding objective' werkt ook door bij de afwikkeling van massaschade.[12] Ik zal daaraan herinneren bij de paragrafen waarin dat van belang is, onder meer in 3.2.4 en in 3.4.2. In Nederland kent men de figuur van de PD (vooralsnog)[13] niet. PD zijn vergelijkbaar met de Nederlandse Memorie van Toelichting (MvT), maar zijn meer gebruikersvriendelijk. Anders dan de MvT die statisch van aard is, hebben de PD een meer 'dynamisch karakter' doordat ze geactualiseerd kunnen worden. Ook bevatten ze redelijk gedetailleerde uitvoeringsvoorschriften.

3.2.3 Het pre-Woolf tijdperk

De inhoud van het huidige Engelse regime is in belangrijke mate beïnvloed door ervaringen met de benadering van massaschade in de praktijk en rechtspraak in de jaren tachtig. Een goed begrip van de nieuwe regeling is niet mogelijk zonder kort stil te staan bij de omstandigheden die tot die regeling hebben geleid. Het Engelse rechtssysteem werd halverwege de jaren tachtig, begin jaren negentig bedolven onder

---

9 Vranken 1999, p. 53-65, Struycken 2001, Jongbloed 1999, p. 109-13.

10 Voor offer to settle (Part 36) zie onder meer Tzankova & Weterings 2003, p. 2730, Een nieuwe balans 2003, p. 105-6.

11 Over de tracks: Tzankova & Weterings 2003, p. 10, noot 17 en <http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm (in het bijzonder Part 27-29)>.

12 Zie ook Mildred 2000, p. 419. Hodges 2001, p. 26 benadrukt de gelaagde structuur in een ander verband: bij de bespreking van een aantal plichten van partijen (Rule 16.4). Zie ook Andrews 2003, p. 974.

13 Zie ook Tzankova & Weterings 2003, p. 9, noot 15. In Een nieuwe balans 2003, p. 247-61 is een afwijkende manier van omgaan met regels in de huidige tijd verdedigd. Een figuur als de Engelse PD past in deze benadering.

een storm van multi-party acties.[14] Het aantal claims per geval was gemiddeld 11.000.[15] Bij de kleinste actie waren 39 claims ingesteld, bij de grootste 75.000. Aangezien er noch een wettelijke regeling, noch enige ervaring bestond die de rechter of partijen aanknopingspunten bood om met dergelijke voorbeelden van schaalvergroting in het proces om te gaan, zagen de betrokkenen zich genoodzaakt om hieruit een uitweg te vinden.[16] In zekere opzichten zou men dit als een toestand van processuele overmacht kunnen zien. En in tijden van overmacht zijn 'noodmaatregelen' nodig en toegestaan: maatregelen die op ad hoc basis moesten worden genomen. Later zou blijken dat de nood in de spreekwoordelijke 'deugd' zou veranderen.

Door de gerechten werden procedurele technieken ontwikkeld om met de opgetreden schaalvergroting om te gaan. Die technieken waren uiteenlopend van aard, maar hadden alle gemeen dat ze vernieuwend en onconventioneel waren. Gedacht kan worden aan de ontwikkeling van verschillende methodes voor de selectie van test cases, aan de aanhouding van overige procedures totdat in de test cases was beslist op voor de acties cruciale gemeenschappelijke vraagstukken, of aan beslissingen die verband hielden met de oproeping van belanghebbenden. Ook werden door de rechters kosten-baten afwegingen uitgevoerd om een actie al dan niet ontvankelijk te verklaren, terwijl het klassieke Engelse procesrecht niet in dergelijke analyses voorzag.[17] Daarbij zijn die rechters niet gespeend gebleven van kritiek, vooral van diegenen die daardoor benadeeld werden.[18] De vraag is of de gerechten redelijkerwijs een andere keuze hadden. Achteraf kan worden geconcludeerd dat ze juist door hun onconventioneel optreden erin geslaagd zijn om controle over de zaken te behouden en te verhinderen dat de situatie 'unmanagable' werd.[19]

Een belangrijke factor in het bovenstaande betrof het feit dat de lagere rechters een luisterend oor vonden bij het Court of Appeal dat in een serie uitspraken zijn goedkeuring aan dit rechterlijke activisme gaf. De noodzaak voor de toepassing van nieuwe case management technieken werd onderkend, evenals de ruime discretionaire bevoegdheid van 'the management court' te dien aanzien:

> 'Inevitably, High Court judges assigned to the control of such litigation must depart from traditional procedures and adopt interventionist case management techniques. If the judges charged with the control of such actions did not undertake this innovative role, the system of justice in respect of such cases would break down entirely. That result could not be

14 Mulheron 2004, p. 94-5. Men kan speculeren over de exacte oorzaak van deze storm, maar er zijn sterke aanwijzingen dat een en ander niet per se te maken had met een plotseling gedaalde kwaliteit van allerlei producten. Zie voor deze discussies Hodges 2001a, p. 332-9, Mildred 2000, p. 421-2, noot 4.

15 Deze berekening is gebaseerd op het overzicht (van 15 meest spraakmakende multi-party acties) dat Hodges 2001, p. 305-6 geeft. De meeste acties betroffen letselschade als gevolg van beweerdelijk gebrekkige producten. Voor een uitgebreid overzicht en een bespreking zie Hodges 2001, p. 319-503, Mildred 2000, p. 398-409. Het overzicht van Andrews 2003, p. 974-6 is beknopter. Zie ook 3.7.3.

16 Hodges 2001, p. 5, 11.

17 Onder meer Mildred 2000, p. 410.

18 Hodges 2001, p. 11.

19 Hodges 2001, p. 11.

> tolerated. Not surprisingly, the Court of Appeal has given its imprimatur to the creative role, in procedural terms, of judges to whom such litigation is assigned.'[20]

Steyn J. gaat zelfs een stap verder:[21]

> '(This)...is complex multiparty litigation. In such litigation the sporting theory of justice, or what Prof Wigmore called the 'instinct to give the game fair play', ought to have no place. In such litigation, in the public interest, the concept of a party being *dominus litis* ought, as far as possible, to be subordinated to case management techniques controlled by the court. Subject to preserving the protections offered by the adversarial system, the court ought to control the pace of the litigation'.[22]

De ervaringen opgedaan bij de afwikkeling van verschillende categorieën multi-party acties hebben tot waardevolle inzichten geleid, waarvan de opstellers van Part 19.III hebben geprofiteerd. Een belangrijke ontdekking was dat de verschillende soorten massaschade verschillende kenmerken hebben, hetgeen een specifieke benadering vereist en dat het onjuist is om te veronderstellen dat kwesties binnen dezelfde categorie, bijvoorbeeld gebrekkige producten, zonder meer volgens dezelfde blauwdruk kunnen worden afgewikkeld.[23] Het is mogelijk en zelfs noodzakelijk om een wettelijk raamwerk te creëren, waarbinnen de rechter en partijen kunnen opereren, maar het zou onwenselijk zijn om de rechterlijke vrijheid bij de ontwikkeling van nieuwe relevante procedurele oplossingen al te zeer te sturen of te beperken. Opmerkelijk is dat deze conclusies niet alleen door de rechterlijke macht, maar ook door de advocatuur werden gedragen:

> 'We believe that considerable procedural flexibility is essential (...) It is not practicable to lay down criteria that will be applicable to all cases, even if it were desirable to do so.'[24]

Vermeldenswaard is dat Lord Woolf oorspronkelijk van plan was om Part 19.III in een meer voorschrijvende stijl op te stellen, maar daarvan later heeft afgezien en voor de huidige, meer flexibele, vorm van de regeling heeft gekozen.[25] Veel van datgene wat hierna over Part 19.III zal worden opgemerkt, is te verklaren door deze 'historische' achtergrond.

---

20 The Times, 15 february 1990, waarin aan Horrocks v. Ford Motor Co Limited (niet gepubliceerd) werd gerefereerd en Hodges 2001, p. 11-2.

21 Naar aanleiding van 'the Hillsborough Stadium disaster die resulteerde in 900 claims voor letsels- en overlijdensschade als gevolg van het instorten van het stadion. Zie ook de volgende noot.

22 Chapman v. The Chief Constable of South Yorkshire Police and others; Rimmer v. The Chief Constable of South Yorkshire Police and others, The Times, 20 maart 1990, Hodges 2001, p. 13.

23 Hodges 2001, p. 5, 13.

24 Aldus the Law Society in het rapport Group actions made easier, 1995: 6.9.1 en 6.9.4: Hodges 2001, p. 13.

25 Hodges 2001, p. 5, 13.

3.2.4 *Het post-Woolf tijdperk: de rechter centraal*

Part 19.III is in mei 2000 in werking getreden.[26] Gelet op het voorgaande is het weinig verrassend dat deze regeling summier is en weinig 'hard en fast rules' bevat: zij telt maar zes artikelen. De toon is eerder richtinggevend dan voorschrijvend en appelleert meer aan flexibiliteit dan aan uniformiteit in de toepassing.[27] De regeling dient dan ook te worden gezien als een wettelijk raamwerk dat vooral bedoeld is voor de rechter en niet als een allesomvattend wettelijk regime voor de afwikkeling van massaschade. De regeling geeft niet aan hoe de rechter in een voorliggend geval dient te handelen, noch welke case management technieken hij dient toe te passen.[28] Hij bezit ruime discretionaire bevoegdheid. Dat de rechterlijke discretie bij de uitoefening van case management hoog in het vaandel staat, blijkt ook uit het feit dat hoger beroep tegen de rechterlijke beslissingen die in het kader van procedureel of materieel case management genomen zijn, ontmoedigd wordt.[29] Niet iedereen is hier echter even enthousiast over.[30]

Het zijn vooral de PD die inhoud aan de regeling in concrete gevallen zouden moeten geven tezamen met het algemene Part 1 (overriding objective) en Part 3 (algemene bepalingen over case management) van de CPR. Vooralsnog voegen de PD echter weinig concreets toe aan de ervaringen uit het pre-Woolf tijdperk.[31] Part 1 en 3 CPR lijken iets meer expliciete aanknopingspunten te bevatten. Zo is de opdracht aan de rechter om in een vroeg stadium de relevante kwesties te onderkennen, te beslissen welke daarvan een diepgaand onderzoek vergen en in welke volgorde ze beslecht dienen te worden[32] in overeenstemming met de 'macro benadering' die de afwikkeling van massaschade vereist, ook al geeft de regeling niet aan welke specifieke aanpak bij de onderkenning van die kwesties in een concreet geval dient te worden gevolgd.[33] De nadruk die kostenbeheersing krijgt in het overriding objective werkt ook door bij de invulling van de case management bevoegdheden door de rechter bij de afwikkeling van massaschade. Bij het nemen van beslissingen dient de rechter eventuele voordelen expliciet af te wegen tegen de te verwachten nadelen en kosten.[34] Bij de afwikkeling van massaschade kunnen dan ook maar liefst drie typen rechters betrokken zijn: één die belast is met het procedurele case management (ofwel de 'rolrechter'), één die belast is met het materiële case management (ofwel de zaaksrech-

26 Civil Procedure (Amendment) Rules 2000, SI 2000/221, Sch 2, par. 9, Mildred 2000, p. 409. Hodges 2001, p. 5 noemt 1 april 2000 echter zonder bronvermelding.

27 Aldus doeltreffend samengevat door Mildred 2000, p. 409: 'the tone of the Rules is permissive rather than prescriptive and conductive rather to flexibility then to uniformity'.

28 Mildred 2000, p. 410, Hodges 2001, p. 5-6, Andrews 2003, p. 977.

29 Mildred 2000, p. 437-8, 462. Mogelijk heeft dat ermee te maken dat voor de uitvaardiging daarvan reeds op hoog niveau intern binnen de rechterlijke macht is overlegd. Zie ook hierna 3.4.1.

30 Mulheron 2004, p. 105-9 is kritisch hierover en geeft drie redenen aan waarom deze regel heroverwogen zou moeten worden.

31 Mildred 2000, p. 409. Die ervaringen blijven daarom relevant: Hodges 2001, p. 6.

32 Zoals ook Rule 1.4 (2) (b), (c) en (d) voorschrijven. Zie ook Mildred 2000, p. 410.

33 De generieke of de individuele aanpak, zie hierna bij de behandeling van de test case 3.5.2.

34 Rule 1.4 (2) (h).

ter) en één die toeziet op het kostenaspect.[35] Laatstgenoemde kan door de eerste twee steeds geconsulteerd worden.[36]

3.2.5 Toepassingsbereik

Gelet op de nadruk op flexibiliteit in de huidige regeling is het ook minder bevreemdend dat Part 19.III een zeer ruime omschrijving van multi-party actions bevat. De regeling kan worden toegepast op 'claims which give rise to common or related issues of fact or law'.[37] Deze ruime bewoordingen zijn een uiting van het streven om zoveel mogelijk categorieën massaschade onder de werking van Part 19.III te laten vallen, althans de rechter de mogelijkheid te bieden om zich over de wenselijkheid van de toepasselijkheid uit te laten. De grote diversiteit qua getallen en onderwerpen maakt een dergelijke flexibele aanpak nodig.[38]

Nadere invullingen en omschrijvingen die allemaal 'juist' zijn, vindt men overigens elders. In the Funding Code worden multi-party actions omschreven als: 'any action or actions in which the number of clients have causes of action which involve common issues of fact or law arising out of the same cause or event'.[39] De Multi Party Action Information Service (MPA Service), waarover in 3.4 meer, noemt drie categorieën multi-party actions[40] die in grote lijnen overeenstemmen met de in dit onderzoek gehanteerde indeling van gefixeerde en sluipende massaschade. Sommigen spreken van een 'situation ...in which a number of claims having some similarity, usually involving the same issue or product and/or same defendants',[41] terwijl anderen het

35 PD 19B.8, Andrews 2002, p. 979. Voor andere meer concrete voorbeelden van beslissingen in het kader van case management zie onder andere Zander 2003, p. 66.

36 Na hetgeen hiervoor werd opgemerkt en met het oog op wat hierna nog moet komen, zal het niet verbazen dat dit hoofdstuk geen afzonderlijke paragraaf bevat over de rol van de (actieve) rechter. Het hele Part 19.III is namelijk rond zijn figuur geschreven en dat werkt steeds door in elk van de kernelementen van de regeling die hierna nog aan bod komen. Een afzonderlijke bespreking zou tot veel overlap leiden, daarom wordt daarvan afgezien.

37 Rule 19.10.

38 Mildred 2000, p. 409, 411-2, Hodges 2001, p. 5.

39 Legal Services Commission, The Funding Code, 2000, Part 1 s 2.4, te raadplegen op <http://www.legalservices.gov.uk/docs/stat_and_guidance/commencement_order.pdf>, Hodges 2001, p. 29 noot 1. In de Funding Code zijn de voorwaarden neergelegd waaronder gefinancierde rechtsbijstand kan worden verkregen. Over de Code zie Hodges 2001, p. 179.

40 Namelijk 'sudden disasters' (vergelijkbaar met gefixeerde massaschade): 'personal injury or fatal accident claims, including damage to property', 'rolling claims' (vergelijkbaar met sluipende massaschade): claims arising from a single cause such as an allegedly defective drug or product, 'consumer claims: claims relating to the use or consumption of defective goods or services, personal injury or financial loss' (kan zowel gefixeerde, als sluipende als strooischade opleveren), Inside Track april 2003, p. 4.

41 Hodges 2001, p. 3. Mildred 2000, p. 412 wijst erop dat strikt genomen de regeling niet vereist dat alle acties tegen dezelfde verweerder zijn ingesteld. Een letterlijke toepassing van de ruime definitie in de regeling zou volgens hem juist tot 'substantial diseconomies of time and costs' kunnen leiden. Hoewel, er lijken wel enige beperkingen te zijn: via de vereisten van het GLO-verzoek dat een indicatie of een schatting moet bevatten van het aantal betrokkenen.

hebben over situaties waarin 'a number of either claimants or defendants whose claims or defences give rise to common or related issues of law or fact, but who do not have the same interest in a claim'.[42]

Hoe groot het aantal partijen moet zijn om van een multi-party action te kunnen spreken en onder de werking van de regeling te kunnen vallen, is evenmin helder. In de discussies rond het voorontwerp van de regeling zijn verschillende getallen genoemd (meer dan tien, vijf, twee), maar geen van alle hebben de eindstreep gehaald.[43] Bij de totstandkoming van Part 19.III heeft men zich nadrukkelijk uitgesproken tegen de introductie van een kwantitatief criterium als een noodzakelijke voorwaarde voor de toepassing van de regeling. In plaats daarvan is voorgesteld om als maatstaf aan te leggen of de groep 'sufficiently large and homogeneous is, and that the cases ...will be more viable if there is a collective approach than if they are handled individually'.[44] Sommigen zien hierin een aanwijzing voor de uitvoering van een kosten/baten analyse als onderdeel van de beslissing om Part 19.III toe te passen.[45] Hierover in 3.4.2 meer.

3.3 Hoofdlijnen

In de Engelse regeling moet men 'iets doen' om onder de werking daarvan te geraken.[46] Zij maakt bij de afwikkeling van massaschade gebruik van de zogenaamde *opt in* 'test case'-methode die ook bij massaschade zo veel mogelijk een individuele behandeling per geval nastreeft. In dit hele proces staat de uitvaardiging van een Group Litigation Order (GLO) centraal. Stapsgewijs weergegeven gaat dat als volgt in zijn werk:

- de rechter vaardigt ambtshalve of op verzoek van belanghebbenden een GLO uit, indien er sprake is van gemeenschappelijke feitelijke vragen of juridische vragen in een categorie zaken. Die rechter/dat gerecht is vervolgens bij uitsluiting bevoegd om het desbetreffende 'massaschadegeval' te behandelen;
- na de uitvaardiging en de publicatie van de GLO kunnen betrokkenen die dat voor zichzelf wenselijk of opportuun achten, zich melden bij de desbetreffende rechter om zich in het GLO-register in te schrijven.
- uit alle zaken/partijen die zich hebben aangemeld worden 'lead' ofwel 'test cases' geselecteerd die representatief zijn voor de groep; eventueel kunnen ook subgroepen worden gevormd, indien (variaties in) de te beantwoorden feitelijke vragen

42 Loughlin & Gerlis 2004, p.128. Indien dat laatste het geval zou zijn, dan zou Part 19.II immers van toepassing kunnen zijn.

43 Zander 2003, p. 66, Hodges 2001, p. 30 waar hij onder meer het standpunt van the Legal Aid Board behandelt in 'When the Price is High', juni 1997, par. 5.33.

44 Mildred 2000, p. 414 waar hij een passage bespreekt van het rapport van Lord Woolf, Access to Justice, (p. 248, aanbeveling 3).

45 Mildred 2000, p. 415.

46 Later zal blijken dat het er in de praktijk iets ingewikkelder aan toe gaat, maar omwille van het overzicht en de eenvoud wordt het model hier zo simpel mogelijk gehouden.

of rechtsvragen daar aanleiding toe geven; in het laatstgenoemde geval worden de lead cases per subgroep geselecteerd;
- de test cases worden begeleid door 'lead solicitors', die voor wat de gemeenschappelijke aspecten betreft, namens alle onder de GLO geregistreerde partijen voortprocederen;
- de zaken die niet als een lead case zijn geselecteerd, worden aangehouden totdat in de lead cases op de gemeenschappelijke punten is beslist. Die beslissingen zijn bindend voor alle partijen in het GLO-register, respectievelijk van de desbetreffende subgroep als er subgroepen zijn gevormd. Pas nadat een beslissing op de gemeenschappelijke punten in een test case is gegeven, kan in de overige aangemelde zaken worden voortgeprocedeerd over de individuele (rechts)vragen.[47]
- ook is het denkbaar en kan het voorkomen dat na een gehele of gedeeltelijke positieve beantwoording van de gemeenschappelijke vragen, de zaken collectief worden geschikt. Individuele schikkingen zijn op elk moment van de procedure, zonder rechterlijke tussenkomst, mogelijk.

3.4 De GLO

3.4.1 Het begin: een overlegcultuur

De uitvaardiging van een GLO vereist nauw overleg, goede communicatie en afstemming binnen de rechterlijke macht en advocatuur. Daarmee wordt een wettelijk regime dat afwijkende, specifieke regels kent geactiveerd. De uitvaardiging kan plaatsvinden ambtshalve of op verzoek van één van de partijen. Zowel potentiële eisers als potentiële verweerders kunnen het verzoek indienen op elk gewenst moment voor of na de start van een 'gerelateerde' procedure.[48] Ook dit is een heel 'flexibel' voorschrift dat appelleert aan de alertheid van de rechter en de overige betrokkenen. Het doel is kennelijk om eventuele 'informanten' die het bestaan van een massaschadegeval kunnen signaleren het zo gemakkelijk mogelijk te maken om de informatie bij de gerechten neer te leggen, waarna deze kunnen beoordelen in hoeverre deze aanleiding geeft voor de uitvaardiging van een GLO.

Aan de uitvaardiging van een GLO gaat een arbeidsintensief voorbereidingsproces vooraf. Een belangenbehartiger die van plan is om de uitvaardiging te verzoeken, dient een speciaal hiervoor in het leven geroepen Balie-orgaan, de eerder genoemde MPA Service, te consulteren en van zijn voornemens op de hoogte te stellen.[49] Deze consultatie heeft uitsluitend een informatieve functie. De voorschriften in de PD's die hierop

---

47 Bijvoorbeeld, indien aansprakelijkheid en causaal verband is vastgesteld in de lead cases, zou de omvang van de schade alsnog per individueel geval moeten worden bepaald, of indien onrechtmatigheid in de lead cases is aangetoond, maar causaliteit nog per geval moet worden bekeken. In de literatuur is verdedigd dat deze aanhouding problemen zou kunnen opleveren in het licht van art. 6 EVRM (proces binnen een redelijke termijn): Hodges 2001, p. 25 en Mulheron 2004, p. 103-4.

48 PD 3.1.

49 PD 2.1, Hodges 2001, p. 32, Inside Track 16 april 2003, p. 4.

betrekking hebben, zijn te vinden onder de titel 'preliminary steps'. Hieruit blijkt dat de 'wettelijke aandacht' voor multi-party actions reeds in de voorfase begint.

De MPA Service faciliteert multi-party actions op verschillende manieren. In de eerste plaats doordat ze een database aanlegt en bijhoudt van alle acties en de daaraan deelnemende belangenbehartigers. Zo kunnen eventuele cliënten gemakkelijker worden doorverwezen, maar ook kunnen eventuele nieuwe belangenbehartigers in contact worden gebracht met collegae die met een gerelateerde kwestie bezig zijn. Het voordeel hiervan is dat de advocaten aan de eisende kant gemakkelijker hun acties kunnen coördineren en eventueel onderling bepalen wie van hen een GLO-verzoek zal indienen.[50] Over hoe de selectie van de 'lead solicitor' precies in zijn werk gaat en wat zijn rol en bevoegdheden zijn, in 3.6 meer. Voorts biedt de MPA Service meer praktische vormen van bijstand aan[51] en voorziet ze in een 'policy advice' over recente voor de kwestie relevante overheidsstandpunten. Het nut van de service is tevens dat er voor de overheid een centraal punt is waar relevante informatie naar toe gestuurd kan worden en die de desbetreffende belangenbehartigers tijdig kan bereiken.

De rechter die voornemens is om ambtshalve een GLO uit te vaardigen, dient eerst met zijn superieur(en) te overleggen. Zonder een fiat is een ambtshalve gebruik van deze bevoegdheid niet mogelijk.[52] Ook indien een GLO op verzoek van een partij wordt uitgevaardigd dient de toestemming van de 'President' van het gerecht te worden gezocht. Gelet op de rechterlijke autonomie is dit een merkwaardig voorschrift dat in de literatuur bekritiseerd is.[53] De filosofie hierachter is mogelijk dat de behandeling van massaschade veel aan tijd en middelen van de rechterlijke organisatie vergt en dat daarom op het allerhoogste niveau in de organisatie beslist dient te worden.[54]

Kijkt men naar de aard van de informatie die nodig is voor de uitvaardiging van een GLO, dan is het niet erg waarschijnlijk dat de rechter vaak gebruik zal maken van zijn ambtshalve bevoegdheid, omdat het een proactief optreden veronderstelt. In ieder geval zal dat afhankelijk zijn van de mate waarin overleg en informatieuitwisseling plaatsvindt tussen de verschillende gerechten. Zo dient het verzoek informatie te bevatten over de aard van het geschil in kwestie, het aantal en de soort procedures die reeds aanhangig zijn gemaakt, een schatting van het aantal partijen dat mogelijk belanghebbend is en de gemeenschappelijke feitelijke en juridische vragen

50 PD 2.2. Het belang van de service voor coördinatieoverleg is in de afgelopen jaren afgenomen met de introductie door de Legal Aid Board (thans Legal Services Commission) van het Multi-party action Solicitor Panel, waarover in 3.6.2 meer. Zie ook Mildred 2000, p. 413.

51 Zoals vergaderruimtes en raad en bijstand bij praktische problemen rond het managen van de multi-party action: Inside Track, 16 april 2003, p. 4.

52 De goedkeuring van the Lord Chief Justice of the Vice-Chancellor is noodzakelijk: PD 4 en 3.3, Hodges 2001, p. 31, Mildred 2000, p. 413.

53 Mildred 2000, p. 413 vraagt zich dan ook af of dit voorschrift niet vervangen had kunnen worden door een maatstaf van 'proportionality and public interest' die elke rechter die zich met een GLO-verzoek geconfronteerd ziet, zou moeten aanleggen. Zie voorts Mulheron 2004, p. 101.

54 Mildred 2000, p. 413.

(de latere GLO-kwesties).[55] Tevens dient in het verzoek te worden aangegeven of er gronden zijn voor onderverdeling van de groep in meerdere kleinere groepen.

Wordt het GLO-verzoek toegewezen, dan dient een kopie van het GLO, afgezien van andere publicatiemaatregelen waarover hierna meer, in ieder geval te worden toegezonden aan the Law Society[56] en the Senior Master of the Queen's Bench Division.[57] Op deze manier worden advocatuur en rechterlijke macht geïnformeerd over ontwikkelingen ten aanzien van massaschade.

3.4.2 Criteria voor toewijzing

De rechter is vrij om een GLO-verzoek al dan niet te honoreren. Het is onduidelijk welke omstandigheden de rechter bij deze beslissing in aanmerking dient te nemen. Gelet op de gelaagde structuur van de CPR, wordt in de literatuur verdedigd dat Part 1 hierbij van belang is en vooral de vraag in hoeverre een uitvaardiging van een GLO bevordert dat het overriding objective van de CPR wordt gerealiseerd. Dat wil zeggen in hoeverre 'justice to the parties' wordt gedaan door toepassing van de regeling en in hoeverre kosten worden bespaard, een en ander met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel.[58] In dat kader is met andere woorden van belang of toepassing van Part 19.III tot een aanpak leidt die uit proceseconomisch oogpunt aantrekkelijk ('economically viable') is.

Al in rechtspraak die stamt uit het pre-Woolf tijdperk, werd gebruik gemaakt van kosten-baten analyses bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van multi- party acties met het oog op een eventueel 'misbruik van procesrecht' (abuse of proces) ten opzichte van de verweerders en de gerechten.[59] Dat is niet zonder slag of stoot gegaan[60] en indien men de onderliggende redenering doorneemt, is dat enigszins invoelbaar:

> 'In most cases it will be quite inappropriate for the court to enter upon the sort of cost benefit analysis which the judge undertook here. The court cannot weigh the plaintiff's prospect of receiving £ 1,000 against the defendants' costs of £ 10,000 which may be irrecoverable (...) alternatively it is a matter for the commercial judgement of the defendant

55 PD 3.2.

56 Doorgaans worden berichten over uitgevaardigde GLO's gepubliceerd in the Law Society's Gazette: Loughlin & Gerlis 2004, p. 129. Zie bijvoorbeeld de uitgave van 27 november 2002.

57 PD 11. Zie ook Mildred 2000, p. 422.

58 Hodges 2001, p. 34, Mildred 2000, p. 414.

59 Mildred 2000, p. 454 jo 414 jo 425 noot 3. Een niet-ontvankelijkverklaring wegens misbruik van procesrecht is een instrument dat de rechter thans in het kader van zijn case management ter beschikking staat: Rule 3.4 (2) (b) en Part 24. Mildred 2000, p. 454-5. Hodges 2001, p. 102-8 behandelt de hierop betrekking hebbende rechtspraak uitvoerig.

60 The Court of Appeal heeft twee keer daaraan overwegingen gewijd, terwijl de eerste van de twee uitspraken naar Straatsburg is gegaan, maar helaas niet tot een werkelijke uitspraak van het EHRM heeft geleid: Mildred 2000, p. 455, AB v John Wyeth & Brother Ltd (No 2), 1994, 5 Med LR 149, AB v John Wyeth & Brother Ltd (1997) 8 Med LR 57.

> whether he attempts to reach a settlement with the plaintiff.... But this case is quite different. One can see at glance that the (...) defendants will be put to astronomical expense in defending these contingent claims. And to what end? If the plaintiffs stood to obtain a substantial benefit, the position might well be different. But here the benefit is at best extremely modest and in all probably nothing. That involves great injustice to the defendants. It is no answer that there are public authorities or insurance associations which are footing the bill. The National Health Service (één van de verweerders; int) has better things to spend its money on than lawyers' fees and the cost of medical insurance is a matter of public concern'.[61]

Eén van de voornaamste argumenten van de critici lijkt te zijn dat verschillende beoordelingsmaatstaven worden aangelegd voor individuele en voor multi-party acties. Ze stellen dat niet valt in te zien waarom het de eigen 'commerciële' beslissing van de verweerder die geconfronteerd wordt met een individuele actie zou moeten zijn om al dan niet een schikking te treffen voor een claim die zwak (unmeritorious) zou kunnen zijn, terwijl de verweerder in een groepsactie de hulp van de rechter nodig heeft om zich van multi-party actions te ontdoen die niet overduidelijk ongegrond zijn.[62]

De rechtvaardiging voor de hantering van de proceseconomische maatstaf wordt thans vooral gezocht in de opdracht aan de rechter om bij te dragen aan de realisatie van het overriding objective van de CPR. De kosten-baten maatstaf maakt daarvan deel uit en geldt nu voor alle en niet slechts voor multi-party actions. Daarnaast kan elke partij daar in beginsel 'aanspraak' op maken, hetgeen zowel tot toewijzing als tot afwijzing van de vordering kan leiden. Dat maakt het voor de critici meer acceptabel.[63] De rechtspraak uit het pre-Woolf tijdperk zal richtinggevend blijven voor de overwegingen die in een kosten-baten analyse ten gunste van de verweerders kunnen spelen.

De rechter die over de uitvaardiging van een GLO beslist, dient in zijn beslissing ook de overweging te betrekken of toepassing van een andere vorm van consolidatie in het proces, bijvoorbeeld een 'representative action', niet geschikter is en daarom niet de voorkeur verdient. De CPR zeggen dat niet met zoveel woorden, maar bevatten een soortgelijke instructie voor de GLO-verzoeker.[64] In de literatuur wordt op grond hiervan verdedigd dat ook de rechter zich hierover zal moeten uitlaten.[65]

61 AB v John Wyeth & Brother Ltd (No 2), 1994, 5 Med LR 149, p. 153.
62 Mildred 2000, p. 455.
63 Mildred 2000, p. 455.
64 PD 2.3, Mildred 2000, p. 414.
65 Hodges 2001, p. 39.

3.4.3 Inhoud

Een GLO dient in ieder geval een drietal gegevens te bevatten.[66] De Order moet aanwijzingen geven voor het opzetten van het groepsregister waarop alle claims die onder de GLO (zullen) vallen, geregistreerd dienen te worden.[67] Het register in een desbetreffend geval hoeft overigens niet per se door het gerecht te worden bijgehouden. Dat zou ook een advocaat kunnen doen.[68] Inschrijving geschiedt volgens het opt in-systeem, zij het dat partijen die al een procedure aanhangig hadden gemaakt, automatisch worden doorverwezen naar 'the management court'. Ze kunnen echter een verzoek indienen om niet ingeschreven te worden, respectievelijk uit het register te worden verwijderd.[69] Daardoor spreken sommigen van een 'hybrid' systeem: voor nieuwe groepsleden geldt het opt in principe, terwijl voor bestaande het opt out regime van toepassing is, eventueel aangevuld met een kostenveroordeling (zie 3.4.5).[70]

Daarnaast dient een GLO de GLO-kwesties te bevatten. Deze worden afzonderlijk in de volgende paragraaf behandeld, omdat de formulering daarvan een nauwe samenhang vertoont met de selectie van de test cases. Tenslotte dient een GLO 'the management court' aan te wijzen.[71] Dat kan per geval steeds een ander zijn. Een en ander zal mede afhangen van de geografische spreiding van potentiële eisers.

Een GLO *kan* voorts verschillende beschikkingen bevatten. Bijvoorbeeld specifieke publicatievoorschriften voor eventuele belanghebbenden die willen deelnemen aan de groepsactie, zodat ze weten waar ze zich moeten melden.[72] In de literatuur wordt aangegeven welke overwegingen de rechter waarschijnlijk zullen leiden bij het nemen van beslissingen omtrent publiciteit. Enerzijds is er de wens voor het behalen van 'rendement' van de GLO door zo veel mogelijk belanghebbenden daarbij te betrekken. Anderzijds dient men ervoor te waken geen 'hype' in het leven te roepen, met name indien de desbetreffende kwestie nog niet in de publiciteit is geweest.[73]

---

66 Rule 19.11 (2) spreekt van 'must'.

67 Uitvoerig over het nut van het GLO-register is Hodges 2001, p. 52-3. Op p. 54-60 bespreekt hij hoe dat in zijn werk gaat en welke varianten daarbij denkbaar zijn met bijhorende complicaties. Hij noemt onder andere het gebruik van questionnaires en 'statement of truth', een verklaring van de betrokkene dat de door hem verstrekte informatie correct is. In andere gevallen kan het echter nodig zijn om door middel van bewijs vast te stellen of de betrokkenen daadwerkelijk aan de voorwaarden voldoen.

68 PD 19(B) 6.5. Mildred 2000, p. 416 wijst erop dat in de huidige praktijk het bijhouden van het groepsregister door het gerecht eerder de uitzondering dan de regel is, onder meer wegens ontoereikende faciliteiten bij de gerechten. Het register is openbaar en een ieder zou het op verzoek en tegen een geringe 'raadpleegvergoeding' mogen inzien.

69 PD (19B) 9.2, Andrews 2003, p. 980-1. Mildred 2000, p. 423-4.

70 Mildred 2000, p. 424.

71 Mildred 2000, p. 418-9.

72 Rule 19.11 (3).

73 Mildred 2000, p. 420-2.

3.4.4 *Gevolgen: res judicata en disclosure*

Het uitvaardigen van een GLO heeft gevolgen voor de gebondenheid van partijen aan de uitkomst in de test cases en voor de disclosureverplichtingen van partijen. Deze komen hieronder aan bod. Aan de gevolgen van een GLO voor de kostenverdeling tussen de eisers wordt afzonderlijk aandacht besteed in 3.4.5.

Een GLO heeft allereerst een verruiming van de werking van de regels van *res judicata* tot gevolg doordat de rechterlijke beslissing in de test case niet alleen tussen de desbetreffende partijen geldt. De verruiming is echter in twee opzichten beperkt. Gebondenheid bestaat alleen ten aanzien van de beschikking in de gemeenschappelijke GLO-kwesties. Daarnaast zijn in beginsel alleen partijen daaraan gebonden die op het moment van het wijzen van de beschikking in de test case ingeschreven zijn op het register.[74] Het is aan de rechterlijke discretie overgelaten in hoeverre gebondenheid ook voor nieuwkomers geldt. Wel kan een partij, ook een nieuwkomer, die zich hierdoor benadeeld voelt een verzoek indienen om hoger beroep in te mogen stellen, respectievelijk niet gebonden te zijn door de beslissing.[75] In hoeverre de rechter rekening zal of dient te houden met dergelijke verzoeken is onduidelijk.[76] Twee concepten die in het pre-Woolf tijdperk zijn ontwikkeld met betrekking tot 'relitigation' van issues tussen dezelfde partijen in tweepartijen-verhoudingen en de ervaringen daarmee zouden hierop antwoord kunnen geven. Het betreft het 'misbruik van procesrecht' en 'issue estoppel'.[77] Het is onduidelijk wat de betekenis van die concepten in de multi-party context zou moeten zijn, maar in de literatuur[78] wordt verdedigd dat een en ander afhangt van verschillende factoren, zoals de selectiemethode die bij de keuze van de test case is gehanteerd en de vraag in hoeverre de test case representatief is voor de (relevante?) feiten die zich elders in de groep voordoen. Het zou immers onredelijk zijn om partijen te binden aan uitspraken in test cases die op voor de kwestie relevante aspecten net een ander feitelijk complex kennen. Anderzijds dient men te voorkomen dat de werking van een GLO ondermijnd wordt doordat partijen zich te gemakkelijk aan onwelgevallige beslissingen zouden kunnen onttrekken.[79]

Een ander belangrijk gevolg van de uitvaardiging van een GLO is dat partijen die geregistreerd zijn documenten mogen inzien ten aanzien waarvan de rechter

---

74 Rule 19.12 (1) (a) en (b).

75 Rule 19.12 1 (a) en (2), Loughlin & Gerlis 2004, p. 129, Andrews 2003, p. 982. Voor de complicaties indien partijen later ingeschreven worden op het GLO-register zie Anderews 2003, p. 982 en Mildred 2000, p. 423-4, Hodges 2001, p. 42-3, 46.

76 Rule 19.12 (3), Hodges 2001, p. 43-6, Mildred 2000, p. 423.

77 Over de ontwikkeling van de Engelse doctrine van issue estopel zie Hodges 2001, p. 43-46. In het kort komt de doctrine hier op neer dat een oordeel over een kwestie dat al een keer door een rechter is gegeven, bindend is ook in een eventueel opvolgend geschil tussen dezelfde partijen. Hierop zijn enkele uitzonderingen geaccepteerd die verband houden met nieuwe feitelijke of rechtsontwikkelingen na de totstandkoming van het oordeel. De doctrine is vergelijkbaar met ons leerstuk van het gezag van gewijsde.

78 Hodges 2001, p. 46.

79 Mildred 2000, p. 422-3.

disclosure heeft bevolen.[80] De gebruikelijke disclosure regels kunnen in multi-party verhoudingen tot onwerkbare situaties leiden. Denkbaar is daarom dat de rechter specifieke aanwijzingen geeft voor de manier waarop aan die verplichting vorm en inhoud dient te worden gegeven.[81] Daarbij zijn de verplichtingen die op de rechter rusten ingevolge Part 1 CPR[82] van belang: zo vroeg mogelijk de relevante vraagpunten selecteren, en een rangorde aanbrengen zowel ten aanzien van de tijd die aan de vraagpunten besteed mag worden, als ten aanzien van de volgorde van behandeling. Verzoeken en bevelen voor disclosure zullen tegen deze achtergrond moeten worden beoordeeld.

Een aspect waarmee rekening dient te worden gehouden, is dat disclosure-verplichtingen reeds uit hoofde van eventuele toepasselijke pre-action protocols zouden kunnen gelden, waardoor verweerders zich reeds in een vroeg stadium geconfronteerd kunnen zien met talloze onvoldoende gespecificeerde verzoeken voor het inzien van stukken.[83] Het omgaan hiermee vormt misschien wel een grotere uitdaging dan disclosure in het kader van het proces. Bij de laatste is reeds rechterlijke interventie aanwezig en daarvan kan, zoals hiervoor betoogd werd, stroomlijnende werking worden verwacht. Bovendien zijn de pre-action protocols geschreven met het oog op individuele gevallen die onder een andere processpoor (the fast track) worden behandeld dan multi-party actions (multi track). Het zal naar mijn mening vooral de kunst zijn om de omvang en kosten van pre-action discoveries tijdig binnen proporties te houden.[84] De kosten van de voorfase betreffen een zich breder manifesterend probleem, dat onderkend wordt. Daarover meer in 3.7.3.

3.4.5 Gevolgen: de kosten

De GLO heeft ook belangrijke gevolgen voor de verdeling van de proceskosten(veroordeling) onder de groepsleden. Vanaf het moment dat een GLO is uitgevaardigd, worden namelijk officieel gemeenschappelijke kosten gemaakt. Het kostenvraagstuk is essentieel in het GLO-proces, omdat een partij niet snel akkoord zal gaan met haar selectie als een test case als ze alle kosten en het procesrisico zelf zou moeten dragen.[85] De rechter kan daarom aanwijzingen geven over de manier waarop de gemeenschappelijke

80 Rule 19.12 (4), Loughlin & Gerlis 2004, p. 129, Andrews 2003, p. 982.

81 In oktober 2005 zijn nieuwe regels over elektronische disclosure in werking getreden. Afhankelijk van de manier waarop partijen hiermee omgaan zou deze ofwel tot veel extra kosten leiden, ofwel tot aanzienlijke kostenbesparingen. Zie voorts Sautter 2005, p. 1618-20.

82 In het bijzonder Rule 1.4 (2) (b), (c) en (d) CPR.

83 Mildred 2000, p. 423, Hodges 2001, p. 51, 95-6.

84 Hodges 2001, p. 51, 95-7. Zie ook Surti 2005, p. 1569 die het toenemende probleem van pre-action disclosure schetst in personal injury claims en tips geeft over hoe verweerders ermee om kunnen gaan.

85 Mildred 2002, p. 598.

kosten onder de partijen moeten worden verdeeld.[86] De regel maakt het voor de rechter mogelijk om in één keer een uitspraak te doen over het kostenaspect en hierover niet in elke individuele zaak te moeten oordelen.[87] De gemeenschappelijke kosten kunnen in drie categorieën worden ingedeeld: (1) kosten ten aanzien van de GLO-kwesties, (2) individuele kosten in de zaken die als test case verder gaan en (3) administratieve kosten gemaakt door de lead solicitor.[88] Een cost order dient tevens te worden gemaakt ten aanzien van de kosten van de verweerder, indien deze de procedure wint. Doorgaans zal dat via een zogenaamde 'common costs order' geschieden, hetgeen inhoudt dat alle partijen die geregistreerd zijn en die onder de GLO vallen voor een gelijk deel voor die kosten aansprakelijk zijn.[89]

De vraag van de (proces)kostenverdeling vergt in een aantal situaties bijzondere aandacht. Met name indien partijen in verschillende fasen van het proces besluiten om niet verder te procederen, bijvoorbeeld omdat ze alsnog een individuele schikking met de verweerder treffen of indien partijen op latere tijdstippen lid worden van de groep. Al deze situaties kunnen nog gecompliceerd worden doordat ten aanzien van de gemeenschappelijke vragen slechts partieel succes wordt geboekt, omdat de vordering slechts voor een deel wordt toegewezen of omdat over de gemeenschappelijke vragen positief wordt geoordeeld, maar individuele eisers alsnog verliezen op basis van de specifieke omstandigheden van hun geval.

In de eerste situatie (voortijdige afhakers) is de richtlijn dat de betrokkenen aansprakelijk blijven voor de gemeenschappelijke kosten die reeds gemaakt zijn. Dit om 'free riders' te ontmoedigen.[90] De beslissing om niet voort te procederen kan verschillende achtergronden hebben. De betrokkenen kunnen door voortschrijdend inzicht of ontwikkelingen in het recht tot de conclusie komen dat hun actie weinig kansrijk is. Maar ook kan het voorkomen dat ze eerst op basis van een ruime formulering van de gemeenschappelijke kwesties of een onjuiste toepassing van de ingangscriteria in het groepsregister zijn ingeschreven, waarna blijkt dat de inschrijving onterecht is geweest. Het ziet er niet naar uit dat hiermee rekening kan worden gehouden.[91]

De gedachtegang in geval van minnelijke regelingen is dat de beslissing om te schikken gezamenlijk en vrijwillig is en dat daarom van de schikkende partijen mag worden verwacht dat ze in de vaststellingsovereenkomst een voorziening opnemen over de eventuele bijdrage van de verweerder aan de gemeenschappelijke kosten.[92] In het geval van nieuwkomers is de hoofdregel dat deze aansprakelijk zijn ook voor

86 PD 12.4. Hodges 2001, p. 109-11 behandelt de algemene regels over proceskostenveroordelingen neergelegd in Part 44 CPR die ook hier van belang zijn. In beginsel geldt de regel 'the loser pays', maar factoren die tot een andere uitkomst zouden kunnen leiden zijn de totale opstelling en handelwijze van de betrokkenen, eventuele (in)adequate reactie op offers to settle etc.

87 Mildred 2000, p. 443.

88 Rule 48.6A (1) (b), Andrews 2003, p. 983.

89 Rule 48.6A (3), Hodges 2001, p. 112, Andrews 2003, p. 983.

90 Rule 48.6A (7) CPR, Hodges 2001, p. 115-6, Mildred 2000, p. 424, Andrews 2003, p. 984 die ook een uitzonderingsgeval behandelt.

91 Mildred 2002, p. 599.

92 Andrews, 2003, p. 984, Mildred 2002, p. 600.

de gemeenschappelijke kosten die zijn gemaakt voordat ze lid werden van de groep. Ze profiteren immers van het werk dat al gedaan is. Het moet voor de kostenverdeling niet uitmaken op welk tijdstip een partij lid is geworden van de groep.[93]

Bij de situatie van partieel succes gaat het vooral om het geval dat de eisers winnen ten aanzien van de gemeenschappelijke kwesties, maar dat sommige individuele eisers verliezen op basis van de specifieke omstandigheden van hun geval. Ten aanzien hiervan zijn drie verschillende benaderingen mogelijk,[94] maar in de rechtspraak lijkt 'the individual costs approach' te overheersen, die inhoudt dat succesvolle eisers een percentage van hun kosten vergoed krijgen dat gelijk is aan het percentage eisers dat in de individuele zaken succesvol is.[95] Aangenomen wordt dat deze benadering gunstiger is voor de verweerders, omdat het kansrijke eisers straft die ervoor gekozen hebben om met minder kansrijke samen te werken.[96] Een nadeel van deze benadering voor eisers is voorts dat de eerste groep lange tijd in onzekerheid verkeert over de bijdrage die ze van de 'medestrijders' ontvangt.

De 'richtlijnen' zijn voornamelijk gedestilleerd uit de rechtspraak uit het pre-Woolf tijdperk.[97] Het gaat te ver om alle ins en outs, modaliteiten en implicaties van de cost-sharing orders uitgebreid te bespreken. Van belang is wel om de kritiek te vermelden die men daarover in de literatuur tegenkomt. De stelling is dat 'cost-sharing orders create complexity, obscurity and expense'.[98] De combinatie van 'the loser pays'-regel en het 'indemniteitsbeginsel' maken dergelijke orders echter noodzakelijk, evenals het opt in regime dat op twee gedachten hinkt: de nadruk op individuele afwikkeling, maar ook het streven om kosten te besparen daar waar dat mogelijk is, voornamelijk op gemeenschappelijke vraagstukken. Het door elkaar spelen van gemeenschappelijke en individuele aspecten en het bijhouden van de bijhorende ´administratie´ hebben uiteraard een onmiddellijke uitwerking op het kostenaspect. De discussies waarmee de kostendeling gepaard gaat, de zogenaamde 'satellite litigation' ofwel discussie over randvoorwaarden, zijn langdurig en kostbaar. Te veel rekening houden met individuele vraagstukken vermindert de hanteerbaarheid van de GLO. Vooral bij de financiering van multi-party actions door middel van een conditional fee agreement (cfa), waarover hierna meer, lijkt dit vraagstuk extra problematisch te zijn.[99] In de literatuur worden verschillende oplossingen geopperd. Enerzijds het zo vroegtijdig mogelijk treffen van betalingsregelingen of afspraken tussen de eisers over de gemeenschappelijke kosten, waarbij een rechterlijke interventie nuttig en wenselijk kan zijn.[100] Anderzijds vragen sommige auteurs zich af of de introductie

93 Rule 48.6A (6) CPR, Hodges 2001, p. 115-116, Andrews 2003, p. 985, Mildred 2002, p. 598.
94 Hodges 2001, p. 114 behandelt deze. Zie ook Mildred 2002, p. 598-9.
95 Hodges 2001, p. 114-5.
96 Hodges 2001, p. 114.
97 Mildred 2000, p. 443 e.v., Mildred 2002, p. 597-8.
98 Mildred 2000, p. 602.
99 Mildred 2002, p. 602.
100 Hodges 2001, p. 116. Zie voorts the Practice Guidelines for solicitors in disaster litigation, p. 5: te raadplegen via de zoekfunctie van de site van de Law Society (<http://www.lawsociety.org.uk/>).

van een 'zuiver' no cure no pay-regime niet te prefereren zou zijn, omdat het duidelijker, voorspelbaarder en transparanter is dan het huidige cfa.[101]

3.5 GLO-kwesties en test case

De formulering van de GLO-kwesties en de aanpak van de 'test case' hangen nauw samen. In het hierna volgende zal blijken waarom.

3.5.1 GLO-kwesties

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de mate van precisie waarmee GLO-kwesties geformuleerd dienen te worden. Sommigen waarschuwen voor de verleiding van ruime formuleringen in de trant van 'alle claims in relatie tot product x' of 'alle claims in relatie tot verweerder y', of 'alle claims in relatie tot ongeval z', of een combinatie hiervan. Op zichzelf zijn deze allemaal naar de letter van de wet genomen, toelaatbaar.[102] De waarschuwers wijzen erop dat in deze exercitie een juiste analyse en een adequate formulering reeds aan het begin van de procedure bepalend zijn voor het succes van de actie.

Anderen stellen dat het simpelweg onmogelijk is om al in een heel vroeg stadium (van het GLO-verzoek en de toewijzing daarvan) met precisie de GLO-kwesties te formuleren.[103] Een meer flexibele opstelling, waarbij een en ander in een later stadium nader gepreciseerd wordt, zou de voorkeur verdienen. Hiertegenover staat echter het belang van de verweerder om niet voortdurend met een wisselende groep claims te worden geconfronteerd. Indien de precisering tot vermindering van het aantal claims leidt, hetgeen aannemelijk is, zou dat acceptabeler kunnen zijn.

Wat een adequate formulering van een GLO-kwestie is, valt dus in het algemeen niet te zeggen. Bij gefixeerde (rampen)schade zullen ruime formuleringen minder bezwaarlijk zijn. Maar bij sluipende of bij gefixeerde massaschade, waarbij veel individuele vraagstukken spelen die relevant of bepalend zijn voor de vestiging van de aansprakelijkheid, zoals bij de aandelenleasekwestie, zullen ruime definities weinig bruikbaar zijn. Dan zal meer differentiatie en precisering naar (sub)groep nodig zijn. Afhankelijk van de aard van de voorliggende kwestie kan een nadere precisering of beperking op verschillende manieren worden bereikt. Bijvoorbeeld via de opname van tijdsperiodes, via precieze definities van (financiële of andere) producten of via een beperking van het aantal verweerders.

De formulering van de gemeenschappelijke (latere GLO-)kwesties is niet in de laatste plaats ook een tactische beslissing zowel voor de eisers, als voor de verweerders. De overwegingen kunnen uiteenlopend van aard zijn. Hoe ruimer de groep is

101 Mildred 2002, p. 602.
102 De regeling spreekt van '*gerelateerde* feitelijke- en rechtsvragen'. Hodges 2001, p. 35-6.
103 Mildred 2000, p. 417-8.

die onder de GLO valt, hoe groter het schaalvoordeel van die actie is. Een groter volume is bovendien gunstig voor de schikkingspositie van de eisers, terwijl het zicht op een finale regeling en het voordeel daarvan voor de verweerder evident is. Aan de andere kant is een ruimere groep lastiger te hanteren. Er is altijd een omslagpunt, waarop het volume zo groot wordt dat het schaalvoordeel teniet wordt gedaan. Het zal steeds de kunst zijn om per geval dat punt te herkennen. Ook kan het uit verzekeringstechnisch oogpunt voor beide kanten aantrekkelijk zijn om de groep te splitsen door tijdperiodes in de omschrijving van de GLO-kwesties op te nemen, waardoor de maximaal verzekerde sommen van meerdere jaren bij de aansprakelijkheidsverzekeraar kunnen worden geclaimd.[104] In de literatuur wordt voorts erop gewezen dat de wijze waarop de belangenbehartigers aan de zijde van eisers gefinancierd worden, eveneens van invloed kan zijn. Dit aspect komt aan bod in 3.7.

Omdat de formulering van de GLO-kwesties belangrijk is voor het succes van de actie wordt aangeraden[105] dat partijen samen met de rechter en de Legal Aid Board (thans Community Legal Service) die een belangrijke financier van multi-party actions is,[106] samenwerken aan de ontwikkeling van questionnaires in een voorliggend geval. Daarin dienen de GLO-kwesties vertaald te worden in werkbare en adequate toegangscriteria ofwel ingangstoetsen voor de kandidaat-groepsleden.

Hoe de GLO-kwesties geformuleerd worden is echter ook afhankelijk van de aanpak die ten opzichte van de test case gehanteerd wordt. Een vraag die voorafgaat aan de formulering is namelijk hoe de gemeenschappelijke kwesties te onderkennen zijn zonder dat de afzonderlijke zaken eerst diepgaand onderzocht hoeven te worden. Als een diepgaand onderzoek van alle individuele gevallen op voorhand verricht moet worden, zou het voordeel dat men met de geconcentreerde afwikkeling nastreeft, illusoir worden. Anderzijds, kan men zich wel een betrouwbaar oordeel vormen over de haalbaarheid en de gerechtvaardigheid van de actie als geen zicht bestaat op de kwaliteit van de afzonderlijke claims? Dit is het dilemma dat speelt bij de keuze voor een bepaalde aanpak bij de selectie van de test case en komt hierna aan bod.

3.5.2 Test case

In Engeland werden reeds in het pre-Woolf tijdperk drie verschillende mechanismen onderscheiden om met de gemeenschappelijke kwesties in het kader van een multi-party action om te gaan: de zogenaamde 'generieke' ofwel 'top-down' methode, de 'individuele' ofwel 'bottom up' test case methode[107] en de individuele selectiemethode, waarbij slechts een paar geselecteerde zaken uitgeprocedeerd worden.[108] Hierna

104 Mildred 2000, p. 417.

105 Mildred 2000, p. 418 waar hij de suggestie van Lord Woolf in het rapport Access to Justice, hfd. 17, par. 51 bespreekt.

106 Tussen 1994-1997 was de Legal Aid Board betrokken bij de financering van dertien multi-party actions. Tussen 1998-1999 kwamen daar nog drie bij: Hodges 2001, p. 187.

107 Vlg. Hodges 2001, p. 15-8.

108 Mulheron 2004, p. 102-5, Mildred 2000, p. 434-5, Hodges 2001, p. 16.

zal vooral aan de eerste twee aandacht worden besteed, omdat de derde als een variant van de tweede methode kan worden gezien.

Aan de eerste (generieke) methode ligt de veronderstelling ten grondslag dat alle individuele gevallen soortgelijk zijn, op een deugdelijke feitelijke en juridische argumentatie berusten en bovendien uit kosten-baten oogpunt gerechtvaardigd zijn (ofwel ze zijn 'legally valid, financially viable and similar'). De test cases worden pas geselecteerd nadat een 'master pleading' is voorbereid, waarin alle relevante feitelijke en juridische vragen die ten aanzien van de aansprakelijkstelling in een specifiek massaschadegeval kunnen rijzen in abstracto uitgewerkt zijn, met een slechts summiere verwijzing naar individuele gevallen. Pas nadat over de vragen in abstracto duidelijkheid is verkregen, bijvoorbeeld over de algemene vraag 'can coal dust cause any identified medical condition',[109] kunnen individuele test cases worden geselecteerd en kan daarin worden voortgeprocedeerd. Deze methode wordt vooral door eisers geprefereerd. Het voordeel is een evidente kostenbesparing, omdat niet alle zaken afzonderlijk van tevoren diepgaand onderzocht hoeven te zijn en ze naderhand gericht gescreend kunnen worden afhankelijk van de vraag welke geschilpunten partijen nog verdeeld houden. Het nadeel is dat in de 'master pleading' kwesties aan bod kunnen komen die achteraf gezien niet in de individuele gevallen blijken voor te komen of niet spelen. Sterker nog, achteraf kan worden geconstateerd dat de meeste van de individuele gevallen 'zwak' zijn, waardoor het volume aan claims, dat een groepsactie aantrekkelijk maakt, blijkt te ontbreken en veel tijd, kosten en moeite verspild blijken te zijn.[110]

De tweede 'individual test case' benadering vereist een nader onderzoek van alle individuele gevallen op voorhand om te kunnen vaststellen welke feitelijke vragen en rechtsvragen daarin voorkomen. Pas daarna kan worden bepaald of en zo ja, welke zaken als test case kunnen worden geselecteerd en of belangenbundeling überhaupt opportuun is. Deze benadering wordt met name door verweerders aantrekkelijk bevonden. Vooralsnog domineert in de Engelse (productaansprakelijkheids)praktijk, zij het met enige modificaties, de 'individual test case' methode.[111]

Het is lastig om op voorhand vast te stellen welke selectiemethode bij de afwikkeling van massaschade in het algemeen te prefereren is. Part 19.III is daar ook onduidelijk over. Het zwijgt zelfs over de vraag of alle drie mechanismen uit het pre-Woolf tijdperk om met de gemeenschappelijke kwesties om te gaan, ook onder de CPR toegestaan zijn. Aangenomen wordt dat dat het geval is.[112] De aard van het onderliggende massaschadegeval is bepalend voor de geschiktheid van een bepaalde aanpak.

---

109 Turner J in the British Coal Respiratory Diseases litigation (ongepubliceerd), besproken door Mildred 2000, p. 432-3.

110 Voor deze methode zie Hodges 2001, p. 17-8, Mildred 2000, p. 432-3.

111 Hodges 2001 p. 25-7, Mildred 2000, 433. Bij Oliphant 2002, p. 305 is een kritisch geluid te horen over het gemak waarmee Hodges (op dat moment een defendant solicitor) over de mogelijkheden van de generieke benadering heen stapt. Een behandeling die wel recht doet aan de generieke benadering vindt men bij Mildred 2000, p. 432-3.

112 Zie de analyse van Mildred 2000, p. 435-8 van Rule 19.13 (b) en PD 14. Zie ook Hodges 2001, p. 68 en Mulheron 2004, p. 104-5.

Illustratief voor de uitdagingen en de problemen waarmee rechterlijke macht en belangenbehartigers geconfronteerd worden bij de keuze van de aanpak, zijn de ervaringen met de verschillende mechanismen in het pre-Woolf tijdperk.[113] In de literatuur wordt door sommigen betoogd dat de generieke methode per definitie niet geschikt is voor de afwikkeling van sluipende massaschade of voor de afwikkeling van massaschade veroorzaakt door een gebrekkig medisch product, omdat de individuele aspecten daar doorslaggevend zijn voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvragen.[114]

Gelet op het feit dat de hantering van de ene dan wel de andere aanpak in sommige situaties procestactische voordelen voor de eisers dan wel de verweerders kan meebrengen, achten sommige auteurs het wenselijk dat een rechter in een vroeg stadium betrokken is bij de keuze te dien aanzien.[115] Dergelijke tactische overwegingen kunnen ook ertoe leiden dat de verweerders de 'sterke zaken' ofwel 'de grootste risico's' schikken en zodoende voorkomen dat deze als een test case kunnen fungeren.[116] Afgezien hiervan is de aanpak die ten aanzien van de test case wordt gehanteerd ook bepalend voor de formulering van de GLO-kwesties en reeds in het GLO-verzoek dient daarop te worden geanticipeerd. Het zou dus helpen als reeds bij de voorbereiding van het GLO-verzoek vooruitgedacht wordt en zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met de keuzes die in de procesketen ten aanzien van de test cases dienen te worden genomen.

3.6 De lead solicitor

Ten aanzien van de figuur van de lead solicitor zijn twee onderwerpen van belang. Zij vertonen een sterke samenhang, maar worden omwille van de overzichtelijkheid afzonderlijk behandeld: zijn selectie en de wijze waarop de multi-party action gefinancierd wordt. Het eerste onderwerp komt in deze, het tweede in de volgende paragraaf (3.7) aan bod. Maar eerst sta ik kort stil bij de bevoegdheden van de lead solicitor.

3.6.1 Bevoegdheden

De vraag wat precies de rol en bevoegdheden van de lead solicitor zijn, wordt in de CPR niet beantwoord. Zijn bevoegdheden kunnen per geval verschillen, maar dienen in ieder geval van tevoren schriftelijk te worden vastgelegd, zodat ze kenbaar zijn ook voor de rechter. Gedacht kan worden aan:[117]

---

113 Hodges 2001, p. 20-5, 69-73.
114 Hodges 2001, 25-7.
115 Hodges 2001, p. 18-20, 26.
116 In 3.8 ga ik hier nader op in.
117 Hodges 2001, p. 73. Guidelines art. 21, 22 en bijhorende bijlagen bevatten ook voorbeelden van wat de bevoegdheden en de taken van de lead solicitor en het begeleidingscomité zouden kunnen zijn.

(a) het verzorgen van de administratie rond een procedure voor alle eisers, inclusief het onderhouden van het contact met het gerecht; een soort procureursfunctie;
(b) het voeren van de procedure voor wat de gemeenschappelijke vragen betreft namens alle eisers; dit betreft inhoudelijke bevoegdheden;
(c) het bijhouden van het groepsregister, wederom een meer administratieve taak;
(d) het onderhouden van de contacten met de eisers; hiervoor zijn adequate logistieke middelen verreist. Logistieke- en (andere) financieringsproblemen kunnen ertoe leiden dat lead solicitors steeds minder overleg plegen met hun achterban en zich steeds autonomer opstellen, bijvoorbeeld bij het bepalen van de processtrategie of bij de schikkingsonderhandelingen. Voor de hieraan verbonden gevaren en de mogelijke oplossingen, zie 3.7.2 en 3.8.

De ervaringen uit het pre-Woolf tijdperk bieden ook enige aanknopingspunten voor de bevoegdheidsverdeling: eind jaren tachtig werd het 'two tier'-systeem geïntroduceerd. Dat hield in dat één of enkele kantoren de acties van de overigen (de satellieten) coördineerde(n). De coördinerende kantoren (het coördinatiecomité) hielden zich bezig met kwesties die gemeenschappelijk waren, terwijl 'de satellieten' zich richtten op onderwerpen die specifiek van belang waren voor hun cliënten. Dit coördinatiecomité inclusief de lead solicitor diende te worden gekozen door alle betrokken kantoren gezamenlijk.[118] De verschillende leden van het comité konden belast worden met specifieke taken, zoals contacten met de verweerders, met de media, met experts en met het gerecht.

Aangenomen wordt dat het two-tier systeem thans vooral van belang zal zijn in acties die niet met publieke middelen gefinancierd worden.[119] Als nadeel van dit systeem wordt gezien dat het agressieve concurrentie onder advocaten bevordert voor het werven van zo veel mogelijk cliënten via advertentiecampagnes.[120] Dat kan veel zwakke claims aantrekken die wel veel volume opleveren en op onaanvaardbare wijze de schikkingsdruk op de verweerders opvoeren. Met name een actieve rechter zou dit gevaar kunnen ondervangen, onder andere doordat hij 'promptly dismisses meritless or frivolous multi-party claims'.[121]

3.6.2 Selectie

De figuur van de lead counsel of lead solicitor ontstond in het pre-Woolf tijdperk als een respons op een praktisch probleem: het adequate management van een grote groep eisers in een massaschadezaak. Vermeldenswaard is dat het initiatief daartoe afkomstig was van de advocatuur. Al snel nadat de eerste massaschade zaken zich in de jaren tachtig hadden aangediend, was een aantal kantoren tot de ontdekking

118 Dat stond ook in the Guide for Use in Group Actions: Hodges 2001, p. 74.
119 Hodges 2001, p. 74-5 en Guidelines art. 18.
120 Hodges 2001, p. 75.
121 Hodges 2001, p. 76. Zie voor de problematiek van de test case die hieraan verwant is 3.5.2.

gekomen dat zij een aanzienlijk aantal cliënten vertegenwoordigden met soortgelijke claims in gerelateerde kwesties en dat coördinatie daarom misschien voordelen bood.[122] Om dergelijke samenwerkingsverbanden te faciliteren heeft de Balie toen een orgaan aangewezen als een eerste aanspreek- en coördinatiepunt in kwesties met een massaal karakter, de voorloper van de MPA Service die hiervoor in 3.4.1 aan bod kwam. De voordelen van concentratie aan de zijde van de belangenbehartigers werden overigens geprezen ook binnen de rechterlijke macht.[123]

De essentiële vraag, hoe de lead solicitor gekozen wordt en wie dat doet, blijft in de CPR enigszins 'in de lucht hangen'. Wel wordt eisers op het hart gedrukt[124] dat ze er goed aan doen om het samen eens te worden over wie de lead solicitor zal zijn en dat deze het GLO-verzoek dient in te dienen. Dat veronderstelt coördinatie al in een heel vroeg stadium. Er is een stok achter de deur voor het geval dat niet lukt. Eén van de case management bevoegdheden van de rechter betreft namelijk de aanwijzing van een lead solicitor.[125]

De Practice Guidelines for solicitors in disaster litigation[126] (de Guidelines) die door de Law Society zijn opgesteld, bevatten richtlijnen voor de handelwijze van belangenbehartigers in gefixeerde massaschade, in het bijzonder rampenschade. Ze benadrukken dat de aanwijzing van een lead solicitor of van een coördinatiecomité een gezamenlijke aangelegenheid betreft, maar noemen bovendien zeven criteria die bij het nemen van die beslissing behulpzaam kunnen zijn. Onder andere het aantal cliënten als percentage van alle zaken binnen de groep, de diversiteit van de cliënten, relevante ervaring met multi-party actions en met complexe 'high value litigation' en de beschikbaarheid van voldoende ondersteunend personeel en infrastructuur.[127]

Het criterium van het aantal cliënten zal het hiervoor gesignaleerde probleem van agressieve concurrentie tussen kantoren via advertentiecampagnes alleen maar versterken. Dit is kennelijk onderkend, omdat de regeling ook voorziet in advertentievoorschriften. Na het uitvaardigen van een GLO dienen dergelijke campagnes overigens te worden goedgekeurd door de rechter.[128]

De selectie van de lead solicitor die uit publieke middelen wordt gefinancierd, verloopt iets anders, hoewel ook daar soortgelijke criteria worden toegepast. In de jaren tachtig-begin jaren negentig was de Legal Aid Board, vergelijkbaar met onze Raad voor de Rechtsbijstand, de voornaamste financier van civiele – ook multi-party – acties. De Board heeft uit dien hoofde een eigen selectiepraktijk en werkmethodes ontwikkeld. De Legal Aid Board is inmiddels vervangen door de Community Legal

---

122 Hodges 2001, p. 73.

123 Onder andere in Re Benzodiazepine Litigation (Ian Kennedy J, 25 mei 1995), AB & Others v John Wyeth & Brother Limited (1996), 7 Med LR 267, p. 288-9, AB & Others v John Wyeth 7 Brother Limited (1997), 8 Med LR 57, CA 66 Stuart-Smith LJ.

124 In PD 2.2.

125 Rule 19.13 (c).

126 Gelijk te stellen met rampenschade en gefixeerde massaschade.

127 Guidelines art. 17.

128 Guidelines art. 27-31.

Service (CLS).[129] Net als haar voorgangster werkt ook deze met exclusieve 'all work' contracten. Op basis daarvan kunnen kantoren zowel 'generiek' werk verrichten (werk ten aanzien van de gemeenschappelijke vragen), als individuele belangen behartigen. Voorts wordt veel gebruik gemaakt van 'tendering'.[130] De CLS heeft daarbij de keuze uit een beperkt aantal kantoren.[131] Om te worden gecontracteerd dient een kantoor ingeschreven te zijn in het Multi-Party Action Solicitors' Panel,[132] een soort ´tableau´, en daarvoor moet het aan een aantal criteria voldoen,[133] onder meer relevante proceservaring en logistieke mogelijkheden. De keerzijde is dat als een kantoor eenmaal ingeschreven staat op dat 'tableau' het mee mag dingen voor een contract in een multi-party actie, ook als het geen eigen cliënten in de desbetreffende actie heeft. Kantoren die niet ingeschreven zijn, worden gestimuleerd om zoveel mogelijk met 'bevoegde kantoren' samen te werken om een contract met de CLS te bemachtigen. Op deze manier is het tableau niet 'afgesloten' voor nieuwkomers.[134]

De zeggenschap van de CLS[135] op de selectie van lead solicitors in multi-party acties heeft positieve en negatieve kanten. Het maakt het selectieproces transparant en controleerbaar, en zorgt ervoor dat ook de kwaliteit en de kundigheid van de betrokken belangenbehartigers objectiveerbaar wordt en gewaarborgd blijft.[136] Bovendien kan de CLS de kantoren stimuleren om de multi-party action efficiënt af te handelen: bijvoorbeeld via de betalingsafspraken die ze met de kantoren treft, via het toezichthouden op hun optreden of via het stellen van beperkingen aan het maximale aantal advocaten dat bij de afwikkeling van een actie betrokken mag zijn. Ook heeft het Panel een zekere attenderingsfunctie ten opzichte van de CLS. Zowel ten aanzien van mogelijke opkomende multi-party acties, als ten aanzien van de redelijkheid en

129 Access to Justice Act 1999, ss 1, 4. Hodges 2001, p. 2

130 Dat is een aanbestedingsvorm. Voor de verschillende contractvormen zie Hodges 2001, p. 74.

131 Achttien: Hodges 2001, p. 514-5, Mildred 2000, p. 413.

132 Het Panel is geïntroduceerd op verzoek van de Lord Chancellor op 1 februari 1999: Hodges 2001, p. 514, 540-3.

133 Er zijn acht criteria waaraan een kantoor dient te voldoen om lid te worden van dat Panel. Zo dient een kantoor in het bezit te zijn van een 'franchise' van de CLS en betrokken te zijn geweest bij ten minste drie multi-party actions in de laatste vijf jaar. Ervaring met complexe 'high value litigation' ook buiten de context van multi-party actions strekt tot aanbeveling. Verder dient het kantoor te beschikken over voldoende administratief en fee-earning personeel om multi-party actions te begeleiden en of voorzieningen te hebben getroffen om hulp van buiten in te roepen mocht dat nodig zijn. Het beschikken over de nodige logistieke faciliteiten zoals internetverbinding, een toegankelijke site en e-mail is noodzakelijk, evenals bewijs voor de, onder andere financiële, stabiliteit van het kantoor. Hodges 2001, p. 191, 541-3.

134 Mildred 2000, p. 457 legt een en ander uit. Ik laat hier eventuele mededingingsrechtelijke perikelen buiten beschouwing.

135 Die redelijk vergaand is, zie Multi-Party Action Panel Arrangements 2000 in Hodges p. 529-539.

136 Bij het tenderingproces wordt primair gelet op de kwaliteit van de aanbieders. Indien er meerdere kandidaten over de nodige kwaliteiten beschikken, wordt er gelet op de prijsaanbiedingen. Hodges 2001, p. 190 is uitvoeriger over het tenderingsproces, Mildred 2000, p. 414, kritischer. In de praktijk blijken vaak meerdere kantoren over de nodige kwaliteiten te beschikken om een multi-party actie te begeleiden. De uitkomst van het tenderingsproces is dan minder voorspelbaar en de selectiekeuze is 'keenly contested'.

de adequaatheid van het tenderingsproces.[137] Niet in de laatste plaats wordt op deze manier een database van kantoren opgebouwd die over de nodige expertise beschikken bij het afhandelen van multi-party acties en die in geval van nood op korte termijn kunnen worden ingezet.[138] Grote bemoeienis en veel sturing[139] kunnen echter botsen met de belangen van de betrokkenen. De CLS heeft een eigen belang om de kosten zo veel mogelijk te drukken. Voorts moet een beslissing van de CLS omtrent het al dan niet toewijzen van een aanvraag zijn gebaseerd op een beoordeling van een veelheid van gegevens en de inschatting van een aantal risico's. Sommigen vragen zich af in hoeverre de CLS in staat is om dat objectief te doen en niet in de verleiding komt om om rechtspolitieke redenen positief op een aanvraag te beslissen 'simply because the ill-informed public desires it'.[140]

3.7 Financiering van multi-party actions

Er zijn verschillende financieringsbronnen van multi-party actions die soms ook gecombineerd kunnen worden ingezet. De belangrijkste twee die hierna uitgebreider worden behandeld zijn de conditional fee agreements (cfa's) en de toevoegingen via de gefinancierde rechtsbijstand (ofwel via de CLS).[141] Deze twee financieringsbronnen vertonen samenhang en vormen in een zekere zin een geheel. Een leidend beginsel bij de beoordeling van een toevoegingsverzoek is namelijk dat een zaak die via 'private financieringsbronnen', met name een cfa, kan worden gefinancierd, niet in aanmerking komt voor toevoeging.[142] Omdat de publieke middelen schaars zijn, wordt bij de beoordeling van toevoegingsverzoeken prioriteit gegeven aan de bescherming van de belangen van kinderen en van grondrechten en aan het optreden tegen huiselijk geweld.[143]

Een financieringsbron die hier buiten beschouwing blijft, is de rechtsbijstandsverzekering. De voordelen daarvan, vooral met het oog op het kostenaspect, worden in de praktijk niet ten volle benut. Veel mensen zijn zich niet bewust van het feit dat ze over een dergelijke verzekering beschikken, terwijl belangenbehartigers vaak nalaten om daarnaar te informeren.[144] Eén van de aanbevelingen van de Civil Justice Counsel is om het sluiten van dergelijke verzekeringen te stimuleren.[145] Aan de andere kant kennen dergelijke verzekeringen ook nadelen, die ze minder aantrekkelijk maken voor

137 Hodges 2001, p. 191.
138 Hodges 2001, p. 540 onder 1.2.
139 Mildred 2000, p. 458 behandelt verschillende bevoegdheden van de CLS, waaronder toezicht op werkzaamheden van de solicitors, contractsbeëindiging en zeggenschap over advertentiecampagnes.
140 Collins 2005, p. 238.
141 Hodges 2001, p. 182.
142 Legel Aid Board, A New Approach to Funding Civil Cases, 1999, par. 6.5, Hodges 2001, p. 182-3.
143 Lord Chancellor's Department, Community Legal Service Fund: Funding Priorities (2 februari 2000), Hodges 2001, p. 178.
144 Hodges 2001, p. 135-6.
145 CJC-rapport, p. 12, aanbeveling 14.

multi-party acties. Rechtsbijstandsverzekeringen hebben vaak maar een beperkte dekking. Inroeping van de verzekering is bovendien afhankelijk gesteld van een inhoudelijke haalbaarheidstoets en van een kosten-batentest. Onduidelijk is of, en zo ja, hoe daarbij rekening kan worden gehouden met eventuele schaalvoordelen van een GLO. Voorts is het onzeker door wie de test moet worden uitgevoerd en of de kosten daarvan door de verzekering worden gedekt. Ook kunnen meningsverschillen rijzen tussen de verzekeraar en de verzekerde over de advocaatkeuze of de te volgen processtrategie. In het kader van multi-party acties zou dat vaker kunnen voorkomen.[146]

3.7.1 Uit publieke middelen: Legal Aid

Tijdens de herziening van het Engelse civiele procesrecht is ook het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand onder handen genomen. Voor de achtergrond van deze operatie verwijs ik naar hoofdstuk 2.[147] Een en ander kwam in het oude systeem erop neer dat minder draagkrachtigen in letselschadezaken heel gemakkelijk een toevoeging konden krijgen, terwijl de toegevoegde advocaat zijn declaraties volledig vergoed kreeg. Laatstgenoemde was in feite degene die over de toewijsbaarheid van het toevoegingsverzoek besliste, omdat zijn inschatting van de haalbaarheid van de zaak doorslaggevend was. Er waren nauwelijks prikkels om claims grondig en kritisch te onderzoeken, voordat een actie werd ingesteld. Bovendien liepen de rechtzoekenden met een toegevoegde advocaat geen enkel risico op een proceskostenveroordeling, indien hun claim naderhand ongegrond mocht blijken te zijn. Als minder draagkrachtige konden ze niet bloot worden gesteld aan dergelijke betalingsverplichtingen.

De nadelen van dit financieringsstelsel werden in de context van massaschade alleen maar uitvergroot. Voor een adequate gerechtelijke afwikkeling was namelijk enige vorm van collectiviteit noodzakelijk, waarbij tevens claimvolume werd gecreëerd. Tot dat volume behoorden ook zwakke claims, die lastig uitgefilterd konden worden. Via dit claimvolume kon wel schikkingsdruk op de verweerders worden uitgeoefend. De grootste en meest spraakmakende multi-party acties uit het pre-Woolf tijdperk hadden inderdaad betrekking op beweerde aansprakelijkheid voor letselschade, die het gevolg zou zijn van gebrekkige (medische) producten.[148] In slechts twee van

146 Hodges 2001, p. 136-8, Collins 2005, p. 230 voor de nadelen van rechtsbijstandverzekeringen in multi-party acties.

147 En voorts naar Collins 2005, p. 213-6.

148 11 van de 15 case studies die door Hodges behandeld worden. Zie in het bijzonder het handzame overzicht op (Hodges 2001), p. 305-6. Het overzicht op p. 304 van de ontwikkeling van het aantal groepsacties over verschillende gebrekkige (medische) producten door de jaren heen (vanaf de jaren 60 tot en met de jaren 90) is eveneens illustratief. Men ziet een explosieve stijging in de jaren negentig. Zie voorts Oliphant 2002, p. 305 en Andrews 2002, p. 484-5, waar zij ook aan de desbetreffende case studies uit het boek van Hodges 2001 refereren, Collins 2006, p. 220-1 waar hij aan de hand van een case study de tekortkomingen van het oude stelsel uiteenzet.

die gevallen is een schikking getroffen na voor de verweerders ongunstige rechterlijke deeluitspraken.[149]

De wijzigingen in het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand, waardoor het in veel gevallen lastiger werd om een toevoeging te verkrijgen, hebben directe gevolgen gehad voor de financiering van multi-party acties. In beginsel dienen dergelijke acties via een cfa te worden gefinancieerd. Indien dat niet haalbaar blijkt te zijn, komt de CLS in beeld. Er is thans een centrale unit binnen de CLS die over budget beschikt dat is gereserveerd voor 'special cases and multi-party actions'. Het budget is in beginsel ontoereikend om alle toevoegingsaanvragen te honoreren. Een uitgangspunt bij de afwikkeling van massaschade is daarom dat de publieke middelen in dergelijke acties beter aangewend kunnen worden voor de beslechting van de gemeenschappelijke vragen (het generieke werk). Ze moeten niet onnodig worden ingezet voor de beantwoording van individuele rechtsvragen.[150] Verzoeken om toevoeging in multi-party acties die via de lead solicitors bij de unit dienen te worden ingediend, worden beoordeeld volgens een drietal criteria.

Allereerst dient de rechter een GLO voor de actie te hebben uitgevaardigd. Dit veronderstelt dat reeds aanzienlijk voorwerk is verricht.[151] Voorts dient bij de CLS de overtuiging te bestaan dat de meerderheid van degenen die profijt zullen hebben van de actie ook onder de normale regels aanspraak zouden kunnen maken op gefinancierde rechtsbijstand.[152] Ten slotte dient een actie een 'significant' publiek belang te dienen. Dit criterium is lastig te definiëren.[153] Een speciaal orgaan, het Public Interest Advisory Panel, kan de CLS in een concreet geval adviseren over het al dan niet aanwezig zijn van een dergelijk belang.[154] Vermeldenswaard is dat ook de potentiële verweerders kunnen worden gehoord bij de beoordeling van een desbetreffend toevoegingsverzoek. De gedachte is dat zodoende meer volledige (vooral feitelijke) informatie over de kwestie kan worden verkregen op basis waarvan een weloverwogen beslissing over de financieringsaanvraag kan worden genomen.[155]

Indien de aanvraag wordt gehonoreerd, wordt het generieke werk (voor)gefinancierd door de CLS namens de gehele groep eisers, ongeacht de financiële positie van ieder individu. Wel is het zo dat de 'vermogende' eisers een inkomensafhankelijke

149 Hodges 2001, p. 305-6. In de resterende gevallen is ofwel voortijdig een schikking getroffen, naar de reden daarvan kan men alleen gissen, ofwel is de actie bij gebrek aan een positief perspectief (in 5 van de 11 gevallen) gestaakt.

150 Legal Aid Board, A New Approach to Funding Civil Cases, 1999, par. 12.10, Hodges 2001, p. 188, Mildred 2000, p. 456. Collins 2006, p. 216-20, behandelt ook de toevoegingsprocedure- en beleid.

151 Overigens is het mogelijk om eerste een toevoeging te krijgen slechts voor het voorwerk ofwel voor de explorerende fase van de actie: Hodges 2001, p. 182.

152 Hodges 2001, p. 188-90.

153 Hodges 2001, p. 191, p. 195-6. In de literatuur is men kritisch over het nut en de hanteerbaarheid van dit criterium en wijst daarbij op een aantal problemen. Het begrip is subjectief en verandert met de tijd. Daarnaast kan het verwarring veroorzaken: getallen en media aandacht zijn slechte raadgevers bij de beoordeling van de aanwezigheid van een significant publiek belang. Ze zijn gemakkelijk te manipuleren.

154 Hodges 2001, p. 194-5.

155 Hodges 2001, p. 199-202.

bijdrage in de gemeenschappelijke kosten dienen te leveren. Er geldt voorts een bescherming ('cost protection') ten opzichte van rechterlijke 'cost orders' voor het generieke werk. Deze bescherming zal minder effectief zijn voor cliënten die vermogend zijn. De individuele kosten dienen in beginsel door de betrokkenen zelf te worden voldaan.[156]

Het bestaansrecht van deze financieringsbron wordt door sommigen in de literatuur na de introductie van de cfa's ter discussie gesteld.[157] De manier waarop het cfa systeem werkt heeft tot gevolg dat Engelse solicitors (vooralsnog?) minder grote winsten maken. Voor hen is het lastiger om de grote financiële lasten die een multi-party action met zich brengt, te dragen of voor te schieten. Zolang dat het geval is, zal aanvullende financiering van multi-party actions uit de publieke middelen structureel nodig zijn.[158] Men heeft geprobeerd om daarin een balans te vinden via de verschillende toevoegingsvormen. Publieke financiering zou in eerste instantie alleen voor de voorfase kunnen worden verleend. Op basis daarvan zou gemakkelijker een verantwoorde risicoanalyse kunnen plaatsvinden om eventueel alsnog op cfa-basis verder te gaan.[159]

Ten slotte wordt door sommigen in twijfel getrokken of de CLS ook na de Woolf-reforms in staat zal zijn om misbruik van het publieke financieringsstelsel van multi-party acties te voorkomen. De financiering van multi-party acties is een exercitie in riskbeheersing. Daar zijn instellingen zoals de CLS niet bekwaam in en ze zijn er ook niet voor bedoeld. Behalve dat zij geen verzekeringsinstellingen zijn, blijken ze in de praktijk ook gevoelig voor maatschappelijke druk om, uit juridisch oogpunt bezien, 'zwakke' acties te financieren. Ook wordt de CLS verweten te weinig transparant te zijn bij de besluitvorming om een actie al dan niet te financieren. Uit recente ervaringen blijkt dat aan deze verwijten enige geldingskracht niet kan worden ontzegd.[160]

3.7.2 Via een cfa

In het nieuwe financieringsstelsel zou het cfa dus het voornaamste financieringsmechanisme van multi-party acties moeten zijn. Ik zal dit betalingsmechanisme eerst toelichten, waarna ik kort de implicaties daarvan voor multi-party acties zal bespreken.

Het cfa is net als no cure no pay een resultaatsafhankelijke beloningsmethode. De *gehele of gedeeltelijke* vergoeding van de declaratie van de belangenbehartiger door de cliënt wordt afhankelijk gesteld van het behaalde resultaat. Een cfa kan worden overeengekomen ten aanzien van elk type civiele zaak, met uitzondering van familie-

156 Daarvoor kan wel een verzekering worden afgesloten, die door een paar verzekeraars per multi-party actie (en dus na het voorval) kan worden aangeboden. Hodges 2001, p. 188-9.
157 Hodges 2001, p. 198-9.
158 Hodges 2001, p. 199.
159 Hodges 2001, p. 182-3.
160 Collins 2005, p. 221-8.

zaken[161] en maakt het voor een rechtzoekende mogelijk om een groot deel van het procesrisico over te hevelen naar de belangenbehartiger.

Een cfa-overeenkomst dient schriftelijk te worden aangegaan en aan een aantal wettelijk voorgeschreven informatie- en waarschuwingsplichten te voldoen.[162] Onder meer dient de hoogte van de eventuele 'success fee' schriftelijk te worden vastgelegd. Deze mag maximaal 100% van de op uurbasis berekende declaratie bedragen[163] en dient de geschatte kansen en procesrisico's te weerspiegelen. Een belangenbehartiger dient een schriftelijk 'risk assessment' ten behoeve van zijn cliënt uit te voeren om de hoogte van de overeengekomen succes fee te verantwoorden. Dit betreft een lastige exercitie.[164] De wederpartij kan bovendien de hoogte van de succes fee later ter discussie stellen. Op basis van deze assessment kan tevens worden overwogen om een aanvullende verzekering te sluiten die het risico dekt van de proceskosten van de wederpartij in dat concrete geval. Ook deze verzekeringspremie kan voorgeschoten worden door de advocaat. Overigens dient de wederpartij op de hoogte te worden gesteld van het bestaan van een cfa en van een eventuele daaraan gekoppelde proceskostenverzekering (after the event-verzekering), ook al hoeft de hoogte van een eventueel overeengekomen success fee en van de verzekeringspremie niet te worden vermeld.[165] Aangenomen wordt dat bij een geschatte kans op succes die kleiner is dan 50%, het voor de belangenbehartiger niet aan te bevelen is om de zaak op een cfa-basis aan te nemen. Dit laatste geldt ook in de gevallen waarin sprake is van een limited fund of indien na aftrek van de advocaatkosten een te laag bedrag overblijft voor de cliënt, zoals bij geringe vorderingen bijvoorbeeld.[166] In die gevallen zou alsnog een 'gewone' betalingsovereenkomst op uurbasis kunnen worden bedongen of een toevoeging kunnen worden gevraagd.

Indien het cfa niet aan de wettelijke voorschriften voldoet, is de overeenkomst 'unenforceable' en kan de belangenbehartiger geen aanspraak maken op vergoeding van zijn declaraties, succes fee en de voorgeschoten premie van een eventuele after the event-verzekering.[167] Ook de (betalende) wederpartij kan namelijk een beroep doen op onvolkomenheden in de financieringsovereenkomst tussen de advocaat en zijn cliënt. Dit heeft geleid tot veel geschillen over de mate waarin aan de gedetailleerde wettelijke voorschriften gevolg diende te worden gegeven. Men noemt dit 'satellite litigation', omdat de discussies niet over de onderliggende materiële aanspraken gaan, maar randvoorwaarden betreffen, waaronder die aanspraken geldend kunnen worden

161 Conditional Fee Agreements Order 1998, SI 1998/1860, Hodges 2001, p. 140.

162 Hodges 2001, p. 142-3.

163 The Conditional Fee Agreements Order 2000, SI 2000/823, Hodges 2001, p. 141, 145-7, Tzankova & Weterings 2003, p. 30-2.

164 Hodges 2001, p. 146-7, 148-51, 157-60 laat zien hoe de berekening van de success fee in de praktijk plaatsvindt en behandelt verschillende vraagstukken die in het kader van het risk assesment rijzen, zoals de noodzaak voor een adequaat risk assessment en de risico's die aan verschillende soorten claims verbonden zijn.

165 Rule 44.3B (1) (c) CPR, Hodges 2001, p. 155-7.

166 Hodges 2001, p. 158, 161, 163.

167 Hodges 2001, p. 151-5 behandelt deze mogelijkheid uitgebreid.

gemaakt. Indien het niet naleven ondergeschikte, technische of detailpunten betrof, werd de nietigheid van het cfa door de belangenbehartigers van de eisers als een onevenredig zware sanctie ervaren. De toegang tot het recht zou bovendien ondergraven worden.[168] Deze 'satellite litigation' had ook andere neveneffecten. Het was kostbaar en de claimafhandeling werd aanzienlijk vertraagd. Door de verzekeringsbranche werd geschat dat 30-40% van de kosten verbonden aan een claimafwikkeling veroorzaakt werd door 'satellite litigation' over de geldigheid van cfa's.[169]

Inmiddels is dit probleem onderkend en zijn de cfa-regulations per 1 november 2005 aangepast. Een aantal basisinformatievoorschriften blijft bestaan, maar veel details zijn weggelaten. Daardoor is de kans dat kleine onvolkomenheden in het cfa tot onevenredige sancties leiden, sterk gereduceerd.[170]

De informatie- en waarschuwingsvoorschriften waaraan een cfa dient te voldoen, bestaan niet zonder reden. Onder elke vorm van financiering kan immers een belangenconflict ontstaan tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt.[171] In het pre-Woolf tijdperk zijn verschillende potentiële belangenconflicten onderkend. Ten eerste kunnen belangenbehartigers onnodig pessimistisch zijn over de succeskansen in een zaak om zodoende een hogere succes fee te kunnen bedingen. Ook bleek uit een empirisch onderzoek de kwetsbare positie van belangenbehartigers die onder een cfa opereerden, indien de verweerders hun procestactiek wijzigden en de afwikkeling gingen vertragen. Dat had een ontwrichtende werking op de praktijk van de betrokken kantoren.[172] Daardoor zouden ze onder druk kunnen komen te staan om te snel te schikken of voor lagere bedragen dan gerechtvaardigd zou zijn. Als de overheadkosten van de betrokken kantoren aanzienlijk zijn, werd dit gevaar zelfs nog groter geschat.[173]

Alle hiervoor gesignaleerde problematische aspecten, inclusief de mogelijkheden voor misbruik die bij cfa's doorgaans gesignaleerd worden, zullen bij multi-party acties alleen maar groter zijn vanwege de schaalvergroting. Het misbruikgevaar wordt in de rechtspraak echter gerelativeerd, vooral in relatie tot geringe vorderingen.[174] Op overheidsniveau wordt het wel weer onderkend. Men denkt het gevaar op verschillende manieren te kunnen bezweren.[175] Zo wordt er vertrouwd op de zelfregulerende werking binnen de beroepsgroep en op de invloed van het eigen tuchtrecht. Men vaart daar echter niet blind op. De ervaringen van rechtzoekenden met cfa's zijn voorwerp

168 The Inside Track van april 2003, bevat op p. 2 een overzicht van lagere rechtspraak ten aanzien van de 'enforceability'-vraag.

169 Aldus het Task Force-rapport, p. 29 dat in 3.7.3 aan bod komt.

170 Meer informatie is te vinden op de site van de Law Society. <http://www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guidance/view=article.law?POLICYID=257086>.

171 Hodges 2001, p. 164. Een bekend voorbeeld van het belangenconflict dat ontstaat indien de belangenbehartigers op uurbasis worden betaald, is dat zij een financiële incentive hebben om langer dan nodig over de afwikkeling van een dossier te doen, vooral indien de kansen op succes evident hoog zijn.

172 Shapland e.a. 1998, Hodges 2001, p. 166.

173 Lord Clinton-Davis, Hansard, HL (Series 5), vol. 596, col 789 (21 januari 1999), Hodges 2001, 166.

174 Millett LJ in Thai Trading Co (a Firm) v Taylor (1998), 3 All ER 65, CA, Hodges 2001, p. 168.

175 Lord Woolf, Access to Justice: Final Report, 1996, par. 17.70-79.

van voortdurende evaluatie.[176] Ook wordt veel verwacht van het toezicht dat wordt uitgeoefend door een actieve rechter, hetzij via de oprichting in concrete gevallen van 'action groups' bestaande uit mondige eisers, hetzij via de oprichting van onafhankelijke 'trustees' die gefinancierd worden uit publieke middelen om het optreden van belangenbehartigers te monitoren of de rechter bij deze monitoring behulpzaam te zijn.[177] Met name indien de belangenbehartiging voor de eisers geconcentreerd is bij één kantoor, blijkt men dergelijke vormen van toezicht wenselijk te achten.[178] Ook wordt verwacht dat de rechter streng sanctioneert als belangenbehartigers in strijd handelen met de eigen ethische- en beroepsregels.

De financiering van multi-party acties via een cfa blijft echter problematisch zelfs indien aangenomen wordt dat het misbruikgevaar afdoende aangepakt zou kunnen worden. Een probleem dat overblijft is dat het in die gevallen voor de belangenbehartigers nog lastiger is dan dat al het geval was in individuele geschillen om een verantwoord risico analyse uit te voeren, op basis waarvan de succes fees kunnen worden berekend. De verzekeraars die een polis voor de proceskosten van de wederpartij zouden moeten aanbieden, zien zich geconfronteerd met soortgelijke problemen. Vooralsnog blijken zij niet enthousiast te zijn voor het aanbieden van after the event-verzekeringen in multi-party acties.[179] Of het overlaten van de financiering van multi-party acties primair aan het private initiatief via cfa's een succesvolle exercitie is geweest, zal nog moeten blijken. Dat zal mede afhangen van de houding die de belangenbehartigers zullen aannemen ten aanzien van risico's en van de vraag of zij zich grote vertragingen in de cash flow van hun praktijk kunnen veroorloven. Relevant is voorts of ze eventuele grote verliezen kunnen incasseren en werk van grote omvang kunnen voorfinancieren.[180] Dit veronderstelt en wijst op de noodzaak van evaluatie van risk assessments, in multi-party actions uitgevoerd door belangenbehartigers en (after the event-) verzekeraars, na afloop van een actie. De resultaten daarvan zullen niet steeds tijdig beschikbaar, noch openbaar zijn. Verwacht wordt dat op basis van opgedane ervaringen kantoren of belangenbehartigers sneller zullen overgaan tot specialisatie in het begeleiden van multi-party acties op bepaalde materieelrechtelijke terreinen, omdat ze daarin grotere winsten verwachten en op den duur waarschijnlijk een meer betrouwbare risicoanalyse zullen kunnen uitvoeren.[181]

---

176 Zo is uit dergelijke evaluaties bijvoorbeeld gebleken dat rechtzoekenden te vaak de werking van cfa's niet begrijpen, zelfs indien ze voorzien worden van informatie daarover: Lord Chancellor's Department, Conditional Fees: Sharing the Risks of Litigation: A Consultation Paper (1999), CP 7/99, Lord Chancellor's Department, Access to Justice with Conditional Fees (Maart 1998), Hodges 2001, p. 168.

177 Hodges 2001, p. 76

178 Hodges 2001, p. 76, waar hij aan R. Stockdale ('High cost of class actions re-visited', Medical Litigation, 2000, p. 11) refereert.

179 Zie Hodges 2001, p. 169-70 waar hij het verzekeringsbeleid van de drie voornaamste verzekeraars bespreekt. Eén daarvan heeft dekking in multi-party acties ten aanzien van 'tobacco', medische aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor medische producten zelfs geheel uitgesloten.

180 Hodges 2001, p. 171

181 Hodges 2001, p. 173.

De hiervoor gesignaleerde problemen rond cfa's en multi-party acties hebben inmiddels ertoe geleid dat door de Civil Justice Council (CJC)[182] en het onafhankelijke adviesorgaan Task Force voorstellen zijn gedaan voor een ruimere toepassing van wettelijk gereguleerde no cure no pay betalingsmechanismen in groepsacties, voornamelijk indien geen andere adequate financieringsmethoden beschikbaar zijn.

De reactie van regeringszijde[183] op het Task Force-rapport[184] is overwegend positief. Eén van de weinige aanbevelingen van dat rapport die echter *niet* gevolgd zijn, betreft het voorstel om een nader onderzoek in te stellen naar de wenselijkheid en de mogelijke implicaties van de introductie van no cure no pay (contingency fees) naar Amerikaans voorbeeld. De reden om het voorstel niet op te volgen, is dat reeds plannen zijn uitgewerkt om de werking van de geldende cfa's te verbeteren. De regering wil eerst deze evaluaties afwachten.[185]

Overige (CJC)aanbevelingen[186] die direct of indirect betrekking hebben op de financiering van groepsacties, betreffen de toewijsbaarheid van gefixeerde bedragen voor gemaakte buitengerechtelijke kosten in multi track zaken (het processpoor voor grote en complexe procedures). Voorts wordt aanbevolen dat partijen aan het begin van de multi-party procedure kostenramingen overleggen voor de verschillende fasen van het proces. Voorts wordt er (door de Task Force) gepleit voor normering van de 'success fees'.[187]

---

182 In het CJC-rapport 2005. Daarin worden aanbevelingen gedaan om de kosten van het rechtssysteem beheersbaar te houden. Zie ook de bespreking van het rapport door Bevan 2005, p. 1749. Het is niet duidelijk of dit het rapport is waar de regering in het Government Response 2004 (zie hierna), p. 9 naar refereert, maar ik ben geneigd om aan te nemen dat dat inderdaad het geval is. Aanleiding voor de totstandkoming van het rapport was de toename van de eerder genoemde 'satellite litigation' rondom de geldigheid van cfa's: CJC-rapport 2005, p. 5 onder 2. Hoewel het rapport focust op claims met een letselschadecomponent, wordt aangenomen dat de impact van het rapport en van de daarin gedane aanbevelingen veel groter zal zijn: Bevan, p. 1749. De reden voor de beperking tot letselschade is dat claims met een letselschadecomponent in de literatuur en in de media de meeste aandacht krijgen: Task Force-rapport, p. 7.

183 Government Response 2004. Andere reacties op het Task Force-rapport zijn te vinden op <http://www.aon.com/about/publications/pdf/aon_risk_bulletin/pu_2005_03_arb_aon_risk_bulletin_037.pdf> (in het bijzonder p. 14-15), <http://www.guythomas.org.uk/compensation/betterroutes.php> .

184 Task Force-rapport ('Better Routes to Redress' dat is te raadplegen op <http://www.brc.gov.uk/downloads/pdf/betterroutes.pdf>). De Task Force is een onafhankelijk adviesorgaan dat in 1997 is opgericht. De leden daarvan hebben een uiteenlopende achtergrond. Ze zijn afkomstig van grote en kleine bedrijven, consumentenorganisaties, vakbonden en (overheids)organen belast met toezicht- en handhavingstaken. De leden worden benoemd voor twee jaar en zijn onbezoldigd. Zie Task Force-rapport, p. 41 (met name Bijlage C).

185 De regering is wel voornemens om een begeleidingsgroep op te richten die van de overige door de Task Force geformuleerde voorstellen werk dient te maken: Government Response 2004, p. 3.

186 Vermeldenswaard is dat de in het CJC-rapport 2005 gedane aanbevelingen het gevolg zijn van een 'supervised mediation' die door de CJC gefaciliteerd werd en heeft plaatsgevonden tussen belanghebbenden (stakeholders) in het veld, zoals overheidsorganen, beroepsverenigingen, solicitors en verzekeraars. De resultaten zijn dan ook het gevolg van een 'industry consensus'. CJC-rapport 2005, p. 5-6 onder 4, 5 en 6.

187 Task Force-rapport, p. 29-31.

3.7.3 Enige cijfers

Op de site van de Engelse Court Services staan de zaken vermeld, waarin een GLO is uitgevaardigd. Momenteel gaat het om ruim 50 zaken.[188] In slechts een relatief klein aantal (circa 9) wordt letselschade geclaimd als gevolg van gebrekkige (medische) producten,[189] de grootste groep multi-party acties in het pre-Woolf tijdperk. Immateriële schade en letselschade wordt in circa 10 zaken op diverse andere gronden geclaimd, onder andere als gevolg van een vliegtuigongeluk en voor mislukte vakantiereizen.[190] In 15 zaken wordt zuivere vermogensschade gevorderd op verschillende gronden en voor verschillende vormen van contractuele tekortkomingen.[191] Er lijkt voorts sprake te zijn van een zekere 'trend' in acties tegen Engelse (kost)scholen voor gesteld misbruik en mishandeling[192] van pupillen. Maar liefst 14 van de aanhangige zaken gaan daarover. Dit laatste is niet verwonderlijk gelet op de prioriteit die door de CLS wordt gegeven aan de bescherming van de belangen van kinderen. Voor die acties is het rondkrijgen van de financiering (via een toevoeging) kennelijk gemakkelijker.

Daarnaast heeft de CLS enige cijfers bekend gemaakt over de totale en de netto kosten van een multi-party actie over de afgelopen vijftien jaar (september 1989 – september 2004). Onder de totale kosten worden verstaan de partijkosten afhankelijk van de uitkomst van de actie en de kosten van de gefinancierde rechtsbijstand. Onder netto kosten verstaat men de kosten voor de gefinancierde rechtsbijstand alleen. De CLS deelt de multi-party acties in drie categorieën in: major, medium en minor multi party acties, afhankelijk van de schatting van hun verwachte totale kosten. De cijfers die zijn opgesteld voor 'business planning and policy development' hebben slechts betrekking op de eerste twee categorieën. De kosten die gemoeid zijn geweest met de behandeling van multi-party acties worden door de CLS beschouwd als 'excessief'.[193] De totale kosten van de 'major multi-party' acties hebben de £ 5 miljoen overschreden, terwijl de cijfers bij de 'medium multi-party' acties tussen £ 250.000 en £ 5 miljoen liggen. Een verschil tussen de twee overzichten is dat de tweede lijst

188 Het betreft de stand op 20 december 2005. Het centrale GLO-register is te raadplegen op <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm>. In vijf van de zaken was niets opgemerkt over de aard van de vorderingen, namelijk in nr. 5, 25, 27, 37, 41. Deze zijn dan ook niet meegenomen in deze 'evaluatie'.

189 Namelijk in zaken nr. 4, 8, 18 (regres), 21, 28, 38, 40, 49, 50, 51.

190 Namelijk in zaken nr. 2, 3, 6, 7, 9, 14, 24, 29, 48.

191 Zie zaken nr. 2001, 10, 12, 13, 16, 19, 20, 23, 30, 33, 35, 39, 43, 45, 46.

192 Nr. 1, 1A, 11, 15, 17, 22, 22A, 26, 31, 32, 36, 42, 44, 47.

193 De cijfers werden besproken door M. Mildred op het seminar 'Multi-Party Litigation in Comparative Perspective', dat plaatsvond op 27 juni 2005 in Londen op initiatief van BIICL (the British Institute of International and Comparative Law). Het overzicht was opgesteld door de CLS in maart 2005 in het kader van 'Freedom to information disclosure' ten behoeve van APIL (the Association of Personal Injury Lawyers: <http://www.apil.com/index.php>).

(van medium multi-party acties) langer is en dat waarschijnlijk minimaal drie van de meest kostbare multi-party acties van voor de Woolf-reforms dateren.[194]

Aan dit overzicht kan echter weinig betekenis worden toegekend voor wat betreft het effect van de hervormingen van de CPR, omdat het een totaal overzicht betreft van alle acties van september 1989-september 2004. Dat wil zeggen van vóór en van na de invoering van de CPR. Bekend is dat de afhandeling van (ook multi-party) civiele acties in het pre-Woolf tijdperk heel kostbaar was en dat mede daardoor het financieringsstelsel ook grondig herzien is. Het zou juist interessant zijn om over een vergelijkend overzicht te beschikken van de pre- en post-Woolf acties. Men kan echter wel constateren dat multi-party acties in absolute zin kostbaar zijn.

3.8 ADR

3.8.1 Mediation en (collectief) schikken

Over de toepassing en de rol van al dan niet 'court annexed ADR', in het bijzonder mediation, in multi-party acties is weinig bekend. In de Engelse rechtspraak en literatuur is daarover relatief weinig te vinden.[195] Dat is niet verwonderlijk gelet op de vertrouwelijke aard van mediation.[196] Met name bij massaschades met een letselelement blijken al enige successen te zijn geboekt. In de periode 2002-2003 zijn vier multi-party acties via mediation tot een einde gebracht.[197] Ook worden multi-party acties als een type zaken aangemerkt dat zich bij uitstek voor een oplossing via mediation leent, tenzij zich één van de volgende contra-indicaties voordoet:

- een rechterlijke uitspraak is voor één van de partijen uit juridisch, commercieel of een ander oogpunt wenselijk;
- er is een mogelijkheid voor het verkrijgen van een snelle 'summary judgement';
- partijen hebben dringend behoefte aan een snelle voorlopige voorziening (emergency injunctive or other protective relief);
- door één van de partijen wordt publiciteit gezocht;
- één van partijen heeft geen werkelijk belang bij een schikking.[198]

194 Deze conclusie kan worden getrokken na een vergelijking met het overzicht van multi-party acties dat men bij Hodges 2001, p. 304 aantreft.

195 Voorbeelden van 'collectieve schikkingen' zijn schaars: Hodges 2001, p. 102, p. 415-23 (in het bijzonder 422-3) noemt een enkel voorbeeld, evenals Mildred 2000, p. 442.

196 Op de site van the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) is het een en ander over mediation in multi-party actions te vinden via de zoekfunctie (en zoekterm: multi-party): <http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/about/default.htm>.

197 Voor een kort overzicht van de aard van de acties zie de bijdrage van CEDR Directeur en solicitor T. Allen: <http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/library/articles/PI_claims.htm>, <http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/news/press/20020718.htm>.

198 Aldus CEDR: <http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/edr/cases.htm>.

Een les die uit de beschikbare ervaringen door sommigen lijkt te worden getrokken, is dat door toepassing van 'rational criteria' die relevant zijn voor het specifieke massaschadegeval, een fondsverdelingsmechanisme kan worden ontwikkeld dat als voldoende rechtvaardig wordt ervaren om tot een geslaagde 'collectieve schikking' te leiden.[199]

Er is geen wettelijke regeling die 'collectieve schikkingen', die al dan niet het gevolg van een geslaagde mediation zijn, aan rechterlijke controle onderwerpt, zoals bijvoorbeeld in Nederland en in Amerika het geval is.[200] Op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van de regeling wordt door sommigen in de literatuur verdedigd dat de rechter betrokken zou kunnen worden bij het formuleren van 'verdelingscriteria', indien partijen overeenstemming mochten bereiken over een lump sum. Men denkt aan de situatie waarbij de rechter de aansprakelijkheidsvraag positief heeft beantwoord, maar zich nog niet over de omvang van de gevorderde schadevergoedingen heeft uitgelaten.[201]

Het gebruik door partijen van de eerder genoemde offers to settle[202] wordt ook aangemoedigd. Problemen van andere aard rijzen indien in zaken die als een test case zijn geselecteerd, individuele schikkingen zijn getroffen. In 3.5.2 werd reeds opgemerkt, waarom dat voor de verweerder aantrekkelijk zou kunnen zijn. Het staat een partij, zelfs een partij in de test case, geheel vrij om een individuele schikking te treffen.[203] In de literatuur is niet iedereen positief over deze mogelijkheid. In de test cases kunnen immers reeds omvangrijke gemeenschappelijke kosten zijn gemaakt, die dan in een zekere zin tevergeefs blijken te zijn geweest. Het is lastig om de autonomie van partijen en het collectieve karakter van multi-party acties dan op een bevredigende manier te combineren. Gepleit wordt voor 'tussenoplossingen', waarbij een partij de eigen zaak kan regelen, maar niettemin betrokken blijft in de procedure als test case, waarbij de feitelijke uitkomst wel de rest, maar haar niet meer bindt. Ook probeert men criteria te formuleren aan de hand waarvan zou kunnen worden bepaald of een dergelijke schikking al dan niet 'toegestaan' zou mogen zijn, zoals de (proces)fase waarin de schikking bereikt wordt, de omvang van de groep die negatief beïnvloed wordt door de schikking of het gemak en de snelheid waarmee een adequate vervanger kan worden gevonden.[204]

---

199 Mildred 2000, p. 442. In dat kader valt ook op het praktijkvoorbeeld te wijzen dat door Mildred genoemd werd tijdens het BIICL-seminar op 27 juni 2005. Het tussentijds toetsen van de voorlopige resultaten van schikkingsonderhandelingen door een representatieve selectie benadeelden geeft een eerste indicatie over de vraag of deze resultaten en de gehanteerde verdelingssleutels door de betrokkenen als rechtvaardig zullen worden ervaren.

200 Mulheron 2004, p. 102.

201 Hodges 2001, p. 102, Mildred 2000, p. 440-2.

202 Zie 3.2.2.

203 Rule 19.15, Hodges 2001, p. 102, Mildred 2000, p. 439.

204 Mildred 2000, p. 439-40, bespreekt de mogelijke 'tussenoplossingen'.

3.8.2 Pre-action protocols

In de pre-action protocols die thans op acht materieelrechtelijke terreinen van toepassing zijn,[205] wordt de inzet van ADR gestimuleerd. De overheid heeft aangegeven de ingezette lijn te willen doortrekken en in het pre-action protocol voor letselschade het voorschrift op te willen nemen dat partijen dienen aan te geven waarom zij niet de toepassing van mediation hebben overwogen. De rechter kan vervolgens rekening houden met hun antwoord bij het maken van cost orders.[206]

Ook in gevallen die niet onder de werking van een protocol vallen, wordt van de partijen verwacht dat ze zo veel mogelijk naar 'de geest' van de richtlijnen handelen.[207] In de context van multi-party acties wordt van de eisende en de verwerende partijen verwacht dat zij zich in hun individuele verhouding tot elkaar in beginsel aan de voorschriften van de protocollen houden.[208] De vraag is of de aard van multi-party acties het voldoen aan deze eis niet slechts in uitzonderingsgevallen, maar in het algemeen onmogelijk maakt. Het zou in elk geval aanbeveling verdienen wanneer de rechter de mogelijkheid zal hebben én gebruiken in een zo vroeg mogelijk stadium die eis te verzachten. Met name ten aanzien van de voorschriften over disclosure is dit wenselijk, maar ook voor de toepassing van mediation kan dat nuttig zijn, wil het een zinvolle bezigheid worden. Bij disclosure kan worden gedacht aan het elektronisch op een website beschikbaar stellen van bepaalde documenten. In het geval van mediation kan gedacht worden aan een opschorting van die verplichting totdat duidelijkheid is verkregen over de uitvaardiging van de GLO en over de wenselijkheid van een eventuele collective mediation poging.

In relatie tot sluipende (massa)schade die vaak, maar niet uitsluitend werkgerelateerd is, is het 'pre-action protocol for desease and illness' interessant. Dat is overigens ook van toepassing op sluipende schade die het gevolg is van gebrekkige producten, maar het dient weer buiten beschouwing te worden gelaten indien een groepsactie is gestart.[209] Het opmerkelijke is dat niet alleen een snelle en effectieve afhandeling van het gerezen conflict wordt beoogd, hetgeen bij levensbedreigende ziekten in het bijzonder van belang is, maar ook het treffen van preventieve maatregelen en dossiervorming bij de werkgever. Het protocol spreekt van 'het stimuleren van werkgevers van het opzetten van een registratiesysteem, waardoor gezondheidsproblemen en klachten op de werkvloer zo vroeg mogelijk worden gesignaleerd en onderzocht', of, het stimuleren van werknemers om hun bezorgdheid en klachten over eventuele werkgerelateerde gezondheidsrisico's in een zo vroeg mogelijk stadium te uiten'.[210] Dat is een aardig voorbeeld van een van overheidswege gestimuleerde zelfregulering.

---

205 De meest recente informatie hierover is te raadplegen via <http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm>

206 Government Response 2004, p. 8-9.

207 PD Protocols 4.7, te raadplegen op <http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm>

208 Mulheron 2004, p. 104 is kritisch hierover. Zie verder Hodges 2001, p. 47-50, Mildred 2000, p. 415.

209 Art. 2.3 Notes of Guidance.

210 Tzankova & Weterings 2003, p. 14.

3.9 Tot slot: integrerende conclusies

In deze slotparagraaf vindt men geen samenvatting van hetgeen in dit hoofdstuk werd besproken. Wat ik wil doen, is proberen verbanden te leggen tussen verschillende kenmerkende elementen uit de Engelse regeling in het licht van hetgeen in hoofdstuk 2 werd besproken, en die van commentaar voorzien.

Wat in de eerste plaats opvalt in het Engelse systeem van afwikkeling van massaschade, is de 'totaliteit' daarvan. Het lijkt een overkoepelende, zij het nog verre van perfecte, strategie te hanteren om de toegang tot het recht in massaschadeverhoudingen te verbeteren, waarin veel en voortdurend aandacht bestaat voor de kwaliteit en de beschikbaarheid van adequate rechtshulp. Indien geschillen rijzen, is de aandacht gericht op het efficiënt functioneren van de gerechten, waarbij men probeert om de autonomie van de individuele rechtzoekenden zo veel mogelijk te respecteren. Dat laatste blijkt een kenmerkend element van de Engelse regeling te zijn. Het komt ook in de vormgeving van de voorfase tot uitdrukking. In de pre-action protocols (inclusief de nadruk op ADR) is geen rekening gehouden met het element van schaalvergroting. Deze totaliteit van de aanpak spreekt aan, maar laat, behalve veel leemtes en onduidelijkheden, tevens de vele uitdagingen en problemen zien die men gaandeweg tegen is gekomen en de worsteling om passende, vooral praktische, oplossingen daarvoor te vinden. Op deze soms te praktische aard van de benadering wordt ook de nodige kritiek geuit.[211]

3.9.1 Financiering van multi-party acties (eerste golf)

In Engeland bestaat veel aandacht voor de financieringsvraag, niet alleen in het algemeen, maar ook in relatie tot multi-party acties. De meest geavanceerde en op bijzondere gevallen toegesneden wettelijke mechanismen om massaschade af te wikkelen zouden nutteloos en illusoir zijn als ze, indien nodig, niet ingezet kunnen worden. Zonder een adequate toegang tot het rechtshulp zou dat het geval zijn. Daarom is geprobeerd een evenwichtig stelsel van financiering te ontwikkelen, waarin private en publieke financieringsbronnen elkaar aanvullen. Financiering via private financieringsmechanismen, in het bijzonder via de cfa's, staat voorop. De cfa wordt gezien als een soort zelfreinigingsmechanisme, omdat het de financiering van zwakke claims ontmoedigt. Tegelijkertijd werpt de cfa geen onaanvaardbare belemmeringen voor de rechtzoekenden op. Dat betekent niet dat er geen drempels zijn. Uit het voorgaande blijkt echter dat deze, bij de financiering van groepsacties, voor rekening van de advocatuur komen. Eén van de meest brandende vragen op het moment is dan ook of die drempels niet te hoog zijn, zeker in het licht van de specifieke kostendelings-

211 Mulheron 2004, p. 102 en Mildred 2002, p. 462 zijn kritisch: 'the development of group actions in England has been of an entirely practical rather than doctrinal nature.' Hieraan kan de kritiek worden toegevoegd dat 'the effect of article 6(1) (EVRM: toev. intz) on test case litigation is yet to be judicially considered, although the test case approach is steadily used': Mulheron 2004, p. 104.

regels die voor multi-party acties gelden. Dit zijn regels die voortvloeien uit de gedachte dat de autonomie of het zelfbeschikkingsrecht van partijen zo veel mogelijk gehandhaafd dient te worden, ook in de context van massaschade. Daarover in de volgende paragraaf meer.

De financiering van multi-party acties uit publieke middelen geschiedt met beleid en is gestructureerd, althans in theorie. Daarvan valt te leren, ondanks de kanttekeningen die in de literatuur geplaatst worden en de verbetersuggesties die men daar tegenkomt.[212] Hoewel deze financieringsbron secundair is en dient te blijven, lijkt ze vooralsnog niet gemist te kunnen worden, vanwege de tegenvallende mogelijkheden van de cfa voor massaschade. Deze indruk wordt bevestigd door de voorzichtige, maar steeds luider wordende roep om de introductie van een systeem van no cure no pay, zoals in Amerika, die in groepsacties de cfa zou moeten vervangen. De gedachtegang is kennelijk dat de valkuilen en de problemen bij no cure no pay bekend zijn en voorspelbaar, zodat daarop gemakkelijk geanticipeerd kan worden. In Engeland is men echter huiverig voor 'Amerikaanse toestanden' en voor het bevorderen van een claimcultuur, en wil men no cure no pay vooralsnog weren. No cure no pay wordt kennelijk gelijkgesteld aan het bevorderen van een excessieve gang naar de rechter en van claimcultuur.[213] Onder claimcultuur wordt overigens een excessieve gang naar de rechter verstaan voor redres van zwakke, ongegronde claims. De (verhoogde) gang naar de rechter om rechtmatige en gegronde aanspraken te effectueren wordt *niet* als het bevorderen van claimcultuur aangemerkt, maar als vergroting van de toegang tot het recht.[214] Impliciet zou men hierin kunnen lezen dat de (redelijke) kosten van het rechtssysteem die daarmee samenhangen voor lief worden genomen, hetgeen niet wegneemt dat maatregelen worden getroffen om die zo laag mogelijk te houden (zie de volgende paragraaf).

In dat licht kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het gewicht van de eerdere (in 3.7.3) constatering dat multi-party acties in absolute zin kostbaar zijn. Met het geldend maken van (legitieme) aanspraken zijn immers altijd kosten gemoeid. Of de kosten redelijk zijn, is een andere, ook wel lastige, vraag. Verschillende meetmethodes zijn denkbaar. Onder meer is denkbaar een vergelijking tussen de kosten van multi-party acties en de optelsom van de kosten, indien de (legitieme) aanspraken individueel geldend zouden worden gemaakt. Men zou ook kunnen proberen de gevolgen of

212 Zoals het vergroten van de transparantie van toewijzingsbeslissingen en het focussen op de financiering van de generieke of gemeenschappelijke vragen. Voor deze en andere gesuggereerde verbeteringen in het financieringsstelsel, zie Collins 2005, p. 228-37: onder andere het voorstel om een soortgelijk Fund te introduceren als het Ontario Class Proceedings Fund, waarover in 5.2.9 meer.

213 De Task Force ziet dat anders: introductie van no cure no pay leidt niet tot claimcultuur. Claimcutluur wordt vooral toegeschreven aan een combinatie van factoren die in het Engelse civiele procesrecht niet aan de orde zijn, zoals jury-rechtspraak, punitive damages en de afwezigheid van de cost-shiftingregel (ofwel de verliezer betaalt de proceskosten van de wederpartij). Bovendien zijn in het Engelse procesrecht ook andere waarborgen ingebouwd tegen het instellen van zwakke claims, zoals pre-action disclosure en het mediation voorschrift. Zie Task Force-rapport, p. 15-6.

214 Zie in die zin Government Response 2004, p. 1-2: actie moet worden ondernomen 'both to tackle practices that help spread the misperceptions and false expectations; and to improve the effectiveness and efficiency of the system for those who have a genuine claim to compensation.'

neveneffecten van het ontbreken van de mogelijkheid van effectuering van legitieme aanspraken te waarderen. Dat is een even lastige exercitie.

Een laatste opmerking die ik ten aanzien van de financieringsvraag zou willen maken, is dat er sprake is van een bijzondere wisselwerking, een specifieke dynamiek, tussen de collectieve afwikkeling van massaschade en de manier waarop de vergoeding van belangenbehartigers aan de zijde van de benadeelden wordt geregeld. Wat de dynamiek precies is, zal per geval, dat wil zeggen per financierings(rechts)stelsel, moeten worden bepaald. Bij no cure no pay is deze dynamiek onderwerp geweest van empirische en rechtseconomische studies op basis waarvan men geprobeerd heeft om aan te tonen: (1) dat een correctie van die dynamiek nodig is en (2) wat deze correctie zou moeten inhouden.[215]

Een belangrijke constatering is dat het bestaan van die dynamiek niet zo zeer gekoppeld is aan de no cure no pay financieringsmethode, maar aan het verschijnsel schaalvergroting. Dat wordt gesuggereerd door de Engelse ervaringen. In het pre-Woolf tijdperk, waarin geen sprake was van no cure no pay, werd in een bepaalde categorie massaschadegevallen, waarin het (onbeperkt) verkrijgen van gefinancierde rechtsbijstand mogelijk was, een excessieve gang naar de rechter geconstateerd voor claims, waarvan de waarde zeer twijfelachtig was. De financiële incentive die eerst voor advocaten bestond om ook zwakke zaken aan de rechter voor te leggen, is in het post-Woolf tijdperk gecorrigeerd, maar thans wordt gevreesd dat de bijstelling inadequaat is en dat de toegang tot het rechtshulp en advocaten in massaschadegevallen problematisch wordt.

Met de nodige voorzichtigheid, gelet op de hiervoor besproken nadelen van het Engelse financieringssysteem en mogelijke punten voor verbetering, kan naar mijn mening gezegd worden dat de aandacht en de inspanning op wezenlijke probleempunten is gericht. De adequate financiering van massaschade-acties uit private én publieke middelen is daar één van.

3.9.2 Gestroomlijnde procedures en case management (tweede en derde golf) versus het zelfbeschikkingsrecht van partijen

Bij het ontwerpen van de Engelse regeling voor de afwikkeling van massaschade heeft men ingezien dat concessies op het zelfbeschikkingsrecht van partijen noodzakelijk zijn, wil men grip krijgen op de kosten in multi-party acties. Onder dat zelfbeschikkingsrecht wordt de autonomie van partijen verstaan bij het nemen van inhoudelijke en procedurele beslissingen ten aanzien van de afwikkeling van hun claim. Tegelijkertijd heeft men de kwaliteit van de afwikkeling willen bevorderen. Geprobeerd is om daar waar dat mogelijk is besparingen en andere voordelen te realiseren via het creëren van collectiviteit (de GLO en de GLO-kwesties, de lead solicitor). Gestreefd is echter om dat op een zo beperkt mogelijke schaal te doen, waarbij het zelfbeschikkingsrecht

215 Voor de dynamiek van collectieve schikkingen en no cure no pay met vele verdere verwijzingen zie Tzankova 2005, p. 84-9, 97-126.

van partijen zo veel mogelijk gerespecteerd wordt. Niet alleen staat in de regeling het (vrijwillige) opt in principe centraal, maar bovendien wordt na de beslechting van de GLO-kwesties ingezet op individuele afwikkeling. Tevens kunnen partijen op elk gewenst moment uit de procedure stappen of een individuele schikking treffen, zonder enige rechterlijke of andere inmenging van buitenaf. Hierdoor zal van een in de Engelse literatuur gesuggereerde mogelijke schending van art. 6 lid 1 EVRM naar mijn mening niet snel sprake zijn.

Op papier zal het test case model voor velen aantrekkelijk zijn en in veel opzichten als de ideale benadering klinken. In de praktijk blijkt dit echter 'hinken op twee gedachten' te zijn en te leiden tot de nodige praktische problemen. Dit is vooral het geval in de sfeer van kostenverdelingen en het daarmee samenhangende redres van het free rider-probleem naar aanleiding van complicaties in de individuele procedures of indien veel op basis van individuele cfa's optredende belangenbehartigers zijn betrokken.

De maatregelen, denk bijvoorbeeld aan case management, die ingezet worden bij het creëren en het begeleiden van de groep zijn in lijn met de in hoofdstuk 2 besproken golfbewegingen die beogen om het stroomlijnen van het proces en het functioneren van de gerechten in massaschadezaken in positieve zin te beïnvloeden. De rechter krijgt de nodige ruimte om adequate processuele en materiële case management technieken te ontwikkelen en toe te passen. Zowel op het niveau van de balie, als op het niveau van de rechtspraak zijn overlegstructuren gecreëerd die in een concreet massaschadegeval kunnen worden benut. Een nadeel van de Engelse invulling is dat de grote rechterlijke vrijheid en discretie die in een zekere zin onmisbaar zijn voor de adequate afwikkeling van massaschade op geen enkele manier beperkt lijken te worden. De vraag is of een dergelijk groot vertrouwen steeds goed zal blijven uitpakken.

3.9.3 ADR (vierde golf)

In het Engelse civiele proces is veel aandacht voor de voorfase en voor het gebruik van ADR daarin. Typerend is daarom dat niet meer ingezet wordt op de collectieve schikking als een mechanisme om massaschade af te wikkelen. ADR is in de context van massaschade naar mijn mening onderontwikkeld. De vraag is of in de voorfase niet een meer gestructureerd gebruik zou moeten worden gemaakt van de actieve rechter, die in het vervolg van de procedure wel zichtbaar wordt. In het kader van 'voorkomen is beter dan genezen' zou de rechter in die voorfase een grotere, vooral faciliterende, rol kunnen vervullen, om partijen desgewenst zo goed mogelijk behulpzaam te zijn bij een buitengerechtelijke beëindiging van hun geschil. Daarbij kan hij zich bedienen van de case management technieken die hem ook in het kader van de GLO-procedure ten dienste staan. Er is weliswaar pre-trial case management met de mogelijkheid van pre-trial hearings en conferences, maar dat alles is primair gericht op de voorbereiding van het voeren van het proces. De totstandkoming van een

schikking is dan een mogelijk neveneffect.[216] Dat is iets anders dan de rol van de rechter die ik voor ogen heb. Die zou impliceren dat er een specifieke voorziening zou moeten zijn voor de 'collectieve schikking' en voor maatregelen die de totstandkoming daarvan faciliteren nog voordat de verhoudingen gepolariseerd zijn. Schikkingen en de resultaten daarvan worden in Engeland ook bij massaschade vooralsnog als iets privés gezien, dat in een collectieve setting niet wettelijk genormeerd behoeft te worden en waarop geen toezicht van buitenaf wenselijk is. Het is de vraag of een dergelijke houding gerechtvaardigd is, gelet op de specifieke dynamiek die de collectieve afwikkeling van massaschade teweeg brengt voor de financiële incentives van belangenbehartigers.

Ook bij de inrichting van de voorfase is men kennelijk op de twee gedachtes blijven hinken die ook in de vorige subparagraaf aan bod kwamen. De (bilaterale) verhouding tussen benadeelden en veroorzakers wordt beheerst door pre-action protocols die geschreven zijn met het oog op individuele geschillen. Er is niet structureel nagedacht over de vraag hoe dat uitpakt voor massaschade, terwijl (structurele) problemen ten aanzien van een aantal onderwerpen voorzienbaar zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van de toepassing van de regels van pre-action disclosure, reactietermijnen en ADR.

216 Zander 2003, p. 110-42.

4 Het Amerikaanse regime

4.1 Plan van aanpak

In dit hoofdstuk staat de aanpak van massaschade naar Amerikaans recht centraal. Strikt gezien bestaat de 'Amerikaanse-aanpak' niet. Er zijn de wettelijke regimes van de verschillende staten en het federale regime. Hier wordt onder de 'Amerikaanse-aanpak' het federale regime verstaan, in het bijzonder de class action regeling van Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure. Er zijn twee belangrijke redenen waarom ik me daartoe beperk. De eerste is dat de meeste staten over een regeling beschikken die de federale nagenoeg op alle hoofdpunten volgt[1] en in dit onderzoek staan alleen de uitgangspunten en de hoofdlijnen centraal. Dat neemt niet weg dat er verschillen zijn in de manier waarop de regelingen in de verschillende staten en op federaal niveau worden toegepast: aangenomen wordt dat het procesklimaat voor class actions in de staten gunstig is voor eisers.[2] Velen schrijven dat toe aan het feit dat de rechters daar, in tegenstelling tot federale rechters, gekozen en niet benoemd worden en daardoor mogelijk eerder 'a prejudicial predisposition on cases' hebben.[3] Forum shopping tussen de verschillende staten en op federaal niveau wordt door sommigen dan ook als een groot probleem gezien. In 2005 is een wet aangenomen – the Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA)[4] – die onder meer beoogt dit verschijnsel aan te pakken. Deze wet breidt de jurisdictie van de federale rechter in class actions in bepaalde gevallen uit en beoogt bovendien misbruik van het instrument tegen te gaan. De toepassing en het belang van Rule 23 zal daardoor alleen maar toenemen. Dat is de tweede reden waarom deze regeling hier centraal staat.

Ik ga niet in op de historische achtergrond en de (totstandkomings)geschiedenis van Rule 23.[5] Ik volsta met de mededeling dat de wortels gezocht moeten worden in middeleeuws Engeland[6] en dat de tekst na een aantal revisies te hebben ondergaan,

---

1 2/3 van de Staten om precies te zijn: Nagareda 2003, nt. 5.

2 Vairo 2005, p. 2-3 en noten 5 en 10.

3 Vairo 2005. Voor een kritische beschouwing van de achtergronden van de wet en in het bijzonder het argument van vooringenomenheid zie Logan 2005, p. 1162-5.

4 Vairo 2005, Pissott Reig e.a. 2005, Logan 2005.

5 Hiervoor verwijs ik naar onder meer Klonoff & Bilich 2000, p. 17-40, Newberg & Conte 2004, par. 1:9 en 1:10, Hensler e.a. 2000, p. 10-5 met vele verdere verwijzingen.

6 Het werk van Yeazell 1987 wordt als baanbrekend aangemerkt, omdat het de tot op dat moment geldende theorie over de historische achtergrond van het class action-mechanisme ter discussie stelde. Over het werk van Yeazell zie Klonoff & Bilich 2000, p. 18-24 en Hensler e.a. 2000, p. 10. Frenk

in 1966 zijn huidige vorm heeft gekregen. Rule 23 is sindsdien, ondanks vele amenderingsvoorstellen van verschillende lobbies,[7] nagenoeg ongewijzigd gebleven.[8] De eerste substantiële veranderingen in de regeling sinds 1966 zijn met een wetswijziging in december 2003 ingevoerd.[9] Deze wijziging betreft de onderwerpen, tijdstip en inhoud van beschikkingen op certificatieverzoeken, publicatievoorschriften, goedkeuringsprocedures van collectieve schikkingen, benoeming, selectie en beloning van de class advocaat. De CAFA bevat ten aanzien van bijna al deze onderwerpen verdergaande bepalingen die de desbetreffende onderdelen van Rule 23 aanvullen.[10] De CAFA en de aanpassingen van de class action regeling van december 2003 komen niet afzonderlijk aan bod, maar worden geïntegreerd behandeld met de onderwerpen waar ze betrekking op hebben.

In 4.3 bespreek ik vier belangrijke doelstellingen van class action: toegang tot het recht, proceseconomie/rechtszekerheid/rechtseenheid, preventie en gedragsbeïnvloeding, en voorspelbaarheid van de procedure. In 4.4 beschrijf ik de limited fund en de damages (opt out) class action – de twee soorten die hier centraal staan – op hoofdlijnen. In de Amerikaanse rechtspraak en literatuur over class actions blijkt een aantal vragen permanent aanwezig te zijn of steeds terug te keren. Daarom kunnen zij naar mijn idee als de essentie van de class action regeling en problematiek worden gezien.[11] Zij bepalen veel onderzoeks- en discussieagenda's in Amerika en staan in de paragrafen (4.5-4.8) centraal. 4.9 is de beschouwende slotparagraaf.

Over het Amerikaanse regime is zowel in Amerika, als daarbuiten veel geschreven. De literatuur en rechtspraak daarover is overweldigend.[12] Deze kan in dit hoofdstuk niet integraal worden beschreven, laat staan besproken. De uitdaging om de bestaande invalshoeken en gezichtspunten van het class action spectrum te laten zien, is reeds

---

1994, p. 199-202 bespreekt vooral de 'Equity Rule' die pas in de achttiende eeuw een rol ging spelen. Over de Equity Rule (48 uit 1842): Klonoff & Bilich 2000, p. 24-7, Hensler e.a. 2000, p. 10-1.

7 Voor een bespreking van een aantal significante amenderingspogingen en de houding van de Association of Trial Lawyers of America ten aanzien daarvan, zie Newberg & Conte 2004, p. ix-xxviii. Ook Hensler e.a. 2000, p. 25-31 bespreekt de verschillende wijzigingsvoorstellen door de jaren heen en hun achtergrond.

8 Op een enkele uitzondering na, zoals Rule 23 (f) bijvoorbeeld die later is ingevoerd en over hoger beroep gaat: Klonoff & Bilich 2000, p. 34-5.

9 Op de volgende sites is meer informatie over de desbetreffende wijzigingen te vinden: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=24967&print=1>. <http://www.omm.com/webdata/content/publications/client_alert_class_action_2002_09_25.htm>.

10 Over de onderlinge verhouding en de overgangsproblematiek zie Vairo 2005, p. 6-9.

11 Zie ook de twaalf 'recurring questions and concerns' die Klonoff & Bilich 2000, p. 5-8 formuleren. Deze heb ik als uitgangspunt en inspiratiebron gebruikt. Alle wetenschappelijke publicaties over class actions, zelfs die over heel technische aspecten gaan, kunnen naar de kern genomen, worden ondergebracht in één van de twaalf vragen of de vier door mij onderscheiden overkoepelende thema's.

12 Aldus ook één van meest markante (Harvard) 'class action law professors' David Rosenberg: Rosenberg 2002, p. 833 (noot 6), Shapiro, p. 914 (noot 2, waar hij een literatuursuggestie doet), merkte dat reeds in 1998 op. Ook Gilles 2005, p. 373-4, noten 2-10 bevat een relevant literatuuroverzicht.

groot,[13] evenals de opdracht om de ware voortdurend wijzigende aard van het instrument helder over het voetlicht te brengen.[14] Bovendien is dit onderzoek niet zozeer beschrijvend als wel meer thematisch opgezet. Ik beperk mij als gezegd tot basisbeginselen en elementen die in het licht van de in hoofdstuk 1 gedefinieerde problematiek naar mijn idee relevant of belangwekkend zijn. Voor de lezers die geïntrigeerd worden door paragrafen uit dit hoofdstuk en meer over een bepaald (deel)onderwerp zouden willen weten, zal ik in 4.2 enige aanwijzingen geven die nuttig kunnen zijn bij het raadplegen van de buitenlandse, voornamelijk Amerikaanse, literatuur.

4.2 Aanwijzingen bij raadplegen Amerikaanse literatuur

4.2.1 De literatuur

Een eerste wetenswaardigheid, zeker voor iemand met een 'civil law'-achtergrond, is dat veel academische kennis en actuele informatie over het Amerikaanse regime vaak niet in (hand)boeken te vinden is, maar in (omvangrijke) studies, rapporten en artikelen. Deze bevatten een schat aan gegevens. Een nadeel is wel dat de kennis versnipperd is en dat het lang duurt voordat een buitenstaander zicht heeft op de meest relevante en gezaghebbende auteurs, artikelen en studies, en de samenhang daartussen. Een ander probleem is dat de artikelen lastig doorgrond en begrepen kunnen worden door een lezer die niet over enige basiskennis van het wettelijke Amerikaanse regime beschikt.[15] Het onderscheid tussen het geldende en het wenselijke recht is niet in alle studies even helder. Handboeken over de regeling blijven daarom voor het vergaren van die basiskennis onmisbaar. Hieronder volgt een aantal suggesties.

De 'class action bijbel' die op het bureau van elke (plaintiff) class action-advocaat te vinden is, is het omvangrijke uit vijfentwintig hoofdstukken bestaande naslagwerk van Newberg en Conte, 'Newberg on Class Actions'.[16] Het bevat een extensieve en uitermate gedetailleerde bespreking van alle onderdelen van de federale regeling en de daarop betrekking hebbende vaste rechtspraak. Praktijkjuristen zijn de doelgroep. Deze serie is naar mijn mening, mede door haar omvang, met name bruikbaar voor

---

13 Gilles 2005, p. 378: 'In the end, I do not think the real story of the contemporary class action is adequately told by the doctrinalists, the law and economics scholars or – certainly – by the moralists. I think an accurate appreciation of the present and future of class action litigation requires a heavy dollop of legal realism.' Deze twee zinnen vatten samen het bestaan van honderduizenden, zo niet miljoenen pagina's aan literatuur over het instrument. Binnen de stromingen zijn weer verschillende 'scholen' te onderscheiden. In 4.2.2 wordt een relevant onderscheid behandeld.

14 Gilles 2005, p. 378: 'One needs to appreciate *the evolutionary arms race* (curs. intz) that is afoot between entrenched corporate interests and entrepreneurial plaintiffs' lawyers'. Ook een perspectief van de veranderlijke aard van class action en het daaraan verbonden concept van de 'private attorney general' vindt men bij Tzankova 2005, p. 76-8.

15 Dat is ook mijn bezwaar tegen de literatuursuggestie van Rosenberg 2002, p. 833, noot 6. Het betreft nagenoeg allemaal studies of artikelen die naar mijn idee te hoog gegrepen zijn voor de beginnende lezer.

16 Newberg & Conte 2004.

de gevorderde 'liefhebbers' en minder geschikt voor 'beginners'. Bovendien zijn Newberg en Conte vooral beschrijvend en minder opiniërend. Mijn indruk is dat controversiële vraagstukken bij hen minder goed uit de verf komen.

Klonoff en Bilich[17] doen het anders. Maar het gaat dan ook om een 'casebook'. Ze dagen de lezer uit door middel van vragen en prikkelende stellingen aan het einde van hun hoofdstukken. Hun (hand)boek richt zich ook op een ander soort publiek. Het wordt voorgeschreven voor de class action classes aan veel Amerikaanse rechtenfaculteiten en is compacter. Niettemin geeft het naar mijn mening een beter zicht op de controversiële kwesties en de dynamiek van het instrument – hoewel het studieboek naar Nederlandse maatstaven nog behoorlijk omvangrijk is, het beslaat ruim duizend pagina's – is het toegankelijk. De auteurs behandelen de stof prikkelend, mede doordat ze heel gericht geselecteerde passages uit belangwekkende uitspraken en daarop betrekking hebbende kritiek en lezenswaardige artikelen in hun hoofdstukken opnemen. Ze besteden bij verschillende problematische vraagstukken aandacht aan argumenten uit zowel de klassieke dogmatische, als de rechtseconomische literatuur, zij het aan de in de laatstgenoemde aan de orde zijnde vragen slechts met mate. Ik mis in het boek, maar ook in andere (hand)boeken over het civiele proces en class actions, wel een uitleg over het gebruik en de rol van rechtseconomische inzichten bij de analyse van de werking van de class action regeling, en een gestructureerde bespreking van de rechtseconomische concepten die daarbij van belang zijn. In een (hand)boek dat gebruikt wordt bij de academische vorming in een rechtsstelsel waarin dergelijke inzichten kennelijk een rol spelen, had een dergelijke insteek niet misstaan. Niettemin zorgt de aanpak van de auteurs ervoor dat het beeld van de werking van de regeling naar mijn mening redelijk compleet is en diepgang heeft.

Het boek van Mulheron[18] is vermeldenswaard, omdat het op een thematische wijze het class action mechanisme in drie common law jurisdicties behandelt: Australië, Canada en Amerika. Ook het Engelse regime passeert, als de spreekwoordelijke common law uitzondering op de class action regel, kort de revue. De auteur probeert per thema de hoofdregel te formuleren en belangwekkende modaliteiten in één van de drie rechtsstelsels waar de focus op ligt, te signaleren. Het boek is geschreven door een 'insider',[19] maar geeft de lezer door de aanpak het gevoel dat het instrument van een afstand wordt bestudeerd. Dit leidt tot verrassende ontdekkingen en tot bijstelling van veronderstellingen over de tegenstelling common-civil law. Zo blijken de nodige verschillen te bestaan binnen de verschillende common law landen,[20] terwijl

17 Klonoff & Bilich 2000. Volledigheidshalve wijs ik erop dat de wetswijzigingen van december 2003 en van CAFA niet verwerkt zijn in deze uitgave, maar dat maakt het boek voor het begrip van class action niet minder geschikt: de wetswijzigingen bevatten voor het grootste deel codificatie van geldende rechtspraak of praktijk. Deze komen in het boek ook aan bod.

18 Mulheron 2004.

19 Mulheron is een aan een Engelse universiteit verbonden Australische die over relevante praktijkervaring beschikt.

20 Gibbons 2006, p. 339 noemt als concrete voorbeelden onder andere 'the wide divergence of tests for assessing the suitability of cases for class action treatment' en 'the heated debate concerning preliminary assessment of the merits of class action claims.'

de uitgangspunten die sommige common law rechtsstelsels bij de toepassing van class action blijken te hanteren niet zouden misstaan in civil law rechtsstelsels. Uit academisch oogpunt is het boek van Mulheron waarschijnlijk één van de meest relevante recente (hand)boeken over class actions. Het boek richt zich naar mijn mening echter nog te veel op de wettelijke regelingen en de daarop betrekking hebbende rechtspraak en blijft, hoewel creatief opgezet, daardoor toch nog redelijk 'technisch' en beschrijvend van aard, zonder dat het steeds een beargumenteerd standpunt inneemt ten aanzien van controversiële vraagstukken.[21] Een ander punt van kritiek is dat het doel van het boek niet geëxpliciteerd is.[22]

Veel Amerikaanse studies en artikelen over de class action zijn rechtseconomisch georiënteerd. Voor (onvoorbereide) juristen die in de civil law traditie zijn opgeleid kan dat, samen met het feit dat in de handboeken over class action een inleiding over relevante rechtseconomische concepten en hun toepassingsmogelijkheden ontbreekt, een niet te onderschatten struikelblok opleveren. Deze studies kunnen naar mijn mening echter moeilijk gemist worden in een onderzoek als het onderhavige, waarin ook de uitwerking van de regeling in de praktijk wordt bestudeerd en de dynamiek die de regeling daar tot gevolg heeft.[23] Voordat de juridische lezer de rechtseconomische studies over class action op hun waarde kan beoordelen moeten eerst een paar hobbels worden genomen. De Encyclopedia of Law and Economics verkleint de kenniskloof tussen juristen en economen. Zij bevat redelijk toegankelijke inleidende teksten over de rechtseconomische analyse van class actions en is een nuttige informatiebron voor basiskennis met vele verdere verwijzingen.[24] De meeste rechtseconomische en empirische papers en studies over verschillende aspecten van de class action regeling worden daardoor, althans op hoofdlijnen, een stuk begrijpelijker. Dat geldt in ieder geval voor de conclusies en verbetervoorstellen. De meest recente studies zijn, overigens net als de Encyclopedia of Law and Economics, vaak te raadplegen op internet.[25] Rechtseco-

---

21 In soortgelijke zin Gibbons 2006, p. 338-9, Seymour 2006, p. 238-9.

22 Seymour 2006, p. 236-8.

23 Hoe rechtseconomische inzichten en al dan niet daarmee samenhangende empirische of experimentele studies hieraan kunnen bijdragen, heb ik reeds in hoofdstuk 1 toegelicht. Ten overvloede wijs ik erop dat ik de uit de literatuur vergaarde kennis over de werking en de dynamiek van class action in de praktijk ook heb kunnen toetsen door het bijwonen van en kennisuitwisseling in het kader van rechtsvergelijkend opgezette congressen in twee verschillende common law jurisdicties (in Canada in 2002 en in 2005, en in Engeland in 2005), waarin de ervaringen en recente ontwikkelingen in het Amerikaanse regime telkens een referentiepunt vormden.

24 Het onderdeel over class actions is te raadplegen op <http://users.ugent.be/~gdegeest/7600book.pdf>.

25 Vooral de elektronische en vrij toegankelijke databank van ssrn is een onuitputtelijke bron van recente informatie (<http://www.ssrn.com/>). Internetsites waarop relevante en betrouwbare studies te vinden zijn, zijn van het National Bureau of Economic Research (<http://www.nber.org/>), Federal Judicial Center (<http://www.fjc.gov/>) en van de (non-profit) RAND Corporation (<http://www.rand.org/>). Op de site van NERA (een commerciële organisatie) zijn regelmatig statistische rapporten te vinden met gegevens over securities class actions. Veel actuele informatie is kosteloos via het net te vinden op de sites van vele belangenorganisaties en instellingen. Maar men dient bedacht te zijn op het vaak subjectieve karakter daarvan. Voorbeelden zijn: <http://www.abanet.org/litigation/home.html>, <http://www.atrafoundation.org/>,<http://www.lawyersandsettlements.com/>,<http://www.web-access.net/~aclark/frames45.htm>, <http://www.classactionlitigation.com/>. Ook via de databanken Lexis,

nomen en rechtseconomisch georiënteerde auteurs blijken, niet geheel verrassend, vooral geïnteresseerd te zijn in de collectieve schikking en in de (financiële) incentives die het gedrag van de verschillende bij het schikkingsproces betrokken partijen beïnvloeden, en in de 'opt out' versus 'no exit' deelnemingsmogelijkheid.[26]

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat de verwerking van inzichten uit andere disciplines om de werking van class action te verklaren of te verbeteren in Amerika groot is. Ook de (rechts)filosofie en de organisatiekunde worden geraadpleegd.[27]

Ten slotte noem ik de Manual for Complex Litigation[28] dat een schat aan (praktische) informatie bevat over verschillende vraagstukken die tijdens de behandeling van een class action-verzoek aan bod komen, inclusief de geldende rechtspraak en veel modellen voor de rechtspraktijk. De Manual is geschreven door rechters[29] en primair voor rechters (en advocaten) bedoeld, maar kan ook voor academici nuttig zijn.

4.2.2 Stromingen in de literatuur

Voor een goed begrip van de meeste Amerikaanse studies en artikelen over class action, evenals van de verbetervoorstellen die daarin worden gedaan, is het nuttig om kennis te nemen van verschillende stromingen, waarvan in de literatuur inmiddels sprake is.[30] De heersende stroming is de 'procedurele'. De schrijvers die daartoe gerekend worden proberen een normatieve grond, een rechtvaardiging te vinden voor de concentratie van processuele rechten en bevoegdheden van afwezige class leden bij een beperkt aantal partijen: de class vertegenwoordiger(s) en de class advocaat.[31]

Westlaw en Hein Online is veel literatuur (met name artikelen), wetgeving en rechtspraak met betrekking tot class actions te vinden, maar voor het raadplegen hiervan is een vergoeding verschuldigd.

26 Gilles 2005, p. 374-5. Andere civielprocesrechtelijke onderwerpen die meer in het algemeen interessant zijn voor rechtseconomen zijn informatie-uitwisseling, formele processtructuur, hoger beroep: Cooter & Ulen 2004, p. 388-444. Zie voorts Bouckaert & De Geest 2000 (in het bijzonder nrs. 7000-7900).

27 Voorbeelden zijn de studies van Haymond & West 2003 (gebruiken de 'rent extraction theory' van McChesney die ontwikkeld is om het gedrag van politici te verklaren; zie ook Tzankova 2005, p. 101, noot 339). Rosenberg 2002 en Dana 2005 (gebruiken de 'original position theory' van de Amerikaanse filosoof Rawls) en Minow 1997 (gebruikt inzichten uit de organisatiekunde over het functioneren van 'administrative' en 'regulatory agencies').

28 MCL 2004: Te raadplegen op de website van de Federal Judicial Center (<www.fjc.gov>) via de zoekfunctie.

29 Om precies te zijn door de Federal Judicial Center die vergeleken kan worden met de Nederlandse Raad voor de Rechtspraak.

30 Bij Nagareda 2002, p. 752-3 zijn de verschillende stromingen het meest helder uiteengezet. Ook Rosenberg 2002, p. 838 noot 20 verwijst summier daarnaar.

31 Over deze concentratie in 4.4, 4.5.2-3 meer. Belangrijke vertegenwoordigers van de procedurele stroming zijn Coffee 2000, Coffee 1995 en Issacharoff 1997, Issacharoff 1999: Nagareda 2002, p. 753.

De tegenhanger hiervan is de 'instrumentele' stroming. De auteurs die daartoe gerekend worden evalueren de (on)mogelijkheden van het class action instrument niet aan de hand van de vraag in hoeverre het erin slaagt om een adequate compensatie te bieden voor de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van partijen, maar aan de hand van de vraag in hoeverre het instrument bijdraagt aan de realisatie van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. In het bijzonder optimale preventie van risicovol gedrag door producenten,[32] maar ook de compensatiedoelstelling wordt als een rechtvaardiging aangevoerd.

Het onderscheid tussen deze twee stromingen staat niet gelijk aan het onderscheid tussen 'klassiek' en 'rechtseconomisch georiënteerd'[33] en er zijn zowel binnen de procedurele, als binnen de instrumentele stroming 'klassieke' en 'rechtseconomisch georiënteerde' auteurs te vinden. De auteurs binnen een bepaalde stroming zijn het overigens niet met elkaar eens over hoe het antwoord op de door hen onderzochte normatieve vraag zou moeten luiden. Het enige wat de auteurs binnen een stroming verenigt, is dat ze dezelfde beoordelingsmaatstaf voor hun evaluatie van class action hanteren.[34]

Een derde, recente, stroming probeert te bemiddelen tussen de procedurele en de instrumentele.[35]

4.3 Class actions: doelstellingen

In de literatuur over class actions wordt afwisselend gesproken van doelstellingen, kenmerken of voor- en nadelen van het instrument. Dit leidt tot uiteenlopende onderverdelingen.[36] Het onderscheidende criterium voor sommige auteurs of een gezichtspunt een doelstelling van class action is of niet, is kennelijk of het aspect in kwestie al dan niet met zoveel woorden erkend is in de rechtspraak van de Supreme Court.[37]

Semantiek is zelden vruchtbaar. Om die reden en omdat het focussen op doelstellingen die in de rechtspraak erkend zijn een onvolledig beeld van de mogelijkheden en de potentie van class actions zou opleveren, heb ik bij de formulering en de bespreking van de onderwerpen die in deze paragraaf aan bod komen, gelet op alle in de literatuur aangevoerde gezichtspunten met betrekking tot de potentie en de mogelijkheden van het instrument, ongeacht of ze als doelstellingen, kenmerken of voor- en nadelen worden aangeduid. Daaruit heb ik een eigen selectie gemaakt. De drie belangrijkste doelstellingen van class action die in de literatuur en in de rechtspraak worden genoemd, kunnen naar mijn mening worden samengevat onder de

32 Belangrijke exponenten hiervan zijn Rosenberg 2002 en Priest 1997: Nagareda 2002, p. 752-3.

33 Dat wordt geïllustreerd door de discussie naar aanleiding van de verplichtstelling van de opt outmogelijkheid, welke discussie aan bod komt in 4.5.4 en 4.7.3, maar ook in 4.6.

34 Nagareda 2002, p. 753.

35 De duidelijkste exponent daarvan is Nagareda 2002, p. 754-5.

36 Newberg & Conte 2004, hfd. 1, p. 25-8 en hfd. 5, Mulheron 2004, p. 47-66.

37 Een volledig overzicht van de vijf 'erkende' doelstellingen vindt men bij Newberg & Conte 2004, hfd. 1, p. 28-9.

noemers (1) toegang tot het recht, (2) proceseconomie/rechtszekerheid/rechtseenheid en (3) gedragsbeïnvloeding. Een enkele auteur[38] voegt hieraan nog (4) voorspelbaarheid van de procedure toe. Deze toevoeging neem ik over, omdat het nuttig is in het licht van de vergelijking met het Engelse regime.

4.3.1 Toegang tot het recht

Toegang tot het recht als één van de doelstellingen van class action wordt vooral aangehaald in relatie tot aanspraken die gelet op de kosten die aan de individuele effectuering daarvan verbonden zijn, te gering zijn om de gang naar de rechter te rechtvaardigen.[39]

Een andere dimensie van toegang tot het recht die men in de literatuur[40] onderscheidt, betreft het recht op een 'uitkomst', al dan niet via een proces of via een schikking, binnen een redelijke termijn. Het belang van deze dimensie in de context van substantiële massaschade en class action is echter niet eenduidig.[41] Het is verdedigbaar dat in geval van strooischade de enkele mogelijkheid een class action te beginnen het bereiken van een schikking zal versnellen. In die gevallen betekent de afwezigheid van class action namelijk 'geen uitkomst', omdat een individuele actie geen 'treat value'[42] heeft. Sommigen zien in dit gegeven een rechtvaardiging voor de introductie van class action in gevallen van strooischade. Bij substantiële massaschade ligt dat echter anders, omdat aangenomen wordt dat een individuele actie vaak wel tot de reële mogelijkheden behoort. Daar zal het bereiken van een uitkomst binnen een redelijke termijn moeten concurreren[43] met andere belangrijke elementen die de toegang tot het recht vergroten, zoals kosten- en risicospreiding[44] en met rechtsgelijkheid tussen de schadelijders onderling.

---

38 Mulheron 2004, p. 47-52, waar zij ook een aantal andere door haar onderscheiden gemeenschappelijke doelstellingen bespreekt van de door haar bestudeerde class action regimes.

39 De zogenaamde strooischade: Tzankova 2005, Hensler e.a. 2000, p. 69-72, Mulheron 2004, p. 53-54, Newberg & Conte 2004, hfd. 1, p. 26, 28, hfd. 5, p. 466-7, Note Harv.L.Rev. 2004, p. 2669-72.

40 Mulheron 2004, p. 54-7, Davis 1998, p. 232.

41 Ook Mulheron 2004, p. 55-7 lijkt dit te onderkennen.

42 Tzankova 2005, p. 59-60

43 Zo blijkt uit het onderzoek van Willging, Hooper & Niemic 1996, p. 7 dat 'In three districts, class actions took two to three times the median time from filling to disposition (15-16 months compared to 5-6 months). In a national time study, certified and noncertified class actions on average consumed almost five times more judicial time then the typical civil case. Both these measures suggest that class actions are not routine in their longevity or in their demands on the courts'. Het eerdere onderzoek van Banoff & Duval 1984, p. 125-9, dat beperkt is tot securities litigation werpt mogelijk een ander licht op deze bevindingen. De onderzoekers concluderen dat niet zo zeer de class action procedure als zodanig voor vertraging zorgt, maar het feit dat meerdere advocaten en partijen daarbij betrokken zijn, de grote financiële belangen en de feitelijke en juridische complexheid. Deze karakteristieken zorgen altijd, ook buiten de setting van class action, voor vertragingen.

44 Meer in het algemeen over deze 'concurrentiestrijd' binnen het civiele proces: Zucherman 1999, p. 6-12.

Op basis van het bovenstaande zou men zich op het standpunt kunnen stellen dat deze doelstelling van class action minder relevant is voor dit onderzoek, dat over substantiële massaschade gaat. De gang naar de rechter en het bereiken van een uitkomst binnen een redelijke termijn is in die gevallen ook zonder de aanwezigheid van class action mogelijk. Het instrument doet echter meer voor de toegang tot het recht van substantiële massaschadelijders: het zorgt voor 'more powerful litigation posture'.[45]

Ook rechtseconomen wijzen op de potentie van class action om het processuele evenwicht te herstellen tussen 'repeat players' en 'one shooters'. Dat zien ze niet als een bijdrage aan de verbetering van de toegang tot het recht, maar als een bijdrage aan de verwezenlijking van een andere doelstelling die hierna nog aan bod komt: preventie en gedragsbeïnvloeding.[46] Ze duiden de oorzaken van het ontbreken van dat evenwicht in het traditionele één-op-één proces als 'investment asymmetries' aan. Repeat players zijn namelijk gemotiveerder om veel te investeren in de voorbereiding van hun verweer indien ze, zoals bij massaschade het geval is, geconfronteerd worden met een groot aantal soortgelijke claims, dan zij zouden zijn indien ze geconfronteerd zouden worden met een enkele claim: er staan immers grote belangen op het spel. Ze genieten het voordeel dat ze de kosten van hun verweer, ook bij de afwezigheid van class action kunnen spreiden over de verschillende individuele procedures. Dergelijke voordelen – namelijk meer investeringsmogelijkheden bij de onderbouwing van de claim en kostenspreiding – gelden in het traditionele één-op-één proces in de setting van massaschade niet voor de vele one shooters. Die zullen slechts bereid zijn om in een (individuele) actie te investeren voorzover de investering hun kansen op succes verhogen. Hiermee zijn beduidend kleinere investeringen dan in het geval van de repeat players gemoeid. Class action zorgt ervoor dat ook one shooters dergelijke voordelen kunnen genieten door de 'investment asymmetries' ongedaan te maken.[47] Deze asymmetrie doet zich in de traditionele processuele setting niet alleen bij strooischade, maar ook bij substantiële massaschade voor.[48]

Ik stel me op het standpunt dat het compenseren van 'investment asymmetries' en daarmee class action tot een vergroting van de toegang tot het recht leidt in gevallen van massaschade, omdat de kwaliteit van de rechtsbijstand voor de one shooters verhoogd wordt en de kosten worden gedrukt. Dat zijn immers elementen van de hiervoor in hoofdstuk 2 onderscheiden golven van toegang tot het recht. De rechtseconomische studies over 'investment asymmetries' zie ik dan ook als een aansprekend

---

45 Newberg & Conte 2004, hfd. 5, p. 422-3, Mulheron 2004, p. 54.

46 Note Harv.L.Rev. 2004, p. 2667-8, 2672-5, Rosenberg 2000, p. 397-402. Zie voor een meer algemene beschouwing over de invloed van investment asymmetries in de context van een procedure Rosenberg 1984. Over het herstel van dat balans in een onderhandelingsomgeving (enhanced bargaining leverage) zie Silver 2000, p. 202-4.

47 Zie echter de waarschuwing van Mulheron 2004, p. 54 en de bijhorende tekst bij noot 58.

48 Men spreekt van 'marketable-claims': Note Harv.L.Rev. 2004, p. 2672. Hay & Rosenberg 2000, p. 1383-9 leggen helder uit hoe de asymmetrie ontstaat en hoe class action helpt om haar ongedaan te maken.

voorbeeld van hoe argumenten die aan rechtseconomische inzichten kunnen worden ontleend, benut kunnen worden in het 'klassieke' juridische onderzoek.

4.3.2 Proceseconomie, rechtszekerheid en rechtseenheid

Het voordeel van class action uit proceseconomisch oogpunt spreekt voor zich: het instrument leidt tot concentratie in het proces, daar waar anders sprake zou zijn van versnippering en dus van dubbele werkzaamheden en onnodige verspilling van middelen.[49] Het belang van deze doelstelling neemt toe in een tijd die gekenmerkt wordt door globalisering en schaalvergroting: een enkele handelwijze, praktijk of product heeft gevolgen voor talloos veel levens, handelwijzen en andere producten.

Hoewel deze doelstelling primair geformuleerd is vanuit het perspectief van de rechterlijke macht en de vermoedelijke massaschadelijders, aan wie ze tijd- en kostenbesparing in het vooruitzicht stelt, blijkt er een neveneffect op te treden dat gunstig is voor potentiële verweerders. Het biedt ze namelijk het vooruitzicht op finaliteit en de zekerheid niet geconfronteerd te worden met tegenstrijdige of inconsistente uitspraken.[50] Dat laatste is uit oogpunt van rechtsgelijkheid overigens ook voor de schadelijders van belang.

In relatie tot substantiële massaschade lijkt deze doelstelling het meest relevant te zijn, maar ook hier zijn enige relativerende opmerkingen op hun plaats. De (opt out) structuur van class action heeft de potentie om de kring van rechtzoekenden uit te breiden door ook diegenen in het proces te betrekken die zich niet bewust waren van het bestaan van hun aanspraken of niet van plan waren om ze geldend te maken. Sommige auteurs zeggen daarom dat class action 'inherently an enabling mechanism' is.[51] Daarnaast kunnen alle maatregelen die erop gericht zijn om een procedure efficiënter te maken en die daarin succesvol zijn in beginsel de potentie van 'aanzuigende werking' hebben. Hoe efficiënter en dus eenvoudiger het is om aanspraken geldend te maken, des te meer gebruik er van een (class action) regeling zal worden gemaakt.

Voorts blijkt uit een empirische studie naar class actions op federaal niveau dat een class action vijf keer meer rechterlijke tijd in beslag neemt dan een standaard procedure,[52] maar net als bij de in 3.9.1 besproken invloed van deze kosten speelt ook hier de vraag hoe dit gegeven gewaardeerd dient te worden. Een standaardprocedure kan bezwaarlijk als een vergelijkingsmaatstaf worden gehanteerd.[53] Deze cijfers bevatten wel indicaties van de verwachte rechterlijke belasting in class actions waarmee in de interne organisatie van de rechterlijke macht rekening dient te worden gehouden.

---

49 Newberg & Conte 2004, hfd. 1: p. 3, 27, hfd. 5: 462-5, Mulheron 2004, p. 57-60.

50 Mulheron 2004, p. 49, 60, Newberg & Conte 2004, hfd. 1: p. 27, hfd. 5: p. 455-7, 465-6.

51 Hensler e.a. 2000, p. 49-50.

52 Het betreft het onderzoek van Willging, Hooper & Niemic 1996, p. 9 dat uitgevoerd is in opdracht van de Federal Judicial Center. Deze studie wordt ook besproken door Tzankova 2005, p. 105.

53 In soortgelijke zin ook Newberg & Conte, hfd. 5: p. 473, ManLRC Report, 26.

4.3.3 Preventie en gedragsbeïnvloeding

In het Amerikaanse regime wordt deze doelstelling vooral in gevallen van strooischade met zoveel woorden erkend.[54] De gedachte is dat het instrument van class action daar nodig is om ervoor te zorgen dat normschenders geconfronteerd worden met de gevolgen, in het bijzonder met de kosten, van hun normschendend gedrag. In de (vooral law and economics)literatuur wordt vervolgens door sommigen de verwachting uitgesproken dat het enkele bestaan van het instrument voldoende afschrikwekkende werking zal hebben waardoor normschenders zich aan de regels zullen houden en de werkelijke inzet van class action niet eens meer nodig zal zijn.

Zoals eerder gezegd, zijn in gevallen van substantiële massaschade de afzonderlijke massaschadelijders zelf in staat om individueel de schadeveroorzaker aan te spreken, zodat laatstgenoemde in die gevallen alsnog de rekening gepresenteerd krijgt. De stelling dat preventie een nuttig *neveneffect* kan zijn van compensatie en daarmee van de class action die deze mogelijk maakt, ondervindt over het algemeen dan ook weinig kritiek. Dat wordt anders zodra preventie *centraal* wordt gesteld. Vooral auteurs die rechtseconomisch georiënteerd zijn, pleiten voor een dergelijke (her)positionering van de doelstellingen van class action in geval van substantiële massaschade, hetgeen van invloed is op de mogelijkheid van opt out.[55] Dat is niet verrassend gelet op het feit dat het in de rechtseconomie vooral draait om preventie en gedragsbeïnvloeding via financiële incentives met als uiteindelijke doel: welzijnsmaximalisatie. Compensatie is in deze visie minder relevant, omdat het daarbij om een verdelingsvraagstuk gaat.[56]

In hoeverre het uitdelen van financiële prikkels, waartoe class actions gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding behoren, daadwerkelijk een preventieve werking heeft, staat niet eenduidig vast, maar er kan niet gezegd worden dat er geen enkele preventieve werking van uitgaat.[57] Voor de mogelijke preventieve werking van class action is vooral de case studie van RAND van belang.[58] Daarin is onder andere onderzocht in hoeverre het class action instrument tot gevolg heeft gehad dat de aangeklaagde bedrijven hun bedrijfsvoering hebben aangepast. Hoewel de resultaten

---

54 Newberg & Conte 2004, hfd.1: p. 28, hfd. 5: 467-9, Henlser e.a. 2000, 69-72. Mulheron 2004, 63-6 laat zien dat er ook common law landen zijn die moeite hebben met deze doelstelling.

55 Een belangrijke voorstander van deze gedachte is Rosenberg 2002a. Eerder in 4.3.1 kwam ook de rechtseconomische theorie over 'investment asymmetry' aan bod op basis waarvan een meer gelijkwaardige rol voor preventie naast compensatie bepleit werd in gevallen van substantiële massaschade. Zie voorts Shapiro 1998, p. 931, noot 44.

56 Weterings 2004, p. 9-12, Visscher 2005, p. 19-22, 29, Weisbach 2002, Polinsky 1989, p. 10, 119 e.v., Van Bijnen 2005, p. 11-21 met vele verdere verwijzingen.

57 Zie hierover in relatie tot strooischade uitvoerig Tzankova 2005, p. 53-9 met verdere verwijzingen, waarin empirisch onderzoek naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht en winstafdracht wordt besproken en aandacht wordt besteed aan methodologische beperkingen van dergelijk onderzoek. Visscher 2005, p. 302-3 en Cooter & Ulen 2004, p. 488 signaleren eveneens dat empirisch onderzoek naar preventie in het algemeen lastig is. Dat is waarschijnlijk ook de reden dat relatief weinig veranderd is sinds Hensler 1989, p. 103 opmerkte: 'although these studies suggest the traditional tort approach does not contribute much to deterrence, very little about the impact of the liability system on the behavior of producers is known.'

58 Voor de bij dat onderzoek gevolgde methode zie Henlser e.a. 2000, p. 523-592.

van dit onderzoek ook niet eenduidig zijn, is in een aantal gevallen een beïnvloeding vastgesteld. Men kan van mening blijven verschillen of de beïnvloeding inderdaad nodig was, maar dat is een andere vraag.[59]

4.3.4 Voorspelbaarheid van de procedure

Hoewel deze doelstelling van de class action regeling slechts door een enkele auteur met zoveel woorden wordt genoemd,[60] lijkt ze mij belangrijk genoeg om haar afzonderlijk te behandelen. Met name omdat ze, zoals ook hierna zal blijken, tot een afwijkende uitkomst leidt in vergelijking met het Engelse regime.

Aangezien de class action, zoals ook hierna zal blijken, in veel opzichten een processueel unicum is, is men het erover eens dat deze procedure alleen in die gevallen zou moeten worden aangewend die daarvoor geschikt zijn, waarbij de toepassingsvoorwaarden helder en eenduidig dienen te zijn. Hiervoor heeft men echter behoefte aan concrete en duidelijke regels en aan een voorspelbare procedure.[61] Vandaar ook dat class action regelingen in het algemeen, en Rule 23 in het bijzonder, gedetailleerd zijn, nauwkeurig aangeven wanneer ze van toepassing zijn en uitvoerige voorschriften bevatten voor zoveel mogelijk aspecten. Dit in tegenstelling tot de Engelse regeling van de GLO die, zoals we hebben gezien, bijzonder summier is.

4.4 Twee soorten class actions. Hoofdlijnen

4.4.1 Algemeen

Rule 23 (b) onderscheidt een aantal categorieën class actions, waarvan er hier twee van belang zijn,[62] omdat zij de effectuering van schadevergoedingsaanspraken betreffen. De andere categorieën[63] zijn vergelijkbaar met de in het Nederlandse recht bestaande mogelijkheid om in een collectieve actie een verklaring voor recht, een gebod of een verbod te vorderen. De twee typen die hier van belang zijn, worden aangeduid als 'limited fund class actions' en als 'damages class actions'.[64] In het eerste geval zijn de voor verhaal beschikbare financiële middelen (vermoedelijk)

59 Henlser e.a. 2000, p. 401-70 (in het bijzonder p. 401-2, 431, 466-9, en de Executive Summary, p. 9), Mulheron 2004, p. 64.

60 Mulheron 2004, p. 47-9 spreekt van 'principle and predictability of rules'. Onder dezelfde categorie valt ook 'predictability of outcome', maar dat is reeds aan bod gekomen in 4.3.1 bij de behandeling van toegang tot het recht.

61 Mulheron 2004, p. 48-9.

62 Namelijk Rule 23 (b) (1) (B) en 23 (b) (3).

63 Rule 23 (b) (1) (A) en 23 (b) (2). Indien het een vordering betreft die in essentie een vermomde vordering tot schadevergoeding is, dient de regeling van de limited fund class action of de damages class action te worden toegepast. Klonoff & Bilich 2000, p. 158-64.

64 Zie voor een uitgebreide Nederlandstalige weergave van deze regeling Frenk 1994, p. 202-35.

ontoereikend om alle schadelijders volledig schadeloos te stellen, in het tweede geval zijn zij dat niet.

De behandeling van een class action kan globaal in twee fasen worden ingedeeld: de 'formele' ontvankelijkheidsfase waarin het verzoek om als class action te worden aangemerkt beoordeeld wordt en de 'materiële' trial fase, waarin inhoudelijk wordt beslist over de aanspraken die ten grondslag liggen aan de actie. Een feit is echter dat nagenoeg alle class actions die de formele fase doorkomen door middel van een collectieve schikking worden beëindigd. Er is maar een handvol class actions dat uitgeprocedeerd wordt en daadwerkelijk de trial fase bereikt.[65]

Lange tijd werden de formele en de materiële fase strikt gescheiden gehouden. Bij de beoordeling van de formele vraag mocht de rechter niet anticiperen op een vermoedelijke uitkomst in de tweede fase of op de beantwoording van inhoudelijke punten. Bovendien diende de rechter zo snel mogelijk op de formele ontvankelijkheidsvraag te beslissen.[66] In de praktijk bleken veel lagere rechters hiermee niet uit de voeten te kunnen en werden wel preliminaire inhoudelijke oordelen gegeven. Dat had voordelen die ook in de literatuur werden erkend: kansloze en zwakke claims werden ontmoedigd en potentiële verweerders en de rechterlijke macht werden hiermee 'gespaard'.[67] Inmiddels is deze praktijk gecodificeerd en is de regeling aangepast aan de behoeften van de betrokkenen, ook al blijven kritische geluiden over de uitvoerbaarheid van een dergelijke preliminaire test te horen. De rechter heeft thans in ieder geval 'officieel' meer flexibiliteit gekregen om te bepalen wanneer op het verzoek tot ontvankelijkverklaring (certification) wordt beslist en wanneer preliminaire inhoudelijke oordelen worden geven.[68] Deze toets komt ook in 4.8.3 aan bod.

Het maken van een kosten-baten analyse als een voorbeeld van een nuttige, zelfstandige preliminaire toets voor de ontvankelijkheid van een class action is in het verleden overigens ook verdedigd, maar dit voorstel heeft het niet gehaald. De tegenargumenten die zijn aangevoerd betreffen de uitvoerbaarheid van de test.[69] De 'minimum financial threshold'-test, die vereist dat de afzonderlijke claims een minimum-

---

65 Tzankova 2005, p. 100 en de in aldaar in noot 335 genoemde literatuur. 20%-40% van alle acties die als een class action aanhangig worden gemaakt worden daadwerkelijk als een class action gecertificeerd, het merendeel wordt 'dismissed or withdrawn'. Van de groep 20%-40% wordt in 90% van de gevallen geschikt: Rothstein & Willging 2005, p. 6. De meningen over de achtergrond van deze hoge schikkingspercentage zijn verdeeld. Zie daarover uitgebreid en met veel verwijzingen Tzankova 2005, p. 97-121.

66 Daarbij gold de zogenaamde 'Eisen-regel' genoemd naar een uitspraak van de Supreme Court, waarin de regel geformuleerd was. Zie Tzankova 2005, p. 99-100 met verdere verwijzingen, Mulheron 2004, p. 131-2.

67 Tzankova 2005, p. 104-5 en bijhorende literatuur vermeld in noot 354 en 355: Willging, Hooper & Niemic 1996, p. 8, 29-34, 59-62, Hensler & Rowe 2001, p. 143, Mulheron 2004, p. 130-2.

68 Het gaat om een aanpassing van Rule 23 (c) (1) door de wetswijziging van december 2003: de regeling spreekt nu ook van 'at an early practicable time' in plaats van 'as soon as practicable'. Rothstein & Willlging 2005, p. 6 en MCL 2004, p. 252-4. In zoverre is het boek van Mulheron 2004, p. 130-6 op dat punt niet helemaal up to date, maar het bevat niettemin een instructief overzicht van hoe in de common law class action jurisdicties door velen gedacht wordt over de mogelijkheid van een vroege inhoudelijke beoordeling van de onderliggende materiële vordering: positief.

69 Mulheron 2004, p. 140-3.

waarde vertegenwoordigen, wil een actie ontvankelijk zijn, zou als een variant op de eerdergenoemde kosten-baten-test kunnen worden gezien. Deze wordt in het Amerikaanse regime echter evenmin toegepast. Er zijn in de rechtspraak talloze voorbeelden te vinden, waarin de individuele claims gering van omvang zijn, bijvoorbeeld $ 70 of $ 100.[70]

4.4.2 Limited fund en damages class action

Omdat dit rechtsvergelijkende hoofdstuk thematisch is opgezet en de regeling niet aan de hand van de wettelijke bepalingen wordt behandeld, worden de belangrijkste aspecten van de limited fund class actions en de damages class actions hierna geïntegreerd puntsgewijs genoemd, in de chronologische volgorde waarin daarover in de formele fase beslist dient te worden. Hierdoor krijgt de lezer toch nog zicht op de structuur van de wettelijke regeling. Deze volgorde kan in een procedure dus op enig moment worden doorbroken voor de toepassing van de in de vorige paragraaf genoemde preliminaire inhoudelijke toets.

In het Amerikaanse regime staan de 'class' en de 'class vertegenwoordiger', ook wel 'named plaintiff' genoemd, centraal. Een benadeelde (de class vertegenwoordiger) kan namens anderen die niet steeds op voorhand geïdentificeerd hoeven te zijn (de class), maar die zich wel in een soortgelijke situatie bevinden, in rechte vorderen dat een beweerde schadeveroorzaker de geleden schade aan die schadelijders vergoedt. Dit is in feite een a-typische vertegenwoordigingsfiguur, omdat deze niet gebaseerd is op de wil van de vertegenwoordigde, maar op de beslissing van de vertegenwoordiger om zich ook de belangen van anderen die gelijkgesitueerd zijn, aan te trekken. Deze 'vertegenwoordigingsfiguur' wordt geconstrueerd door middel van eisen, waaraan de class vertegenwoordiger, zijn vordering en zijn belangenbehartiger dienen te voldoen. Dit a-typische vertegenwoordigingskarakter maakt het model kwetsbaar, omdat er sprake kan zijn van intern conflicterende belangen. Men heeft geprobeerd dit op te vangen door een hele reeks eisen voor de toepassing van class action te ontwikkelen.

Een class action begint met een verzoek van een kandidaat class vertegenwoordiger aan de rechter, strekkend tot ontvankelijkverklaring (certification), van de groep (class) schadelijders in een collectieve schadevergoedingsactie. Dat verzoek dient aan de volgende vereisten te voldoen.

---

70 Mulheron 2004, p. 137 en de daar genoemde rechtspraak. De door mij elders verdedigde aanpak van strooischade (Tzankova 2005) veronderstelt wel de hantering van een dergelijke test om de voorgestelde regeling die uiteindelijk niet tot individuele compensatie, maar wel tot voordeelontneming of ongedaanmaking van groepsnadeel leidt, van toepassing te laten zijn. In mijn visie is dit een nuttige toets in de afbakeningsdiscussie.

Algemene formele vereisten

- Aan de verschillende typen class actions worden verschillende vereisten gesteld, vandaar ook de relevantie van de afbakeningsdiscussies: de vereisten voor ontvankelijkverklaring van damages class actions zijn bijvoorbeeld zwaarder dan die voor class actions waarin een verklaring voor recht wordt verzocht. Er zijn echter ook voorwaarden, *algemene vereisten*, die voor alle typen class actions gelden en waaraan in ieder geval voldaan dient te zijn. Deze zijn voor een deel ontwikkeld in de rechtspraak en voor een deel volgen ze uit de wet.[71]
- De twee vereisten die *in de rechtspraak* zijn ontwikkeld[72] zijn dat een class definieerbaar moet zijn, dat wil zeggen een duidelijk omlijnde groep individuen moet betreffen, die echter niet op voorhand geïdentificeerd behoeven te worden. De omschrijving van de groep mag niet te ruim (over-inclusive) zijn. Iemands lidmaatschap van de class dient op basis van objectieve maatstaven te kunnen worden vastgesteld en mag niet afhankelijk zijn van bijvoorbeeld de subjectieve beleving van de betrokkene of andere subjectief invulbare elementen. Daarnaast dient de class vertegenwoordiger daadwerkelijk lid te zijn van de class in ieder geval ten tijde van het starten van de class action. Hij dient op dat moment een aantoonbaar belang te hebben bij de uitkomst.
- De twee *belangrijkste wettelijke* vereisten zijn 'commonality'[73] en 'adequacy of representation'.[74] Het eerste houdt kort gezegd in dat de leden van de gedefinieerde class een gemeenschappelijke juridische vraag of een gemeenschappelijk feitelijk complex moeten hebben. Bij damages class actions dienen de gemeenschappelijke kwesties bovendien overheersend te zijn, maar deze toets wordt in de chronologische behandeling pas later aangelegd. Het is daarom niet duidelijk in hoeverre de eis van 'commonality' in dat type class actions een zelfstandige betekenis heeft naast de eis die net werd genoemd.[75] De 'adequaatheid van de vertegenwoordiging' heeft zowel betrekking op de persoon van de class vertegenwoordiger en zijn vordering, als op de kwaliteiten van de rechtsbijstandverlener die hem begeleidt. Dit punt komt in 4.5.2 en 4.5.3 aan bod.

---

71 Klonoff & Bilich 2000, p. 41 – 155.

72 Klonoff & Bilich 2000, p. 41-61, MCL 2004, p. 270-2. Anders: Mulheron 2004, p. 322-37 die na een beknopte, maar scherpe analyse te hebben gegeven van de problemen van 'objectieve' en meer 'subjectieve' class definities, een lans breekt voor het gebruik van laatstgenoemde.

73 Klonoff & Bilich 2000, p. 74-89, Mulheron 2004, p. 165-6, 169-70, 178-88,

74 Klonoff & Bilich 2000, p. 108-55, Mulheron 2004, p. 275-308.

75 Bijvoorbeeld Newberg & Conte 2004, hfd. 3: p. 290 blijven vasthouden aan het onderscheid. Zie voorts Mulheron 2004, p. 194 noot 186 voor verdere verwijzingen. Interessant is om te zien hoe twee andere common law jurisdicties geprobeerd hebben om te verhinderen dat dit vereiste de certificatie van een class illusoir zou maken. Ze hebben een 'negative list' met criteria ontwikkeld die voor een aantal specifieke gevallen (wanprestatie: breach of contract en verkeerde voorstelling van zaken: misrepresentation) aangeeft dat het commonality vereiste niet aan een ontvankelijkverklaring in de weg kan staan: Mulheron 2004, p. 170-8.

- Twee andere wettelijke vereisten zijn *nummerosity*[76] en *typicality*.[77] Het eerste heeft betrekking op de omvang van de class. Het moet aantoonbaar zijn dat het om een grote hoeveelheid beweerde schadelijders gaat en dat voeging van partijen geen optie is. Om de laatstgenoemde reden zou men zich kunnen afvragen of dit vereiste geen onderdeel zou kunnen zijn van de hierna nog te bespreken eis van 'superiority' (voorkeurstest). In de praktijk wordt voor het bewijs van de omvang van de class genoegen genomen met feiten van algemene bekendheid, ervaring en gezond verstand, statistieken en andere indirecte bewijzen. Slechts als de verweerder gemotiveerd onderbouwt waarom getwijfeld zou kunnen worden aan de grootte van de class, bijvoorbeeld omdat met de meeste schadelijders reeds individuele schikkingen zijn bereikt, lijkt een actie op dit punt te stranden. 'Typicality' houdt in dat de claim van de vertegenwoordiger(s) typerend, ofwel representatief dient te zijn voor de class. In de literatuur is de vraag gesteld in hoeverre deze eis een zelfstandige betekenis heeft naast commonality en adequacy of representation.[78]

Tot zover de algemene vereisten. Indien daaraan voldaan is, worden vervolgens de specifieke bepalingen voor de limited fund en damages class action toegepast.

Specifieke formele vereisten

- Als bij de rechter de indruk bestaat (of het aantoonbaar is) dat de voor verhaal beschikbare financiële middelen *ontoereikend* zijn om alle vermoedelijke schadelijders volledig schadeloos te stellen, wordt het regime van de 'limited fund class action' gevolgd. Dit houdt in dat alle schadelijders die onder de gecertificeerde definitie van de class vallen, gebonden zijn aan de rechterlijke uitspraak of aan een door de rechter goedgekeurde regeling, zelfs indien zij niet op de hoogte waren van de procedure. Zij hebben niet de mogelijkheid om zich van de werking van die uitspraak of regeling te distantiëren (no 'opt out' ofwel *no exit*-mogelijkheid);
- Zijn de voor verhaal beschikbare financiële middelen wél toereikend om alle vermoedelijke schadelijders volledig schadeloos te stellen, dan volgt een toetsing aan de bijzondere vereisten van de reguliere 'damages class action': de vertegenwoordiger dient aan te tonen dat in het desbetreffende massaschadegeval de gemeenschappelijke kwesties de individuele kwesties *overheersen*[79] en dat het

76 Klonoff & Billich 2000, p. 61-74, Newberg & Conte 2004, hfd.3: §3.3-3.6, Mulheron 2004, p. 115-6, 121-6, 129-30, 244. Hoewel de wet geen minimumgetal bevat wordt over het algemeen aangenomen dat een class die uit meer dan 25-30 personen bestaat groot genoeg is. Anderzijds zijn er voorbeelden van classes met meer dan 300 claimanten die niet-ontvankelijk zijn verklaard, terwijl er ook voorbeelden zijn, waarin het om 18 class leden ging en de actie op dit punt ontvankelijk werd verklaard. Dat zullen echter de uitzonderingen op de regel zijn. Mulheron 2004, p. 117-21, 126-9 behandelt andere common law-benaderingen van dit vereiste.

77 Klonoff & Billich 2000, p. 89-108, Mulheron 2004, p. 210-1, 309-18.

78 Klonoff & Bilich 2000, p. 107.

79 Dat is de predominance toets. Klonoff & Bilich 2000, p. 224-36. Daar treft men in essentie soortgelijke discussies aan als in het Engelse model ten aanzien van de toe te passen selectiecriteria voor test cases. Mulheron 2004, p. 190-1, 193-210.

class action mechanisme in vergelijking met andere beschikbare instrumenten, zoals het proefproces of voeging van partijen en zaken de beste processuele methode is om met het desbetreffende massaschadegeval om te gaan, de zogenaamde voorkeurstest (*superiority*).[80] Deze komt in 4.5.5 aan bod.

- Als aan alle vereisten is voldaan, dient nog het *kennisgevingsvoorschrift* (notice) te worden nageleefd door diegene die de actie instelt. Dit voorschrift moet het voor potentiële class leden mogelijk maken om zich van de class te distantiëren (opt out). Laten ze dat na, dan zijn ze gebonden aan de uitkomst in de class action.[81] Deze notice en mogelijkheid tot opt-out gelden in beginsel niet bij de limited fund class action, maar kunnen onder omstandigheden en indien de rechter dat bepaalt ook daar worden toegepast.[82] Notice en opt out komen in 4.5.4 aan bod.
- Zoals gezegd kan na de certificatiefase de inhoudelijke beoordeling beginnen, maar in de regel wordt na certificatie geschikt. Een eventuele *collectieve schikking* dient door de rechter te worden goedgekeurd. Dat gebeurt nadat een kennisgeving aan de afwezige class leden heeft plaatsgehad dat de rechter voornemens is om de schikking goed te keuren en potentiële leden van de class uitgenodigd zijn om hun bezwaren kenbaar te maken. Het is echter ook mogelijk dat partijen eerst buiten de rechter om overeenstemming proberen te bereiken over de certificatie van een class en de inhoud van een schikking, en beide verzoeken tegelijkertijd ter goedkeuring aan de rechter voorleggen: de zogenaamde 'settlement classes'.[83] Deze worden met meer argwaan bekeken, omdat ze mogelijk een zogenaamde 'sell-out' ofwel 'sweethart-settlement'-bevatten. De collectieve schikking komt in 4.7.2 in beide varianten aan bod.[84]

4.4.3 Tussenconclusie

Op basis van het bovenstaande en de door mij in relatie daarmee bestudeerde literatuur over Rule 23 kom ik tot twee tussenconclusies. De eerste is dat het verloop van de formele certificatie fase redelijk complex is. De concrete invulling van veel vereisten is niet eenduidig, terwijl veel vereisten elkaar overlappen,[85] hetgeen meer twistpunten en dus meer aanvullende discussies kan opleveren. Hierdoor is het verloop van deze fase allerminst voorspelbaar, terwijl één van de doelstellingen van class action voorspelbaarheid van de procedure was. Een uitvoerige en gedetailleerde regeling van

80 Klonoff & Bilich 2000, p. 236 – 260, Mulheron 2004, p. 219-70.
81 Mulheron 2004, p. 337-62, Klonoff & Bilich 2000, p. 377-420, MCL 2004, p. 285 e.v.
82 Klonoff & Bilich 2000, p. 403-4, 511 e.v., MCL 2004, p. 268-9.
83 Klonoff & Bilich 2000, p. 602-65, MCL 2004, p. 250, 308 e.v.
84 Over sell-out ofwel sweetheart-settlements zie ook Tzankova 2005, p. 111-21.
85 Aldus ook Banoff & Duval 1984, p. 128 en noot 255. Zie ook Rule 23 (c) (1) (c) die is geïntroduceerd met de wetswijziging van december 2003.

class action biedt daar dus geen garantie voor.[86] Opvallend is bovendien het verschil met het Engelse regime, dat slechts zes bepalingen telt. Dat verschil kan op zichzelf verklaard worden met de veel verdergaande werking van class action in vergelijking met de GLO, ofwel opt out versus opt in. De kritiek bij de Engelse regeling is echter dat de regeling juist te summier is en daardoor veel aan duidelijkheid te wensen overlaat.

De tweede tussenconclusie is dat de meeste discussies die in de literatuur en in de rechtspraak over de class action worden gevoerd naar mijn mening uiteindelijk herleid kunnen worden tot vier, niet gelijkwaardige, thema's. Er is een onderlinge wisselwerking en enige overlap, maar omwille van de duidelijkheid zal ik ze separaat behandelen. Ik ontkom er echter niet aan om bij sommige onderwerpen over en weer te verwijzen. De vier thema's duid ik aan als: day in court, geheel gelijk aan som der delen?, dynamiek van schaalvergroting en de rol van de rechter. Ze komen in de hierna volgende paragrafen (4.5-4.8) aan bod.

4.5 Day in court

Het eerste overkoepelende thema dat ik in de class action discussies onderscheid, betreft de vraag of het class action instrument in een concreet geval het recht van een ieder op een 'day in court' heeft aangetast. Ik geef eerst aan wat dit leerstuk inhoudt en leg vervolgens uit waarom men van mening is dat limited fund en damages class action het recht niet in het algemeen doorkruisen (4.5.1). Drie van de in 4.4.2 besproken vereisten blijken daarbij in ieder geval een belangrijke rol te spelen, namelijk het vereiste van 'adequacy of representation', de kennisgevingvoorschriften en de mogelijkheid van opt out. Ik meen dat de verhouding tussen class actions en andere consolidatiemechanismen (de voorkeurstest) niet misstaat in dit rijtje. Dat viertal komt daarom in de daarop volgende paragrafen (4.5.2-4.5.5) aan bod, gevolgd door een (tussen)conclusie (4.5.6).

4.5.1 Algemeen

In het Amerikaanse regime geldt het beginsel dat elke burger met een (rechts)probleem het recht heeft om dit probleem ter beoordeling voor te leggen aan de overheidsrechter.

---

86 Vermeldenswaard in dit verband is de uitkomst van de in de vorige noot aangehaalde empirische studie van Banoff & Duval 1984, p. 128, waar geconcludeerd wordt dat een vereenvoudiging van de toepassingscriteria, hoe nuttig ze ook om andere redenen mocht zijn, niet tot een wezenlijke lastenverlichting zou leiden: 'Since the burdens imposed by securities class actions are not, to any great extent, the result of time expended on the class aspects, streamlining class action procedures is unlikely to effect any considerable reduction in the burdens that class actions impose. In particular, proposals to clarify and simplify the criteria for class certification, however meritorious they may be for other reasons, are likely to be successful in reducing the burdens imposed by class ations only insofar as they lead to a reduction in the number of cases in which a class is certified.'

Men spreekt van het recht op 'a day in court'. Dit recht is één van de 'due process'-rechten uit de Amerikaanse Constitutie[87] en is vergelijkbaar met de in 2.2.1 besproken en in het Nederlandse rechtsstelsel bekende rechten op een (effectieve) toegang tot onafhankelijke rechtspraak.

Het onverkort vasthouden aan dat recht zou in de setting van massaschade tot onhoudbare situaties leiden en overbelasting en ontwrichting van de rechterlijke organisatie tot gevolg hebben. Per saldo leidt dat tot uitholling van het recht. In Amerika heeft men onderkend dat consolidatie in het proces daarom onmisbaar is. Tegelijkertijd is geprobeerd om het day in court ideaal zo dicht mogelijk te benaderen door de fictie van de 'ideale procesvertegenwoordiger' in het leven te roepen en daarnaast een aantal waarborgen te creëren die de inbreuk op dat recht zouden moeten compenseren.

Er worden strenge eisen gesteld niet alleen aan de (natuurlijke of rechts)persoon die zich als vertegenwoordiger van de groep (de class) opwerpt, maar ook aan de advocaat die de actie begeleidt ('adequacy of representation'). De gedachtegang daarbij is kennelijk dat indien men niet eigenhandig zijn recht op day in court heeft kunnen uitoefenen, men op zijn minst recht heeft op een, naar objectieve maatstaven, zo ideaal mogelijke vertegenwoordiger.[88] Er moet (ook achteraf) naar objectieve maatstaven kunnen worden vastgesteld dat men zelf niet een wezenlijk beter eindresultaat zou hebben bereikt, indien men wel gebruik zou hebben gemaakt van een eigen recht. Deze constructie dient als een belangrijke compensatie te worden gezien voor het compromis ten aanzien van een fundamenteel beginsel. Veel discussies gaan over de vraag of dit recht in een concreet class action-geval wel voldoende gecompenseerd is. Deze eis is overigens ook van belang met het oog op de uitbreiding van de werking van het beginsel van res judicata: als een (rechts)persoon stelt niet gebonden te zijn aan een uitspraak of een goedgekeurde regeling in class action, omdat zij daar geen partij bij is geweest, zal achteraf altijd erop gelet worden of die partij in de desbetreffende class action adequaat is vertegenwoordigd.[89] Sommigen menen dat de adequaatheid van de procesvertegenwoordiging ontoereikend is en dat goede procesorde (due

87 In het bijzonder het 5de en 14de Amendement. De 5de bepaalt dat '(n)o person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law'. De 14de bevat woorden van soortgelijke strekking maar is van toepassing voor de staten. De Amerikaanse constitutie en de desbetreffende bepalingen zijn te raadplegen via <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/us01000_.html>. Zie voorts Mulheron 2004, p. 62, 289, noot 88. 'Day in court' en 'due process' worden in de literatuur over class action vaak door elkaar gebruikt.

88 Klonoff & Bilich 2000, p. 108-14. De uitspraak van de Supreme Court in Hansberry v. Lee (1940), 311 US 32, 61 S.Ct. 115, 85 L.Ed. 22, wordt als een grondlegger van deze gedachte gezien. Zie voorts Woolley 1997, p. 571, noot 2 voor overzicht van commentatoren die menen dat dit vereiste het enige relevante is met het oog op due process-vereisten. Voor een bespreking van case law die geleid heeft tot Hansberry v. Lee: Hazard, Gedid & Sowle 1998, p.1849.

89 Newberg & Conte 2004, hfd. 16, p. 264-78. Deze problematiek speelde ook in het Engelse regime bij de selectie van de test case: zie 3.4.4.

process) aanvullende eisen stelt, zoals de toepassing van kennisgevingsvoorschriften (notice) en de mogelijkheid om zich van de class te distantiëren (opt out).[90]

4.5.2 Adequaatheid van de class vertegenwoordiger

Zoals gezegd heeft dit vereiste betrekking op de geschiktheid van de kandidaat class vertegenwoordiger en op de advocaat die de class action begeleidt. Deze zullen in twee afzonderlijke paragrafen (4.5.2 en 4.5.3) worden besproken.

Van de class vertegenwoordiger wordt verwacht dat hij voldoende inzet toont om zijn rechten en de rechten van de class geldend te maken, begrijpt wat de procedure inhoudt en waar het over gaat, hetgeen behalve een bepaald ontwikkelingsniveau tevens doorzettingsvermogen, integriteit en betrouwbaarheid vereist. Dit levert een heel subjectieve persoonlijkheidstoets op die niet alleen uiteenlopend ingevuld kan worden maar bovendien, gelet op de omvang van de betrokken belangen, niet zelden tot onsmakelijke discussies in de rechtszaal leidt waarin de verweerders de veronderstelde kwaliteiten van de betrokkene ter discussie stellen.[91] De eis dat de class vertegenwoordiger bereid en in staat is om de class action voor te financieren is van louter academisch belang, gelet op de financieringsstructuur van class actions waarover later meer. Deze eis blijkt in de praktijk dan ook zelden op problemen te stuiten,[92] omdat de liquiditeitseis feitelijk verlegd is naar de advocaat van de class. Zie ook 4.5.3.

De adequaatheidseis wordt niet alleen ten aanzien van de advocaat aangelegd, maar ook ten aanzien van zijn belang: of hij parallelle, in tegenstelling tot conflicterende, belangen aan die van de class heeft. In de rechtspraak zijn verschillende factoren onderscheiden op basis waarvan de aanwezigheid van een intern belangenconflict kan worden beoordeeld. Onder meer is het van belang of het conflict voor de class action essentiële gemeenschappelijke kwesties betreft of slechts bijzaken, en of er enige relatie is met de verweerder of met de class advocaat waardoor een schijn van belangenverstrengeling ontstaat, dan wel of de betrokkene reeds in een andere class action als class vertegenwoordiger optreedt.[93] Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak betreft sluipende massaschade waarbij de class zowel uit toekomstige slachtoffers, als uit slachtoffers bij wie het letsel zich reeds geopenbaard heeft bestaat. Aangenomen wordt dat beide groepen intern conflicterende belangen hebben.[94] Een eventuele

---

90 Klonoff & Bilich 2000, p. 6, 114, 516-9, Mulheron 2004, p. 289, noot 87, Newberg & Conte 2004, hfd. 16: p. 248-64, Shapiro 1998, p. 937.

91 In de rechtspraak zijn talloze voorbeelden te vinden. Klonoff & Bilich 2000, p. 115-30 bespreken een aantal, waarin veronderstelde competentie, geestesontwikkeling, intellect en 'goed en eerlijk karakter' van de betrokkenen onderwerp van geschil waren. Zie voorts Mulheron 2004, p. 290-301. Een toets die vooral in Canada (Ontario) ontwikkeld is en systematisch toegepast wordt, is of er een 'workable' plan voorhanden is dat voorziet in de logistieke en distributieve afhandeling van de actie van het begin tot het einde (voorzover mogelijk te plannen). Dit lijkt meer constructieve discussies uit te lokken.

92 Klonoff & Bilich 2000, p. 136-40.

93 Mulheron 2004, p. 276-87 geeft een helder rechtsvergelijkend overzicht van de verschillende factoren.

94 Hensler e.a. 2000, p. 114-6, Klonoff & Bilich 2000, p. 602-19, 172-85, Gifford 2005, p. 34-5.

ongeschiktheid op dit punt werkt door in de geschiktheid van de advocaat. Het is hem reeds op beroepsethische gronden niet toegestaan om cliënten met intern conflicterende belangen te vertegenwoordigen.[95] Een mogelijk euvel hoeft niet steeds tot niet-ontvankelijk verklaring te leiden. Het is in sommige gevallen te verhelpen met behulp van verschillende case management technieken, zoals het vormen van subgroepen, beperking van de groep of vervanging van de class vertegenwoordiger.[96]

Een punt van kritiek dat in recente studies te vinden is, betreft de beperking van de adequaatheidstoets tot de formele ontvankelijkheidsfase. Onder omstandigheden kan het schikkingsresultaat voor bepaalde groepen uiteindelijk zo nadelig uitvallen dat van de betrokkenen niet gevergd kan worden om de adequaatheid van de vertegenwoordiging ex post als afdoende aan te merken.[97] In de praktijk zijn concrete voorbeelden te vinden die voor veel opschudding en publieke verontwaardiging hebben gezorgd. De CAFA bevat inmiddels voorschriften die een dergelijk effect beogen te ondervangen.[98]

Ondanks al deze kanttekeningen blijft de (persoon van de) class vertegenwoordiger een centraal figuur in de huidige ontvankelijkheidstoets. Men heeft geprobeerd om zijn optreden te verbeteren via de zogenaamde 'incentive awards'. Volgens een recente empirische studie[99] blijken de rechters in gemiddeld 28% van de onderzochte gevallen dergelijke awards toe te wijzen voor de niet-materiële kosten en het ongemak dat de andere leden van de class bespaard blijft. De rechter is vrij om een incentive award al dan niet toe te kennen.[100] Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat indien de individuele schadevergoedingsbedragen die uiteindelijk worden toegewezen hoger zijn, incentive awards minder frequent worden toegewezen en lager zijn. Men zou verwachten dat dergelijke beloningen class vertegenwoordigers met een specifiek 'persoonlijkheidsprofiel' zullen aantrekken, maar de onderzoekers hebben weinig bewijs gevonden van een systematisch misbruik van de incentive awards en raden, alles afwegend, een ad hoc rechterlijk beleid boven een wettelijke normering daarvan aan.[101]

---

95 Klonoff & Bilich 2000, p. 130-6.

96 Mulheron 2004, p. 287-289, Newberg & Conte 2004, hfd. 3: p. 552.

97 Dana 2004, Dana 2005. Deze combineert inzichten uit de behavoiral/experimental/empirical economics met een theorie uit de (politieke) filosofie.

98 Art. 1713 CAFA. Zie ook Vairo 2005, p. 20. Een en ander komt neer op een verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter. Een collectieve schikking die per saldo een financieel nadeel voor de classleden oplevert mag hij alleen dan goedkeuren als hij genoegzaam motiveert welke andere (immateriële) voordelen het financiële nadeel rechtvaardigen.

99 Eisenberg & Miller 2005, p. 2.

100 Zie meer in het algemeen over 'preferential settlement benefits for class representative' Newberg & Conte 2004, hfd. 15, p. 95-7.

101 Dit onderzoek bevat meer belangwekkende informatie, bijvoorbeeld over de factoren die de hoogte van de 'award' bepalen en de mate waarin ze in de verschillende soorten class actions worden toegewezen: Eisenberg & Miller 2005. Zie ook Nagareda 2006 die op basis van hetzelfde onderzoek andere opmerkelijke conclusies over de zin en onzin van dergelijke 'awards' trekt.

4.5.3 Adequaatheid van de class advocaat

Sommige auteurs[102] gaan heel ver in hun kritiek op de toets die voor de class vertegenwoordiger wordt aangelegd en menen dat die overboord zou moeten worden gezet, omdat men met het aanleggen van die toets probeert concepten die uit het traditionele één-op-één procesmodel stammen zonder meer naar de class action over te planten. In het traditionele individuele proces staat de cliënt centraal, beslist deze uiteindelijk over de te volgen processtrategie, oefent hij controle uit op zijn advocaat en is de rol van de rechter neutraal.[103] Class actions in combinatie met no cure no pay brengen echter een bepaalde dynamiek tot stand die verklaard wordt door rechtseconomische inzichten over 'agency costs', waardoor dit alles anders wordt.[104] Volgens deze – vooral rechtseconomisch georiënteerde – auteurs dienen verbetervoorstellen zich dan ook te richten op de normering van het selectieproces voor en het gedrag en de beloning van de advocaat van de class, omdat laatstgenoemde in werkelijkheid degene is die het class action proces beheerst.[105] De introductie van de CAFA en de wetswijziging van december 2003, die bepalingen bevatten betreffende de class advocaat, beogen onder meer een reactie op dergelijke waarschuwingssignalen te geven.

Het is de rechter die steeds de class advocaat in een concreet geval benoemt.[106] In de praktijk zijn vijf selectiemodellen bekend volgens welke de keuze voor de class advocaat wordt bepaald: het 'single lawyer'-model,[107] zelfregulering,[108] rechterlijke benoeming,[109] het 'empowerd plaintiff'-model[110] en de 'competitive bidding' ofwel het 'auction-model'. Ik spreek in het laatstgenoemde geval van het 'openbare aanbestedingsmodel'.[111]

Het *single lawyer* model is het meest eenvoudige. In veel gevallen zal de advocaat die een certificatieverzoek indient en een vooronderzoek in de zaak heeft gedaan, de enige logische keuze zijn, mits hij voldoet aan de hierna te noemen kwaliteitscriteria. In zogenaamde high-profile class actions is het waarschijnlijk dat er meerdere advocaten zullen zijn die als class advocaat willen optreden. Het is niet ongebruikelijk

---

102 Klonoff & Bilich 2000, p. 118, 140-5, Burns 1990, p. 165, 180-6, 190-1, 194-6, 202, Macey & Miller 1991, p. 93-4.

103 In 4.6.3 zal blijken dat empirische onderzoeken dit standpunt in een aantal situaties relativeren.

104 Tzankova 2005, p. 83-9, 112-6 geeft een uitleg over het begrip 'agency costs' en de oorzaak van de dynamiek. Dit onderwerp komt in 4.7 kort aan bod.

105 Literatuur in vorige noot en voorts Coffee 1983, 1986, 1987. Tzankova 2005 p. 112-21 behandelt een aantal van dergelijke verbetervoorstellen uit de literatuur.

106 Rule 23 (g) (1) (A).

107 Rule 23 (g) (2) (B), Rothstein & Willging 2005, p. 4, MCL 2004, p. 278-9.

108 Rothstein & Willging 2005, p. 4, MCL 2004, p. 279.

109 Rothstein & Willging 2005, p. 4, MCL 2004, p. 280.

110 Rothstein & Willging 2005, p. 4, MCL 2004, p. 281, Tzankova 2005, p. 117, waar ze in een ander verband de rol van 'lead plaintiffs' bespreekt. Tegen dit model worden bezwaren geuit: zie Tzankova 2005, p. 117, noten 411, 412 en voorts Cox & Thomas 2005, Cox, Thomas & Randall 2005, Perino 2006.

111 Rothstein & Willging 2005, p. 4, MCL 2004, p. 280-1. Deze methode is niet onomstreden, zie Tzankova 2005, p. 118-20, Task Force-rapport 2001, Hooper & Leary 2001.

dat ze onderling daarover afspraken maken en het werk verdelen. De rechter mag de *samenwerkingsovereenkomst* inzien, omdat hij ook over de belangen van de 'onbenoemde of afwezige' class leden dient te waken. Dat is een extra waarborg dat geen dubbele of onnodige werkzaamheden worden verricht. Hoewel het de bedoeling is dat de betrokkenen zo veel mogelijk zelf uit de werkverdeling komen, is het uiteindelijk de *rechter die de knoop doorhakt* als dat niet lukt, met inachtneming van de eerdergenoemde basiscriteria. De afweging van de verschillende voorstellen blijft dan een weinig helder proces, maar er zijn wel objectieve kwaliteitscriteria waaraan getoetst wordt. De rechter kan van de betrokkenen verlangen dat ze 'under seal' een schatting doen van hun kosten. Dat kan achteraf nuttig zijn bij de vaststelling van hun beloning en ze worden gestimuleerd om op voorhand over de kosten van de procedure na te denken. Het vierde model wordt bij securities class actions toegepast, waar de wet bepaalt dat de rechter een *lead plaintiff* aanwijst, bijvoorbeeld institutionele beleggers die grote belangen bij de actie hebben. Deze en niet de rechter kiezen vervolgens de class advocaat. Het laatste model betreft een betrekkelijk nieuwe methode die vergeleken kan worden met *openbare aanbesteding*.[112] In de literatuur wordt aangenomen dat deze methode voordelen zou kunnen bieden in een heel specifieke categorie gevallen, namelijk daar waar de individuele schadevergoedingen naar verwachting substantieel zullen zijn, de uitkomst van de procedure redelijk voorspelbaar is en de class action van toezicht- of handhavingsacties van overheidsorganen profiteert.[113]

Thans bevat Rule 23 wettelijke (basis)criteria die de rechter bij de benoeming van de class advocaat in acht dient te nemen.[114] De criteria betreffen onder meer zijn eerdere ervaring met class actions en zijn professionele kennis en kwaliteiten die bijvoorbeeld uit een 'success record' zouden kunnen blijken. Wat ook relevant kan zijn is het aantal cliënten dat deelneemt aan de actie, de fase waarin een specifiek individueel geval, dat tot een class action wordt omgevormd, zich bevindt of de hoeveelheid onderzoek die reeds is verricht ter voorbereiding van de actie. Het beginsel 'wie eerst komt, eerst maalt', speelt daarbij overigens nauwelijks een rol. Wel de logistieke en financiële mogelijkheden: de kosten van een class action worden immers in de regel voorgeschoten door de advocaat van de class. De kosten van het voldoen aan kennisgevingsvoorschriften bijvoorbeeld kunnen gemakkelijk het gemiddelde jaarlijkse inkomen van een 'éénpitter' overschrijden. Verweren ten aanzien van de

112 Zie voor dit zogenaamd 'auction-model' en de daartegen geuite bezwaren Tzankova 2005, p. 119-20 en de daar behandelde literatuur. Met name bij de aanpak van strooischade heb ik mij door de twee laatstbehandelde selectiemethoden laten inspireren: Tzankova 2005, p. 120-1, 129-30.

113 Volledigheidshalve wijs ik nog erop dat in sommige gevallen naast één of meerdere class advocaten een begeleidingscommissie (steering committee) of een liaison counsel kan worden benoemd die vooral met faciliterende taken is belast. Deze blijken vooral nuttig te zijn in multi-district litigation en het gebruik daarvan is spaarzaam wegens de daaraan verbonden kosten. Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 376-86.

114 Rule 23 (g) en (h) is ingevoerd met de wetswijziging van december 2003. Beide gaan over de benoeming en de beloning van de class advocaat en kunnen gezien worden als een codificatie van de tot dan toe geldende praktijk. Die zal naar mijn idee van belang blijven ook na de wetswijziging. Zie voor de criteria in het bijzonder Rule 23 (g) (1) (B) en (C), Klonoff & Bilich 2000 p. 145-54, 265, 361-2, Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 386-92.

geschiktheid van de class advocaat blijken overigens zelden te worden gehonoreerd.[115]

4.5.4 Notice en opt out

De kennisgeving (notice) geeft aan belanghebbenden ofwel de 'onbenoemde' class leden de mogelijkheid om na de ontvankelijkverklaring van een class action (post certification) zich daarvan te distantiëren (opt out). Het voldoen aan dit voorschrift is verplicht bij damages class actions en een onderwerp van rechterlijke discretie bij limited fund class actions.[116] Dat laatste schept onduidelijkheid en heeft tot vele discussies in de rechtspraak en in de literatuur geleid.[117]

In de literatuur zijn relativerende opmerkingen ten aanzien van het kennisgevingsvoorschrift te vinden.[118] Een kanttekening is[119] dat bij de beslissing over de wijze waarop daaraan uitvoering zou moeten worden gegeven rekening moet worden gehouden met het kostenaspect. Dat is nu niet het geval, waardoor de toegang tot het recht en de preventie doelstelling van class action in sommige gevallen illusoir wordt.[120] Het uitgangspunt is namelijk een individuele kennisgeving aan de afwezige class leden[121] en het verzorgen van een individuele kennisgeving is in een geval van massa-

115 Klonoff & Bilich 2000, p. 150-1, Notes and Questions nr.3, Newberg & Conte 2004, hfd. 9, p. 390-2.

116 De wetswijziging van december 2003 heeft de facultatieve mogelijkheid voor limited fund class actions expliciet erkend en daarmee de tot dan geldende rechtspraak gecodificeerd: zie Rule 23 (c) (2) (a), Klonoff & Bilich 2000, p. 378, 403-4, 511-9, MCL 2004, p. 268-9, 285, 287-93, Mulheron 2004, p. 338-40.

117 Literatuur in vorige noot. Mulheron 2004, p. 340-1 laat zien dat de Australische regeling voor beide soorten class actions het voldoen aan het voorschrift verplicht stelt. De Canadese regimes hanteren een geheel andere aanpak. Daar is het met het oog op de grote belasting die de kosten van kennisgeving kunnen veroorzaken expliciet aan de rechter overgelaten om per geval af te wegen of en zo ja, op welke wijze aan het kennisgevingsvoorschrift dient te worden voldaan. Tot op heden blijkt echter zelden een vrijstelling daarvan te worden verleend: Mulheron 2004, p. 341-2.

118 Bij Mulheron 2004, p. 337 vindt men een opsomming van de belangrijkste praktische vragen die rond het publicatievoorschrift spelen. Een vraag die hier niet aan bod komt betreft de inhoud van de kennisgeving. De wetswijziging van december 2003 heeft, via Rule 23 (c) (2) echter de aandacht gevestigd op 'klantvriendelijkheid' zoals het belang van begrijpelijke heldere bewoordingen of vormgeving die de aandacht trekt. Zie ook MCL 2004, p. 286-7, 289-90, Mulheron 2004, p. 354-9.

119 Een andere kanttekening is fundamenteler, omdat ze het bestaansrecht van het voorschrift ter discussie stelt, maar ik laat haar hier verder buiten beschouwing, omdat ze vooral de situatie van strooischade betreft. Sommigen zijn namelijk van mening dat het voorschrift uiteindelijk voor geen enkele partij een toegevoegde waarde heeft: Dam 1974, p. 118-21.

120 Dam 1974, p. 107-9, 119 pleit als één van de eersten voor de implementatie van een dergelijke kostenafweging. Maar de gevallen waarin hij de toegang tot het recht gevaar ziet lopen betreffen strooischade. Ik heb in 4.3.1 aangegeven waarom het kostenaspect ook de toegang tot het recht van substantiële claims raakt. Zie ook Klonoff & Bilich 2000, p. 381-2. De MCL 2004, p. 293 biedt aanknopingspunten voor het betrekken van kostenoverwegingen bij de beslissing over de wijze van kennisgeving: 'It is important to balance any efficiencies that might be gained by this approach against the burden such mailings can impose'.

121 Maar uit de bestudeerde literatuur blijkt dat de praktijk hiervoor uiteenlopende en creatieve alternatieven gevonden heeft: MCL 2004, p. 292-3, Mulheron 2004, p. 343-54.

schade een kostbare aangelegenheid,[122] tenzij de kennisgeving ook elektronisch mag zijn.

Het kennisgevingsvoorschrift speelt behalve bij de ontvankelijkverklaring van een class action nog in de volgende situaties een rol:[123]

a. indien een collectieve schikking is bereikt;[124]
b. indien de actie vrijwillig wordt ingetrokken of beperkt (voluntary dismissed or compromised) en zulks bindend is voor de class;[125]
c. indien een vaststelling wordt verzocht van de beloning van de class advocaat.[126]

De betekenis van de opt out-mogelijkheid als een extra waarborg voor het recht op een day in court kan eveneens gerelativeerd worden. Uit empirisch onderzoek[127] naar de aantallen opt out-verzoeken en bezwaarschriften tegen verzoeken voor de goedkeuring van collectieve schikkingen blijkt namelijk dat het aantal gevallen waarin dergelijke protestacties worden ondernomen, verwaarloosbaar is. Slechts in gemiddeld minder dan 1% van de gevallen wordt gebruik gemaakt van dat recht, respectievelijk in slechts 1% wordt bezwaar gemaakt.

4.5.5 Voorkeurstest

Bij deze test die het onnodige gebruik van class action dient te voorkomen spelen verschillende factoren een rol. Ik acht vooral twee factoren van belang.[128] In de eerste plaats in hoeverre de belangen van de leden van de class een *individuele*

---

122 Mulheron 2004, p. 359-62, MCL 2004, p. 290-1: in damages class action schiet de class advocaat in beginsel de kosten voor. In limited fund class action is dat niet duidelijk.

123 MCL 2004, p. 285.

124 MCL 2004, p. 293-6, Rule 23 (e) (1) (B). Art. 1715 van de Consumer Bill of Rights and Improved Procedures for Interstate Class Actions (Consumer Bill of Rights) is een onderdeel van CAFA en bevat een belangrijke aanvulling. Kennisgeving dient onder bepaalde omstandigheden (onder andere coupon settlements) ook te worden gegeven aan verschillende 'state and federal officials'. Zie ook Vairo 2005, p. 9-17.

125 Rule 23 (e) (1) (B).

126 Rule 23 (h) (1) is ingevoerd met de wetswijziging van december 2003. Zie wederom de aanvullende voorschriften van CAFA in een specifieke categorie gevallen: art. 1712 Consumer Bill of Rights, Vairo 2005, p. 17-22.

127 Eisenberg & Miller 2004.

128 Klonoff & Bilich 2000, p. 248-55. De factoren die ik buiten beschouwing laat, hangen samen met het bestaan van de vele statelijke en daarnaast nog de federale jurisdicties, die het lastig maken om aanhangige acties te consolideren. Op het moment dat er een centraal systeem is dat bovendien een gerecht exclusief bevoegd maakt om collectieve acties of individuele acties die deel zouden kunnen uitmaken van een collectieve actie, in behandeling te nemen, spelen deze factoren nog nauwelijks een rol. Ik doel daarbij op de WCAM en de voorstellen in Uitgebalanceerd 2006, p. 120. Zie voor een voorbeeld van een andere indeling dan die van Klonoff & Bilich van relevante factoren, dat bijzonder instructief is Mulheron 2004, p. 226-73. Zij noemt ook factoren die in andere common law jurisdicties een rol spelen, zoals de vraag of een class action kostbaarder zal zijn dan verschillende afzonderlijke procedures of de class leden een in enig opzicht (relatief) achtergestelde maatschappelijke groep zijn.

controle op de procedure rechtvaardigen. In de literatuur wordt verdedigd dat hoe groter het individuele belang in kwestie is, hoe groter de behoefte voor een benadeelde zal zijn om zelf het proces te beheersen, maar de rechtspraak hierover is niet eenduidig.[129] De totstandkoming van vele individuele schikkingen of de aanhangigheid van vele individuele procedures kan ook een indicatie zijn dat bij de schadelijders grote behoefte is aan individuele procescontrole. Sommigen nemen aan dat class action dan in elk geval een minder geschikte methode is, maar hierbij worden eveneens kanttekeningen geplaatst. Een dergelijke benadering verhoudt zich echter slecht tot doelstellingen van class action als proceseconomie, rechtseenheid en rechtsgelijkheid, en kan voor sommige rechters juist een reden zijn om een class action niet ontvankelijk te verklaren. Sommigen letten erop of class action in vergelijking met andere voorhanden alternatieven de belangen van de verweerders schaadt.[130]

Een ander belangrijk aspect betreft de vraag of de class action *hanteerbaar* (manageable) is.[131] Dan wordt vaak het verweer gevoerd over de kosten van notice en opt out, maar ook meer algemeen over de hanteerbaarheid van class actions: is er een goed uitgewerkt plan van aanpak, is er een begroting? De vraag is in hoeverre dit aspect een rol mag spelen, omdat complexiteit nu eenmaal inherent is aan massaschade. Daarnaast zijn er manieren om meer structurering aan te brengen, zoals het vormen van subclasses. Dit komt uitgebreider aan bod in 4.8.3. Over het algemeen kan worden gezegd dat materieelrechtelijke normering[132] bevorderlijk zal zijn voor de hanteerbaarheid, terwijl de aanwezigheid van veel individueel bepaalde weren, zoals eigen schuld en verjaring daar een negatief effect op zullen hebben.

Tenslotte wijs ik nog op recente voorstellen in de literatuur die reeds in 4.3.1 aan bod kwamen. Die voorstellen strekken ertoe om bij de beoordeling van de ontvankelijkheidsvraag tevens mee te wegen in hoeverre bij andere aanwezige processuele mechanismen rekening kan worden gehouden met de eerder genoemde 'investment asymmetries'.[133] In feite betreft dit een toetsing aan een nieuw facet van de eerder in 4.4.1 besproken kosten-baten toets. Dit facet zal in de regel echter steeds een argument vóór class action opleveren. Daarom vind ik het juister om het argument dat class actions 'investment asymmetries' opheffen in de algemene sleutel van toegang tot het recht te plaatsen.

---

129 Klonoff & Bilich 2000, p. 245-8, Mulheron 2004, p. 226-31.

130 Mulheron 2004, p. 252-7: in het bijzonder een te verwachten reputatieschade reeds als gevolg van een kennisgeving over de actie, mogelijke nadelen in het kader van het voldoen aan disclosure voorschriften en de impact van een mogelijke succesvolle actie op de liquiditeit van de verweerder, maar over de relevantie van dat laatste aspect bestaat geen overeenstemming; zie ook Newberg & Conte 2004, hfd. 4: p. 331.

131 Klonoff & Bilich 2000, p. 255-60, Mulheron 2004, p. 257-73.

132 Men denke aan normering van schadevergoedingsbedragen, maar ook aan de aanwezigheid van risicoaansprakelijkheid, geobjectiveerde bewijsleveringsmogelijkheden.

133 Note Harv.L.Rev. 2004, p. 2668-9, 2678-83.

4.5.6 Tussenconclusie

Een concept als day in court is nauw verbonden met concepten als toegang tot het recht, maar ook met de partijautonomie en met het zelfbeschikkingsrecht van partijen. Beschouwt men de gedachte dat het recht op een individuele day in court niet onverkort toegepast kan worden in de setting van massaschade als een gegeven, dan is de fictie van de 'ideale procesvertegenwoordiger' als een verantwoord 'substituut', een verrassende en een creatieve vondst. De pogingen om de professionele belangenbehartiging in class actions te normeren, ten einde de kwaliteit daarvan te waarborgen zijn naar mijn mening met het oog op de verbetering van de toegang tot het recht positief te waarderen. Een verrassende constatering is dat de Amerikaanse ontvankelijkheidstoets van adequaatheid van de vertegenwoordiging in de praktijk strenger lijkt uit te vallen, dan het Nederlandse 'equivalent' van 3:305a lid 1 BW, dat 'slechts' formele ontvankelijkheidsvereisten bevat, als de oprichting van een stichting of een vereniging die volgens haar statuten bepaalde belangen behartigt. De nauwkeurige omschrijving in de Amerikaanse ontvankelijkheidstoets van de groep personen die in de class vallen, draagt bij aan de praktische uitvoerbaarheid van de afwikkeling van massaschade.

De voorkeurstest die men ontwikkeld heeft is naar mijn idee om meerdere redenen een heel nuttige test.[134] Die test dwingt alle betrokkenen om alle voor- en nadelen van de class action in een concreet geval onder de loep te nemen. Dat dwingt niet alleen tot na- maar ook tot doordenken en noopt tot een gedachteoefening in concreto, tot een vergelijk met andere beschikbare administratieve[135] en civielprocesrechtelijke mogelijkheden.[136] Dat bevordert niet alleen de creativiteit en spitsvondigheid van partijen op een positieve manier, maar kan ook heel inzichtelijk zijn. Vooral als in een concreet geval grote aarzeling bestaat over de toepassing van class action: het kan dan het minste van twee kwaden blijken te zijn. Een 'negatieve keuze' leidt in dat geval tot een uitkomst, maar kan nog altijd beter zijn dan geen keuze en geen uitkomst.[137]

In tegenstelling tot sommige andere common law jurisdicties worden ADR-mogelijkheden in het Amerikaanse regime in beginsel niet bij de afweging in het kader van de voorkeurstest betrokken.[138] ADR wordt geplaatst in de sleutel van case

---

134 In de literatuur blijkt niet iedereen onverdeeld positief te zijn over de manier waarop daaraan in de praktijk vorm wordt gegeven: Mulheron 2004, p. 219 en bijhorende noot 3.

135 Ook deze alternatieven dienen bij de voorkeurstoets te worden betrokken: Mulheron 2004, p. 239. De voorkeurstest zou in Nederlandse termen een 'privaatrechtelijke invulling van de bestuursrechtelijke tweewegen-leer' opleveren. De twee-wegen leer houdt in dat een bestuursorgaan niet een privaatrechtelijke weg mag doorlopen, daar waar voor hetzelfde doel een met waarborgen omklede bestuursrechtelijke weg bestaat. De privaatrechtelijke variant daarvan in de setting van class action zou zijn dat class action niet ontvankelijk is, als hetzelfde doel als met class action beoogd via andere minder belastende 'administratieve wegen' kan worden bereikt.

136 Klonoff & Bilich 2000, p. 243, 277, Newberg & Conte 2004, hfd. 4: p. 246, Mulheron 2004, p. 224.

137 Of zoals ook Shapiro 1998, p. 934 in een ander verband de class action typeert: 'Thus the choice is not so much between two workable models as between a model that offers some hope of a reasonably prompt and fair disposition and one that does not'.

138 Mulheron 2004, p. 224-5.

management.[139] Dat is naar mijn idee te betreuren, omdat de ADR-mogelijkheden die een rechter kan aanreiken vaak minder creatief zullen zijn dan mogelijkheden die partijen zelf zouden aandragen in het kader van de voorkeurstest. Het initiatief zou bovendien niet door de rechter moeten worden genomen, maar door één van partijen.

Het Amerikaanse regime is opgebouwd rond de gedachte van compensatie van het individuele recht op een day in court. Dit werkt wel oeverloze discussies in de hand of in een concreet geval de via de class vertegenwoordiger en diens advocaat geboden compensatie voor dat recht adequaat is en of de notice en opt out-maatregel niet toegepast zouden moeten worden. Eén van de meest opmerkelijke constateringen is naar mijn mening dan ook dat de in de rechtspraak en literatuur hoog gewaardeerde opt out-maatregel in de praktijk van minder grote betekenis lijkt te zijn.

De aan dit regime ten grondslag liggende veronderstelling dat de individuele toegang tot *de rechter* steeds gelijk staat aan toegang tot *het recht*, dient in het licht van hetgeen hiervoor in hoofdstuk 2 over toegang tot het recht werd opgemerkt, kritisch te worden benaderd. Is het individuele day in court ideaal een adequaat meetinstrument voor toegang tot het recht in de setting van massaschade? Voordat ik daar dieper op in kan gaan, moet eerst vast komen te staan wie de ´toegangsgerechtigde´ is: de class als een zelfstandige entiteit, of de class als een verzameling van afzonderlijke individuen die slechts een gemene deler hebben. Dit is een controversiële en lastig te beantwoorden vraag die ook aan de basis ligt van het volgende thema.

4.6 Geheel gelijk aan som der delen?

4.6.1 Algemeen

Een fundamentele vraag die centraal staat bij vele discussies over class action, zonder dat het steeds expliciet wordt gemaakt, is wat een 'class' eigenlijk is. Is dat de optelsom van individuen die slechts een gemene deler hebben, of is de class iets anders dan de som der delen? Een 'entiteit sui generis'? Het standpunt dat men inneemt ten aanzien van deze vraag heeft ook gevolgen voor de beantwoording van tal van andere fundamentele én uitvoeringsvragen.[140] In de volgende paragraaf zal ik verschillende modellen bespreken die in de literatuur onderscheiden worden om de aard en het doel van groepsvorming in het proces te verklaren om vervolgens het instrument van class action daarbinnen te situeren. Daarna zal ik ter illustratie een aantal consequenties, onder meer voor het kennisgevingsvoorschrift en de mogelijkheid van opt out, schetsen van het standpunt dat door sommigen wordt ingenomen, dat niet de verzameling van

139 Klonoff & Bilich 2000, p. 700-14.

140 Voor de rol van natuurlijke personen en rechtspersonen als class vertegenwoordiger in een class action, voor de rol van de rechter en de beantwoording van vragen over causaliteit en schadeomvang, maar ook voor de inhoud en interpretatie van beroepsethische regels die de verhouding tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt – wie is de cliënt? – beheersen. Voor de relatie tussen deze keuze en de opgesomde onderwerpen zie onder andere Shapiro 1998, p. 934-42, Moore 2003 en de verwijzingen in noten 8 en 9. Gifford 2005. Anders: Mullenix 1994, p. 582-89.

afzonderlijke individuen, maar de class als een afzonderlijke entiteit de hoofdrolspeler zou moeten zijn in class action.

4.6.2 Twee modellen

Er zijn drie stromingen[141] in het denken over de aard en het doel van groepsvorming in het proces die om het debat te scherpen, teruggebracht kunnen worden tot twee procesmodellen. Deze beogen niet een weergave van de werkelijkheid, maar zijn zoals gezegd vooral bedoeld om de gedachtevorming over de problematiek te stroomlijnen.

De 'klassieke' stroming[142] waarin partijautonomie centraal staat, leidt tot wat ik noem: het 'consolidatiemodel'. Dat houdt in dat de vorming van een groep in het proces een consolidatietechniek is om de afzonderlijke leden in staat te stellen profijt te trekken van een krachtenbundeling tegen een gemeenschappelijke tegenstander. De autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van partijen dienen zo veel mogelijk te worden gerespecteerd, hoewel enige inbreuk daarop onvermijdelijk kan zijn om de voordelen van de krachtenbundeling te effectueren. De inbreuk dient echter zo beperkt mogelijk te blijven. De implicaties van dit model, dat men heel duidelijk in het Engelse regime herkent, zijn onder meer dat de afzonderlijke groepsleden over een eigen advocaat blijven beschikken, dat zij het recht houden om op elk gewenst moment de groep en de procedure te verlaten en dat zij een actieve rol in het proces blijven spelen zolang zij lid zijn van de groep.[143]

De tegenhanger van dit model ziet de groep niet als een verzameling van individuen, maar als een 'collectieve eenheid', een 'entiteit'[144] zoals ook een rechtspersoon, een gemeente of een vakbondsorganisatie dat is.[145] Volgens dit model[146] dienen de leden deel te blijven uitmaken van de groep 'in goede en in slechte tijden'. Dat betekent niet dat de afzonderlijke leden niet het recht hebben om individueel advies in te winnen of zich te bemoeien met het verloop van de procedure. Hun autonomie

---

141 Deze analyse is grotendeels ontleend aan Shapiro 1998, p. 916, 918-919. Een andere analyse die recenter is en toegespitst op de benadering van de causaliteitsvraag in de setting van class action, maar naar mijn mening uiteindelijk op hetzelfde neerkomt, vindt men bij Gifford 2005, p. 11-24. Hij spreekt van het 'instrumentele' concept en het 'corrective justice' –concept.

142 In navolging van Shapiro 1998, p. 916, noot 3 reken ik tot de exponenten van deze stroming onder andere Epstein 1990, Solomon 1997, Trangsrud 1989. Ik zou hieraan nog Nagareda 2002 willen toevoegen.

143 Shapiro 1998, p. 918.

144 Cooper 1996, p. 26-32 is waarschijnlijk één van de eerste auteurs die het 'entiteit-begrip' in de class action literatuur introduceert en de aandacht vestigt op de mogelijke implicaties daarvan: Shapiro 1998, p. 917, noot 6.

145 Deze entiteiten zijn niet helemaal te vergelijken met de class, omdat de leden in de genoemde voorbeelden ervoor gekozen hebben om er lid van te worden, maar in de meeste gevallen is de keuze feitelijk minder vrijwillig dan op het eerste gezicht lijkt. Bovendien is de vergelijking nuttig voor de beeldvorming: Shapiro 1998, p. 921-2.

146 Exponenten van dit model zijn onder andere Weinstein 1995, Bone 1990, 1992, 1993, Hay 1997, Rosenberg: eigenlijk al zijn publicaties in de afgelopen 15 jaar.

ofwel zelfbeschikkingsrecht wordt echter aanzienlijk beperkt ten aanzien van de keuze om zich al dan niet van de groep te distantiëren en zich door een advocaat naar eigen keuze te laten vertegenwoordigen.

Men zou in plaats van het consolidatie- en het entiteitmodel ook kunnen spreken van het partijautonomiemodel en van het collectiviteitsmodel, maar behalve dat deze termen politiek geladen en daardoor misleidend kunnen zijn,[147] dekken ze niet helemaal de lading. Dat wordt inzichtelijk gemaakt door de 'middelste' ofwel de 'bemiddelende' stroming die ik kort zal aanstippen, maar verder, zoals eerder aangekondigd omwille van de helderheid, buiten beschouwing zal laten. Deze stroming stelt dat er sprake is van een valse tegenstelling, omdat groepsvorming in het proces via mechanismen zoals class action in werkelijkheid de meest intelligente manier is om individuele rechtvaardigheid: het einddoel van partijautonomie, te promoten.[148] Deze stroming[149] ziet de vorming van collectiviteit met andere woorden, als middel dat de waarden helpt realiseren waar partijautonomie voor staat.

4.6.3 De class als entiteit

Ik concentreer me nu op het entiteitmodel en in het bijzonder op de argumenten die in de literatuur te vinden zijn voor de behandeling van de class als een zelfstandige eenheid in plaats van als een verzameling van afzonderlijke individuen. De reden voor deze toespitsing, die overigens niet als een keuze voor dat model mag worden gezien, is eenvoudig. Het consolidatiemodel, inclusief de belangrijkste argumentatie daarvoor en bijhorende consequenties, is onder de noemer van 'day in court' reeds, zij het impliciet, in de vorige paragraaf aan bod gekomen. Ook het in het vorige hoofdstuk uitvoerig behandelde Engelse regime vertegenwoordigt het consolidatiemodel. Over het entiteitsmodel is tot nu toe echter betrekkelijk weinig gezegd. Bovendien is dat model niet alleen in het Amerikaanse regime het meest omstreden, maar dat zal het ook in andere Westerse rechtstelsels zijn, omdat in al die stelsels het individu en niet de groep centraal staat, vooral in relatie tot substantiële massaschade.[150] Voordat in een later stadium een verantwoorde keuze voor het ene dan wel het andere model kan worden gemaakt, zal moeten blijken waarom een massaschadelijder, wiens claim omvangrijk genoeg is om een eigen day in court te hebben, wat de uitoefening van zijn processuele rechten en bevoegdheden betreft, 'slechter af' zou moeten zijn dan een slachtoffer van een één-op-één gepleegde onrechtmatige daad of contractbreuk. Met processuele rechten en bevoegdheden wordt onder meer bedoeld de keuze van

147 Dat is ook gebleken uit reacties op Een nieuwe balans 2003: Uitgebalanceerd 2006, p. 49-51.

148 Shapiro 1998, p. 916 en noot 4.

149 Sommige die als exponenten werden genoemd van het entiteitmodel kunnen ook hieronder worden geschaard, zoals Weinstein 1995 en Rosenberg.

150 Shapiro 1998, p. 923-7. In de setting van strooischade levert het model minder problemen op, omdat de rationele desinteresse-problematiek het praktische belang van het concept van partijautonomie neutraliseert. Over de rationele desinteresse problematiek bij strooischade zie Tzankova 2005, p. 23.

een eigen advocaat en het bepalen van de te volgen processtrategie, inclusief het moment en de inhoud van een eventuele minnelijke regeling.[151]

Bij het zoeken naar en het selecteren van argumenten uit de Amerikaanse literatuur vóór het entiteitsmodel heb ik erop gelet dat deze zo veel mogelijk 'universeel' zijn. Zo heb ik bijvoorbeeld argumenten die verband houden met het instrument van punitive damages buiten beschouwing gelaten.[152] Mijn selectie bevat argumenten van uiteenlopend karakter. Sommige relativeren de voordelen van het consolidatiemodel, terwijl andere juist de voordelen van het entiteitsmodel benadrukken.

Er zijn verschillende empirische studies die de waarden die traditioneel aan het beginsel van partijautonomie worden toegeschreven sterk relativeren.[153] Hoewel de onderzoeken te beperkt van opzet zijn om de resultaten daarvan voor andere rechtsstelsels, materieelrechtelijke terreinen en soorten rechtzoekenden te generaliseren,[154] zijn ze in enige mate indicatief. De conclusie die op basis van deze studies getrokken zou kunnen worden, is dat partijautonomie een mooie gedachte en voor velen een nastrevenswaardig ideaal is, maar dat in de praktijk daar weinig van terecht blijkt te komen. Volgens deze studies zou het juister zijn om in de individuele cliënt-advocaat verhouding, waarbij de cliënt zoals ook in veel gevallen van massaschade, een natuurlijke persoon is, niet van partijautonomie, maar van 'advocaatmonopolie' te spreken: in die verhouding is de interactie tussen beiden heel beperkt en de cliënt heeft uiteindelijk weinig zeggenschap over de manier waarop de processtrategie wordt uitgestippeld en uitgevoerd. Ten aanzien van de controle op het procesverloop en het processtrategie door de cliënten zien sommige auteurs dan ook weinig verschil tussen traditionele één-op-één processen en meerpartijenprocessen, zoals class action.[155] Hooguit zou er gezegd kunnen worden dat de 'client control' in het tweede geval nog minder is:[156]

> '...even in simple, bipolar litigation, clients and their lawyers have very little interaction and seem undisturbed by this state of affairs. Moreover Austin Serat and William Felstiner independently confirmed these findings and further discovered that in the limited interaction between a client and lawyer, these sessions typically are devoted to the lawyer's shaping the client's view of the case to the lawyer's own legal theories and strategic viewpoint.'[157]

---

151 Shapiro 1998, p. 927.

152 Shapiro 1998, p. 932.

153 Hensler 1989, p. 92-5, 1989, Rosenthal 1974, Lind e.a. 1989, Sarat & Felstiner 1989. Zie ook Mullenix 1994, p. 586, noten 25 en 26.

154 Voor de methodologische verantwoording en beperkingen van de verschillende onderzoeken zie Lind e.a. 1989, Hensler 1989, p. 92-100 en in het bijzonder noot 20, Sarat & Felstiner 1989, p. 1669-70.

155 Mullenix 1994, p. 586-7. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat zij dit punt in een ander verband maakt en niet in het kader van de discussie of de class een zelfstandige entiteit is. Haar artikel gaat vooral over de vraag of voor advocaten die in de setting van massaschade optreden andere dan de klassieke beroepsethische maatstaven zouden moeten gelden.

156 Hensler 1989, p. 95-7.

157 Mullenix 1994, p. 586, waar ze de studies van Lind e.a. 1989 en Sarat & Felstiner 1989 bespreekt.

En

> 'Systematic empirical research on litigation suggests that the tort process in practice diverges substantially from the picture painted above. Although most of the research concerns routine litigation, some involves mass torts. The version of legal reality drawn from this research posits a litigation process in which (1) lawyer-client relations are more often perfunctory and superficial than intimate; (2) the locus of control is shifted toward lawyers rather than clients; (3) lawyers educate their clients to a view of the legal process that serves the lawyer's interests as much, if not more than clients' interests; (4) litigants are frequently only names to both lawyers and court personnel; and (5) trial is rarely desired, except perhaps by litigants, or delivered.'[158]

Empirie biedt dus enige basis voor het entiteitsmodel, maar die basis is vanwege de methodologische beperkingen verre van toereikend.[159] Normatieve argumentatie blijft noodzakelijk.

Een belangrijk argument voor het entiteitsmodel, zowel volgens klassieke[160] als rechtseconomisch georiënteerde auteurs, is preventie. Het is te verwachten dat een schadevergoeding die op groepsbasis wordt vastgesteld, waarbij nog steeds rekening kan worden gehouden met verschillen binnen de groep, veel eerder zal bijdragen aan 'effective deterrence', dan vele afzonderlijk en soms enigszins 'willekeurig' vastgestelde schadevergoedingsbedragen. Welk gewicht men aan dit argument toekent, zal afhangen van iemands ideeën en opvattingen over de rol en invloed van financiële prikkels op het menselijk gedrag en de handelwijze van bedrijven.[161] Klassieke auteurs zien preventie doorgaans als een belangrijke *nevendoelstelling* van compensatie.[162]

Rechtseconomen zijn vooral geïnteresseerd in de instrumentele functie van het aansprakelijkheidsrecht,[163] waaraan het procesrecht en daarmee een mechanisme

---

158 Hensler 1989, p. 92, waar ze onder andere het onderzoek van Rosenthal 1974, Lind e.a. 1989, Kritzer, Felstiner, Sarat & Trubek 1985, Schuck 1986 behandelt.

159 Ik heb reeds eerder en in een ander verband de waarde en de handicaps van buitenlands empirisch onderzoek besproken: Tzankova 2005, p. 53-5, 58-9, 97-9.

160 Shapiro 1998, p. 923, 934 rekent zichzelf in ieder geval tot deze groep. Zie voor zijn houding ten opzichte van de preventiedoelstelling p. 932.

161 Ik heb reeds eerder en in een ander verband aandacht besteed aan deze problematiek die vaak de empirische toetsing van rechtseconomische modellen betreft: Tzankova 2005, p. 53-58. Zie ook hiervoor 4.3.3 en 1.9.

162 Shapiro 1998, p. 931, noot 44.

163 David Rosenberg is een van de meest bekende en 'productieve' auteurs die de instrumentele visie op class actions heeft toegepast. Zie onder meer Rosenberg 2002a. De instrumentele visie wordt in verband gebracht met het werk van Calabresi en met welfare economics. Het gaat te ver om in het kader van dit onderzoek hier uitgebreid bij stil te staan. Gifford 2005, p. 11-7 geeft een heldere en beknopte uitleg daarover, met vele verdere verwijzingen. Zijn focus is echter gericht op een specifieke implicatie van deze visie, namelijk de benadering van de causaliteitsvraag bij sluipende massaschade. In de Nederlandse literatuur heeft Van Bijnen zijn onderzoek naar aanvullend contractenrecht volledig in het teken gesteld van welfare economics. Bij hem vindt men een uitgebreide Nederlandstalige verhandeling over de uitgangspunten van deze stroming: Van Bijnen 2005, p. 11-74.

als class action dienstbaar is.[164] Het aansprakelijkheidsrecht zien ze als een instrument om doelen die buiten het rechtssysteem zelf gelegen zijn te realiseren. Ze voegen aan de doelstelling preventie nog welzijnsmaximalisatie toe. In hun visie staan deze twee doelen centraal en is het niet noodzakelijk dat de financiële compensatie die van een schadeveroorzaker wordt verkregen, gekanaliseerd wordt in de richting van de desbetreffende specifieke schadelijder. Ook het omgekeerde is mogelijk: elke schadelijder zou gecompenseerd kunnen worden door elke partij 'capable of distributing her accident losses as broadly as possible; loss distribution does not require that her losses be paid by the injuring party'.[165] Eenvoudiger gesteld gaat het om twee zaken a) compensatie van de schadelijders en b) correctie van de schadeveroorzakers, maar deze twee hoeven niet aan elkaar gekoppeld te zijn om beide doelen te bereiken. Indien men de rechtseconomische instrumentele visie hanteert, rolt het entiteitsmodel, waarin niet de individuele omstandigheden van de groepsleden, maar de groepskenmerken van belang zijn, daar als het ware vanzelf uit.

Sommige, meer klassiek georiënteerde, auteurs zien de benadering van de class als entiteit in veel gevallen van massaschade als de enige manier om ook aan de *compensatoire* doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht te voldoen. Dat achten ze vooral, maar niet uitsluitend, zichtbaar in de setting van sluipende massaschade. In die context is het verschil met de traditionele één-op-één procesverhouding het beste voelbaar. Individuele causaliteitsvragen zijn, onder meer door het grote tijdsverloop, bij sluipende massaschade in de regel lastig, zo niet nagenoeg onmogelijk te beantwoorden. Het is op basis van statistisch materiaal echter wel mogelijk om met redelijke mate van zekerheid vast te stellen, dat een bepaalde toename van het letsel *binnen een groep als geheel* wordt geconstateerd bij gebruik van of blootstelling aan een bepaald product en dat een X-aantal van de leden van de groep niet het letsel zou hebben opgelopen, waren ze niet blootgesteld geweest aan het desbetreffende product.[166] De benadering van de class als entiteit zorgt ervoor dat compensatie van de groep in die gevallen adequater kan plaatsvinden, omdat het alternatief in de meeste, zo niet alle gevallen geen compensatie zou zijn.[167] Men zou zich af kunnen vragen in hoeverre deze benadering het verdelingsvraagstuk oplost en niet slechts uitstelt. Toepassing van kwantitatieve schadeberekenings- en verdelingsmethoden

164 Shapiro 1998, p. 329, Gifford 2005, p. 5-6.

165 Gifford 2005, p. 15-6.

166 Shapiro 1989, p. 930-1.

167 Gifford 2005, p. 81: 'Scientific understanding in our time informs us that, in a probabilistic or actuarial sense, millions of people suffer from diseases resulting from exposure to mass products and other toxic substances. Yet nearly a full generation after courts first addressed the troubling causation problems inherent in cases involving latent diseases and other harms resulting from exposure (...) the individual causation requirement in tort (...) remains remarkably resilient, denying compensation to the victums of such harms'.

zouden wel aan de oplossing van dat vraagstuk kunnen bijdragen.[168] Deze komen hierna en kort in 4.8.3 aan bod.

Een ander argument is dat het entiteitsmodel, beter dan het consolidatiemodel, bijdraagt aan de doelstellingen van class action die in 4.3.2 aan bod kwamen: proceseconomie, rechtszekerheid en rechtseenheid.[169] Dat is onder meer goed zichtbaar bij de 'collectieve' berekening van de omvang van de individuele schadevergoedingen, hetgeen past in het entiteitsmodel, maar binnen de consolidatiegedachte als problematisch wordt gezien.[170] Deze berekening vindt plaats niet in afzonderlijke 'schadestaatprocedures', maar door middel van 'sampling' technieken, waarbij gebruik wordt gemaakt van statistische gegevens van de class en steekproeven.[171] Sommige onderzoekers betogen dat deze aanpak niet alleen tot kostenbesparingen en preciezere uitkomsten leidt,[172] maar ook tot grotere voorspelbaarheid van de uitkomsten en uniformiteit van de vergoedingen.[173] Hiertegenover staat echter dat sampling en soortgelijke kwantitatieve technieken een 'levelling effect' hebben: zwakkere claims worden overgecompenseerd, ten koste van de sterkere.[174] Vooral indien de sterkere

168 Issacharoff 1990-1991, p. 467 legt uit hoe dat kan gaan: 'Once the total award package is determined, the second part of the proposal comes into play. It then becomes necessary to distribute this money among the members of the plaintiff class. No seventh amendments (...) question remains because the gross damage award extinguishes any adversarial issue regarding the transfer of funds from defendants to plaintiffs and ends the defendants' interest in further proceedings. The administrative distribution of damages permits a dramatic simplification of the final proceedings. This process would allow the court to determine a formula for pro rata share of damages among plaintiffs, relying on a damages matrix...'.

169 Shapiro 1989, p. 933-4.

170 Is in de rechtspraak wel verschillende keren toegepast: Cimino v. Raymark Indus., 151 F.3d 297 (5th Cir. 1998), In re Fibreboard Corp., 893 F.2d 706 (5th Cir.1990), Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996). Issacharoff 1990-1991, p. 471-2 noemt ook een aantal voorbeelden uit de rechtspraak, maar concentreert zich vervolgens op de zaak Cimino, waar hij ook bij betrokken is geweest als special master. Ook Bone 1993 besteedt veel aandacht aan deze opmerkelijke zaak. Newberg & Conte 2004, hfd. 10: p. 483-7 bespreken eveneens voorbeelden uit de rechtspraak.

171 Daarbij zijn verschillende methoden denkbaar. Abraham & Robinson 1992, Abraham & Robinson 1990 (hun voorstel houdt in dat de omvang van schadevergoedingsbedragen bepaald wordt op basis van een 'set of historical cases, those that have been resolved by settlement or fully litigated judgment in similar cases, with case similarity defined by statistically generated claim profiles'; hun voorstel is echter niet beperkt tot de afwikkeling van substantiele massaschade; zij streven een meer fundamentele wijziging van het common law system, waarin sprake is van een 'misplaced preoccupation with individualism', na: Bone 1993, p. 564 en noot 7). Rosenberg1987, breekt een lans voor toepassing van 'sampling' bij de afwikkeling van substantiële massaschade: Bone 1993, p. 566, noot 14, maar zie ook Klonoff & Bilich 2000, p. 370, 803 e.v. en Bone 1993, p. 561-664 die ook de schaduwzijde laten zien.

172 Aldus Saks & Blanck, 1992, Bone 1993, p. 566. Ten aanzien van de besparingen die sampling kan opleveren (van litigation en delay costs) is volgens Bone 1993, p. 598, noot 104 een nuancering op zijn plaats, vanwege een mogelijke aanzuigende werking.

173 Blumstein, Bovbjerg & Sloan 1991: Bone 1993, p. 566, noot 13.

174 Issacharoff 1990-1991, p. 470, Bone 1993, p. 576-94.

claims ook nog 'substantiële' claims betreffen, wordt dit effect als bezwaarlijk ervaren,[175] maar het lijkt niet onoverkomelijk. In de literatuur is bepleit dat de toepassing van de juiste kwantitatieve methode of sampling techniek, waarmee de representatieve gevallen per groep worden gekozen, het 'levelling effect' in aanzienlijke mate kan ondervangen.[176] Daarnaast lijken er enige indicaties te zijn dat ook bij een traditionele individuele afwikkeling de eisers met kleine vorderingen over- en die met grote vorderingen ondergecompenseerd worden.[177] Ook blijven sommige auteurs de stelling bestrijden dat bij een individuele behandeling de schadelijders een *volledige* schadevergoeding ontvangen. Het gaat steeds om benaderingen en schattingen van de omvang van de werkelijke schade.[178] Dergelijke indicaties en argumenten relativeren de genoemde bezwaren tegen sampling enigszins. Een ander bezwaar dat tegen sampling wordt genoemd, betreft het gevaar van toename van zogenaamde 'frivolous suits'.[179] Dat zijn acties waaraan geen deugdelijke vordering ten grondslag ligt, maar die niettemin worden ingesteld in de hoop om toch enige vergoeding van de beweerde verweerders te verkrijgen, die op oneigenlijke gronden tot een schikking worden gedwongen. Dat gevaar dat meer in het algemeen bij class actions wordt gesignaleerd en dus door sampling 'slechts' versterkt wordt, komt aan bod in 4.7.

---

175 In de Amerikaanse literatuur en in de rechtspraak is vaak de vraag gesteld of en zo ja, in welke mate class action de inhoud heeft veranderd van de individuele materiële aanspraken die daaraan ten grondslag liggen: Klonoff & Bilich 2000, p. 7, onder 'the impact of procedure on substance': 'Judges and scholars have often debated whether, and to what extent, aggregate litigation actually changes the substance of the claims being litigated.' Sampling heeft een dergelijke wijziging tot gevolg, omdat een inbreuk plaatsvindt op het recht op een volledige compensatie. Dat is problematisch ook met het oog op de Rules Enabling Act die bepaalt dat de federale processuele rechtsregels, waarvan Rule 23 deeluitmaakt, 'shall not abridge, enlarge or modify any substantive right'. Het gaat hier om een constitutionele bescherming, omdat het een wijziging zou betreffen die niet door het congres is goedgekeurd: 28 U.S.C. § 2071 et seq.; Pub. L. No. 73-415; 48 Stat. 1064, in het bijzonder § 2072 onder b. De Act is te raadplegen via <http://www.uscourts.gov/rules/rulesenabling act.html#2072>. Zie voorts Newberg & Conte 2002, hfd 10: p. 483 noot 2.

176 Bone 1993 noemt onder meer 'sample averaging', 'stratified sampling' en het 'regression model'. Laatstgenoemde is het meest kostbaar en zou daarom eerder toegepast kunnen worden als de individuele belangen substantieel zijn. Het gaat te ver om hier alle ins en outs van sampling te behandelen. De studie van Bone 1993 is bijzonder lezenswaardig en instructief, omdat het uitgewerkte en onderbouwde conclusies en aanbevelingen bevat voor diegenen – rechters of wetgevers – die met het doordenken en de implementatie van sampling in het (massaschadeafwikkelings)proces te maken hebben.

177 Hensler 1989, p. 100. Op p. 100-3 onderbouwt ze deze bevindingen met verwijzing naar relevante empirische studies, maar zoals ze zelf ook aangeeft, is de empirische basis nogal mager, omdat er weinig studies over het onderwerp zijn. De studies die er zijn, bevatten echter die indicaties.

178 Saks & Blanck 1992: Bone 1993, p. 577: 'the results generated by individual trials (...) are merely approximations of actual damages for each case'. De vraag is echter, zoals ook Bone 1993 terecht stelt, welke schatting (van de collectieve of van de individuele berekening) de werkelijke situatie het meest benadert.

179 Bone 1993, p. 593-4.

Implicaties van partijautonomie in de context van massaschade kunnen eveneens een pleidooi vóór het entiteitsmodel opleveren.[180] Het ontbreken van formele consolidatiemechanismen waarin vrijblijvendheid en vrijwilligheid opgeofferd worden voor gecentraliseerde controle levert slechts schijnzekerheid op voor de uitoefening van partijautonomie in de setting van massaschade. Bij gebrek aan formele consolidatiemechanismen zullen veel en uiteenlopende vormen van *informele consolidatie* ontstaan, omdat belangenbehartigers en rechterlijke organisatie door de macht van de getallen tot enige 'clustering' gedwongen worden. Aan informele collectieve samenwerkingvormen zijn ook voordelen verbonden.[181] Het nadeel hiervan is dat deze vormen van consolidatie aan het zicht zijn onttrokken en op ad hoc basis ontstaan. De gevolgen en de implicaties van de incidentele aanpak zijn daardoor lastiger te analyseren en te doordenken met alle ongewenste gevolgen voor de potentiële groepsleden, alsmede voor de overige bij de afwikkeling betrokkenen van dien.[182]

4.6.4 Consequenties

De benadering van de class als entiteit heeft verschillende consequenties.[183] Zoals reeds aangekondigd zal ik hier ter illustratie vier consequenties behandelen, namelijk voor het kennisgevingsvoorschrift en de mogelijkheid van opt out,[184] voor de ontvankelijkverklaring van class actions ten aanzien van sluipende massaschade en voor het gebruik van kwantitatieve methoden bij de bewijslevering.

Het entiteitsmodel brengt mee dat het kennisgevingsvoorschrift moet worden toegepast in het licht van het kostenaspect: het mag niet de doodsteek voor de actie betekenen. Onder omstandigheden zal dat tot een selectieve toepassing leiden, hetgeen wil zeggen dat slechts een representatieve groep van de class op de hoogte van de actie zou hoeven te worden gesteld. Het verschil tussen het consolidatie- en het entiteitsmodel is vooral zichtbaar bij de vorming van het rechterlijke beleid ten aanzien van opt out-verzoeken. In het licht van de entiteitsgedachte dienen deze restrictief en slechts onder beperkte voorwaarden te worden toegestaan. Juist diegenen die van

---

180 Steun voor dit argument vind ik bij Hensler 1989, p. 104. Hoewel zij het over 'informal and formal aggregation' heeft en niet over 'het consolidatie- en het entiteitsmodel', meen ik dat het door haar gehanteerde onderscheid vele overeenkomsten vertoont met de hier gehanteerde tweedeling.

181 Hensler e.a. 1985, p. xiii-xiv geeft aan welke voordelen hieraan voor de betrokkenen verbonden zijn.

182 In die zin Bone 2006, p. 76-7 en Erichson 2000 die tevens heeft geprobeerd om een aantal van die implicaties voor het US-regime in kaart te brengen. Hensler e.a. 1985, p. xiv wijzen ook op de gevaren daarvan: 'As the specific participants change, so may the informal understandings about the set of issues that are 'settled'.'

183 Voor een deel betreffen deze onderdelen van het hiervoor in 4.4.2 besproken certificatieproces, voor een deel betreffen ze andere onderwerpen.Uitgebreid hierover Shapiro 1989, p. 935-42, in het bijzonder p. 935-6, p. 941-2, waar hij nog de ontvankelijkheid van class actions met sluipende massaschade als onderwerp noemt of de aanpassing van geldende materieelrechtelijke leerstukken, die collectieve afwikkeling in de weg staan.

184 Hetgeen ik hierna te dien aanzien opmerk, is vooral ontleend aan Shapiro 1989, p. 932, 937-8, 940-1.

de mogelijkheid gebruik willen maken, moet men binnen de groep zien te houden, omdat van hen kan worden verwacht dat zij actief en kritisch het optreden van de class vertegenwoordiger en de advocaat zullen volgen, met als gevolg dat een zo optimaal mogelijk resultaat voor de groep wordt bereikt. De actieve rechter, die overigens ook in het consolidatiemodel aanwezig is, zou volgens de entiteitsgedachte een verzoek tot opt out moeten weigeren, indien dat niet in het belang van de groep is. Ook indien het vaststaat dat deelname aan de groep voor een aantal van de leden nadelig is.

Een andere belangrijke consequentie van een keuze voor het entiteitsmodel is dat de leden van de class een grote rol in de actie blijven spelen, zij het niet als cliënt, maar als een *vertegenwoordiger* van de cliënt: de class, zoals dat ook het geval is bij andere procederende entiteiten. Een aandachtspunt daarbij blijft wel het ontwikkelen en toepassen van methoden die ervoor zorgen dat de 'vertegenwoordigers' representatief genoeg blijven voor de groep, hetgeen kan impliceren dat regelmatig steekproeven zouden moeten worden genomen.

Het entiteitsmodel brengt tevens mee dat de thans problematische ontvankelijkverklaring van class actions ten aanzien van sluipende massaschade, eenvoudiger wordt.[185] Twee eerder in 1.3.2 genoemde aspecten spelen dat type class actions thans parten: de vereiste 'rijpheid' (maturity) van de actie en het probleem van de 'toekomstige benadeelden'.[186] Een aanpak van sluipende massaschade die bij het entiteitsmodel past, zou zijn om een class voorwaardelijk ontvankelijk te verklaren, zodat informatievergaring adequaat kan plaatsvinden en mogelijk meerdere zogenaamde

185 De huidige stand van de rechtspraak ten aanzien van sluipende massaschade is dat class actions in die gevallen slechts voor zogenaamde 'medical monitoring claims' worden toegestaan. Dat zijn claims van potentiële toekomstige slachtoffers van sluipende schade, die blootgesteld zijn geweest aan een product, maar bij wie nog geen ziekte zich heeft geopenbaard. De class action is geen damages class action, maar een type dat hier buiten beschouwing blijft: de klagers verzoeken een 'declaratory or injunctive relief', doorgaans dat een 'medical monitoring program' wordt opgezet dat het mogelijk maakt dat zij regelmatig medisch onderzocht worden: Gifford 2005, p. 35-6 en de literatuur bij noot 84 (bij adequate class vertegenwoordiger: de toekomstige benadeelden). Over de problematiek van monitoring acties is inmiddels ook het nodige geschreven, zie onder meer: Garner, Kornman & Coats 2000, Hazard 2000, Maskin, Cailteux & McLaren 2000. Daarnaast wordt in de literatuur een toename van zelfstandige acties gesignaleerd van gezondheidsinstellingen- en organisaties, openbare lichamen e.d. die de ziektekosten van slachtoffers van sluipende massaschade hebben vergoed: Gifford 2005, p. 55-61.

186 Met de rijpheid van de collectieve actie wordt bedoeld dat in anterieure individuele procedures voldoende inzicht en informatie moet zijn verkregen over de relevante onrechtmatigheids-, causaliteits- en schadeomvangvragen, voordat een collectieve aanpak kan worden gevolgd. Het zijn vooral de ontoereikende stand van wetenschap en techniek waardoor het onmogelijk is om de verbanden tussen bepaalde oorzaken en gevolgen vast te stellen, en de daarmee samenhangende vraag hoe dat zich in juridische termen dient te vertalen. De gedachte is dat daarover eerst in individuele gevallen rechtspraak moet worden ontwikkeld, voordat collectieve behandeling op een verantwoorde wijze kan plaatsvinden: Hensler e.a. 2000, p. 106-7 en noot 161, C. Menkel-Meadow 1998, p. 524-526. McGovern 1989 heeft als eerste de aandacht gevestigd op deze problematiek. Kritiek over het vereiste vindt men bij Rosenberg 1989, p. 707-13 en Case Comment 1997, p. 979-81.

'bellwether trials' kunnen worden gevoerd,[187] waarna definitief over de ontvankelijkheid kan worden beslist. Indien de beslissing positief zou uitvallen, dan zullen ook diegenen die de actie hebben opgestart, daarvan profiteren.

De toepassing van bewijslevering door middel van statistieken en zogenaamde 'sampling technieken', die thans een enkele keer worden ingezet, maar met het oog op de due process gedachte als problematisch worden ervaren, past moeiteloos binnen het entiteitsmodel.

Vooralsnog wordt het entiteitsmodel in het Amerikaanse regime niet onderschreven en geldt nog altijd als uitgangspunt het individuele day in court beginsel, ook in massaschadeverhoudingen. Het beeld dat men in de praktijk aantreft, schept echter verwarring, omdat de class action praktijk en vooral de recente regelgeving elementen bevatten die passen binnen de entiteitsgedachte. Deze houden vooral verband met de actieve rol van de rechter in class actions, waarbij hij het gebruik van sampling technieken niet schuwt, en zijn geïntensiveerde toezicht op de handelwijze van de class advocaat. Een grond voor dat laatste is echter niet alleen te vinden in de entiteitsgedachte, maar ook in de specifieke dynamiek van de class action, een onderwerp dat in de volgende paragrafen aan bod komt. Deze verwarring kan voorkomen worden indien de wetgever, zoals in de literatuur[188] wordt bepleit, een expliciete normatieve keuze zou maken voor de toepassing van het entiteitsmodel in de setting van massaschade.

4.7 De dynamiek van schaalvergroting

4.7.1 Algemeen

Het volgende thema duid ik aan als de 'dynamiek van schaalvergroting'. Reeds bij de bespreking van het Engelse regime in 3.9.1 wees ik erop dat er sprake is van een bijzondere wisselwerking, een specifieke dynamiek, tussen de collectieve afwikkeling van massaschade en de manier waarop collectieve acties gefinancierd worden. Wat de dynamiek is, zal per geval, dat wil zeggen per financierings(rechts)stelsel, moeten worden bepaald. No cure no pay is het belangrijkste financieringsmechanisme in het Amerikaanse regime en daarmee de voornaamste financieringsbron van class actions. De dynamiek die dit gegeven in combinatie met de 'American rule' (elke partij draagt haar eigen advocaatkosten) veroorzaakt, zijn onderwerp van talloze en omvangrijke – ook rechtseconomische en empirische – studies. Daarin tracht men aan te tonen, (1) wat de gevolgen van die dynamiek zijn, (2) dat een correctie daarvan nodig is

187 Dat zijn in feite proefprocessen. Een aantal is echter geselecteerd door de eisers en een aantal door de verweerders: Shapiro 1989, p. 935, noot 55.

188 Shapiro 1989, p. 942-60. Gifford 2005, p. 81-3 is behoudender, waar hij zich in het kader van de problematiek van sluipende massaschade afvraagt of het rechtssysteem wel het meest geschikte instrument is om welzijnsdoelstellingen te realiseren: één van de rechtvaardigingsgronden die voor het entiteitsmodel worden aangevoerd.

en (3) wat deze correctie zou moeten inhouden. De collectieve schikking (class settlement) is daarbij een centraal onderwerp gebleken. Ik ben hier reeds eerder in relatie tot een andere vorm van massaschade uitvoerig op ingegaan.[189] Daarom volsta ik met een verwijzing daarnaar en een samenvatting van de belangrijkste punten (in 4.7.2), voorzover nodig aangevuld met recente en voor substantiële massaschade relevante informatie. Een ander vraagstuk dat de laatste jaren veel auteurs bezig houdt en binnen dit thema past, betreft de discussie over de superioriteit van zogenaamde 'opt out' ten opzichte van 'no-exit' classes (4.7.3).

4.7.2 Een terugblik op misbruikgevaar

Een feit is dat nagenoeg alle class actions na ontvankelijkverklaring door middel van een collectieve schikking worden beëindigd. Er is maar een handvol class actions dat daarna uitgeprocedeerd wordt.[190] Ondanks het feit dat collectieve schikkingen aan rechterlijk toezicht zijn onderworpen, zou men naar mijn idee kunnen stellen dat het om een vorm van ADR gaat.[191] Daarmee is ADR in het Amerikaanse systeem het belangrijkste mechanisme voor de afwikkeling van massaschade. Eén van de voornaamste gevolgen van de dynamiek die class actions in het Amerikaanse regime veroorzaken, heb ik eerder aangeduid als het 'misbruikgevaar'. Dat leidt tot twee mogelijke typen collectieve schikkingen: 'blackmail' of gedwongen schikkingen en de sell-out of sweetheart settlements.[192]

Het misbruikgevaar bij blackmail of gedwongen schikkingen heb ik omschreven als 'het creëren van volume dat voor een belangrijk deel uit ondeugdelijke vorderingen kan bestaan, maar de wederpartij wel tot een onredelijke schikking kan bewegen, omdat de wederpartij bijvoorbeeld reputatieverlies vreest of het aantrekkelijker (lees: goedkoper) vindt om iets te betalen om er maar vanaf te zijn.'[193] Ook bleek dat

---

189 Namelijk in relatie tot strooischade: Tzankova 2005, p. 60, 87-8, 99-121.

190 Willging, Hooper & Niemic 1996, p. 60, Priest 1997, p. 522, Rubenstein 2001, p. 372 en Klonoff & Bilich 2000, p. 362.

191 In soortgelijke zin ook McGovern 2005, p. 1365, die van 'claims resolution facilities' spreekt als een alternatief voor het 'standard litigation model'. Zie voorts Resnik 2003, p. 186-91.

192 Tzankova 2005, p. 87-8.

193 Tzankova 2005, 99. In de literatuur wordt naast blackmail settlements en meer in het algemeen 'frivolous or strike suits', nog gesproken van 'nuisance-value settlements' en 'negative value settlements'. Voor een recent overzicht van de belangrijkste studies over 'frivolous suits' zie Kozel & Rosenberg 2004, p. 4, noot 1. Relevante rechtspraak komt aan bod bij Newberg & Conte 2004, hfd. 15, p. 97-100. Alle vier verschijnselen kunnen zich ook buiten de context van class action voordoen. Aan nuisance-value settlements liggen vorderingen ten grondslag die evident ongegrond zijn (plainly meritless), maar de verweerder niettemin tot een schikking kunnen bewegen voor een bedrag dat lager is dan de kosten gemoeid met het initiëren van een preliminaire procedure (bijvoorbeeld summary judgment), waarin de gegrondheid van de vordering summier wordt beoordeeld: Kozel & Rosenberg 2004, p. 4. Aan 'negative value settlements' liggen doorgaans claims ten grondslag met een geringe kans op succes, die de verweerder tot een 'positive value' schikking kunnen bewegen, omdat hij niet over de informatie beschikt om de kansen op succes van de claim te kunnen beoordelen: Bebchuk 1988. Dit model is later aangevuld in Bebchuk 1996: zie ook Kozel

er verschillende theorieën hierover ontwikkeld zijn, waarvan de meest relevante, ook voor afwikkeling van substantiële massaschade, samengevat kunnen worden onder de noemers 'due process' en 'risicomijdend gedrag en overpayment'.[194] Met name de tweede, door Posner ontwikkelde, theorie wordt als de 'heersende' aangemerkt.[195] In de literatuur is zij op verschillende gronden bekritiseerd.[196] Sommige critici wijzen erop dat het instrument bedrijven en instellingen in financiële moeilijkheden brengt en tot gedwongen faillissementen leidt.[197] Dat is vooral in een aantal gevallen van productaansprakelijkheid gebleken. Naast een aantal andere kanttekeningen, die men bij het causaal verband tussen class action en de gestelde moeilijkheden kan plaatsen,[198] dient te worden opgemerkt dat in veel gevallen het beroep op de faillissementsprocedure en de bijhorende reorganisatiemogelijkheden doelbewust geschiedt. In de afgelopen jaren valt in Amerika, mede als gevolg van rechtspraak van de hoogste rechter die collectieve schikkingen in sommige massaschadegevallen aan banden heeft gelegd,[199] een tendens te bespeuren om via een reorganisatie of faillissement 'global peace' te bewerkstelligen. De meningen over de superioriteit van settlement class actions boven reorganisatie en faillissement als een afwikkelingsmechanisme van massaschade zijn verdeeld.[200] Een andere tendens bij sluipende massaschade, bijvoorbeeld als gevolg van productaansprakelijkheid, betreft 'inventory' of 'aggregate

---

& Rosenberg 2004, p. 7-8, noot 11.

194 Tzankova 2005, p. 100-4.

195 Hay & Rosenberg 2000, p.1391-2, Kozel & Rosenberg 2004, p. 45 en Tzankova 2005, p. 102-4.

196 Onder andere door Hay & Rosenberg 2000, p. 1403-4, die erop wijzen dat de verweerders 'are not alone in gambling everything on the outcome of a single, classwide trial and that class counsel faces the same single coin flip, and that the blackmail effect distorts settlements of separate action litigation as well as settlements of class actions (...) mass producer defendants generally have the advantage in extracting 'blackmail payoffs' in settling separate actions arising from mass production risks' (zie ook Kozel & Rosenberg 2004, p. 45, noot 94) en Notes Harv.L.Rev. 2005, p. 598-601: de kritiek komt hierop neer dat voorzover er al sprake is van een blackmail scenario, dat zich alleen voordoet bij 'class action that have exceedingly little merit'. Silver 2003, 1408-11 en Tzankova 2005, p. 106-10 (waarbij de laatstgenoemde iets genuanceerder is) betwijfelen op basis van een analyse van het beschikbare empirische materiaal in hoeverre van risicomijdend gedrag bij de verweerder werkelijk sprake is. Er zijn ook studies over risicopreferenties van de bij een (collectieve) schikking betrokken partijen die laten zien dat de werkelijkheid complexer is dan de traditionele economische modellen voorspellen: Notes Harv.L.Rev. 2005.

197 Eerder heb ik de empirische gegrondheid van deze stellingen geprobeerd vast te stellen: Tzankova 2005, p. 107-8, noten 368-9.

198 Bijvoorbeeld of de moeilijkheden door class action worden veroorzaakt. Denk aan het Nederlandse voorbeeld van Dexia waar financiële problemen ook bij de afwezigheid van het instrument kunnen worden verwacht. Gesteld zou kunnen worden dat class action financiële ontsporing juist zou kunnen voorkomen.

199 Amchem Products v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997) en Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815 (1999). De Supreme Court spreekt zich uit tegen de geschiktheid van de collectieve schikking als een afwikkelingsinstrument voor asbestclaims. Klonoff & Bilich 2000, p. 172-85, 602-19, 660-5.

200 Vairo 2003 (een instructief artikel), Rice & Davis 1999 en White 2004, p. 196-8 (vóór collectieve schikkingen), Gibson 2000 (vóór afwikkeling via een faillissementsreorganisatie, mits de efficiëntie van de procedure wordt verbeterd).

litigation and settlements'.[201] Dat komt neer op procederen als gevolmachtigde, waarbij de belangenbehartigers aan slachtofferzijde de meest kansrijke zaken voor proefprocessen selecteren en op basis daarvan schikkingsonderhandelingen met de verweerders aangaan. Voor de verweerders heeft dat als nadeel dat zij slechts met de meest kansrijke zaken worden geconfronteerd en op basis daarvan schikken. De aldus bereikte schikkingen zijn daarom niet voldoende representatief.

De voorstellen die geopperd worden om het lichtvaardig instellen van class actions en daarmee de totstandkoming van 'blackmail settlements' tegen te gaan, variëren van de toepassing van maatregelen die beogen om de inhoudelijke gegrondheid van class actions aan de poort te screenen (front end)[202] tot maatregelen die dat achteraf beogen te doen (back end).[203] Tot de eerste groep behoren de voorstellen om alle collectieve schikkingen te onderwerpen aan een (meer of minder) summiere preliminaire inhoudelijke beoordeling.[204] In de literatuur wordt echter gewaarschuwd voor het toegenomen gebruik van instrumenten als summary judgment. Deze tendens doet zich niet specifiek in de setting van class actions voor, maar ook bij traditionele procedures in het kader van 'managerial judging' en case management door de rechter. Ze wordt ingegeven door efficiëntie overwegingen. Het gevolg is dat bij de rechter een te grote macht wordt neergelegd, hetgeen een onaanvaardbare inbreuk zou opleveren op de voor het Amerikaanse regime klassieke uitgangspunten zoals het recht op een juryrechtspraak en de day in court.[205]

Tot de tweede groep (back end)[206] behoren de voorstellen om de inhoud van de bereikte collectieve schikking aan een integrale toetsing of aan een meer intensieve screening te onderwerpen en de verplichting voor de rechter om dezelfde actieve houding aan te nemen bij de vaststelling van de beloning van de class advocaat. Met de wetswijziging van december 2003 en CAFA is een aantal maatregelen dat in de lijn van deze 'back end voorstellen' ligt, geïmplementeerd.[207] Andere mogelijke

---

201 Coffee 1995, p. 1373-5 spreekt als één van de eersten in de literatuur van 'inventory settlements', Klonoff & Bilich 2000, p. 596, Bone 2006, p. 76-7.

202 Tzankova 2005, p. 110.

203 Tzankova 2005, p. 110-1 en de daar aangehaalde literatuur in het bijzonder Hensler & Rowe 2001.

204 Onder het Amerikaanse regime bestaan verschillende procesfiguren die een dergelijke toets mogelijk maken: 'merits review on a motion for summary judgment or other standard dispositive motion', 'motion to dismiss', 'precertification merits review'. Zie onder andere Miller 2004, Kozel & Rosenberg 2004, Hazard 2001 en de literatuur genoemd in Kozel & Rosenberg 2004, p. 36, noot 74.

205 Miller 2003, p. 1132-4.

206 Tzankova 2005, p. 111 en de daar aangehaalde literatuur.

207 Zie Rule 23 (h) en bijhorende advisory committee notes, die inwerking trad met de wetswijziging van december 2003 en die de beloningsvraag normeert, en § 1711-1715 CAFA die specifieke bepalingen bevat voor de vaststelling van de beloning, indien er sprake is van zogenaamde 'coupon settlements' (daarin ontvangen de class leden in plaats van een vergoeding, tegoedbonnen). Factoren die bij de vaststelling een rol spelen zijn de concrete resultaten die door de class advocaat voor de class leden geboekt zijn en eventuele in het kader van de selectieprocedure verstrekte kostenbegrotingen. Uitvoerig over de praktische uitwerking van het beloningsvraagstuk zijn Newberg & Conte 2004, hfd. 14, p. 503-626. Daarnaast bepaalt CAFA dat van de verzoeken tot goedkeuring van een collectieve schikking in consumentenkwesties (in de regel gevallen van strooischade) kennisgeving van het verzoek ook naar 'the appropriate State and Federal officials' dient te worden gestuurd en

opties die genoemd worden, betreffen het gebruik van beschikbare sanctiemogelijkheden en de introductie van de zogenaamde 'English rule', die inhoudt dat de verliezer de proceskosten van de wederpartij betaalt.[208] Ten slotte stellen sommige auteurs een 'tussenoplossing' voor, waarbij partijen de mogelijkheid krijgen om de totale waarde van een class action niet te bepalen op basis van de uitkomst in een enkel geval, maar aan de hand van een representatief aantal gevallen.[209]

De sell-out of sweetheart-settlements bij substantiële massaschade kunnen worden omschreven als schikkingen die niet de meest optimale uitkomst voor de individuele schadelijders bevatten, maar de class advocaat wel van een riant honorarium verzekeren.[210] In de Amerikaanse rechtspraak en literatuur is hier de laatste tijd veel belangstelling voor en dat blijkt te maken te hebben met twee ontwikkelingen in de class action praktijk die volgens sommigen dit type schikkingen in de hand werken, namelijk de ontvankelijkverklaring (certificatie) van 'settlement-only classes' en van class actions ten aanzien van sluipende massaschade, waarin ook de aanspraken van toekomstige benadeelden worden meegenomen.[211] In het eerste geval wordt een class ontvankelijk verklaard uitsluitend met als doel om een collectieve schikking goed te keuren en verbindend te verklaren. Als dat niet lukt, valt de class uit elkaar en volgen eventueel afzonderlijke procedures. De onderhandelingen tussen de class advocaat en de verweerder zijn afgerond voordat het verzoek bij de rechter wordt ingediend. Dat geeft de verweerder de mogelijkheid voor een zogenaamde 'reverse auction': een zoektocht naar een class advocaat die bereid zal zijn om voor het laagste bedrag te schikken. In deze visie betekent dat automatisch dat de class leden hierdoor gedupeerd zullen worden.[212] Het probleem bij schikkingen die ook toekomstige benadeelden

---

dat de rechterlijke goedkeuring aan bepaalde motiveringseisen dient te voldoen. Zie onder andere Vairo 2005, p. 9-22, Pissott Reigh e.a. 2005, p. 1090-1.

208 Hensler & Rowe 2001 en Kozel & Rosenberg 2004, p. 46-7 en noot 103 met verdere verwijzingen, maar laatstgenoemden zijn sceptisch over beide toepassingsmogelijkheden en geven de voorkeur aan de verplichte preliminaire inhoudelijke beoordeling.

209 Voor bijzonderheden omtrent dit voorstel zie Hay & Rosenberg 2000, p. 1403-6.

210 Tzankova 2005, p. 87, 111-2 geeft een definitie van dit type, dat is geënt op een ander type massaschade: strooischade. Zie voorts over sell-out schikkingen Coffee 1995, p. 1347-8, Koniak 1995, p. 1055-6, Koniak & Cohen 1996, p. 1053-7, Hay & Rosenberg 2000, p. 1390-91.

211 Hay & Rosenberg 2000, p. 1390-1. Meer over het onderscheid tussen 'litigation class action' en 'settlement class action': Rice & Davis 1999, p. 410-8.

212 Coffie 1995, p. 1370-73, Nagareda 1996, p. 960: Hay & Rosenberg 2000, p. 1391, noot 26, Rothstein & Willging 2005, p. 6-7, 14, 15-6 bespreken tevens een aantal factoren dat op een 'reverse auction' zouden kunnen duiden. Over settlement only-classes zie voorts Pissott Reigh, 2005, p. 1092-944. Hensler e.a. 2000, p. 477-81 en Rosenberg 2002, p. 860-1, Hay & Rosenberg 2000, p. 1397-402 noemen ook andere bezwaren die tegen de 'settlement only-classes' kunnen worden aangevoerd. MCL 2004, p. 313-5 laat het rechterlijke perspectief zien: er worden aanwijzingen gegeven over waar de rechter op moet letten indien hij/zij met een goedkeuringsverzoek van een settlement class te maken heeft. De Supreme Court heeft de mogelijkheid van de goedkeuring van dergelijke schikkingen beperkt: zie onder meer Rutherglen 2002, p. 3. In deze visie en terminologie komt de Nederlandse regeling voor de collectieve afwikkeling van massaschade neer op de goedkeuring van een 'settlement class'.

betreffen, is dat het lastig is om de waarde van hun vorderingen realistisch te begroten en dat daarom genoegen wordt genomen met ontoereikende schikkingen.[213]

Het misbruikgevaar bij sell-out of sweet-heart schikkingen wordt in de rechtseconomische literatuur in verband gebracht met twee mogelijke interne belangenconflicten. Het eerste is dat tussen de class vertegenwoordiger en de overige class leden. Dat kwam reeds aan bod in 4.5.2, waar ik tevens erop wees dat een eventueel conflict ook gevolgen kan hebben voor de geschiktheid van de class advocaat: hij mag niet voor cliënten optreden die tegenstrijdige belangen hebben. Het belangenconflict dat zich bij sell-out schikkingen tussen de class advocaat en de class leden kan voordoen, is echter van een andere aard. Het houdt verband met een probleem dat rechtseconomen aanduiden als 'agency costs' en waarvoor ze een theorie hebben ontwikkeld.[214] Dat probleem komt eenvoudig gesteld hierop neer dat het voor derden heel lastig is om de kwaliteit en daarmee de aanvaardbaarheid van het uiteindelijk bereikte schikkingsresultaat te beoordelen. Een vertegenwoordigingsmechanisme als class action, dat een hoeveelheid aanspraken bij een aantal partijen concentreert, heeft, zoals ook in 4.3 bleek, veel voordelen, maar vergroot tegelijkertijd de agency costs ofwel de mogelijkheid dat een intern belangenconflict de kans krijgt om zich te manifesteren.[215] Er is ook een groep schrijvers die dat conflict relativeert door het in verband te brengen met eventuele uiteenlopende risicopreferenties van de class leden (risicomijdend of risicozoekend) en de class advocaat (risiconeutraal).[216]

Elders[217] heb ik getracht om na te gaan hoe reëel het gevaar voor sell-out settlements is. Er bleken indicaties te zijn dat dergelijke schikkingen incidenteel voorkomen, maar in welke mate bleef onduidelijk. Dit blijkt ook te maken te hebben met methodologische problemen bij het empirisch onderzoeken van het verschijnsel.

De voorstellen om sell-out schikkingen tegen te gaan, kunnen globaal worden ingedeeld in twee categorieën: 'monitoring' en 'incentives'.[218] In het eerste geval wordt toezicht gehouden op de handelwijze van de class advocaat. Dat kan op verschillende manieren: via het tuchtrecht of het inschakelen van 'toezichthouders', zoals de rechter, deskundigen of 'invloedrijke' class leden (lead plaintiffs: doorgaans organisaties en instituties). In het tweede geval probeert men adequate financiële incentives voor de class advocaat te creëren, zodat een eventuele belangentegenstelling met de class zo minimaal mogelijk is. Dat zou de veel kostbaardere 'monitoring' overbodig maken. Beide type maatregelen hebben voor- en nadelen. Er bestaat geen overeenstemming over de vraag welk type maatregelen te prefereren is. Wel is het zo dat er

---

213 Coffee 1995, p. 1373, Nagareda 1996, p. 950-60, Wolfman & Morrison 1996, p. 452: Hay & Rosenberg 2000, p. 1391, noot 25.

214 Tzankova 2005, p. 112-4 geeft een uitleg over agency costs in de class action setting.

215 Tzankova 2005, p. 112 (§ 5.4.1),

216 Notes Harv.L.Rev. 2005, p. 602.

217 Tzankova 2005, p. 114-6.

218 Uitgebreid hierover met verdere verwijzingen Tzankova 2005, p. 116-20. En voorts Hay & Rosenberg 2000, p. 1392-8, Hay 1997, Rosenberg 2002, p. 863, die op basis van hun analyse voorstellen dat de hoogte van het honorarium van de class advocaat in een settlement class hetzelfde percentage is als dat zou zijn geweest in de class action, zou die goedgekeurd zijn geweest.

maatregelen zijn die vanuit beide perspectieven aantrekkelijk lijken.[219] Bovendien zou men voor een combinatie van maatregelen kunnen kiezen: bijvoorbeeld voor een monitoring door de rechter of een externe deskundige in combinatie met een fee structuur.[220]

Een laatste groep voorstellen richt zich niet op voorkoming of vermindering van agency costs, maar op regulering van de risicopreferenties van de feitelijke partijen aangezien vooral asymmetrieën in de risicopreferenties van die partijen en hun advocaat in de weg staan aan een in rechtseconomische zin optimale schikking. In die voorstellen wordt juist ervoor gepleit om meer controle op de procedure te geven aan de class advocaat, omdat deze eerder risiconeutraal zal optreden. Verder worden onder meer genoemd het stimuleren van risiconeutraal gedrag bij de class leden door ze mede de kosten van de procedure te laten dragen.[221]

4.7.3 Opt out versus no exit

Eerder (in 4.5.1 en in 4.5.4) wees ik erop dat opt out als een belangrijke compensatie wordt gezien voor de inbreuk van het recht op een day in court en dat zelfs in de uitzonderlijke situatie van een 'limited fund', waarin opt out in beginsel niet mogelijk is, ervoor gepleit wordt om die optie open te stellen. In de literatuur is een 'tegenstroming' te ontdekken die ervoor pleit dat juist het limited fund regime (geen opt out of no exit) verplicht zou moeten worden gesteld ook buiten de situatie van een limited fund: de 'mandatory no exit class action'. Het betreft een fundamenteel andere benadering die met verschillende argumenten wordt verdedigd. In deze discussie is een principiële en een pragmatische opstelling mogelijk. In de pragmatische opstelling heeft de discussie over wel of niet opt out slechts een symbolische betekenis, omdat uit het in 4.5.4 aangehaalde empirisch onderzoek bleek dat van dit recht in de praktijk weinig gebruik wordt gemaakt.[222] Omdat bij de totstandkoming van de Nederlandse WCAM het recht op opt out veel discussies losmaakte, zal de principiële benadering hierna echter iets meer aandacht krijgen.

Een van de meest markante tegenstanders van 'opt out' is Rosenberg. Het voert te ver en is bovendien niet alleen ondoenlijk, maar ook onnodig om hier zijn werk, dat zich over de afgelopen twintig jaar uitstrekt en bijna elk facet van class action bestrijkt[223] in een paar alinea's samen te vatten, maar ik zal proberen om de kern van zijn gedachtegoed voorzover betrekking hebbend op de opt out mogelijkheid,

---

219 Tzankova 2005, p. 125-6: de lead plaintiff die de class advocaat selecteert en mede over zijn beloning onderhandelt. Maar recente empirische studies op het terrein van securities class actions nuanceren deze analyse: Cox & Thomas 2002, Cox & Thomas 2005, Cox & Thomas 2006, Perino 2006.

220 Zoals voorgesteld door Hay & Rosenberg 2000: zie hiervoor.

221 Notes Harv.L.Rev. 2005, p. 604-8.

222 Eisenberg & Miller 2004, p. 43-5.

223 Zie bijvoorbeeld de niet-limitatieve opsomming in Rosenberg 2002, p. 831 noot 1 of de bibliography op zijn site voor een vollediger overzicht: <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/facdir.php?id=58&show=bibliography>.

weer te geven. In de visie van Rosenberg[224] maakt class action integraal deel uit van het rechtssysteem. Als zodanig dient het te worden ingezet om de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht te realiseren. Een van die doelstellingen is het bevorderen van het individuele welzijn. Dat kan bereikt worden via preventie en compensatie van schade. Hij brengt dit terug tot de behoefte aan 'optimal tort deterrence' en 'optimal tort insurance' en gaat uit van een structureel onvermogen van overheidshandhavings- en verzekeringsmechanismen[225] om deze te waarborgen. Een ander element dat centraal staat in zijn theorie is dat de keuzes van rechtzoekenden voor de inrichting van de procedure voordat en nadat ze geconfronteerd worden met een schadetoebrengende feit dat hen persoonlijk raakt, ex ante en ex post dat feit veranderen. Hij bouwt voort op de 'original position'-theorie van Rawls.[226] Rosenbergs' vooronderstelling is dat als individuen eenmaal 'slachtoffer' zijn geworden, ze andere – egoïstische – keuzes maken dan ze vooraf zouden doen. Ex post het schadetoebrengende feit zouden ze nooit vrijwillig overgaan tot het maken van afspraken die optimale preventie en verzekering dienen en uit efficiëntie oogpunt nastrevenswaardig zijn. Rationeel handelende individuen die het bevorderen van hun individuele welzijn nastreven zouden unaniem 'insist on (and invest in) an ex post law enforcement mechanism that effectively ties everyone to the proverbial mast of required collective action' als zij het probleem van de 'wisselende voorkeur' ex ante zouden onderkennen.[227]

Tegen deze, nogal paternalistische, visie zijn verschillende bezwaren denkbaar, niet in de laatste plaats ook de bezwaren die tegen de theorie van Rawls meer in het algemeen worden aangevoerd en die neerkomen op de legitimiteit van de unanieme keuze die door Rosenberg wordt verondersteld.[228] Anderzijds onderkennen ook meer 'klassieke' auteurs die compensatie nog altijd als de centrale doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht zien, dat een 'no exit class action' per saldo meer voordelen kan hebben dan men thans geneigd is aan te nemen, vooral ook voor de specifieke en problematische groep van 'toekomstige benadeelden'.[229] Dat is zeker het geval,

---

224 Daarbij bouwt hij voort op het werk van de rechtseconomen Calabresi, Polinsky, Posner en Kaplow & Shavel: Rosenberg 2002, p. 831 noot 1.

225 In het bijzonder first-party accident insurance: Rosenberg 2002, p. 832. Over hoe de aanpak van deze twee het individuele welzijn vergroot, zie p. 843-6.

226 Rawls 1971: Rosenberg 2002, p. 840.

227 Rosenberg 2002, p. 833.

228 Daniels 1976, p. 1-80, Rutherglen 2002, p. 9-10. Legitimiteitsoverwegingen liggen ook ten grondslag aan de kritiek van Wootton 2002 die zich meer in het algemeen richt tegen het werk van Rosenberg voorzover het de gedachte van 'regulation through litigation' verdedigt. Zie voorts Nagareda 2002, p. 755.

229 'Even if compensation is taken to be a fundamental goal of mass tort class actions it might be better achieved by mandatory class actions that yield 'global peace' than in class actions in which individual claimants can opt out and continue the litigation by other means (...) they might discover, as did meny of the claimants in the Dalkon Shield case, that they were better off pursuing their claim without an attorney who might take the case to trial and who would, in any event, receive a contingent fee that would come out of their recovery. Any well-designed insurance scheme should attract the support of at least a majority of claimants, since the transaction costs of pursuing individual claims through litigation consumes well over half of the costs expended in the tort system (...) Less

indien dit type class action de meerderheid uit die groep een uitkering in het vooruitzicht stelt die hun reële schade benadert. Buiten de situatie van een limited fund, waarin er een natuurlijke bovengrens ofwel een financieel plafond is, zal enige reële begroting of inschatting van de omvang van die schade beschikbaar moeten zijn. Anders dan Rosenberg meent, is volgens deze auteurs echter voor een bredere toepassing van de no exit class action geen – 'kunstmatig geconstrueerde' – unanieme beslissing, maar een meerderheidsbeslissing voldoende. Deze kan echter niet door de rechter, zoals Rosenberg veronderstelt, maar slechts door de wetgever worden gegeven.[230]

Een andere groep auteurs verdedigt de opt out-optie op basis van argumenten die buiten het civiele procesrecht worden gevonden en die naar hun idee meer recht doen aan het werkelijke karakter van class action. Sommigen zijn van mening dat de monopoliepositie van de class advocaat het voornaamste probleem vormt in class actions in het algemeen en bij class action settlements in het bijzonder. Dit probleem zou benaderd moeten worden net als elke andere situatie, waarin een monopolie voorkomt dat tot hogere prijzen voor lagere kwaliteit leidt.[231] Waar toezicht van bovenaf – lees monitoring door de rechter – ook buiten de context van class action een adequaat mechanisme vormt voor het ondervangen van het monopoliegevaar, verdedigen deze auteurs dat in de class action setting het betreden van de markt door 'concurrenten' (via de opt out mogelijkheid waardoor class leden naar een andere belangenbehartiger overstappen) een geschiktere maatregel vormt.[232]

Anderen benaderen class action als een organisatiestructuur (corporate governance), waarin men met hetzelfde belangenbehartigings- ofwel 'agency'-probleem te maken heeft dat elke relatie tussen een principaal en zijn vertegenwoordiger kenmerkt.[233] Dat probleem wordt in de corporate governance-wereld benaderd via de basisbeginselen van 'exit', 'voice' en 'loyalty' als alternatieve mechanismen om de belangenbehartiging door de vertegenwoordiger te verbeteren ofwel de agency costs te verlagen.[234] Vertaald naar de class action praktijk houdt het in dat het optreden van de class advocaat verbeterd kan worden hetzij door de 'exit-mogelijkheden' van de class leden te verhogen via opt out, hetzij door ze meer 'voice' te geven via de mogelijkheid om class advocaten aan te nemen of 'te ontslaan' (en schikkingen al dan niet te accepteren), hetzij ze aan strengere ethische voorschriften te onderwerpen ('loyalty').[235]

---

then one percent, decided to take their claims to trial.': Rutherglen 2002, p. 9 en voorts noten 16 en 17 voor verdere verwijzingen naar studies ook over de Dalkon Shield Claimants Trust. Zie voorts Rutherglen 2005, Barendrecht e.a. 2004, p. 124-6, Gibson 2000.

230 Rutherglen 2002, p. 13-4. In soortgelijke zin voor wat de noodzaak van de betrokkenheid van de wetgever betreft ook Shapiro 1997-1998, p. 945-60, Nagareda 2003, p. 241-2 en Gifford 2005, p. 83.

231 Nagareda 2003, p. 163-74.

232 Nagareda 2003, p. 241-2: hij baseert deze conclusie mede op de door hem ontwikkelde theorie over het 'preexistence principle' (p. 181-98).

233 Issacharoff 1999 en Coffee 2000 passen als eersten deze benadering toe op class action.

234 In het algemeen over deze problematiek: Hirschman 1970.

235 Coffee 2000, p. 376-9.

Vanuit het oogpunt van partijautonomie, zijn vooral de eerste twee (exit ofwel opt out) van belang.[236]

4.8 De rol van de rechter

4.8.1 Algemeen

Een volgend en tevens laatste thema, dat een belangrijke plaats inneemt in de rechtspraak en literatuur, en daarom hier aan bod komt, houdt verband met de specifieke rol en bevoegdheden van de rechter in class actions en in het bijzonder bij de totstandkoming van collectieve schikkingen. Men zou kunnen stellen dat de gerechtelijke collectieve schikking geen ADR figuur is, omdat er sprake is van een gerechtelijke bemoeienis. Deze vorm van collectieve schikking is naar mijn idee wél als een vorm van ADR aan te merken, omdat de figuur afwijkt van het klassieke proces dat start met een inleidend processtuk en eindigt met een gerechtelijke uitspraak na een overwegend contradictoire behandeling. Hierna behandel ik de rechterlijke rol en bevoegdheden, met de onderliggende argumentatie (4.8.2). Ik zal case management technieken en instrumenten signaleren die de rechter ter beschikking staan om de massaschadeafwikkeling te faciliteren (4.8.3-4) en de problemen en bezwaren die in de rechtspraak en literatuur worden genoemd ten aanzien van de actieve rechter (4.8.5). Problemen, die samenhangen met het onderscheid tussen federale jurisdictie en de jurisdictie van de afzonderlijke staten, laat ik buiten beschouwing, omdat zij naar mijn mening voor veel rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, minder relevant is.[237] De taken en bevoegdheden van de rechter bij de selectie van de class advocaat en de vaststelling van diens beloning, evenals de goedkeuring van collectieve schikkingen, zijn respectievelijk reeds in 4.5.3 en in 4.7.2 aan bod gekomen.

4.8.2 Grondslag en bevoegdheden

Class action is een procedureel 'unicum'. Dat is hiervoor reeds een aantal keren naar voren gekomen. De beperking van het zelfbeschikkingsrecht van partijen dient behalve door de in 4.5 behandelde maatregelen, tevens door een actieve rechter te worden gecompenseerd die zich als een 'waakhond', een soort toezichthouder in alle fasen van het proces over de belangen van alle class leden dient te bekommeren,[238] in

236 Coffee 2000, p. 437.

237 Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 327-8, geven voorts een volledig overzicht van managementaspecten die uniek zijn voor de behandeling van class actions.

238 Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 327.

het bijzonder over de belangen van de afwezige classleden.[239] Het is niet de bedoeling dat de rechter de rol van de class advocaat en de class vertegenwoordiger overneemt, maar de rechter heeft een aanvullende eigen 'toezichtplicht'.[240]

Class actions zijn niet het exclusieve domein van de actieve rechter. 'Managerial judging', zoals dit verschijnsel in Amerika genoemd wordt, werd in de literatuur voor het eerst geanalyseerd door Resnik[241] in het begin van de jaren tachtig, maar werd al drie decennia eerder in de praktijk gesignaleerd bij de behandeling van 'complexe zaken'.[242] 'Managerial judging' brengt mee dat de rechter zich actief gaat opstellen ten opzichte van het verloop van de procedure om ervoor te zorgen dat recht binnen een redelijke termijn en tegen redelijke kosten kan worden gedaan.[243] De achtergrond van deze ontwikkeling is ontevredenheid over de hoge kosten van procederen, die weer veroorzaakt worden door tal van factoren. Genoemd worden de toenemende werklast van de federale rechters en de veranderde aard van de rechtspleging: er worden steeds meer nieuwe rechtsgronden aangevoerd die ook steeds meer van de rechter vergen, onder andere 'to reform institutions and to remedy social ills'.[244]

Anderen zoeken de oorzaak van de hoge kosten van procederen in het feit dat rechtspleging een goed is dat tegen een te lage prijs aan de afnemers wordt aangeboden, zodat daarvan onevenredig veel gebruik wordt gemaakt. Managerial judging is dan een manier om de prijs van procederen voor de advocaten te verhogen, hetgeen door het Amerikaanse systeem van no cure no pay niet gelijk hoeft te staan aan het verhogen van de prijs van procederen voor rechtzoekenden.[245] Rechterlijke tijd wordt in alle opvattingen gezien als een schaars (publiek) goed dat niet verspild mag worden[246] en een effectief case management, dat reeds vroeg in de preprocessuele fase wordt aangewend, helpt een dergelijke verspilling te voorkomen.

Als minimumeisen voor een adequate aanpak van complexe procedures en dus ook van class actions worden gezien:[247] (1) een vroegtijdige en effectieve rechterlijke supervisie, en indien nodig: controle,[248] (2) een coöperatieve en professionele opstelling van de belangenbehartigers en (3) de ontwikkeling door rechter en partijen van een behandelplan voor de pretrial en de trial fase. Voor het voldoen aan het eerste

239 Mulheron 2004, p. 60-3, Rothstein & Willging 2005, p. 8-9: 'some courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action as a fiduciary of the class' and to impose 'the high duty of care that the law requires of fiduciaries', Klonoff & Bilich 2000, p. 346-7, Newberg & Conte 2004, p. 27.

240 Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 328, noot 1.

241 Resnik 1982, p. 374-448 en Rubenstein 2001, noot 4.

242 Elliott 1986, p. 308-9.

243 Tzankova 2005, p. 123-4 behandelt het verschijnsel in het kader van collectieve schikkingen.

244 Elliott 1986, p. 309-10 die daar managerial judging in verband lijkt te brengen met public law adjudication, zie ook hierna.

245 Voor de uitwerking zie Elliot 1986, (onder andere p. 311-2).

246 Elliott 1986, p. 309-10 met verdere verwijzingen.

247 MCL 2004, p. 7.

248 De wettelijke basis voor discretionaire bevoegdheid is te vinden in de algemene Rules 16, 26, 37, 42 en 83: MCL 2004, p. 8. Rule 23 d bevat aanvullende bepalingen voor case management van class actions.

minimumvereiste is een effectief case management van groot belang. Dit heeft een aantal karakteristieken: het is actief, inhoudelijk, tijdig, voortdurend, zorgvuldig en streng doch rechtvaardig.[249] Dat betekent onder meer dat de rechter zich proactief dient op te stellen en op problemen dient te anticiperen in plaats van een afwachtende houding aan te nemen. Hij behoort ook in een vroeg stadium op de hoogte te geraken van de inhoudelijke geschilpunten, zodat hij op een verantwoorde wijze beslissingen kan nemen over de mogelijkheden van stroomlijning van het geschil al dan niet via beperking van geschilpunten of het bepalen van de volgorde van behandeling daarvan. Case management is bovendien niet een eenmalige activiteit. Het vergt een voortdurend monitoringproces, dat tevens tot beslissingen binnen een redelijke termijn dient te leiden. Onder omstandigheden zou dat kunnen betekenen dat de voorkeur van partijen voor een tijdige boven een 'juridisch perfecte' beslissing gehonoreerd zou moeten worden. Afspraken en reële termijnen worden in overleg met de class advocaten gemaakt en indien nodig aangepast en herzien. Maar ze moeten ook gehandhaafd worden en indien nodig moeten sancties worden toegepast.[250]

Ten slotte: managerial judging mag niet verward worden met 'public law adjudication' of 'judicial activism'. Het is wel zo dat public law- rechters, evenals 'managerial rechters', in tegenstelling tot 'traditionele rechters',[251] (pro)actieve rechters zijn. De 'activisten' onder de rechters zullen zich wel comfortabeler dan de traditionele rechters voelen met verschijnselen als managerial judging en case management. Waar managerial judging echter van oorsprong een methode is om geschilpunten te beperken, zodat afwikkeling bespoedigd kan worden, is het voor public law adjudication en 'juridisch activisme' juist typerend dat een verruiming van het voorliggende geschil plaatsvindt ten einde een oplossing te bereiken voor het onderliggende en vaak veel dieper gaande maatschappelijke probleem.[252] Dit type rechter acht zich veel minder gebonden aan het door partijen voorgelegde geschil.

---

249 MCL 2004, p. 12-13, Klonoff & Bilich 2000, p. 354-5.

250 Hoewel, sancties dienen voorzichtig te worden toegepast: MCL 2004, p. 15-22 behandelt het onderwerp, met alle mogelijke sancties, uitvoerig.

251 De verhandeling van Oldfather 2005, p. 139-45 over 'the classic model of adjudication', dat in verband wordt gebracht met het werk van Fuller 1978, Eisenberg 1978 en Peters 1997, is compact, maar zeer instructief en verhelderend.

252 Het gaat daarbij doorgaans om acties waarvan het doel is 'the vindication of constitutional or statutory policies' of zogenaamde algemeen belang acties, waarvan het effect zich onmiddellijk uitstrekt over derden die bij de actie niet betrokken zijn. Het model van public law adjudication wordt in verband gebracht met het werk van Chayes 1976 en Fiss 1979. Zie voorts Oldfather 2005, p. 145-9, en noten 97 en 45 met verdere verwijzingen. Bij Minow 1997 staat de persoon van Judge Jack Weinstein central: de verpersoonlijking van de public law rechter-activist. Zie ook de volgende (kritische) bijdragen over deze rechter: Mullenix 1994, Schuck 1987, p. 241-4, 258-76, Cox 1995, Feerick 1993, p. 1082: Minow 1997, p. 2011, noot 2. Voor judicial activism zie onder meer Kmiec 2004.

4.8.3 Case management technieken

De aan het slot van 4.2 genoemde en ruim vijfhonderd pagina's tellende MCL 2004 is een belangrijke, zo niet de belangrijkste informatiebron voor dit onderwerp.[253] Deze leidraad behandelt alle aspecten die met de uitoefening van case management door de rechter te maken hebben. Daarbij wordt niet alleen aan de gangbare rechterlijke praktijk en 'best practises' gerefereerd, maar ook aan relevante op verschillende onderwerpen betrekking hebbende rechtspraak.[254]

De pre-trial conference, ofwel de preprocessuele comparitie, neemt een belangrijke plaats in de rechterlijke aanpak van class actions in, omdat daarin onder andere het case managementplan kan worden vastgesteld. Onderwerpen die in dat plan aan bod kunnen komen, betreffen onder andere afspraken over bewijslevering, vaststelling van contactpersonen en benoeming van de (sub)class advocaten.[255] De noodzaak van de aanwending van instrumenten als motions to dismiss en summary judgments kunnen op verzoek van partijen dan ook ter sprake komen om de class action te stroomlijnen en de geschilpunten te beperken.[256]

Een 'motion to dismiss' bestrijdt de deugdelijkheid van de rechtsgrond die aan de class action ten grondslag ligt om tot toewijzing van de vordering te kunnen leiden, zelfs indien veronderstellenderwijs zou worden aangenomen dat de gestelde feiten juist zijn. Bij een summary judgment is de juistheid van de gestelde feiten zoals ze blijken uit de beschikbare bewijsmiddelen wel van belang. Deze worden beoordeeld tegen de achtergrond van de aangevoerde rechtsgronden. De inzet van deze twee instrumenten kan ervoor zorgen dat ondeugdelijke class actions in een vroeg stadium, nog voordat omvangrijke kosten zijn gemaakt, in de kiem worden gesmoord.[257]

Belangrijke case management technieken die in de certificatiefase kunnen worden aangewend om de class action hanteerbaar te maken, zijn het vormen van sub-

---

253 Ook al betreft het een 'semi-officiële uitgave' die slechts een aanbevolen handelwijze betreft. De Manual is inmiddels voor de vierde keer herzien (in 2004). De vorige versie dateerde uit 1995. Over de achtergrond en de betekenis van de Manual zie ook Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 304-10, Willging 2000, p. 2225-61, Een nieuwe balans 2003, p. 184-5.

254 Vermeldenswaard is de indeling en de bespreking van McGovern 1997, p. 1853-8 van verschillende soorten case management stylen afhankelijk van de vier variabelen aansprakelijkheid, causaal verband, schadeomvang en de omvang van voor verhaal beschikbare schadefondsen. Illustratief is ook de case study-bespreking van de rechterlijke samenwerking en case management methode in de asbest litigation en in de silicone gel breast implant litigation: McGovern 1997, p. 1858-65.

255 MCL 2004, p. 36-40.

256 Voor een uitleg over deze instrumenten zie Tzankova 2005, p. 105 noot 355 en de daar aangehaalde literatuur, MCL 2004, p. 46-8, Newberg & Conte 2004, hfd. 9: p. 399-400, Kozel & Rosenberg 2004, p. 6, noot 8. Voor de verweerder kunnen strategische overwegingen spelen om de instrumenten al dan niet in te zetten: beknopt maar illustratief hierover zijn Klonoff & Bilich 2000, p. 344-6.

257 Kozel & Rosenberg 2004 stellen de 'mandatory summary judgment' voor als dé oplossing voor het probleem van 'nuisance-value settlements' niet alleen in de context van class actions, maar ook daarbuiten. Dat zijn settlements waarin 'a litigant can profitably initiate a meritless claim or defense and offer to settle it for less that it would cost the opposing litigant to have a court dismiss the claim or defence on a standard motion for merits review like summary judgement.'

classes,[258] issueclasses en de voorwaardelijke goedkeuring van een class.[259] Het vormen van subclasses is gerechtvaardigd, indien onderlinge verschillen tussen de classleden daartoe aanleiding geven, omdat sprake is van uiteenlopende of zelfs tegenstrijdige belangen. Dat kan te maken hebben met de uiteenlopende aard van de geleden schade binnen de groep (letsel of alleen materiële schade), met de aanwezigheid van rechtens relevante omstandigheden bij sommige van de beweerde schadelijders of andere omstandigheden die het voeren van bepaalde weren rechtvaardigen. De differentiatie kan op verschillende niveaus spelen: bij de beantwoording van aansprakelijkheidsvragen, maar ook bij de bepaling van de schadeomvang. Schadelijders kunnen lid blijken te zijn van verschillende subgroepen. De noodzaak tot veel subclasses te komen, kan een indicatie zijn dat de actie niet hanteerbaar is.

Per subclass wordt een afzonderlijke advocaat benoemd. Elk van hen dient zelfstandig te voldoen aan de in 4.4.2 genoemde algemene en bijzondere formele vereisten. Het vormen van subclasses is vergelijkbaar met het vormen van subgroepen in het Engelse model. Dat is een manier om de nodige homogeniteit binnen een groep, die noodzakelijk wordt geacht bij de afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken, te waarborgen.

Issueclasses en voorwaardelijke goedkeuring hebben een beperkt bereik en een beperkte omvang. Ze worden ingezet voor specifieke doeleinden, bijvoorbeeld voor de vaststelling of beantwoording van specifieke gemeenschappelijke feitelijke of rechtsvragen, indien de verwachting is dat daardoor proceseconomische voordelen kunnen worden behaald, terwijl de 'normale' certificatie niet tot de mogelijkheden behoort, omdat niet aan alle in 4.4.2 behandelde voorwaarden is voldaan. Daarmee kunnen causaliteits- en relativiteitsvragen buiten de class worden gehouden. Wel moet de verwachting bestaan dat de individuele procedures die daarna alsnog nodig zijn werkelijk 'geholpen worden' met deze aanpak. Het is omstreden in hoeverre deze techniek geschikt is voor de afwikkeling van sluipende massaschade, in het bijzonder voor schade veroorzaakt door gebrekkige producten.[260]

Een andere case management techniek die de vorming van subclasses vergemakkelijkt leidt tot aanzienlijke kostenbesparing en vereenvoudiging van verschillende fases van het proces: van discovery tot schadestaatprocedures. Dit betreft de eerder besproken sampling en andere kwantitatieve afwikkelingsmethoden. De voordelen en bezwaren daarvan zijn reeds in 4.6.3 aan bod gekomen,[261] maar deze case management techniek kan het beste geïllustreerd worden aan de hand van een concreet voorbeeld:

---

258 MCL 2004, p. 272, Klonoff & Bilich 2000, p. 301-8.

259 Rule 23 (c) (4) (A), MCL 2004, p. 272-4, 429-35, Klonoff & Bilich 2000, p. 294-301, Rothstein & Willging 2005, p. 7, Hines 2004.

260 Literatuur in vorige noot, maar in het bijzonder Hines 2004 die kritisch is over de issue classes.

261 Zie de aldaar genoemde literatuur en voorts Newberg & Conte 2004, hfd. 10: p. 483-7, Walker & Monahan 1998, Tzankova 2005, p. 74 en noot 252. Good 2001 handelt meer in het algemeen over het gebruik van statistieken in de rechtzaal. Bij Bone 1993 en Tribe 1971, p. 1339 vindt men een kritische analyse over de toepassings(on)mogelijkheden van sampling.

Hilao v. Marcos.[262] De class bestond uit 'all civilian citizens of the Philippines who, between 1972 and 1986, were tortured, summarily executed, or 'disappeared' by Philippine military or paramilitary groups'. Na kennisgeving bleek de class uit 9.541 betrokkenen te bestaan. Het zou heel arbeidsintensief, zo niet onmogelijk zijn om elke schadevergoedingsclaim afzonderlijk te begroten. Een verantwoorde nadere subgroepering was noodzakelijk. Van de groep van alle betrokkenen zijn 137 claims willekeurig geselecteerd door een computer en op de gebruikelijke manier per geval nader onderzocht. Het aantal van 137 was bepaald op basis van een deskundigenverklaring van een expert statisticus dat bij een groepsomvang van 9.541 met het aantal van 137 'a 95 percent statistical probability' werd gecreëerd dat 'the same percentage determined to be valid among the examined claims would be applicable to the totality of claims filed.'

De groep van 137 bleek in drie verschillende schadecategorieën te kunnen worden onderverdeeld (67 gevallen betroffen een schadecategorie A, 52 een categorie B en 18 een categorie C. 6 uit de 137 geselecteerde claims bleken ongegrond.)

De hoogte van de totaal verschuldigde schadevergoeding is vervolgens per groep bepaald, waarbij steeds de factoren zijn gedefinieerd die relevant zijn bij de vaststelling van de hoogte van de individuele vergoedingen. Bijvoorbeeld: welke methode werd gevolgd bij de marteling, de duur ervan, aard van het letsel, de leeftijd van het slachtoffer. Het voordeel van deze benadering is dat voor de verweerder op een relatief korte termijn duidelijkheid ontstaat over de omvang van zijn betalingsverplichtingen, terwijl de schadelijders voor de voortvarendheid van de afwikkeling niet langer afhankelijk zijn van de verweerder.

Over de vraag in hoeverre de rechter een sampling techniek kan toepassen indien één van de betrokken partijen daar bezwaar tegen maakt op due process gronden lopen de meningen, zoals reeds in 4.6.3 bleek, uiteen en is de rechtspraak niet eenduidig.[263] In het algemeen wordt sampling minder bezwaarlijk bevonden als bij een eventuele individuele afwikkeling geen bijzondere (bewijs)problemen worden verwacht en vooral de administratieve belasting door de macht der getallen als drukkend wordt ervaren.[264] Het gebruik van formules bij de berekening van schadevergoedingen in mededingingskwesties (anti-trust litigation) is gebruikelijk en geaccepteerd.[265]

---

262 Het ging in deze zaak om schending van grondrechten, maar de methode die door de rechter gevolgd is om de hoogte van de verschuldigde schadevergoedingen te bepalen, is exemplarisch.US Court of Appeals, 9th Circuit, 1996, 103 F.3d 767. Zie ook Klonoff & Bilich 2000, p. 810-6 (en eventueel p. 371-6). Een ander illustratief voorbeeld is de sampling aanpak van Judge Parker in de asbestkwestie Cimino v. Raymark Industries, Inc. die besproken wordt door Bone 1993, p. 563-9, 571-2.

263 Volgens Newberg & Conte 2004, p. 483-7, waar rechtspraak behandeld wordt, is sampling een legitieme techniek, zeker in gevallen van strooischade. De MCL 2004, p. 436-7 is beduidend genuanceerder.

264 Bone 1993, p. 571.

265 Newberg & Conte 2004, hfd. 10, p. 476-82, 505-9, hfd 18, p. 155-6 .

4.8.4 Special masters

Bijzondere aandacht verdient een laatste case management techniek die de rechter kan aanwenden om de totstandkoming van schikkingen te bevorderen: de inschakeling van zogenaamde 'special masters': doorgaans ervaren advocaten of wetenschappers en gepensioneerde rechters.[266] Aangezien deze in de regel betaald worden door partijen, moeten laatstgenoemden het eens zijn over het nut van de inschakeling en de persoon van de special master. De inbreng van de master blijkt vooral nuttig te zijn bij langdurige en complexe gevallen, zoals sluipende massaschade.

De special master richt zich, voorzover voor de afwikkeling van massaschade van belang, op het faciliteren van partijen bij het bereiken van een minnelijke regeling.[267] De meeste taken die de special master op zich neemt, kunnen ook door een rechter worden uitgevoerd. Bij aanwezigheid van een master kan de rechter zich echter op de voorbereiding van het proces concentreren. Bovendien vindt er geen vermenging van de mogelijke rechterlijke rollen plaats, waarover hierna meer. De special master kan voorts ingezet worden bij het ontwerp van zogenaamde 'post-settlement' mechanismen om de individuele schadevergoedingen te distribueren. Het belang en complexiteit van dit onderdeel van de class action praktijk mag niet onderschat worden. Zonder de aanwezigheid van een regeling die in een dergelijke distributie voorziet, valt een class action na het beslechten van de gemeenschappelijke kwesties in talloze individuele schadestaatprocedures uiteen, waardoor het proceseconomische voordeel dat door class action gecreëerd werd, alsnog teniet wordt gedaan. De Dalkon Shield Settlement is een bekend voorbeeld van een geslaagd post-settlement mechanisme.[268] Een voordeel van dergelijke mechanismen is dat bij het ontwerp daarvan rekening kan worden gehouden met de kenmerken van het specifieke massaschadegeval. Het recht op hoor en wederhoor is een basisbeginsel, maar in sommige massaschadegevallen kan de behoefte om te worden gehoord groter zijn zodat 'slachtoffers' meer ruimte

266 MCL 2004, p. 170 en 329, Feinberg 1996, p. 882 en noot 3. Rule 53 maakt de inzet van special masters mogelijk. Interessant zijn de bevindingen uit het empirische onderzoek van Willging e.a. 2000 naar de praktijk van special masters. Meer in het algemeen over ADR en class action: Klonoff & Bilich 2000, p. 700-14.

267 Daarbij kunnen verschillende methoden worden gevolgd: een al dan niet bindend advies, mediation of early neutral evaluation. Voor een Nederlandstalige bespreking van deze en andere ADR-vormen zie Weterings 2004, p. 216-23.

268 Daarin werd gebruik gemaakt van spoedarbitrages (fast track arbitration), waarbij een groot aantal arbiters een 'spoedtraining' kreeg in de relevante toepasselijke rechtsregels evanals in de regels die voor een uitkering uit de gevormde trust golden. Bijstand door een advocaat was niet noodzakelijk. Als men het niet eens was met het oordeel van de arbiters over de hoogte van de uitkering kon een schikkingsvoorstel worden gedaan en als dat alsnog afgewezen werd kon men kiezen uit een bindend advies/arbitrage of een gewone procedure. Zie voorts Menkel-Meadow 1998. Andere voorbeelden, waaruit waardevolle lessen kunnen worden getrokken, worden behandeld door Welsh & Montgomery 1997 (betreft een vliegtuigongeluk in Minnesota, waarbij ruim 1000 schadelijders waren betrokken), Agent Orange Litigation en DES: Feinberg 1996, p. 881-93. Voor een analyse van 'claims resolution facilities' meer in het algemeen zie McGovern 2005.

en gelegenheid krijgen om hun verhaal te doen.[269] Denk aan letselschade, waarbij die behoefte groter kan zijn dan bij puur economische schade.

De inzet van special masters kent echter ook problematische kanten. Vaak is hun rol niet transparant. Wat is hun rol geweest bij een concrete schikking? Hebben ze bij de totstandkoming van de schikking partijen slechts geassisteerd of waren ze actief betrokken bij het ontwerpen daarvan? Mogen ze voorts contact hebben met de behandelende rechter? Dat kan soms nuttig zijn, maar er is ook het gevaar van belangenverstrengeling. Ook hun selectie en beloning kunnen problemen geven, vooral als er zich een kleine groep personen vormt die steeds als special master wordt ingeschakeld. Enerzijds kan dat de aanwezigheid en opbouw van expertise bevorderen. Anderzijds ligt de schijn van partijdigheid (en een 'old boys network') op de loer.[270]

4.8.5 Bezwaren

De bezwaren die tegen managerial judging bij de totstandkoming van collectieve schikkingen kunnen worden aangevoerd, heb ik al eerder in het kort toegelicht en van commentaar voorzien.[271] Deze zijn grotendeels terug te voeren op de rechterlijke onafhankelijkheid en de mogelijke schijn van partijdigheid. In de setting van een goedkeuringsprocedure (fairness hearing) van een collectieve schikking zijn de bezwaren nog groter. Daar is de rechter betrokken bij de totstandkoming van een collectieve schikking en kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij zijn objectiviteit als hij in een later stadium zou moeten oordelen over een eindproduct waaraan hij heeft meegewerkt. Anderzijds zou men ook kunnen stellen dat juist die rechter beter in staat is om de redelijkheid van de schikking te beoordelen. Hij beschikt immers over voldoende 'inside information' om de gegrondheid van eventuele bezwaren van de belanghebbenden in een later stadium te beoordelen.[272] Resnik[273] geeft de kern van het probleem van managerial judging als volgt doeltreffend weer:

> 'As managers, judges learn more about cases much earlier then they did in the past. They negotiate with parties about the course, timing, and scope of both pretrial and posttrial litigation. These managerial responsibilities give judges greater power. Yet the restraints

269 Welsh & Montgomery 1997, p. 23, McGovern 2005, p. 1362-89, Menkel-Meadow 1998, p. 522-3, Feinberg 1996, p. 93.

270 Menkel-Meadow 1998, p. 526-7, noot 42. De conclusies van de lezenswaardige studie van Vairo 2005a over dit specifieke aspect van de problematiek zijn prikkelend: 'Maybe it is a good idea that the person selected has a low profile. The absence of a lightening rod history perhaps suggests a degree of impartiality. What matters is accountability (...). The tendency to appoint repeat players is understandable because huge amounts of money are at stake. In my view however, by blending experience with fresh perspectives, the principle of and appearance of impartiality is served. The pool of possible private dispute adjudicators may well be larger if one looks beyond the ranks of those who have held positions in the past and the people they simply know and trust'.

271 In de context van strooischade: Tzankova 2005, p. 123-5.

272 Over deze problematiek uitvoerig: Spiegel 1994, p.1565-70, 1994, Klonoff & Bilich 2000, p. 599-602.

273 Resnik 1982, p. 407.

that formerly circumscribed judicial authority are conspicuously absent. Managerial judges frequently work beyond the public view, off the record, with no obligation to provide written reasoned opinions, and out of reach of appellate review'.

Managerial judging en case management brengen tot uitdrukking dat de rechterlijke activiteiten een zeker bedrijfsmatig karakter hebben gekregen. Efficiëntie en het voldoen aan 'productienormen' voeren de boventoon. Aan deze wijziging in de taakopvatting van de rechter zijn vele studies gewijd. Sommigen hebben geprobeerd de verandering in de aard van de rechterlijke werkzaamheden een institutionele achtergrond te geven en te koppelen onder meer aan veranderingen in de organisatiestructuur van de rechterlijke macht in de afgelopen jaren.[274] Anderen, vooral rechtseconomisch georiënteerde auteurs, hebben een 'judicial behavior model'[275] van de rechter als een 'rational actor' ontwikkeld en benaderen verschijnselen als managerial judging, case management en de implicaties daarvan meer pragmatisch. In de setting van class actions veronderstelt dit rechtseconomische model bijvoorbeeld een positieve relatie tussen de mate van overbelasting van de gerechten en de hoogte van de goedgekeurde advocaatkosten in collectieve schikkingen. Ofwel hoe meer de gerechten overbelast zijn, hoe hoger de (goedgekeurde) honoraria in collectieve schikkingen, omdat de rechters minder tijd zullen vrijmaken voor de (ambtshalve) monitoring van de verzoeken en eventuele bezwaren daartegen. Deze veronderstelling is empirisch getoetst en het onderzoek lijkt een indicatie op te leveren voor de geldigheid van het model.[276] Een derde groep is meer geïnteresseerd in de normatieve gevolgen van de ontwikkeling, die meebrengt dat de rechter onder tijdsdruk steeds minder (vaak) inhoudelijke beslissingen neemt[277] en waarschuwt voor het gevaar dat *rechterlijk*

274 Zo werd de beroepsgroep steeds 'georganiseerder', hetgeen onder andere tot uitdrukking komt in de oprichting van centrale organen die gerechten aansturen en rechters opleiden. Zie de analyse van Resnik 2000 en in het bijzonder p. 949-57 (institutionele veranderingen). Ook in Nederland lijkt, met de oprichting van de Raad voor de Rechtspraak, van soortgelijke ontwikkelingen sprake te zijn.

275 Het 'rational actor model of judicial behavior' is ontwikkeld door Posner 1993. Helland & Klick 2004, p. 2-3: 'he (Posner: intz) posits a very simple model of judicial behaviour. The decision to become or remain a judge is dependent on the relative magnitude of the individual's expected utility as a judge and as a lawyer. By assumption, the individual earns a higher income as a lawyer but consumes less leisure and gets less psychic income from prestige and reputation'.

276 Helland & Klick 2004: hun conclusie is dat 'attorney fees are significantly and positively related to the congestion level of the court hearing the case'. Ook Bone 2006, p. 44-51 ziet de actieve rechter als 'a strategic player'.

277 Deze constatering wordt niet in de setting van class actions, maar van hoger beroep gemaakt. Door de jaren heen wordt een aanzienlijke afname van het aantal hoger beroepen dat wordt gehonoreerd gesignaleerd. Voor cijfers en een korte analyse daarvan zie Oldfather 2006, p. 135-6 en noot 42. Anders: Posner 1996, p. 74-5, noot 38 die de afname verklaart met het feit dat het percentage 'moeilijke zaken'die de appèlrechter bereiken steeds lager is geworden: Oldfather 2005, p. 136 en noot 44.

inactivisme heet.[278] In deze visie is dat een groter gevaar dan rechterlijk activisme, mede omdat inactivisme lastiger te traceren is.[279]

Een laatste groep auteurs plaatst in het verlengde van managerial judging het zogenaamde 'post public model of adjudication'.[280] Dat is het meest recent in de literatuur onderscheiden model van 'adjudication'. Het wordt in verband gebracht met de rechterlijke rol in collectieve acties en collectieve schikkingen. De noodzaak tot het onderscheiden van dit nieuwste model ligt in het feit dat in een recente belangrijke categorie gevallen, te weten: massaschade, noch het traditionele model, noch het public law model erin slaagt adequaat de aard van de rechterlijke activiteiten weer te geven.[281] Over de vraag wat de aard van die activiteiten wél is, zijn de meningen nog niet uitgekristalliseerd. Sommigen gaan zo ver dat zij de rol van de rechter bij het faciliteren en goedkeuren van collectieve schikkingen omschrijven als een 'transactional process that has more in common with business deals than...with traditional adversarial litigation, legislative activity, or executive management'.[282] De doctrine over de (on)wenselijkheid van dit nieuwste verschijnsel is nog volop in ontwikkeling en beperkt zich vooralsnog tot het onderscheiden, benoemen en verklaren[283] van het fenomeen en zijn implicaties.[284] Bij enkele auteurs vindt men constructieve voorstellen over hoe eventuele negatieve neveneffecten van het verschijnsel ondervangen kunnen worden.[285]

---

278 Een instructieve analyse van 'judicial inactivism' vindt men bij Oldfather 2005.

279 Oldfather 2005, p. 123: 'Judicial inaction which operates to preserve the status quo, can have consequences that are every bit as significant as those resulting from judicial action....Indeed, because doing nothing generally leaves fewer traces than doing something, judicial failures to meet the minimum requirements of the role are likely to be more difficult to detect that action going beyond its proper limitations.'

280 Oldfather 2005, p. 153-5. De driedeling klassiek, public law en post public law model is illustratief en is instructief behandeld door Oldfather 2005, p. 137-55.

281 Oldfather 2005, p. 153, Mullenix 1999, p. 414, 421-4, 1999, Rubenstein 2001, p. 372.

282 Rubenstein 2001, p. 372.

283 Bone 2006, p. 31-51 onderscheidt drie problemen die eraan in de weg staan dat de actieve rechter op een verantwoorde manier gebruik kan maken van de hem gegeven discretionaire case management bevoegdheden. De eerste is de zogenaamde 'bounded rationality' (van rechters wordt verwacht beslissingen te nemen in complexe kwesties, terwijl ze zelf ook hun eigen biases hebben), de tweede: 'information access' (de rechter is afhankelijk van de informatie die partijen hem verschaffen om het hem voorgelegde geval te beoordelen; als beide partijen, zoals in de situatie van een collectieve schikking het geval kan zijn, er belang bij hebben om de rechter niet alle nodige informatie te verschaffen, is de kans dat hij daar toch achterkomt vrijwel nihil). Het laatste probleem is de eerder genoemde rol van de rechter als 'a strategic player'.

284 Zo is Rubenstein 2001 van mening dat dit model het verschil in behandeling door de rechter verklaart van collectieve schikkingen met en zonder een letselschadecomponent: de rechters hebben minder moeite om transacties – collectieve schikkingen ten aanzien van zuivere vermogensschade – te beoordelen en goed te keuren dan 'transacties' waar menselijk leed in het geding is: bij sluipende massaschade is in de regel een letselcomponent aanwezig. Oldfather 2005 en Oldfather 2006 kiest voor een andere benadering, waarin hij via het concept van 'judicial inactivism' de eisen probeert te definiëren, waaraan elk 'model of adjudication' zou moeten voldoen. Daarmee neemt hij de veranderlijke aard van de rechterlijke rol als een gegeven.

285 Oldfather 2005 en Oldfather 2006 formuleert minimumeisen waaraan elk rechterlijk optreden dient te voldoen, terwijl Bone 2006, p. 51-79 vier opties (in een glijdende schaal) uitwerkt om op een verantwoorde manier de ruime rechterlijke discretie te beperken. In relatie tot collectieve acties is

In de context van massaschade leidt managerial judging al snel ook tot rechterlijke samenwerking.[286] Behalve veel voordelen heeft laatstgenoemde ook schaduwkanten. In de literatuur worden bezwaren van uiteenlopend karakter genoemd, waaronder ethische, processuele en rechtseconomische. De ethische bezwaren vloeien voort uit de American Bar Association Code of Judicial Conduct en de Code of Conduct for United States Judges.[287] De processuele hebben te maken met het leerstuk van 'procedural justice' en met datgene wat rechtzoekenden belangrijk blijken te vinden: 'participation, autonomy and dignity'.[288] Tenslotte houden de rechtseconomische bezwaren onder meer verband met de zogenaamde 'error and opportunity costs' en met 'dislocation' kosten, omdat afgeweken moet worden van standaard procedures.[289] In de literatuur wordt door sommigen als vuistregel[290] voorgesteld dat een vroege en veelomvattende rechterlijke samenwerking het meeste voordelen heeft en het minste weerstand oproept. Openheid, uniformiteit en voorspelbaarheid van het samenwerkingsproces vergroten de acceptatie. Hoe groter de onzekerheid, hetzij door de aard van het onderliggende massaschadegeval, hetzij doordat het rechterlijke samenwerkingsproces minder inzichtelijk is, hoe groter de weerstand. Samenwerkingen die procesmatige afspraken inhouden worden eerder geaccepteerd dan samenwerkingsverbanden die de inhoud van rechterlijke beslissingen betreffen. Dat laatste hangt samen met de rechterlijke onafhankelijkheid.

4.9 Tot slot: integrerende conclusies

Evenals in de laatste paragraaf van het vorige rechtsvergelijkende hoofdstuk zal men ook hier geen samenvatting aantreffen van het Amerikaanse regime, maar zal ik wederom proberen verbanden te leggen tussen verschillende opvallende en kenmerkende elementen uit dat regime en de golven van toegang tot het recht die in hoofdstuk 2 aan bod kwamen. Maar eerst volgt een aantal constateringen met een meer algemeen karakter.

De aandacht die de class action regeling in de Amerikaanse wetgeving, rechtspraak en literatuur ten deel valt, is indrukwekkend. Ik heb slechts een fractie daarvan en nog maar zeer beknopt kunnen signaleren. Dit gegeven kan positief en negatief worden verklaard. Of het instrument an sich is problematisch en geeft voortdurend aanleiding

---

vooral de laatste van belang: 'guiding discretion with general principles' ofwel het maken van duidelijke normatieve keuzes over het doel van de regeling, waaraan een concreet besluit getoetst dient te worden.

286 Dat geldt uiteraard veel minder als in gevallen van massaschade een rechter exclusief bevoegd is. Over rechterlijke samenwerking in het Amerikaanse regime zie McGovern 1997, McGovern 1986.

287 <http://www.abanet.org/cpr/mcjc/toc.html> en McGovern 1997, p. 1866.

288 McGovern 1997, p. 1867.

289 McGovern 1997, p. 1866. Andere bezwaren die hij noemt houden verband met het federale stelsel en voorts met wat hij noemt 'fairness interests': zaken als voorspelbaarheid van de procedure, 'quality outcomes' en equality of arms: McGovern 1997, 1867-8.

290 McGovern 1997, p. 1868-70.

tot discussies, hetgeen een belangrijke contra-indicatie voor zijn utiliteit oplevert, of de ervaringen met de onderliggende massaschadeproblematiek zorgen voortdurend voor nieuwe toepassingsmogelijkheden en perikelen. Mijn indruk is dat aan beide verklaringen enige geldingskracht toekomt.

Het gebruik en de toepassingsmogelijkheden van het instrument zijn in de loop der tijd geëvolueerd, zonder dat de veranderingen door de wetgever tussentijds geëvalueerd zijn en van een normatieve grondslag voorzien die op fundamentele keuzes berust. Dat verklaart voor een belangrijk deel de noodzaak om in de literatuur zoveel aandacht te besteden aan de optredende randverschijnselen en aan de inpassing daarvan in het geldende systeem van class actions. Een belangrijke conclusie is dat veel discussies gestroomlijnd en zelfs voorkomen kunnen worden als de wetgever een duidelijke keuze zou maken ten aanzien van het procedurele dan wel het instrumentele karakter van class action en de wenselijk geachte implicaties daarvan, onder andere op het terrein van het bewijsrecht. Dit neemt niet weg dat grote waardering toekomt aan het initiatief van het Federal Judicial Center om de Manual for Complex Litigation op te zetten die weliswaar veel duidelijkheid ten aanzien van praktische vragen verschaft, maar lang niet altijd de wetgever kan vervangen.

Opvallend is voorts, zeker in vergelijking met het Engelse regime, de aanwezigheid van een speciale regeling voor de massaschadeafwikkeling, indien er sprake is van een limited fund bij de veroorzaker en het gebruik van reorganisatie in verband met een faillissement als een afwikkelingmethode in geval van sluipende massaschade.

4.9.1 Financiering van class actions (eerste golf)

Vanuit het perspectief van rechtzoekenden lijkt de financiering van class actions in dit regime optimaal geregeld te zijn. Het systeem van no cure no pay levert een laagdrempelige, duidelijke en voorspelbare betalingsafspraak voor de betrokkenen op, waarbij rechtzoekenden geen financieel risico lopen. Dit effect wordt versterkt door de 'American rule', ofwel de afwezigheid van de mogelijkheid van proceskostenveroordeling ten gunste van de verweerder, indien de actie van de eiser niet mocht slagen (no fee-shifting). Daarmee worden de financiële risico's en verantwoordelijkheid voor de actie overgeheveld naar de class advocaat.

Een andere consequentie die aan no cure no pay wordt toegeschreven is dat het de kwaliteit van de belangenbehartiging in gevaar kan brengen. Deze consequentie lijkt door het class action instrument echter juist verminderd te kunnen worden door de opheffing van de zogenaamde 'investeringsasymmetrie' die in het traditionele één-op-één proces bestaat.

Opvallend is de aandacht in dit regime niet alleen voor de toegang tot belangenbehartigers, maar ook voor de verbetering van de kwaliteit daarvan, doordat de opbouw van expertise in dergelijke zaken, evenals in het Engelse regime, van overheidswege gestimuleerd wordt. Een en ander komt tot uitdrukking in de selectiecriteria voor de class advocaat. Door de wettelijke wijziging van december 2003 is de aandacht nadrukkelijk gevestigd op het belang van de rol en daarmee de selectie en de beloning

van de class advocaat. De rechtswetenschap lijkt hieraan een belangrijke bijdrage te hebben geleverd. Bij de invoering van de class action regeling in 1966 werd de relatie tussen de classleden en de class advocaat vooral gezien als een vertrouwensrelatie. Gebleken is dat dit een beperkt, althans een te eenzijdig beoordelingskader oplevert. De analyses van class actions en van no cure no pay in het licht van rechtseconomische agency theorieën en psychologische inzichten over risicopreferenties leiden tot nieuwe inzichten over de gevaren van het instrument en de mogelijke aanpak daarvan, maar het laatste woord daarover lijkt nog niet te zijn gesproken.

Een andere consequentie van de overheveling van de financiële risico's van de actie naar de class advocaat is het ontstaan van het fenomeen 'entrepreneurial lawyering'. Daarmee wordt de vercommercialisering van de advocatenpraktijk bedoeld, maar dan in grotere mate dan bij de beroepsgroep logischerwijs als gewoon of gebruikelijk mag worden beschouwd. Dat betekent dat class advocaten ondernemers worden die enorme financiële risico´s dragen en daardoor aan risicospreiding moeten doen. Daarvoor is volume nodig, hetgeen intensivering van hun optreden, grotere activiteit en dus meer (collectieve) acties tot gevolg kan hebben. Behalve dat de toegang tot het recht hierdoor in absolute zin kan toenemen, neemt hierdoor tevens het belang verder toe van gestroomlijnde procedures en mechanismen die tijdig lichtvaardig ingestelde en ´inhoudloze´ acties moeten uitfilteren, zoals bijvoorbeeld een proceskostenveroordeling of een preliminaire inhoudelijke beoordeling van het onderliggende geschil. In het Amerikaanse regime wordt de voorkeur aan de tweede maatregel gegeven.

4.9.2 Gestroomlijnde procedures en casemanagement (tweede en derde golf) versus het zelfbeschikkingsrecht van partijen

De grote betekenis die in het Amerikaanse regime aan de voorfase en aan de actieve rechter wordt toegekend, blijkt reeds uit de omvang van de Manual for Complex Litigation. In de loop der tijd zijn specifieke case management technieken voor collectieve afwikkeling ontwikkeld. In de praktijk is gebleken dat leerstukken en concepten die een individuele behandeling veronderstellen, tekortschieten bij de afwikkeling van massaschade. Sommige van deze technieken leveren een inbreuk op het fundamentele day in court-beginsel op en behoeven een expliciete normatieve basis. Ze krijgen, bij het ontbreken daarvan, veel kritiek. Hoewel in het Amerikaanse regime veel meer en duidelijker dan in het Engelse gekozen is voor een collectieve aanpak bij de afwikkeling van massaschade, wordt daarin ook zoveel mogelijk geprobeerd het zelfbeschikkingsrecht van partijen en de individualiteitsgedachte te waarborgen. Dat blijkt vooral uit de invulling van de eisen waaraan de classvertegenwoordiger dient te voldoen en uit de centrale plaats die het kennisgevingsvoorschrift en de opt out-mogelijkheid in het geldende recht innemen. De vraag is of dit in het licht van de ervaringen en recente empirische studies gerechtvaardigd is. Denk aan de geringe mate waarin gebruik wordt gemaakt van opt out en aan de hoge kosten die aan het individuele kennisgevingsvoorschrift zijn verbonden, hetgeen de doodsteek

voor een collectieve actie kan betekenen. De class wordt nog altijd gezien als een verzameling van individuen en niet als een zelfstandige entiteit. Een expliciete keuzebepaling in deze, evenals een analyse van de daaruit voortvloeiende implicaties, zou ook het case management van massaschadegevallen vergemakkelijken. Aandachtspunten blijven de 'actieve rechter' en de schaduwzijden van rechterlijke samenwerking.

4.9.3 ADR (vierde golf)

Hoewel in het Amerikaanse regime geen expliciete keuze is gemaakt voor ADR als de voornaamste methode van afwikkeling van massaschade, blijkt de rechtelijk goedgekeurde collectieve schikking in de praktijk het voornaamste afwikkelingsinstrument te zijn, althans voor gefixeerde massaschade. Opvallend is de grote variëteit van ADR-mechanismen die in dat kader, al dan niet gecombineerd, kunnen worden ingezet en de grote verwevenheid daarvan met de overheidsrechtspraak. Daardoor lijkt een nieuwe hybride vorm van rechtspraak te ontstaan of van court annexed ADR, afhankelijk van het accent dat men wil leggen.

Het vermelden waard is voorts de plaats die de zogenaamde 'claims resolution facilities' in het regime innemen. Deze voorzien in de verdeling van de schadevergoedingsbedragen nadat overeenstemming is bereikt en hebben een grote conflictoplossende potentie. Ze kunnen zodanig ontworpen en aangepast worden aan het specifieke massaschadegeval dat alsnog genoegzaam compensatie wordt geboden voor de verminderde individuele behandeling. Daarvan zijn in de praktijk voorbeelden te vinden. Een fundamenteel, mogelijkerwijs problematisch, vraagstuk dat meer in het algemeen speelt, betreft de toegenomen inzet van ADR en van niet-rechters in het civiele proces, en het beheersen van de kosten, waarmee het ontwerp van adequate 'claims resolution facilities' gepaard gaat.

5 Evaluatie en een begin van een antwoord

5.1 Plan van aanpak

In de voorgaande rechtsvergelijkende hoofdstukken heb ik, zoals ik al in hoofdstuk 1 aankondigde, iets anders gedaan dan louter een beschrijving geven van de buitenlandse stelsels van afwikkeling van massaschade. Ik heb een *thematische analyse* van die stelsels gegeven. Daardoor is het nu eenvoudiger om gemeenschappelijke kenmerken en aandachtspunten uit de onderzochte stelsels te distilleren. Ik zal de door mij onderscheiden relevante thema's op een rij zetten en van commentaar voorzien in 5.2. Daarbij zal ik steeds verbanden leggen en parallellen trekken met de Nederlandse situatie. In dit hoofdstuk zullen bovendien veel kruisverbanden tussen de verschillende thema's geëxpliciteerd worden en daarmee zichtbaar worden gemaakt. Veel maatregelen zijn namelijk bij meerdere thema's van belang. Om de lezer te faciliteren, zal ik bij ieder thema of voorstel zo veel mogelijk verwijzingen opnemen naar relevante paragrafen uit de rechtsvergelijkende hoofdstukken of naar samenhangende thema's uit dit hoofdstuk. Daarin is dan de toelichting te vinden.

Uit deze thematische behandeling zullen de antwoorden op de meeste in 1.3 onderscheiden problemen en aandachtspunten als het ware vanzelf volgen, althans zullen de scores van beide stelsels ten aanzien van de beheersing van transactiekosten, het voorkomen van rechtsongelijkheid, die ontstaat door informatie-asymmetrie en limited fund en het ondervangen van het free rider-probleem geen verrassing zijn. Toch is het nuttig voor het overzicht om de scores apart te vermelden (5.3). Bovendien zijn ze van belang voor de eindscore en voor de beantwoording van de onderzoeksvragen mede in het licht van de golven van toegang tot het recht die ik in hoofdstuk 2 heb onderscheiden.

5.2 Kernthema's uit beide stelsels

Uit de thematische analyse van de twee buitenlandse rechtsstelsels komen met betrekking tot de afwikkeling van substantiële massaschade de volgende tien kernthema's naar voren: noodzaak tot een collectieve aanpak? (5.2.1), partijautonomie en zelfbeschikking onder druk? (5.2.2), het ontstaan van de groep? (5.2.3), opt in, opt out en no exit? (5.2.4), de groep als consolidatiemechanisme of als entiteit? (5.2.5), gericht op schikken of procederen? (5.2.6), de rol van de rechter? (5.2.7), de rol van belangenbehartigers? (5.2.8), financiering? (5.2.9), gefixeerde en sluipende massaschade? (5.2.10).

5.2.1 Noodzaak tot een 'collectieve' aanpak? Twee benaderingen

In beide rechtsstelsels worden in wetgeving, rechtspraak en literatuur uiteenlopende rechtvaardigingen aangevoerd voor de noodzaak tot een collectieve aanpak bij de afwikkeling van substantiële massaschade. Daarbij zijn twee benaderingen mogelijk: een principiële en een pragmatische. De meest in het oog springende bevindingen kunnen naar mijn mening als volgt worden samengevat.

In het Engelse stelsel overheerst de pragmatische benadering. Massaschade leidt tot overbelasting van de gerechten en dient om redenen van kostenbeheersing in goede banen te worden geleid. Ook in het Amerikaanse stelsel vindt men soortgelijke door de praktijk gevoede proceseconomische overwegingen. Uit het Engelse voorbeeld blijkt echter dat een al te praktische benadering van de problematiek zich op een later tijdstip gaat wreken (3.9). De latere Amerikaanse ervaringen laten de voortdurend wijzigende aard en mogelijkheden van het instrument zien, hetgeen tot monitoring en tijdige bijstelling aan de hand van de opgedane ervaringen noopt. Die ervaringen wijzen erop dat een fundamentele keuze voor de principiële noodzaak voor een collectieve actie-regeling door de wetgever niet ontlopen kan worden.[1]

In de Amerikaanse literatuur vindt men dergelijke principiële overwegingen voor de collectieve afwikkeling van substantiële massaschade. Betoogd wordt dat zij de toegang tot het recht voor substantiële massaschadelijders bevordert (4.3.1). De gedachtegang is kort gezegd dat een collectieve schadevergoedingsactie tot concentratie leidt, waardoor meer geïnvesteerd kan worden in de voorbereiding van de actie. De ongelijkheid die anders in de investeringsmogelijkheden van de veroorzaker van massaschade en van de afzonderlijke schadelijders ontstaat, wordt zodoende opgeheven. Concentratie zorgt bovendien voor een 'more powerful litigation posture' en voor 'enhanced bargaining leverage'[2] voor de schadelijders. Daardoor kunnen ze zich in een procedure fermer opstellen en zullen ze zich minder snel onder druk gezet voelen om akkoord te gaan met 'goedkope schikkingen'.

Een ander principieel argument dat men in de Amerikaanse literatuur tegenkomt, is dat het Amerikaanse stelsel, naar mijn idee anders of meer dan het Engelse stelsel, de verweerders het vooruitzicht op finaliteit biedt en de zekerheid niet geconfronteerd te worden met tegenstrijdige of inconsistente uitspraken. Dit is uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid van belang (4.3.2).

Ten slotte wordt in de Amerikaanse literatuur verdedigd dat collectieve acties preventieve werking hebben en daardoor uiteindelijk tot welzijnsmaximalisatie leiden ook in gevallen van substantiële massaschade. Dit argument is het meest omstreden. Sceptici wijzen op een gebrek aan deugdelijk empirisch bewijs ten aanzien van deze stelling, ook al zijn enige studies te vinden met positieve aanwijzingen (4.3.3).[3]

---

1 Wel is het zo dat ook de Amerikaanse wetgever op dat punt tekort blijft schieten: Bone 2006, p. 69-78, Hensler e.a. 1985, p. xxxii.

2 Zie voor een uitleg van deze term Tzankova 2005, p. 59-60.

3 Tzankova 2005, p. 53-9.

Nederland

In Nederland lijkt de pragmatische opstelling ten aanzien van de wenselijkheid van de collectieve afwikkeling van substantiële massaschade momenteel nog te overheersen. Die opstelling doet massaschade af als een louter praktische aangelegenheid, die weliswaar lastige uitvoeringsvragen kent, maar voor het overige niet tot fundamentele keuzes noopt.[4] Ook de wetgever heeft bij de totstandkoming van de collectieve actieregeling van art. 3:305a e.v. BW vooral uit praktische overwegingen gekozen om het verbod op het vorderen van een collectieve schadevergoeding in te voeren.[5] Men heeft gemeend dat de Nederlandse 'gefaseerde aanpak' van de massaschade-afwikkeling, die soortgelijk is aan de Engelse 'two-stage-benadering' van Part 19.II,[6] volstond. Thans kunnen we, mede aan de hand van de Engelse ervaringen met Part 19.II, constateren dat een dergelijke gefaseerde aanpak met name vanwege het free rider-probleem niet werkt. Bovendien verschuift het afwikkelingsmoment van de (individuele) schadevaststelling en -begroting nog verder naar achteren. Dit versterkt alleen maar het nadeel dat schadelijders toch al ondervinden doordat ze minder dan de verweerders kunnen investeren in de voorbereiding van de actie.

Men lijkt zich onvoldoende te hebben gerealiseerd hoe deze door pragmatische overwegingen ingegeven gefaseerde aanpak schadelijders in de praktijk achterstelt en ze in feite de toegang tot het recht ontzegt. Zij kunnen in een collectieve schadevergoedingsprocedure geen vuist maken, hetgeen hun onderhandelingspositie ondermijnt. Het goedbedoelde voorschrift van art. 3:305a lid 2 BW dat een poging voor een regeling in der minne voorschrijft, zal in de praktijk om die reden een rituele dans blijven, wat te betreuren is, omdat met de invoering van de WCAM het belang van een buitengerechtelijke afwikkeling en daarmee van een gelijkwaardige onderhandelingspositie alleen maar is toegenomen. Hoewel de schadelijders in theorie dus allerlei mogelijkheden hebben om hun schade vergoed te krijgen, leidt investeringsasymmetrie en de daarmee samenhangende ongelijkwaardige onderhandelingspositie ertoe dat zij in de praktijk over de 'kortste adem' blijven beschikken. Dit kan onder andere tot gevolg hebben dat men zich, om het evenwicht te herstellen, tot onorthodoxe maatregelen genoodzaakt ziet, bijvoorbeeld het inschakelen van de media. Daardoor kan echter een andere vorm van ongelijkheid ontstaan. Ik ga in 5.2.3 en 5.2.5 na, hoe beide vormen van ongelijkheid zouden kunnen worden ondervangen, althans beperkt.

---

4 In deze zin NOvA, Adviescommissie Burgerlijk procesrecht en NVvR in hun reactie op Een nieuwe balans 2003: Uitgebalanceerd 2006, p. 117.

5 Zie ook het commentaar op art. 3:305a lid 3 BW van Oranje & Henquet 2004, p. 342-4.

6 Die benadering houdt in dat eerst een verklaring voor recht dient te worden verkregen dat een bepaalde handelwijze ontoelaatbaar is, waarna de betrokkenen ieder voor zich kunnen overwegen om een zelfstandige procedure te starten.

5.2.2 *Partijautonomie en zelfbeschikking onder druk?*

In beide buitenlandse stelsels wordt de nadruk gelegd op de waarborging van het beginsel van partijautonomie en van het zelfbeschikkingsrecht van partijen. In het (summiere) Engelse stelsel komt dat tot uitdrukking in de relatief beperkte mate waarin gebundeld wordt via de GLO en de test case, waarbij de inzet nog altijd een individuele afdoening per geval is (3.3 en 3.5). In de (uitvoerige) Amerikaanse regeling komt het tot uitdrukking in de gedetailleerde vereisten die aan de class vertegenwoordiger en zijn vordering worden gesteld en aan de discussies waarmee de toetsing daarvan in een concreet geval in de praktijk gepaard gaat (4.4.2, 4.5.1 en 4.5.2). Inzichtelijk is geworden hoe beide stelsels worstelen met de inpassing van partijautonomie in de collectiviteitsgedachte, een worsteling die ik aanduid als 'hinken op twee gedachten'. Men ziet in dat enige concessies op het zelfbeschikkingsrecht van partijen bij de afwikkeling van massaschade onvermijdelijk zijn, maar wil deze tegelijkertijd tot een minimum beperken. Het maatwerkideaal dat partijautonomie in het vooruitzicht stelt, lijkt men slechts bereid te zijn op te geven als het alternatief nog altijd 'maatwerk op macroniveau' is.[7]

Maatwerk op macroniveau betekent het per concreet massaschadegeval zoeken naar een zo optimaal mogelijke differentiatie binnen de groep die recht doet aan de verschillende belangen van de verschillende soorten schadelijders. Er wordt getracht om niet per individu, maar per groep een zo optimaal mogelijk resultaat te realiseren. Daarom wordt niet per individu, maar per groep een belangenbehartiger aangesteld. De achtergrond hiervan is niet alleen dat de belangen van de massaschadelijders parallel lopen zolang de aansprakelijkheid van de veroorzaker niet is vastgesteld, maar tegengesteld raken zodra de schade-uitkeringen vastgesteld moeten worden. Vaak zal het namelijk nodig zijn om reeds in de aansprakelijkheidsfase tot een zorgvuldige formulering van de relevante (sub)groepen schadelijders te komen die anders niet voldoende gelijksoortige belangen hebben, omdat op hen verschillende aansprakelijkheidsregimes van toepassing kunnen zijn (3.3 en 4.8.3). Niet alleen de schadelijders, maar ook de verweerders hebben daar belang bij, zodat ze weten waartegen ze zich moeten verweren. Dergelijke subgroepenvorming noopt tot een specifieke omgang met het ontvankelijkheids- en representativiteitsvraagstuk (4.5.6). Ik kom in 5.2.8 hier nog op terug.

Maatwerk op macroniveau en de daarmee samenhangende subgroepenvorming draagt, mits adequaat vormgegeven, bij aan de acceptatie van een inbreuk op het beginsel van partijautonomie en 'individuele' afdoening. De toepassing in dat kader van samplingmethoden (4.6.4 en 4.8.3) is om meerdere redenen een interessante en vermeldenswaardige ontwikkeling. De keuze voor de meest geschikte (sampling)

7 Ik heb deze typering al eens eerder gebezigd, namelijk in Tzankova 2004, p. 112.

methode draagt niet alleen bij aan het leveren van maatwerk op macroniveau, maar kan uiteindelijk een (transactie)kostendrukkend effect hebben.[8]

Toch blijkt uit de buitenlandse ervaringen dat het leveren van maatwerk op macroniveau niet eenvoudig is en dat rechterlijke bemoeienis hiermee in een vroeg stadium gewenst is en bepleit wordt. In het Engelse stelsel uit een en ander zich bij de perikelen rond de selectie van de test cases en de toepassing van de kostendelingsregels die het free rider-probleem beogen te ondervangen (3.4.5 en 3.5.2), in het Amerikaanse bij de beoordeling van de redelijkheid van collectieve schikkingen voor de verschillende soorten benadeelden (4.7.1 en 4.7.2). Dit vereist een pro-actieve en doortastende rechter.

In beide rechtsstelsels vindt men in de literatuur echter ook bezwaren tegen een vergaand rechterlijk activisme, zeker als de controle daarop ontbreekt of marginaal is (3.2.4 en 4.8.5). In de Amerikaanse literatuur is de gedachtevorming over het onderwerp volop in ontwikkeling, maar een aantal kernpunten kan reeds daaruit worden gedestilleerd. Zo wordt er betoogd dat ruime case management bevoegdheden de rechter veranderen van een onpartijdige derde in een zelfstandige strategische deelnemer aan het geschilbeslechtingsproces, naast de overige partijen (4.8.5).[9] Daarnaast zorgen psychologische biases (bounded rationality) en het presenteren van een niet representatieve selecte uit de feiten door partijen (information access)[10] ervoor dat van de rechter geen wonderen mogen worden verwacht bij de uitoefening van zijn case management bevoegdheden. Dit betekent niet dat de actieve rechter geweerd moet worden. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat deze onmisbaar is bij de adequate afwikkeling van massaschade.[11]

In de Amerikaanse literatuur zijn suggesties te vinden over hoe om te gaan met de geschetste gevaren. Het maken van expliciete normatieve keuzes door de wetgever, zoals hiervoor en in 5.2.1 voorgesteld, (maar zoals ook aan bod zal komen in 5.2.5 en 5.2.6), blijkt bij de afwikkeling van massaschade een belangrijke manier te zijn om de rechterlijke vrijheid in goede banen te leiden.[12] De geëxpliciteerde keuze dat de rechter rekening dient te houden met de belangen van de afwezige groepsleden

---

8 Bone 1993, p. 574-5, 577, 583, 586: er zijn verschillende mogelijkheden van sampling. Het 'regression model' is kostbaarder, maar kan gerechtvaardigd zijn als de individuele belangen groot zijn. Sample averaging of stratified sampling lijkt voor de hand liggend te zijn als de gemiddelde belangen kleiner zijn. Zie ook Bone 1993, p. 584, 589, 593-5, 598, 600, 612-3, waar belangrijke conclusies te vinden zijn.

9 Bone 2006, p. 44-51 spreekt van 'the judge as a strategic player'. Zie voorts Helland & Klick 2004.

10 Bone 2006, p. 31-44. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ziet zich derhalve gesteund door het argument van 'bounded rationality' en 'information access' in haar kritiek bij de WCAM dat het voor een rechter lastig is om de redelijkheid van een overeenkomst vast te stellen: Kamerstukken II, 2003/2004, 29 414, nr. 3, p. 9.

11 Dat heb ik ook elders betoogd: Tzankova 2005, p. 124.

12 Bone 2006, p. 69 duidt het aan als 'guiding discretion with general principles'. Mogelijke normatieve keuzes die op verschillende manieren invulling geven aan de rechterlijke discretie zijn het vooropstellen bij collectieve acties van het bereiken van een kwalitatief hoogwaardige uitkomst of van de partijparticipatie aan het proces. Indien men voor het eerste kiest, dan zou het kennisgevingsvoorschrift soepeler kunnen worden toegepast, mits andere waarbogen zijn ingebouwd die garanderen dat een kwalitatief hoogwaardige uitkomst wordt bereikt.

(Amerika) of dat hij dient bij te dragen aan de verwezenlijking van de 'overriding objective' van CPR (Engeland) zijn kennelijk ontoereikend, althans ze dekken de materie niet. Een andere manier om de rechterlijke vrijheid op een verantwoorde manier te beperken, is door lijsten met factoren of gezichtspunten te hanteren die de rechter bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid in aanmerking dient te nemen. De eerder genoemde MCL 2004 (4.2.1 en 4.8.3) zou als een voorbeeld van een nadere uitwerking hiervan kunnen worden gezien. Een zinvol gebruikmaken van deze maatregel is echter alleen mogelijk als de lijsten niet al te uitgebreid zijn en normatieve keuzes gemaakt worden tegen de achtergrond waarvan de factoren gewogen kunnen worden.[13] Daarmee komen we bij waar we begonnen zijn: de noodzaak fundamentele keuzes te maken.

Nederland

Ook in Nederland zijn we inmiddels bekend met het fenomeen 'maatwerk op macroniveau' bij de afwikkeling van massaschade. De WCAM introduceert naar Amerikaans voorbeeld de mogelijkheid van damage scheduling en in de (reeds goedgekeurde) DES-schikking[14] en in de Dexia-schikking[15] wordt deze methode toegepast. Een verantwoorde toepassing van maatwerk op macroniveau in de schadevaststellingsfase (de damage scheduling) veronderstelt dat reeds *in de aansprakelijkheidsfase* maatwerk op macroniveau heeft plaatsgehad. Dat heb ik hierboven toegelicht. De meest voorkomende en voor de aansprakelijkheidsvraag relevante modaliteiten in de onderliggende feitencomplexen dienen onderzocht en geëvalueerd te zijn, en aan de hand daarvan dienen de belangrijkste groepen schadelijders te zijn onderscheiden. De kunst daarbij is 'to treat common things in common and to distinguish the distinguishable',[16] om tot een verantwoorde subgroepenvorming[17] te komen. Ik denk dat de verwachting gewettigd is dat de belangenbehartigers deze 'kunst', die een andere manier van juridisch denken vereist dan we gewend zijn, zich eerder eigen zullen maken dan de rechters die over de adequaatheid van het eindresultaat zullen moeten oordelen. Dat

13 Boon 2006, p. 68-9.

14 Van Regteren Altena 2005, p. 27-35.

15 Deze is te raadplegen op <www.dexialease.nl>, Leijten 2005, p. 500, Leijten 2006.

16 Klonoff & Bilich 2000, p. 304.

17 Heel instructief is het 'schoolvoorbeeld' van subgroepenvorming in Pruitt v. Allied Chem. Corp., United States District Court, Eastern District of Virginia, 1980, 85 F.R.D. 100, waar in het kader van milieuverontreiniging van openbare wateren eerst vier subclasses worden onderscheiden, die vervolgens in twee of meer subsubclasses uiteenvallen. De eerste bestaat bijvoorbeeld uit allen wier broodwinning bestaat uit vis- en schelpenvangst uit de verontreinigde wateren ('commercial fishermen, crabbers, clammers, shell-fishermen, oyster tongers, lessees of oyster beds, and employees of same, all of whom earn their livelihood by catching seafood and selling their catches to the commercial seefood industry'). De tweede uit schadelijders die minder direct betrokken zijn bij de visvangst, zoals 'boat owners, captains and crewmen, tackle owners... all of whom earn part or all of their livelihood by offering services or equipment for sale or hire, to persons who attempt to catch seafood'. Deze tweede groep wordt verder onderverdeeld in twee subgroepen afhankelijk van de vraag of ze gedupeerd zijn door de sluiting van de verontreinigde wateren van de Jamers River dan wel de Chesapeake Bay: Klonoff & Bilich 2000, p. 301-7.

kan tot onwenselijke en onwerkbare discrepanties leiden. In 5.2.7 geef ik aan hoe dit voorkomen kan worden.

In de Nederlandse literatuur worden door sommigen meer in het algemeen en niet specifiek in relatie tot massaschade vraagtekens geplaatst bij de houdbaarheid van het begrippenpaar 'partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter' en wordt als een alternatief beoordelingskader 'de gezamenlijke verantwoordelijkheid' van de rechter en partijen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verlopend proces voorgesteld.[18] Tegenover een actievere rechter wordt een meer zelfbewuste advocatuur verondersteld. Hoewel in veel gevallen dit beeld, althans wat de rechter betreft,[19] in de praktijk reeds de trend zo niet de realiteit blijkt te zijn, hebben velen moeite met de voorgestelde overgang of actualisering van de beoordelingsmaatstaf,[20] met name omdat de actieve rechter ten koste van partijen zou opereren.

Hoe men over deze discussie ook denkt, naar mijn mening kan in ieder geval aangenomen worden dat partijautonomie in het Nederlandse civiele proces zich thans alleen nog doet gelden ten aanzien van (1) de inhoud en omvang van de rechtsstrijd in de verschillende instanties, (2) het initiatief tot het aanvangen, voortzetten en tussentijds beëindigen van het proces, (3) het opwerpen van incidenten en de bewijslevering.[21] Hieraan kunnen we nog (4) de keuze voor de professionele belangenbehartiger toevoegen. Uit de buitenlandse ervaringen blijkt dat een inbreuk op alle vier onvermijdelijk is. Het is wel zo dat die inbreuken gecompenseerd worden door extra waarborgen. De eventuele beperking van de advocaatkeuze wordt bijvoorbeeld in beide stelsels gecompenseerd door het feit dat van de toegewezen advocaat de aanwezigheid van bepaalde expertise wordt gevergd (3.6.2 en 4.5.3). Een andere waarborg is de mogelijkheid van opt out, maar ook groter rechterlijk toezicht en bemoeienis worden als een belangrijk vangnet gezien (3.2.4, 4.5.4 en 4.8.2).

Mijn standpunt, dat gedragen wordt door feiten uit het rechtsvergelijkende onderzoek, is dat een adequate afwikkeling van substantiële massaschade en het beginsel van partijautonomie zoals het door velen in Nederland (absoluut) begrepen wordt, onverenigbaar zijn. De meest fervente pleitbezorgers van het zelfbeschikkingsrecht van partijen dreigen door zich blind te staren op dat recht over het hoofd te zien dat in de situatie van massaschade vaak *juist door een inbreuk* op dat beginsel de waarden kunnen worden bereikt die men via het civiele proces beoogt te realiseren: het verwezenlijken van materiële rechten en bevoegdheden in individuele gevallen. Een verwezenlijking die niet helemaal op individuele maat gesneden is, maar door het leveren van maatwerk op macroniveau aardig in de richting kan komen. In de discussies over het beginsel van partijautonomie wordt naar mijn idee te gemakkelijk ervan uit gegaan dat dat beginsel per definitie wél een uitkomst op maat garandeert. Maar is dat zo? Ik heb reeds aangegeven waarom investeringsasymmetrieën daar ernstig aan doen twijfelen. Het invoelen van dit argument veronderstelt echter een denkraam

18 Een nieuwe balans 2004, p. 63-91.
19 Ik kom hier in 5.2.7 op terug.
20 Uitgebalanceerd 2006, p. 47-59.
21 Uitgebalanceerd 2006, p. 46.

dat niet uitsluitend uit beschouwingen over rechten en plichten is opgebouwd, maar ook oog heeft voor resultaten. Dit vereist een doordenk- en doorrekenoefening die in onze onderzoekstraditie minder gebruikelijk is.

Gelet op al het bovenstaande zal het niet verbazen dat ik vind dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen meer en beter ervoor kan zorgen dat effectief en efficiënt maatwerk op macroniveau in een procedure dan wel in een minnelijke regeling kan worden geleverd en daarom een betere en een juistere maatstaf is dan het begrippenpaar partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter. Ook een verweerder die niets voelt voor een minnelijke regeling is in mijn benadering gehouden om mee te werken aan de selectie van de relevante testcases waarover geprocedeerd moet worden. Wel ben ik van mening dat in de situatie van massaschade een zelfbewustere houding van de belangenbehartigers alléén onvoldoende is om aan die gezamenlijke verantwoordelijkheid gestalte te geven. Belangenbehartigers aan beide kanten van het proces hebben specifieke instrumenten nodig om de hulp en bijstand van de actieve rechter te kunnen inroepen op het moment waarop ze dat nodig en wenselijk achten. In (5.2.3, 5.2.6 en 5.2.7) geef ik aan wat die 'instrumenten' zoal kunnen zijn. Begrijpelijkerwijs heeft dat ook specifieke consequenties voor de (nu al, maar op een andere manier, waarover in 5.2.7 meer) actieve rechter.

De problemen die gesignaleerd worden in verband met de ruime rechterlijke discretie[22] worden naar mijn idee voor een belangrijk deel ondervangen, indien de door mij hiervoor in 5.2.1 en 5.2.2 (en hierna in 5.2.5 en 5.2.6) gesignaleerde fundamentele keuzes gemaakt zouden worden en door de rechter expertise kan worden ontwikkeld (al dan niet via een instrument soortgelijk aan de MCL). Verder ben ik van mening dat een aantal maatregelen dat in 5.2.4 en 5.2.6[23] aan bod komt de rechter ook kan ondersteunen om het probleem van 'information access' te ondervangen.[24]

5.2.3 Het ontstaan van de groep

Uit de buitenlandse ervaringen blijkt dat de 'processuele groep' massaschadelijders op twee manieren kan ontstaan. Door registratie of inschrijving (opt in) of door een inkrimping van een van oorsprong groot veronderstelde en nauwkeurig omschreven groep (opt out). Voordat ik in de volgende paragraaf hier dieper op in ga, wil ik afzonderlijk stilstaan bij de vraag hoe een ongeïdentificeerde groep schadelijders een gedefinieerde procesgroep wordt, ofwel hoe een massaschadegeval überhaupt 'tot leven' komt.

---

22 De reeds in een noot bij 4.8.5 genoemde 'bounded rationality, information access en the judge as a strategic player'.

23 Ik doel in het bijzonder op motiveringsplicht voor opt out-verzoeken en benoeming van amicus curiae-achtige figuren.

24 Dit probleem houdt in dat de rechter afhankelijk is van de informatie die partijen hem verschaffen om het hem voorgelegde geval te beoordelen. Als beide partijen, zoals in de situatie van een collectieve schikking het geval kan zijn, er belang bij hebben om de rechter niet alle nodige informatie te verschaffen, is de kans dat hij daar toch achterkomt vrijwel nihil (zie noot 283 bij 4.8.5).

In Engeland lijkt dat heel georganiseerd te gaan: een massaschadegeval doet zich voor en trekt daardoor de publieke aandacht. De schadelijders gaan op een zeker ogenblik op zoek naar een belangenbehartiger en zowel binnen de balie, als binnen de gefinancierde rechtsbijstand (3.4.1 en 3.7.1) bestaan structuren die massaliteit onderscheiden en kanaliseren.

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt echter dat veel, zo niet de meeste, multi-party acties 'lawyer led'[25] of 'lawyer driven'[26] zijn. Daarmee wordt bedoeld dat dergelijke acties door een (pro)actief, zo men wil agressief, wervingsgedrag tot stand komen, dat zich onder meer uit in advertentiecampagnes van belangenbehartigers,[27] waarin actief cliënten worden geworven naar aanleiding van een concreet geval. De Amerikaanse 'ambulance chasers' zijn wereldberucht. De internetsites van veel advocatenkantoren bevatten een speciale 'class actions'-afdeling. Class action litigation is in Amerika ook, zo niet primair, een kwestie van marketing geworden.

De Engelse ervaringen uit het pre-Woolf tijdperk wijzen uit dat veel multi-party acties die via advertentiecampagnes en de media geconstrueerd werden 'zwak' waren en uiteindelijk mislukten.[28] Zij creëerden wel de indruk van het bestaan van een claimcultuur. In een onderzoek naar de ontwikkeling van claimcultuur in Engeland wordt gesteld dat daarvan geen sprake is[29] en dat vooral de manier waarop de media verslag doen van spraakmakende binnen- en buitenlandse massaschadezaken en het agressieve acquisitieoptreden van claimafwikkelingsbureaus tot misleiding van het publiek leiden.[30] Ook onderzoekers naar de aanwezigheid van een claimcultuur in

---

25 Voor Engeland zie Hodges 2001, p. 83 en noot 1. In 2.2 en 3.7.1 ben ik kort ingegaan op het vroegere Engelse stelsel van gefinancierde rechtshulp dat 'demand induced suply' indiceerde, hetgeen excessen aan de zijde van belangenbehartigers mogelijk maakte. De rol van de media en het gebruik dat van de media wordt gemaakt, zijn daarbij echter onderbelicht gebleven. De indruk bestaat dat de situatie in Engeland thans anders is.

26 Voor Amerika zie onder andere Tzankova 2005, p. 84, noot 294 met verwijzingen naar Fisch 1997, p. 169, Coffee 1986 en Macey & Miller 1993 en 4.7.2.

27 Hodges 2001, p. 83-93 gaat uitgebreid in op de (negatieve) Engelse ervaringen met advertentie-uitingen en gebruikmaking van de media voor cliënt wervingsacties. Veelzeggend is het bericht in de Sunday Times van 13 augustus 2006 over Amerikaanse letselschade-advocaten die $ 100 hebben geboden voor elke klik op hun 'link' na het invoeren van de zoekterm 'mesothelioom'. Als de zoekterm mesothelioom in Google wordt ingetoetst worden zij geplaatst in de lijst van gesponsorde links. Dit bedrag is het hoogst geboden bedrag tot nu toe, volgens marktonderzoekbureau Jupiter Research. De omvang van Internet-adverteren neemt volgens dit bureau de laatste tijd sterk toe. En 'gesponsorde links' bij de resultaten van een zoekopdracht blijken de meest populaire vorm van internet-advertenties te zijn.

28 Hodges 2001, p. 84, 87 (waar hij de Legal Aid Board, een belangrijke financier van multi-party acties in die tijd, citeert).

29 Task Force-rapport, p. 11-19, 37.

30 Hoewel het onduidelijk is hoe dit onderzoek opgezet en uitgevoerd is, het bevat in ieder geval cijfers die inderdaad aan de aanwezigheid van een claimcultuur op zijn minst doen twijfelen. De cijfers betreffen het aantal 'accident claims' in de jaren 2000-2004, de hoogte van de toegewezen schadevergoedingen in de County Courts in 2002 en de kosten van het aansprakelijkheidsrecht in Engeland in het jaar 2000 als een percentage van het GDP. Het aantal accident claims dat in 2000-2003 is ingesteld, blijft stabiel en in 2004 is zelfs sprake van een aanzienlijke daling: Task Force-rapport, p. 12. 55% van de onderzochte toegewezen schadevergoedingen is onder £ 3000: Task Force-rapport,

Nederland kwamen overigens tot de conclusie dat daarvan geen sprake is,[31] terwijl dat in de beleving van velen anders ligt.[32]

Gelet op deze ervaringen lijkt normering van de publiciteit rondom massaschade en de daaraan gerelateerde groepsvorming niet alleen wenselijk, maar zelfs noodzakelijk om misbruik en excessen te voorkomen. De Engelse onderzoekers stellen onder andere zelfreguleringsmaatregelen van de brancheorganisaties voor en indien deze niet adequaat of anderszins ontoereikend zijn, normering van overheidswege omtrent adviseren en adverteren.[33] Opvallend is dat de kritiek van de onderzoekers zich voornamelijk richt op het optreden van schaderegelingbureaus (claims management companies). In beide landen zijn de beroepsorganisaties van advocaten niet bereid of in staat gebleken vergaande en gedetailleerde voorschriften of beperkingen in de gedragsregels over het onderwerp adverteren ten aanzien van multi-party acties op te nemen.[34] Voorzover er sprake is van normering geschiedt die overwegend van overheidswege. De Engelse regeling van Part 19.III bepaalt bijvoorbeeld dat de rechter die een GLO-order uitvaardigt specifieke aanwijzingen kan geven over de publicatie daarvan.[35] Men neemt aan dat de bevoegdheid van de rechter ruim genoeg is om in een vroeg stadium toezicht te houden op en controle uit te oefenen over de publiciteit in en met betrekking tot multi-party acties[36] en dus ook rond de groepsvorming. De regering is voorts voornemens om een begeleidingsgroep op te richten die de voorstellen van de onderzoekers gaat implementeren.[37] Vooral agressief opererende claimafhandelingsbureaus lijken daarbij te zullen worden aangepakt, zodat in de media geen valse verwachtingen worden gewekt, terwijl rechtzoekenden die over een legitieme claim beschikken voldoende mogelijkheden dienen te krijgen om die geldend te maken.[38] Laatstgenoemde groep heeft er ook baat bij dat de media-aandacht niet

---

p. 14. Wat het percentage van het GDP betreft, ter vergelijking: voor Engeland bedraagt het percentage 0,6 %, voor de US 1,9%, terwijl het voor België en Duitsland bijvoorbeeld 1,1% respectievelijk 1,3% bedraagt: Task Force-rapport, p. 15.

31 Ik doel op het onderzoek van Eshuis 2003.

32 In Tzankova 2005, p. 60-9 behandelde ik reeds uitgebreid het onderwerp claimcultuur en juridisering en geef ik gemotiveerd aan waarom en onder welke omstandigheden ik ze 'positief' waardeer. Claimcultuur is misbruikte toegang tot het recht.

33 Task Force-rapport, p. 20-4.

34 Hodges 2001, p. 84: 'The Law Society prefers not to regulate explicitly in this area. It will be obvious that major financial gains stand to be made by those lawyers who carry out generic or co-ordination work on cases which they do not fund personally. Early publicity may clearly assist in achieving a central position on a steering committee or an all-work Community Legal Service contract or a large number of clients.' Volledigheidshalve wijs ik erop dat er wel een aantal initiatieven in die richting is geweest, onder andere van de barristers, de Law Society's 1995 Working Party en van de Association of Personal Injury Lawyers. Ze worden besproken door Hodges 2001, p. 85-93. Voor Amerika zie de Model Rules of Professional Conduct (vooral Rules 7.1-7.5) van de American Bar Association: <http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html>.

35 Rule 19.11 (3) (c), Hodges 2001, p. 93.

36 Hodges 2001, p. 93.

37 Government Response 2004, p. 3.

38 'Both to tackle practices that help spread the misperceptions and false expectations; and to improve the effectiveness and efficiency of the system for those who have a genuine claim to compensation.': Government Response 2004, p. 1-2.

uit de hand loopt, omdat dat de indruk van een claimcultuur in de hand werkt. Een belangrijk en niet te onderschatten gevaarlijk nadeel van de mediabelangstelling is dat daardoor de aandacht afgeleid wordt van meer wezenlijke vragen naar de verbetering van de toegang tot het recht voor rechtzoekenden met reële aanspraken. In het ergste geval kan de vrees voor claimcultuur tot vergaande belemmeringen en beperkingen van die toegang leiden. Daarnaast kunnen in de media gewekte valse verwachtingen bij het grote publiek het vertrouwen in het rechtssysteem aantasten. Dit bezwaar krijgt een extra openbare orde-dimensie, als het om gezondheidsklachten of -risico's gaat.

De controle op media-uitingen die in Amerika van overheidswege op class actions wordt uitgeoefend, is van een andere aard en heeft vooral betrekking op de toepassing van het kennisgevingsvoorschrift (4.5.4) ten aanzien van de inhoud van een bereikte collectieve schikking en de mogelijkheid van opt out.[39] De nadruk ligt daar op aspecten als klantvriendelijkheid, heldere bewoordingen en een vormgeving die de aandacht trekt.

Door al het bovenstaande kan de indruk ontstaan dat de aandacht hier meer gericht is op het voorkomen van uitwassen dan op de initiële groepsvorming. Die indruk is juist. Uit de buitenlandse ervaringen blijkt dat die vroege fase zeer misbruikgevoelig is. Initiatieven die de groepsvorming faciliteren dienen steeds gecombineerd te worden met maatregelen die misbruik tegengaan.

Nederland

Vooropgesteld moet worden dat het bestaan van specifieke publiek- of privaatrechtelijke financieringsarrangementen voor massaschade de initiële groepsvorming kan ondersteunen. Bureaus voor Rechtshulp en rechtsbijstandverzekeraars zijn dan eerder bedacht op meldingen waarvan de aard op een massaal karakter duidt. Ze kunnen passende coördinerende maatregelen treffen. Afgezien van het feit dat dergelijke arrangementen aanwezig moeten zijn (in 5.2.9 ga ik hier op in), zijn niet alle gevallen van massaschade meteen als zodanig herkenbaar (denk aan Dexia). Het is daarom naar mijn idee niet eenvoudig om de actieve rol van belangenbehartigers bij het construeren van multi-party acties straffeloos af te schaffen, dat wil zeggen zonder de mogelijkheden van collectieve acties voor de verbetering van de toegang tot het recht voor rechtzoekenden onaanvaardbaar te beperken. Tegelijkertijd is het lastig om die rol in termen van positief of negatief te evalueren. Het is eerder een kwestie van noodzaak. Men dient zich te realiseren dat met het starten van collectieve acties hoge informatie- en coördinatiekosten gemoeid zijn en dat noch een *gezonde* (pro)actieve houding van belangenbehartigers,[40] noch de media daarbij steeds helemaal kunnen worden gemist. Zeker bij strooischade welk onderwerp hier buiten beschouwing blijft,

39 Zie Rule 23 (c) (2) en MCL 2004, 286-7.

40 White 2004, p. 184-6, 191 en Hensler e.a. 1985, p. xxv-xxvi, wijzen erop dat dankzij het vele voorbereidende werk en onderzoek van plaintiff law firms de asbest litigation op gang is kunnen komen die uiteindelijk datgene bereikt heeft dat de overheid niet gelukt was: het weren van asbest van de markt.

kan die rol van cruciaal belang zijn. De hamvraag is echter hoe de media hier in te passen, zonder dat bedrijven en organisaties die blijvend of tijdelijk in de verdachtenbank belanden, beschadigd raken en ongerechtvaardigd reputatieverlies leiden.[41] Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om wenselijke verbeteringen in de toegang tot het recht in perszaken te bespreken.[42] Ik beperk mij tot de opmerking dat naar mijn idee niet volstaan kan worden met het uitspreken van het vertrouwen dat journalistieke gedragscodes en -regels steeds de nodige objectiviteit en onafhankelijkheid in de berichtgeving rond massaschade kunnen zekerstellen.[43]

Er dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen twee belangrijke momenten waarop de media in het kader van massaschade een rol kunnen spelen: (1) bij het signaleren van een mogelijk geval van massaschade en (2) nadat een geval van massaschade gekanaliseerd is. Met dat laatste bedoel ik dat de meeste schadelijders hun weg naar belangenbehartigers hebben gevonden en er gesproken kan worden van een massaschadegeval.

Ik denk dat de rol van de media in het eerste geval, bij het opsporen van klachten en reële problemen met producten en diensten met een massaal karakter, nuttig en onmisbaar is.[44] Belangenorganisaties en belangenbehartigers kunnen een nader feitelijk en juridisch onderzoek naar die klachten of problemen instellen dat uiteindelijk tot een collectieve actie kan leiden. Wat naar mijn idee niet wenselijk is, is de inzet van de media in die (opvolgende) fase, omdat dit gemakkelijk tot stemmingmakerij zou kunnen leiden. Dit gevaar rechtvaardigt mijns inziens dat het toezicht en de controle op uitlatingen in de media door belangenbehartigers streng(er) mag zijn, zoals men ook in Engeland voorstaat. Er is ook een grijs gebied tussen het moment dat een mogelijk massaschadegeval gesignaleerd wordt en het moment dat dat reeds gekanaliseerd is, en dat is het lastigste. Daarom is een overkoepelende strategie en benadering van de problematiek van groepsvorming nodig die uit een combinatie van maatregelen bestaat.

Uit de buitenlandse ervaringen blijkt dat niet volledig vertrouwd kan worden op de zelfregulerende mogelijkheden van beroepsorganisaties.[45] Het zou echter te ver

---

41 Illustratief is in dat verband het persbericht vanwege de producent van het anticonceptiemiddel 'Norplant' naar aanleiding van het verwijderen van het middel uit de markt: 'In effect, a major therapeutic advance, fully approved by the UK Medicines Control Agency, and widely welcomed by doctors and users has been killed off for non-medical reasons by an 'unholy alliance' of bureaucrats, lawyers and the media.': persbericht Hoechst Marion Roussel 30 april 1999.

42 Die bespreking vindt men bij Van Harinxma 2006. Hij behandelt de problemen van toegang tot het recht in perszaken (dus als een persoon of instelling door uitlatingen in de media reputatieschade lijdt) meer specifiek en doet aanbevelingen over hoe deze toegang verbeterd kan worden.

43 Voor een aanvulling op dit perspectief zie de beschouwingen van Van Harinxma 2006, p. 45-79 over zelfregulering in de media.

44 'Strijkstok decimeert rendement op beleggingen', kopte de Volkskrant van 18 oktober 2006, waarin het bericht over te dure beleggingsverzekeringen werd aangekondigd.

45 Een bestudering van de inhoudelijke veranderingen die in de Verordening op de publiciteit van de Nederlandse Orde van Advocaten door de jaren heen hebben plaatsgehad, laten een tendens zien tot een ruimere en meer soepele omgang met adverteren. Waar dat vroeger als een teken van 'slechte smaak' werd gezien, lijkt het tegenwoordig steeds gewoner en acceptabeler te worden gevonden

gaan om te stellen dat zij daarin geen enkele nuttige rol kunnen spelen. Ik denk dat uit een meer gespecialiseerde en geconcentreerde benadering van het vraagstuk van belangenbehartiging een positieve zelfregulerende werking zou kunnen uitgaan, waardoor het probleem minder dringend wordt. Indien binnen een beroepsgroep zich specialisatietendensen voordoen, is die beroepsgroep er veel aan gelegen om haar onderscheidende vermogen te bewaken. Kwaliteitsnormen en specifieke beroepsregels dragen daaraan bij en zijn het gevolg van die tendensen. (5.2.2, 5.2.8 en 5.2.9).

Verder heb ik reeds de mogelijkheid genoemd die in Engeland voor de rechter bestaat om aanwijzingen te geven over publiciteitsuitingen door partijen, nadat een massaschadegeval is gekanaliseerd. Ook in de voorfase zouden echter al maatregelen kunnen worden opengesteld die meer in het algemeen misbruik van collectieve acties en eventuele excessen bij de groepsvorming zouden kunnen voorkomen, bijvoorbeeld in het kader van preprocessuele comparities[46] of regiezittingen. Daarover in 5.2.6 en 5.2.7 meer. Wel wil ik reeds nu de eventuele rol van de preprocessuele comparitie bij het kanaliseren van massaschade toelichten. Het zullen namelijk in de regel de verweerders zijn die als eerste indicaties krijgen dat ze mogelijk te maken hebben met een kwestie met een massaal karakter. Zij zullen als de meest gerede partij een verzoek kunnen doen bij een exclusief bevoegd gerecht voor het houden van een preprocessuele comparitie ten einde alle zaken naar één gerecht te dirigeren. Ook een belangenorganisatie aan de kant van de schadelijders of een andere belanghebbende partij zou daartoe kunnen besluiten.

Een maatregel die naar mijn idee in dit rijtje past, betreft de oprichting van een 'collectieve acties platform' waar verschillende partijen uit het 'collectieve acties'-spectrum onder een onafhankelijke vlag zitting hebben.[47] Een van de doelen van het platform zou zijn een objectieve en onafhankelijke informatievoorziening ten aanzien van concrete voorvallen in de media waarover onjuist of onvolledig is bericht. Het zou ook een forum kunnen zijn waar meer structurele problemen bij de massaschade-afwikkeling aangekaart en eventueel tot oplossing gebracht kunnen worden.

5.2.4 Opt in, opt out of ...no exit?

De processuele groep massaschadelijders kan op twee manieren ontstaan: via opt in[48] en via opt out. Opt in lijkt uit een oogpunt van partijautonomie aantrekkelijk, maar

---

om met juridische diensten te adverteren. De Verordening is te raadplegen op <http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/vademecum.asp>.

46 Reeds voorgesteld in Uitgebalanceerd 2006, p. 121-2.

47 Een globaal uitgewerkt plan voor de oprichting van een dergelijk platform (<www.collectieveactie.nl>) was een onderdeel van een plan dat meedong in het kader van de NRC Academische Jaarprijs 2005/2006. Dat de rol en het nut van een dergelijk platform groot kunnen zijn, bleek uit de positieve reacties van uiteenlopende organisaties en instellingen op de uitnodiging om zitting te nemen in een 'Board of Advisors'.

48 Opt in mag niet verward worden met interveniëren. In het eerste geval wordt men lid van de groep, in het tweede geval partij in de procedure: Gidi 2006, p. 338-9.

het nut ervan kan in twijfel worden getrokken, onder meer vanwege de ingewikkelde kostendelingsregels, waartoe de regeling noopt om met name het free rider-probleem te kunnen ondervangen. De onzekerheid over het kostendelingsvraagstuk lijkt een negatieve invloed te hebben op de voortgang van de afwikkeling, omdat de belangenbehartigers lange tijd in onzekerheid verkeren over de vraag of hun kosten vergoed zullen worden en zo ja, welk deel daarvan (3.4.5). Omdat de meeste schadelijders hun eigen advocaat kunnen aanhouden voor de individuele kwesties, zijn aan deze regeling hoge overleg- en coördinatiekosten verbonden (3.3). Evenmin is de regeling laagdrempelig. Een schadelijder dient kosten te maken voor de noodzakelijke inschakeling van een eigen advocaat en de betaling van griffierechten. Men kan zich afvragen of de opt in-regeling naar Engels voorbeeld in feite niet slechts een geavanceerde administratieve voeging van zaken is en of alle hoofdbrekers die het kostendelingsvraagstuk veroorzaakt de regeling nog wel de moeite waard maken.

Het voornaamste voordeel van de opt out-regeling in vergelijking met opt in is dat ze laagdrempelig is en een groot bereik heeft, hetgeen ook voor de verweerder van belang kan zijn. De schadelijders hoeven niets te ondernemen om van de actie te kunnen profiteren. Ze kunnen achterover leunen en de publicatievoorschriften of overige berichtgeving afwachten om op een later tijdstip alsnog voor zichzelf te beslissen of ze daadwerkelijk gebonden willen worden aan de uitkomst, terwijl de verweerder uitzicht heeft op finaliteit. De problemen die zich bij opt out aandienen, zijn van een andere aard, zoals hoe adequaat vorm te geven aan het publicatievoorschrift zonder dat dit door hoge kosten de doodsteek van de actie wordt, en hoe te waarborgen dat de belangenbehartiging en een eventuele collectieve schikking adequaat is (4.5.4, 4.7.2 en 4.7.3).

Er is ten slotte in het geval van een limited fund ook een 'no exit-groep', maar ook dan is opt out mogelijk als de rechter dat bepaalt (4.5.4). De no exit-groep wordt in de Amerikaanse literatuur door een enkele auteur ook buiten de situatie van een limited fund verdedigd op basis van een interpretatie van de rechtsfilosoof Rawls dat rationeel bezien alle benadeelden het beste af zijn als ze collectief een regeling zouden treffen, waar ze allemaal aan gebonden zijn (4.7.3). Deze opvatting is echter niet de heersende. Voor de no exit-groep variant is minstens een democratische legitimatie noodzakelijk.

Door anderen wordt verdedigd dat opt out in elk geval gehandhaafd dient te worden, niet om de partijautonomie te onderstrepen, maar om de belangenbehartiger van de groep die een soort monopoliepositie heeft, scherp te houden en zodoende te stimuleren een zo goed mogelijke uitkomst voor de groep te realiseren (4.7.3). Dat laatste spreekt aan en het kan om die reden wenselijk zijn om zelfs in de situatie van een limited fund de opt out-mogelijkheid te handhaven, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan.

Zo ben ik van mening dat opt out alleen constructief is als gebruikmaking daarvan gemotiveerd geschiedt en de redelijkheid daarvan betrokken wordt bij de beslissing om het verzoek al dan niet toe te staan. Niet het feit dat, maar de vraag waarom men gebruik maakt van de optie is naar mijn idee relevant en interessant. De beoordeling van de redelijkheid van een collectieve schikking betreft in feite een (macro) belangen-

afweging en daarvoor is het, net als bij elke andere belangenafweging, nodig dat zo veel mogelijk relevante gezichtspunten naar voren worden gebracht. De door mij voorgestelde behandeling van opt out-verzoeken met een motiveringsplicht en met de toepassing van een redelijkheidstoets verhoogt naar mijn idee de kwaliteit van het eindresultaat, omdat het de betrokken belangenbehartigers dwingt rekening te houden met de eventuele 'opt outers' en op hun bezwaren te anticiperen.[49] Indien ze dat onvoldoende hebben gedaan, zal de rechter alsnog kunnen bevelen om de desbetreffende bezwaren of inzichten bij de regeling te betrekken. Dat hoeft niet steeds tot materiële wijzigingen van de regeling te leiden, maar verbetert wel de motivering voor de gemaakte keuzes en voor de anders gestelde prioriteiten, hetgeen de legitimiteit en de toetsbaarheid van de regeling verhoogt. Bovendien zorgt het ervoor dat de inspanningen van alle betrokkenen de juiste focus hebben: niet de tegenwerking van een collectieve schikking, maar de vlotte totstandkoming van een kwalitatief goede minnelijke regeling (meer in 5.2.6).

Men dient extra bedacht te zijn op het strategische gebruik door verweerders of derden van de opt out-mogelijkheid, ook in een limited fund situatie. Zij zouden er belang bij kunnen hebben om een interne strijd in de groep te ontketenen, waardoor de afwikkeling onmogelijk wordt gemaakt of vertraagd. Verweerders zouden om uiteenlopende redenen kunnen proberen om selectief met een paar benadeelden individuele regelingen te treffen, waardoor een regeling voor de resterende groep onmogelijk wordt. Bij de toewijzing van opt out-verzoeken dient naar mijn idee ook daarom terughoudendheid te worden betracht.

Een andere vraag is in hoeverre het gerechtvaardigd is om in alle massaschadegevallen steeds op de bijdrage van de 'opt outers' te vertrouwen. Ik breng een bevinding uit een empirische studie naar opt out in herinnering, die uitwees dat van die mogelijkheid weinig gebruik bleek te worden gemaakt (4.5.4). Hiervoor was geen eenduidige verklaring te geven. Het is denkbaar dat de getroffen collectieve regelingen bevredigend waren, maar het is ook voorstelbaar dat het voor de betrokkenen lastig was om de redelijkheid van de uitkomst kritisch te benaderen. Met het oog hierop zou overwogen kunnen worden om voor de rechter de mogelijkheid te openen tot het treffen van aanvullende maatregelen. Die zouden door de rechter in overleg met partijen facultatief kunnen worden ingezet als een extra waarborg dat zo veel mogelijk relevante gezichtspunten en belangen worden belicht. Men denke onder andere aan de benoeming van amicus curiae-achtige figuren[50] niet om de redelijkheid van een

49 Ik heb me bij dit argument laten inspireren door Nagareda 2003, zie ook 4.7.3.

50 In Een nieuwe balans 2003, p. 228 onder e en Uitgebalanceerd 2006, p. 166 worden soortgelijke maatregelen genoemd in het kader van een procedure bij de Hoge Raad. Zie ook Asser Procesrecht/ Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, p. 391-2. De aard van massaschade en de grote belangen die daarbij betrokken zijn rechtvaardigen naar mijn idee een soortgelijke toepassing ook bij de beoordeling van de redelijkheid van een collectieve schikking. Een dergelijke facilitering van de belangenafweging door de rechter is ook de strekking van het voorstel van Huls 2005a, p. 1390 (dat de Minister van Justitie een gezaghebbende jurist uit de kringen rond de Hoge Raad verzoekt om een degelijke juridische analyse uit te voeren). In de Dexia-schikking heeft de rechter de AFM als deskundige benoemd om uitsluitsel te geven over een aantal vragen relevant voor de beoordeling

collectieve schikking te beoordelen, maar 'slechts' om zo veel mogelijk bezwaren en relevante gezichtspunten naar voren te brengen. Deze opdracht is duidelijker en daardoor eenvoudiger. Ook dit geeft de betrokken partijen een prikkel om vooruit te denken en hierop te anticiperen.

Concluderend kan ik voor de toepassing van de opt out-mogelijkheid ook in een limited fundsituatie stellen dat zij heel zinvol kan zijn, mits de redelijkheid van het gemotiveerde verzoek wordt getoetst en toewijzing spaarzaam is. Bovendien worden door de afwezigheid van een specifiek regime voor limited fund discussies voorkomen over de vraag of een dergelijke situatie zich in concreto voordoet. Ik denk dat het fund bij massaschade steeds beperkt zal zijn, in het ene geval meer dan in het andere. Meer in het algemeen acht ik opt out een nuttige maatregel, echter niet om de partij-autonomie te waarborgen, maar om te bevorderen dat een voorstel tot schikking wordt gedaan, dat een redelijk handelende partij niet kan weigeren.

Nederland

De WCAM introduceert het opt out-mechanisme, echter zonder de hiervoor door mij verdedigde motiveringsplicht en redelijkheidstoets. Organisaties van belanghebbenden hebben wel de mogelijkheid om een verweerschrift in te dienen. Men zou zich kunnen voorstellen dat die mogelijkheid de door mij voorgestelde functie van gemotiveerde opt out overneemt. De eerste resultaten in de Des- en de Dexia-schikking zijn veelbelovend.[51] De huidige regeling is echter een stuk vrijblijvender dan mijn voorstel en biedt daardoor, althans in theorie, minder waarborgen dat de voor de beoordeling relevante belangen en inzichten naar voren worden gebracht. Een evident nadeel van mijn voorstel is dat indien in een concreet massaschadegeval veel gebruik zou worden gemaakt van de mogelijkheid van opt out, het verwerken van alle verzoeken een stuk bewerkelijker en dus kostbaarder zou zijn. Gebruikmaking van de mogelijkheden van internet en automatisering in combinatie met een selectieve toepassing van de motiveringsplicht op een statistisch representatieve groep opt out-ers zou een werkbaar alternatief kunnen opleveren. Het is voorstelbaar om opt out gefaseerd uit te voeren en de lead counsel in eerste instantie met de behandeling te belasten.[52] Een andere

van de redelijkheid van de regeling: Leijten 2006, p. 390-1, LJN: AX8970. Tenslotte stelt Croisen van Uchelen 2004, p. 152 voor om eventuele regresnemers het recht toe te kennen om een verweerschrift in te dienen. Dit zijn allemaal denkbare en toelaatbare uitwerkingen van mijn benadering om een zorgvuldige belangenafweging door de rechter te faciliteren.

51 In de Des-schikking zijn 12 verweerders verschenen, in Dexia 66 voor 1496 belanghebbenden: Leijten 2006, p. 390.

52 Ik denk daarbij aan vier fasen. In de eerste maakt een benadeelde bekend dat hij/zij gebruik wenst te maken van opt out. In de volgende fase wordt bepaald op wie de motiveringsplicht wordt toegepast om inzicht te krijgen in de achtergronden van die wens voor opt out. In de derde fase nagaan wie nog zijn opt out handhaaft en pas in de vierde fase komt de rechter aan bod om de redelijkheid van de regeling en van de opt out-uitoefening vast te stellen. Een andere mogelijkheid is om voorgedrukte formulieren met denkbare mogelijke redenen voor opt out te gebruiken die elektronisch kunnen worden ingevuld en ingediend, of aan toepassing van de motiveringsplicht nadat verweerschriften zijn ingediend. In Engeland is één van de taken van de lead counsel om het groepsregister en bijhorende mutaties bij te houden (3.6.1), maar er zou ook aan andere groepsgerelateerde aan-

mogelijkheid zou kunnen zijn om out out-ers achtergesteld te behandelen. Daarmee wordt eveneens bevorderd dat ze lid blijven van de groep en hun zienswijze naar voren brengen.

Voor een zinvolle uitoefening van opt out en de door mij voorgestelde motiveringsplicht en redelijkheidstoets is een preciezere definitie van de groep schadelijders en in het bijzonder van de verschillende voor een eventuele damage scheduling relevante subgroepen benadeelden van groot belang (5.2.2, 5.2.8). Zodoende kan op basis van getallen worden vastgesteld of de opt out-verzoeken van leden die tot een bepaalde groep behoren vaker voorkomen en die groep dus meer achtergesteld is, zonder dat daar een aanvaardbare verklaring voor is.

Ten aanzien van de limited fund-problematiek valt onder het geldende recht nog het volgende op te merken. Art. 1015 Rv bepaalt dat lopende procedures kunnen worden geschorst op verzoek van de verweerder en in afwachting van de behandeling van een verzoek tot verbindendverklaring van de collectieve schikking. Dit heeft ook gevolgen voor de executie van eventuele reeds verkregen vonnissen.[53] Men zou kunnen stellen dat de limited fund-problematiek hiermee is ondervangen. Dat is niet het geval. De schorsing kan niet worden bewerkstelligd zolang er geen overeenstemming is over een collectieve schikking en zolang een verzoek tot verbindendverklaring niet is ingediend.

Artikel 7:954 leden 4 en 5 BW (directe actie) biedt sinds 1 januari 2006 afzonderlijke massaschadelijders de mogelijkheid om beslag te leggen op een limited fund en zodoende te verhinderen dat het verdeeld wordt zonder hun instemming, maar het voordeel dat hieruit resulteert is beperkt en betrekkelijk. Het is beperkt omdat deze bevriezingsmogelijkheid alleen bestaat in het kader van een limited fund dat gevormd wordt onder een aansprakelijkheidsverzekering waaronder een dekking wordt verleend en de schadelijders schade door letsel en dood te vorderen hebben. Het voordeel is betrekkelijk, omdat meerdere massaschadelijders met letselschade beslag kunnen en zeker zullen leggen, terwijl deze beslagen tevens doorkruist kunnen worden door conservatoire derdenbeslagen onder de verzekeraars voor vorderingen met betrekking tot zaaks- en vermogensschade. Verzekeraars kunnen niet tot betaling of overdracht van gelden aan een schadefonds overgaan, zolang zij er niet zeker van zijn dat alle benadeelden met een schadevergoedingsvordering met de overdracht instemmen.[54] Dat betekent dat een klein aantal benadeelden een vlotte regeling voor de rest kan

---

gelegenheden kunnen worden gedacht, zoals in mijn voorstel.

53 Art. 1015 lid 6 Rv en de behandeling van Croiset van Uchelen 2004, p. 145-7 van art. 1015 Rv. Hij acht deze regeling onredelijk ten aanzien van een individuele belegger die reeds over een executoriale titel beschikt. Indien de door mij voorgestelde fundamentele keuzes niet gemaakt worden, zullen dergelijke discussies de kop blijven opsteken en de collectieve afwikkeling bemoeilijken. In de door mij voorgestelde overkoepelende aanpak van massaschade zal het bovendien niet snel moeten kunnen voorkomen dat individuele massaschadelijders een aanzienlijke processuele voorsprong ten opzichte van de rest behalen. Dat geldt in ieder geval voor gefixeerde massaschade, waartoe beleggingsgeschillen gerekend kunnen worden. Over het onderscheid gefixeerde-sluipende massaschade in 5.2.10 meer.

54 Wansink 2002, p. 140-1.

frustreren. Het voordeel dat het limited fund gereserveerd wordt, wordt alsnog teniet gedaan als er geen reëel uitzicht op verdeling is. Dit benadrukt alleen maar de noodzaak tot een beperking van de partijautonomie en tot enige mate van concentratie en processuele afstemming onder de benadeelden.

5.2.5 De groep als consolidatiemechanisme of als entiteit?

Nadat de groep eenmaal gevormd is, rijst de vraag hoe deze te beschouwen. Zoals eerder aan bod kwam, wordt in beide buitenlandse stelsels de waarborging van partijautonomie benadrukt, hetgeen impliceert dat de groep steeds als een verzameling van individuen wordt gezien die door een consolidatiemechanisme bij elkaar worden gehouden.

In de Amerikaanse literatuur wordt door sommigen verdedigd dat de groep schadelijders juist als een *afzonderlijke entiteit* dient te worden beschouwd. Ik heb uiteengezet dat daarvoor uiteenlopende argumenten bestaan (4.6.3), argumenten die ik als geheel genomen aansprekend vind. Ik zal ze hier niet allemaal herhalen, maar slechts de twee noemen waardoor ik overtuigd ben geraakt. Ze kunnen onderschreven worden zowel door diegenen die preventie en welzijnsmaximalisatie als hoofddoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht zien, als door diegenen die individuele compensatie vooropstellen. Het eerste argument is dat het entiteitsmodel beter dan het consolidatiemodel erin slaagt om proceseconomie, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid te waarborgen, omdat het de collectieve berekening van individuele schadevergoedingen toestaat via de toepassing van kwantitatieve methodes. Dit leidt tot preciezere uitkomsten en tot een grotere uniformiteit van de vergoedingen aan de relevante (sub)groepen schadelijders, en daarmee tot beter maatwerk op macroniveau (5.2.2). Hiertegenover staat dat individuele schadestaatprocedures, zeker na verloop van tijd, ingewikkeld en daardoor langdurig kunnen worden. De eerder genoemde asymmetrie, waardoor schadelijders minder in de voorbereiding van een actie kunnen investeren, kan nog steeds ervoor zorgen dat de belofte van een individuele op maat ontworpen en precieze uitkomst niets anders dan een utopie, een fraaie doch lege huls blijft.

Het tweede argument is dat het ontbreken van concentratiemechanismen waarin vrijblijvendheid en vrijwilligheid worden opgeofferd voor gecentraliseerde controle slechts schijnzekerheid oplevert voor de uitoefening van partijautonomie. Bij gebrek aan formele concentratiemechanismen zullen informele coördinatiestructuren ontstaan die aan het zicht onttrokken zijn en op ad hoc basis worden gevormd. De gevolgen en implicaties daarvan zijn juist gevaarlijker, omdat ze onzeker en niet te overzien zijn.

Toepassing van het entiteitsmodel kan verschillende consequenties hebben, onder meer voor de manier waarop aan het kennisgevingsvoorschrift vorm wordt gegeven en voor de uitoefening van de mogelijkheid van opt out (4.6.4). Een normatieve keuze door de wetgever voor het entiteitsmodel dient wel expliciet en ondubbelzinnig te zijn.

Nederland

De WCAM biedt via de mogelijkheid van damage scheduling een opening voor toepassing van kwantitatieve methoden. Het gaat te ver om te stellen dat daarmee het entiteitsmodel onderschreven wordt, niet in de laatste plaats omdat de wet een beperkt bereik heeft. Ze regelt alleen de fase van schadevaststelling. Indien de wetgever op een ruimere schaal voor het entiteitsmodel zou kiezen, heeft dat naast de reeds besproken consequenties (4.6.4) tevens gevolgen voor de verantwoordingsplicht van de belangenbehartiger en voor de beoordelingsmaatstaf van zijn handelwijze. Niet de afzonderlijke individuen, maar de groep als een zelfstandige entiteit is zijn cliënt en zijn inspanningen dienen gericht te zijn op het behartigen van de belangen van de groep. Dat veronderstelt ook een andere opstelling in het onderhandelingsproces. Het hoofddoel zal in de regel het binnenbrengen van een zo hoog mogelijk schikkingsbedrag worden of het treffen van bepaalde collectieve voorzieningen, die vervolgens op basis van objectieve verdelingscriteria, die bij voorkeur door de groepsleden zelf van tevoren zijn vastgesteld, onderling verdeeld dienen te worden.[55] Ter vergelijking: in het consolidatiemodel en dus ook in de huidige situatie probeert men de uitkomsten van de individuele gevallen te berekenen om ze vervolgens als een optelsom in de onderhandelingen mee te nemen. Dat vormt een ander vertrekpunt dat per saldo niet tot noemenswaardige nadelige verschillen in de uiteindelijke individuele uitkomsten onder het entiteitsmodel hoeft te leiden.[56] In het entiteitsmodel zijn naar verwachting grotere besparingen in tijd en kosten te realiseren, terwijl het focussen op het eigen individuele belang dat in het consolidatiemodel onderstreept wordt, het afwikkelingsproces belemmert en vaak zelfs onmogelijk maakt. De hiervoor kort aangestipte beslagproblematiek van 7:954 BW is daarvoor illustratief, maar ook de bedenkingen die in de literatuur zijn geuit over de verhouding tussen de WCAM en lopende (executie)procedures.[57]

Naast de eerder genoemde voordelen, heeft het entiteitsmodel naar mijn idee ook nog het voordeel dat daarin de voorspelbaarheid van de uitkomsten, de gebondenheid van de groepsleden daaraan en dus ook het bereik van een eventuele regeling groter is dan in het andere model. Dat alles heeft een positief effect op de schikkingsbereidheid van verweerders, omdat het ze uitzicht op een finale regeling geeft (5.2.1 en 5.2.6). Ten slotte heeft het entiteitsmodel het voordeel dat de schadelijders niet langer dan nodig afhankelijk hoeven te zijn van de medewerking van de verweerder bij de

55 Vaak, met name indien er sprake is van uitsluitend vermogensschade, zal gestreefd worden naar het binnenhalen van een zo hoog mogelijke lump sum, maar dat hoeft niet perse, met name niet indien er sprake is van letselschade. In die gevallen willen de benadeelden vaak op een goede manier verder kunnen met hun leven. Denk ook aan de Volendam-schikking, waar de handhaving van de onderlinge verhouding met de verweerder en het 'verder kunnen' op een zeker ogenblik belangrijker werd bevonden, dan het voortzetten van de 'strijd' bij de rechter.

56 Uiteraard zal het lump sum bedrag verband houden met de hoogte van individuele schadevergoedingen, maar de berekening van de lump sum, zal op een andere manier plaatsvinden: op basis van representatieve gevallen.

57 Zie de bespreking van de limited fund-problematiek en art. 1015 Rv in 5.2.4 en Croiset van Uchelen 2004, p. 145-7.

individuele schadebegroting en -toedeling. In veel gevallen zal een schikkingsbedrag ineens aan de groep ter beschikking kunnen worden gesteld, waarna de groepsleden dat onderling kunnen gaan verdelen.

5.2.6 Gericht op schikken of procederen?

De Engelse regeling is gericht op *collectief procederen*, maar op *individueel schikken* (3.3, 3.4.5 en 3.8). Bij gebrek aan data is het lastig om uitspraken te doen over de gevallen waarin, al dan niet in het kader van mediation, collectief een schikking is getroffen. Dat speelt zich, evenals de individuele schikkingen, buiten het publieke zicht af. In het Amerikaanse stelsel treft men juist een tegenovergesteld beeld aan: veel collectieve schikkingen die 'openbaar' zijn (4.7.2 en 4.8.1). De spaarzame gevallen waarin een collectieve actieprocedure in een rechterlijke uitspraak resulteert, lijken meestal in het voordeel van de verweerder uit te vallen.[58]

Een belangrijke les uit de rechtsvergelijking is dat het niet uitmaakt hoe uitgebreid of hoe gedetailleerd een wettelijke collectieve actie regeling is: het hinken op twee gedachten, namelijk handhaving van partijautonomie, maar ook het construeren van een collectief, maakt dat het verloop van de procedure onvoorspelbaar en problematisch blijft. De meeste gevallen eindigen dan ook met een (collectieve dan wel een individuele) schikking.[59] Juist om die reden zou men zich kunnen afvragen of de inspanningen in een rechtsstelsel gericht zouden moeten zijn op het optuigen van een (uitgebreide) wettelijke collectieve actie-regeling. Het lijkt beter om in te zetten op de *collectieve schikking* als het primaire afwikkelingsmechanisme. Van daaruit terugdenkend moet worden nagegaan, wat nodig is om het collectieve onderhandelingsproces te faciliteren en de kwaliteit van de onderhandelingsresultaten te waarborgen door mogelijke bedreigingen daarvan zo veel mogelijk te weren.

Tegen deze gedachte zou in Amerika door sommigen het bezwaar worden aangevoerd dat groepen die gevormd worden uitsluitend of primair met het oog op de totstandkoming van een minnelijke regeling, misbruikgevoeliger zijn,[60] dan groepen die gevormd worden met het oog op het voeren van een procedure. Aan deze opvatting ligt de gelijkstelling van settlement classes en litigation classes ten grondslag. Een gelijkstelling die naar mijn idee principieel onjuist is, omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de eigen aard van het schikkingsproces, waarin relevante juridische normen

58 Voor Amerika: Silver 2003, p. 1400, noot 180 met verdere verwijzingen, voor Engeland: Hodges 2001, p. 305-6.

59 Voor Engeland: Hodges 2001, p. 305-6, voor Amerika: Tzankova 2005, p. 100, noot 355 met verdere verwijzingen.

60 Ik doel op de kritiek op de zogenaamde settlement classes, die gevormd zijn uitsluitend met het doel om een collectieve schikking door de rechter goedgekeurd te krijgen. De strekking van de kritiek is dat die settlement classes aan dezelfde eisen dienen te voldoen als de litigation classes en de achtergrond, het misbruikgevaar, ofwel de vrees voor sell out- settlements, die niet het meest optimale uitkomst voor de schadelijders zeker stellen, maar de advocaten van riante honoraria voorzien: 4.4.2 en 4.7.2.

en waarschijnlijke beslissingen van de rechter een belangrijke, maar niet exclusieve beslissingsfactor vormen. De schaduw van het recht is slechts een kader, zij het een belangrijk kader, waarbinnen partijen tot overeenstemming proberen te komen. Er is vaak veel onzekerheid over de eventuele beslissing van de rechter die partijen in de onderhandelingsresultaten verdisconteren.[61] Daarmee wil ik niet ontkennen dat er geen misbruikgevaar is. Uit de Amerikaanse ervaringen blijkt echter dat het gevaar zich vaak voordoet in specifieke situaties.[62] Bovendien zijn maatregelen denkbaar die het gevaar ondervangen. Eerder kwamen ter sprake de verschillende varianten van preliminaire inhoudelijke beoordelingen van de gegrondheid van de vordering, het toezicht op de beloning van belangenbehartigers en op publiciteitsuitingen bij de groepsvorming, de inschakeling van amicus curiae-achtige figuren bij de beoordeling van de collectieve regeling, de handhaving van de 'English rule' en de mogelijkheid van opt out (4.7.2, 5.2.3 en 5.2.4).

Na de vooropstelling van de collectieve schikking als het primaire afwikkelingsmechanisme en het ter discussie stellen van het nut van een wettelijke collectieve schadevergoedingsregeling zal mijn stelling, dat de afwezigheid daarvan een bedreiging vormt voor het collectieve schikkingsproces, paradoxaal klinken. Toch is dat zo, omdat de aanwezigheid van een dergelijke regeling in enige collectieve vorm een basisvoorwaarde vormt voor het nodige evenwicht in de onderhandelingsposities (5.2.1). Dit hangt ook samen met de zogenaamde BATNA-problematiek: 'Best Alternative to a Negotiated Agreement' ofwel 'Beste Alternatief Tegenover een Negatieve Afloop'.[63] Hiermee wordt bedoeld dat de afwezigheid van een wettelijke collectieve schadevergoedingsmogelijkheid gelijkstaat aan de afwezigheid van een reëel alternatief voor de schadelijders, indien de onderhandelingen mochten mislukken. Omdat ook de verweerder hiervan op de hoogte is, tast dit de onderhandelingspositie aan van de schadelijders. Daarom is enige vorm van een wettelijke schadevergoedingsmogelijkheid nodig als een stok achter de deur.

Nederland

De WCAM bestrijkt maar een klein onderdeel van het afwikkelingstraject en doet voor het overige weinig voor de verbetering van de onderhandelingsomgeving. Bij artikel 3:305a lid 2 BW kan een soortgelijke kanttekening worden gemaakt. Hoewel de Nederlandse wetgever de buitengerechtelijke afwikkeling van massaschade een warm hart toedraagt, kan naar mijn idee niet gezegd worden dat principieel een keuze

61 Over de eigen aard van het onderhandelingsproces en de onderhandeling in de schaduw van het recht zie Weterings 2004, p. 36-8, Mnookin, Peppet & Tulumello 2000, p. 109-11, Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 27 alle met vele verdere verwijzingen.

62 Ik doel op de zogenaamde coupon settlements in het geval van strooischade waar ten gunste van de massaschadelijders tegoedbonnen door de verweerder worden afgegeven voor bijvoorbeeld korting bij de aanschaf van een nieuw product: Tzankova 2005, p. 115. Een andere specifieke groep ten aanzien waarvan voor extra oplettendheid wordt gepleit, betreft de groep van 'toekomstige benadeelden' bij massaschade. In 5.2.10 ga ik hier afzonderlijk op in.

63 Fisher, Ury & Patton 1991, p. 100. Voor een uitgebreide Nederlandstalige uitleg en behandeling in de context van onderhandelingen in letselschade zaken zie Weterings 2004, p. 42-9.

is gemaakt voor de hier verdedigde vooropstelling van de collectieve schikking als de primaire afwikkelingsmogelijkheid. Een dergelijke principiële keuze vereist een uitwerking die het onderhandelingsproces werkelijk ondersteunt en faciliteert (5.2.1). Die keuze hoeft naar mijn idee niet te leiden tot een botsing[64] van twee belangrijke doelstellingen van het civiele proces, namelijk het bevorderen van rechtsontwikkeling en rechtseenheid[65] enerzijds en het ondersteunen van onderhandelingsprocessen en de bevordering van betere onderhandelingsresultaten anderzijds.[66] Indien onduidelijkheid ten aanzien van de beantwoording van één of meer cruciale rechtsvragen in de weg staat aan het bereiken van een collectieve schikking zou het voorleggen daarvan via een bijzondere procedure aan de hoogste rechter[67] (bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid) tegelijkertijd het (collectieve) onderhandelingsproces ondersteunen.

Ik zou een stap verder willen gaan en de vooropstelling van een (nieuwe?) vorm van 'court-annexed ADR' bij de afwikkeling van massaschade willen bepleiten. Deze nieuwe vorm veronderstelt dat het mogelijk is om de bijstand van de overheidsrechter door één of beide partijen al in een vroeg stadium, bijvoorbeeld in het kader van een aantal preprocessuele comparities of regiezittingen,[68] in te roepen, ten einde een collectieve regeling tot stand te brengen.[69] Een voordeel van de vooropstelling van de collectieve schikking als primair afwikkelingsmechanisme is dat meer creatieve en cliënt- of schadelijdergerichte oplossingen bespreekbaar en realiseerbaar zijn, die vooral bij schade door letsel of dood een onbetwiste meerwaarde kunnen hebben.[70] Ook is door deze aanpak een betere aansluiting en afstemming mogelijk met al dan niet voor bepaalde groepen schadelijders verplicht voorgeschreven ADR-gangen die anders de inschakeling van de overheidsrechter doorkruisen en de afwikkeling nog minder overzichtelijk kunnen maken. In een dergelijke buitengerechtelijke setting is meer ruimte voor creatieve en allesomvattende 'materieelrechterlijke' oplossingen, waarbij formele competentieperikelen gemakkelijker te omzeilen zijn.

---

64 Dat kan soms het geval zijn: Een nieuwe balans 2003, p. 39, 'Een andere consequentie van de erkenning van rechtsontwikkeling en rechtseenheid als een wezenlijk doel van het civiele proces is dat dit doel in de verdrukking kan komen wanneer het gebruik van ADR, waaronder met name mediation, grote vormen aanneemt'.

65 Een nieuwe balans 2003, p. 37-43 en Uitgebalanceerd 2006, p. 28-31 vestigen daar nadrukkelijk de aandacht op. Deze functie heeft vooral gevolgen voor de taakopvatting en de taakvervulling van de Hoge Raad.

66 Dit doel wordt benadrukt door onder meer Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000, p. 225-8 en Bone 2006.

67 Zoals ook betoogd in Uitgebalanceerd 2006, p. 167-8, 170.

68 In de Des- en Dexia-zaak zijn regiezittingen gehouden: Leijten 2006, p. 390. Soortgelijke zittingen zullen in mijn benadering veel eerder kunnen plaatsvinden.

69 Croiset van Uchelen 2004, p. 130-1 deelt de procedure die leidt tot een collectieve schadevergoedingsregeling in vier fases in. In het huidige systeem komt de rechter pas in fase 2 in zicht. In mijn benadering kan zijn bijstand of inmenging ook in fase 1 worden ingeroepen en zelfs reeds in 'fase 0': als er sprake is van een massaschadegeval en benadeelden, maar nog geen stichting is opgericht.

70 Voor de voordelen van ADR bij de afwikkeling van letselschade zie Weterings 2004, p. 188-90. Zie voorts de bespreking van de Dalkon Shield Settlement in 4.8.4 met verdere verwijzingen.

In 5.2.7 geef ik aan wat de rechter in dat kader zou kunnen betekenen. Voorts bepleit ik de toepassing van de 'voorkeurstest' (4.5.5 en 4.5.6), mits beschikbare ADR-mogelijkheden bij de toetsing worden betrokken. Niet om de ontvankelijkheid van de groep te beoordelen, zoals deze test in de Amerikaanse regeling wordt toegepast, maar om stellingen over een eventueel misbruik van de regeling te toetsen en in perspectief te plaatsen. Zodoende kunnen eventuele leemten in de toegang tot het recht in bepaalde categorieën gevallen worden blootgelegd. Als in bepaalde gevallen, van sluipende massaschade bijvoorbeeld, zou blijken dat de mogelijkheid om een uitkomst in concreto te realiseren structureel ontbreekt of belemmerd wordt, dan zou dat een indicatie zijn dat nadere (wetgevings)maatregelen nodig zijn om de toegang tot het recht te waarborgen. Bovendien zou de door mij bepleite invulling van de voorkeurstest het gunstige neveneffect kunnen hebben dat bedrijven en instellingen zelf alternatieve geschilbeslechtingsmechanismen gaan ontwikkelen die aanvullend aan de wettelijke mogelijkheden zijn. Dit bevordert zelfreguleringsmaatregelen en past in de meest recente golf van toegang tot het recht (2.7).

Indien een collectieve regeling in dat stadium niet haalbaar mocht blijken, wordt in ieder geval bereikt dat de zaak voorbereid en geïnstrueerd is, waardoor constructiever kan worden geprocedeerd en mogelijk op een later tijdstip in de procedure alsnog een regeling kan worden getroffen.

Een lastig punt dat overblijft en waaraan ik eerder refereerde, betreft het herstel van het onderhandelingsevenwicht door het ontbreken van een wettelijke collectieve schadevergoedingsregeling.[71] Dat punt kan naar mijn idee prima worden aangepakt op een manier die in de Vie d'Or-zaak werd bepleit en die inhoudt dat verklaringen voor recht worden toegestaan ten aanzien van verschillende onderdelen voor aansprakelijkheid in een representatief aantal proefgevallen (subgroepen).[72] De proefgevallen dienen wel door partijen gezamenlijk en onder rechterlijke begeleiding te worden geselecteerd, zoals ook in Engeland wordt voorgesteld. Voorts dient de vaststelling van de subgroepen, waarvoor de proefgevallen representatief zijn, nauwkeurig te geschieden. Deze aanpak creëert de nodige druk voor de verweerder, zonder dat daarbij het machtsevenwicht doorslaat. Er wordt duidelijkheid gegeven voor de beantwoording van relevante of zelfs doorslaggevende feitelijke en juridische vragen die aan een eventuele buitengerechtelijke afwikkeling in de weg staan, maar er blijft voldoende onderhandelingsruimte over voor de betrokken partijen om een buitengerechtelijke regeling aantrekkelijk te maken. Bovendien ligt deze aanpak in de lijn van voorstellen in de Amerikaanse literatuur om gedwongen schikkingen te voorkomen, hetgeen een gunstig neveneffect zou zijn.[73] (4.7.2).

---

71 Met zijn opmerking dat een collectieve schadevergoedingsactie gemist kan worden, gaat Leijten 2005, p. 499-500 ten onrechte aan deze belangrijke rol van het bestaan van een wettelijke schadevergoedingsactie voorbij. De door hem genoemde alternatieven zijn in het algemeen ontoereikend.

72 HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 941 (Verzekeringskamer), RvdW 2006, 942 (Accountants), RvdW 2006, 943 (Actuaris), Croiset van Uchelen 2004, p. 144. Ook Frenk 2005, p. 296 e.v. is positief over een dergelijke aanpak.

73 Het voorstel is afkomstig van Hay & Rosenberg 2000, p.1403-6.

5.2.7 De rol van de rechter

De specifieke dynamiek die schaalvergroting in het proces tot gevolg heeft (3.9.1 en 4.7), leidt ertoe dat de rechter zowel in het Engelse, als in het Amerikaanse stelsel een taak heeft met openbare orde aspecten, hetgeen tot een actieve, zo niet pro-actieve houding noopt (5.2.2). In het Amerikaanse stelsel dient hij mede te waken over de belangen van de afwezige class leden (4.8.2). In het Engelse dient hij bij te dragen aan het 'overriding objective' van de CPR hetgeen onder meer inhoudt dat het rechtssysteem proportioneel wordt belast en niet onevenredig veel hinder van de collectieve procedure ondervindt (3.2.2, 3.2.4 en 3.4.2).

In beide stelsels heeft de rechter veel vrijheid ten aanzien van de aanpak van massaschade. Rechterlijk case management, zowel in zijn procedurele als in zijn materiële vorm[74] is bij de afwikkeling van massaschade een centraal begrip (3.9.2, 4.8.3). Er kunnen procedurele randvoorwaarden worden gecreëerd voor de aanpak van massaschade. Een blauwdruk over hoe een massaschadegeval concreet dient te worden behandeld, lijkt echter niet te bestaan.[75] Dit vormt eveneens een belangrijke contra-indicatie voor een uitgebreide wettelijke collectieve schadevergoedingsregeling en is een argument vóór de vooropstelling van de buitengerechtelijke aanpak. In het Amerikaanse stelsel wordt via de Manual for Complex Litigation wél meer inzicht gegeven in de verschillende case management technieken die de rechter ter beschikking staan met bijhorende kanttekeningen en de voorwaarden waaronder deze kunnen worden ingezet.

Aan de rechter kan in beide stelsels een belangrijke rol toekomen bij de benoeming van de (sub)class advocaat, de bepaling van diens beloning en de vorming van subgroepen of de selectie van 'proefprocessen' (de realisatie van maatwerk op macro niveau: 5.2.2). Al dan niet in het kader van schikkingsonderhandelingen (Amerika) of bij de inrichting van de multi party actie (Engeland), kan de rechter partijen assisteren bij de onderkenning of formulering van de belangrijkste geschilpunten om zodoende de beperking of de concentratie van het geschil te bevorderen. In beide stelsels kan hij partijen stimuleren, via mediationvoorstellen of via de inschakeling van de zogenaamde special masters, een soort bemiddelaars, om het geschil geheel of voor een deel buitengerechtelijk te beslechten. Ook komt de rechter een beslissende rol toe bij de beoordeling van de redelijkheid van een eventuele collectieve schikking en kan zijn hulp worden ingeroepen om misbruik van collectieve acties tegen te gaan, onder meer door preliminaire inhoudelijke oordelen over de gegrondheid van de vordering te vellen (5.2.4 en 5.2.6). Hij oefent tevens toezicht en controle uit rond publiciteitsuitingen in massaschadezaken (5.2.3). Een aantal van deze maatregelen geeft ook vorm en inhoud aan de door mij in 5.2.6 bepleite vorm van court-annexed

74 Voor het onderscheid procedureel en materiëel case management zie Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 27-8.

75 Dat is een belangrijke bevinding ook voor de in 5.2.6 verdedigde keuze voor de vooropstelling van de collectieve schikking als een primair afwikkelingsmechanisme.

ADR in massaschadezaken, die gestimuleerd wordt door de door mij bepleite invulling van de voorkeurstest.

Dit alles vereist de opbouw van deskundigheid en expertise. Deze wordt bevorderd door concentratiemaatregelen aan de zijde van de rechterlijke macht. Uit de buitenlandse ervaringen blijkt dat massaschade niettemin veel rechterlijke tijd opslokt.

Nederland

Het beeld dat uit het voorgaande naar voren komt, is dat van een actieve, maar bovenal faciliterende rechter, aan wie in het kader van court-annexed ADR uiteenlopende eisen worden gesteld. Hij is een professionele duizendpoot. In een uitgave van de Raad voor de Rechtspraak spreekt men van de 'meervoudige rechter', die gezaghebbend, neutraal, efficiënt en coöperatief is en stelt men voor om de rechter op die verschillende kwaliteiten af te rekenen.[76] Al deze rollen vinden we terug in de hiervoor gegeven analyse van de buitenlandse ervaringen. Ook in Nederland is dus steeds meer belangstelling voor de actieve[77] en faciliterende rechter.[78]

Het zal lastig voor dit type rechter zijn om feilloos aan te voelen in welke situatie welke rol van hem of haar wordt verwacht. Het is een ideaaltype dat als zodanig geen menselijk equivalent heeft. Met ervaring, oordeelsvermogen en een zekere praktische wijsheid komt men een heel eind,[79] maar ook met duidelijkheid en explicitering van de wederzijdse verwachtingspatronen: een kwestie van communicatie en gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en partijen.[80] Ik denk dat in het geval van massaschade in dit rijtje 'opleiding' dient te worden vooropgesteld, omdat de afwikkeling van massaschade vaardigheden van de rechter vergt die nieuw voor hem zijn.[81] Hier

76 Kwak 2006.

77 Denk aan het project van de Raad voor de Rechtspraak, Versterking van de regiefunctie van de rechter, dat deel uitmaakt van het sectorprogramma van de civiele sectoren: Jaarplan voor de rechtspraak 2004, par. 4.4, Uitgebalanceerd 2006, p. 45-60, 77-80, 83-6.

78 Met de indiening van de Wet deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade (wetsvoorstel 5437447) lijkt zich in het Nederlandse civiele procesrecht een 'stille revolutie' te voltrekken: in de MvT wordt met zoveel woorden gesteld dat aan deze wet de 'bevordering van buitengerechtelijke afwikkeling' ten grondslag ligt. In de MvT bij de wet staat het volgende: 'Een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter ter oplossing van deze deelgeschillen in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase, kan de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade bevorderen. Deze rechterlijke uitspraak zou partijen weer in staat moeten stellen de zaak zelf definitief buitengerechtelijk af te handelen. Dit wetsvoorstel voorziet daartoe in een deelgeschilprocedure.' Het faciliterende karakter van de regeling is met zoveel woorden herkend. Dat blijkt uit het feit dat partijen diegenen zijn die de hulp van de rechter desgewenst kunnen inroepen en het niet zo is dat de rechter partijen 'de gang op stuurt'. Het Nederlandse kort geding heeft al jaren een soortgelijke functie, maar deze is 'informeel' in de praktijk geëvolueerd, hetgeen niet de vooropgezette bedoeling van de wetgever is geweest. De Wet deelgeschillenprocedure heeft vooralsnog de primeur.

79 In die zin ook Kwak 2006, p. 60.

80 Een nieuwe balans 2004, p. 229-31 en Uitgebalanceerd 2006, p. 48.

81 Denk aan de vorming van subgroepen of de selectie van proefprocessen bij het faciliteren van maatwerk op macroniveau, aan de benoeming van belangenbehartigers, aan het toezien op de initiële groepsvorming en het daaraan gerelateerde toezicht op publiciteitsuitingen, aan de beoordeling van de redelijkheid van collectieve schikkingen en eventueel aan de benoeming van de belangenbehartigers en de beoordeling van hun beloning.

komt nog bij dat rechters ook opgeleid zijn in een traditie waarin partijautonomie en zelfbeschikkingsrecht van partijen voorop worden gesteld. Bij de behandeling van massaschade is inbreuk hierop in enige mate noodzakelijk en rechters zullen hier 'van nature' eerder moeite mee hebben. Veelbetekenend is de constatering van wetenschap én praktijk dat de Nederlandse rechter de neiging heeft om te veel vragen niet geschikt te achten voor collectieve beantwoording.[82] Als van de rechter nieuwe vaardigheden en een nieuwe opstelling worden verwacht, moet hij daarin opgeleid en begeleid worden.[83]

De proactieve en de faciliterende rechter waar ik bij de afwikkeling van massaschade het oog op heb, is dus de rechter wiens of wier bijstand in een vroeg stadium, nog voordat een procedure is gestart, in een serie preprocessuele comparities bijvoorbeeld, door partijen ingeroepen kan worden ter verlening van de noodzakelijke assistentie om de afwikkeling van de massaschade buitengerechtelijk en als dat niet lukt: gerechtelijk, in goede banen te leiden. Dit sluit naadloos aan bij de voorstellen van de fundamentele herbezinners over de introductie van een verplichte preprocessuele comparitie voor complexe zaken.[84] De meeste van de hiervoor genoemde taken[85] komen reeds in die fase aan bod. Aangezien ze een uiteenlopend karakter hebben en verschillende vaardigheden vereisen, zou overwogen kunnen worden, mede om de rechterlijke onpartijdigheid te waarborgen in het geval een collectieve regeling uitblijft en een procedure gevoerd dient te worden, om een vast team van rechters die over de verschillende competenties beschikken met de massaschadeafwikkeling te belasten.

De huidige Nederlandse regeling die één gerecht exclusief bevoegd verklaart om vaststellingsovereenkomsten met collectief karakter algemeen verbindend te verklaren, zodat expertise kan worden opgebouwd, vergemakkelijkt een gericht opleidings- en begeleidingsbeleid, ervan uitgaand dat ook de faciliterende massaschaderechter, waar ik hier het oog op heb, bij dat exclusief bevoegd gerecht wordt ondergebracht. Men zou ook, naar Engels voorbeeld, kunnen kiezen om per massaschadegeval de exclusief

---

82 Frenk 2005, p. 296 e.v., Oranje & Henquet 2004, p. 341-2, Croiset van Uchelen 2004, p. 144, Kroeze 2004, p. 496 e.v.

83 De bezwaren van de NVvR bij de invoering van de WCAM dat de rechter niet in staat is om zich behoorlijk van de hem toebedeelde taak te kwijten, zijn vanuit die optiek begrijpelijk en invoelbaar: Kamerstukken II, 2003/2004, 29 414, nr. 3, p. 9. In Engeland werden de rechters opgeleid voor de 'vernieuwing': Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 31.

84 Uitgebalanceerd 2006, p. 121-2.

85 Voor het overzicht zet ik de verschillende rechterlijke taken die in het voorgaande aan bod kwamen nog een keer op een rij. In het kader van preprocessuele comparities: toezicht en controle op publiciteitsuitingen onder andere in het kader van de groepsvorming, het faciliteren van leveren van maatwerk op macroniveau en de totstandkoming van een minnelijke regeling. Wat de laatste twee betreft: door de eventuele selectie van proefprocessen, de beperking van geschilpunten, de bepaling van hoofd- en bijzaken en de volgorde van behandeling daarvan, de benoeming van een bemiddelaar of een mediator voor de beslechting van een of meerdere geschilpunten in overleg met partijen, het voorleggen in overleg met partijen van 'prejudiciële' vragen aan de hoogste rechter, het ondervangen van het misbruikgevaar bij eventuele collectieve schikkingen via preliminaire inhoudelijke oordelen, via het benoemen van amicus curiae-achtige figuren, de beoordeling van opt out-verzoeken en eventueel het toezien op de beloning van de belangenbehartigers van de groep.

bevoegde rechter te bepalen, rekening houdend met de locatie van de groep of de belasting van de gerechten op dat moment, maar de vraag is of de voordelen van deze aanpak opwegen tegen de nadelen.

Voor een behandeling van de bedenkingen ten aanzien van de mogelijke oplossingen voor het rechterlijke activisme, verwijs ik naar 5.2.2. Het daar gesignaleerde beeld van de actieve rechter als een strategische actor levert een zelfstandig argument op voor de eerder genoemde noodzaak tot adequate aanpassing van de financieringsstructuren van de gerechten (de zogenaamde Lamicie-normen) die met de facilitering van de massaschadeafwikkeling zijn belast.

5.2.8 De rol van belangenbehartigers

De rol van belangenbehartigers in beide rechtsstelsels kan worden samengevat onder de noemers specialisatie en concentratie. Concentratie kent verschillende gradaties (3.6.2 en 4.5.3). De benoeming van de class advocaat of de lead counsel vormt een essentieel onderdeel van het proces. Hij is namelijk exclusief bevoegd om alle schadelijders, in ieder geval voor wat de gemeenschappelijke vragen betreft, te vertegenwoordigen. Zijn benoeming, bevoegdheden en beloning zijn gereglementeerd. Hetzelfde geldt voor de advocaten van eventuele subgroepen als binnen de groep massaschadelijders verschillende relevante subgroepen benadeelden kunnen worden onderscheiden. Vooral bij de onderlinge schadevaststelling en -verdeling is differentiatie ook in de belangenbehartiging van belang.

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat er verschillende wegen zijn die bij de selectie van de lead counsel bewandeld kunnen worden, afhankelijk van de vraag hoe en door wie hij of zij gefinancierd wordt, maar steeds worden de kandidaten getoetst aan *kenbare kwaliteitseisen,* relevante ervaring en worden de logistieke mogelijkheden en infrastructuur van hun kantoor bij de beoordeling betrokken (3.6.2 en 4.5.3). Ook is er steeds de mogelijkheid voor de rechter om een belangenbehartiger aan te wijzen als er meerdere gegadigden zijn en zij er niet in slagen om goede werkverdelingsafspraken te maken.

Er zijn veel voordelen verbonden aan concentratie aan de zijde van de belangenbehartiging. Het helpt om investeringsasymmetrieën op te heffen (4.3.2), en herstelt daarmee het processuele evenwicht tussen schadelijders en verweerders. Het bevordert daarmee de toegang tot het recht voor grote groepen schadelijders. Het maakt het schadeafwikkelingsproces beheersbaar. Het heeft een drukkend effect op de transactiekosten, hetgeen vooral in geval van een limited fund van belang is.

Het leidt ook tot specialisatie. De keerzijde van specialisatie, waarbij ook no cure no pay mogelijk is, is het fenomeen 'entrepreneurial lawyering':[86] een agressieve tak van de balie die om te kunnen blijven bestaan kostenspreiding en daarmee volume nodig heeft en daardoor vaker dan gerechtvaardigd is collectieve acties instelt. Dat

86 Faulk 2002, p. 1003-4 en noot 12 met verdere verwijzingen, Rowe 2003, p. 128.

maakt het beschikbaar zijn van mechanismen noodzakelijk die dergelijke acties tijdig voorkomen. Die mechanismen zijn in de vorige paragrafen aan bod gekomen (5.2.3, 5.2.6 en 5.2.7).

Nederland

Maatwerk op macroniveau noopt tot differentiatie binnen de groep en tot het koppelen van belangenbehartigers aan de onderscheiden relevante (sub)groepen (5.2.2). Deze aanpak heeft verschillende consequenties voor het huidige Nederlandse systeem.

Een eerste belangrijke consequentie van maatwerk op macroniveau voor de belangenbehartiging in de Nederlandse context is de selectie en de *expliciete aandacht* voor de expertise en de logistieke mogelijkheden van de groepsbelangenbehartigers. Dit is een aspect dat ook kan samenhangen met de financieringsvraag (5.2.9). Het ligt op de weg van de belangenbehartigers om in de door mij voorgestelde court-annexed ADR-benadering samen met belangengroeperingen passende schadeafwikkelingsfaciliteiten op te zetten of te ontwerpen en de daarvoor benodigde kennis te vergaren en verder te ontwikkelen. De logistieke impact van de communicatie met de benadeelden, de eerste screening van opt out verzoeken en dergelijke mogen evenmin worden verwaarloosd. De belangenbehartigers dienen toegang te hebben tot de benodigde (onder meer it-)faciliteiten.

Een volgende belangrijke consequentie is dat een aangepaste omgang nodig is met de geldende representativiteitseisen en met de ontvankelijkheidsvraag. Die veronderstelt een meer inhoudelijke differentiatie van de groep benadeelden, althans een differentiatie die langs andere dan de huidige lijnen verloopt. Thans wordt de oprichting vereist van een rechtspersoon met een bepaalde statutaire doelomschrijving. In één massaschadezaak kunnen daarom meerdere, soms rivaliserende,[87] rechtspersonen met identieke statutaire doelomschrijvingen naast elkaar optreden, die per rechtspersoon wel de belangen van *uiteenlopende soorten schadelijders* vertegenwoordigen. Niet zelden worden de desbetreffende rechtspersonen bijgestaan door één belangenbehartiger.[88] Het voornaamste verschil tussen de rechtspersonen is dan dat zij inhoudelijk afwijkende standpunten innemen. In mijn visie is dit niet de juiste vorm van differentiatie voor de hier bepleite afwikkeling van massaschade.

In de eerste plaats niet, omdat ik een belangenconflict voor de desbetreffende belangenbehartiger voorzie, doordat hij uiteenlopende soorten benadeelden bijstaat. Hoe groter de diversiteit binnen de groep schadelijders is, hoe groter het conflict is. Het argument dat deze diversiteit er niet toe doet in de fase waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd, gaat niet op. De diversiteit kan reeds in die fase een rol spelen. In de tweede plaats niet, omdat ik van mening ben dat ook een actie voor het verkrijgen van een verklaring voor recht alleen nuttig voor de schadelijders is,

87 Denk aan Dexia: Huls 2005a, p. 1386-7. Zie ook <www.leaseproces.nl>.

88 Croiset van Uchelen 2004, p. 131-2 ziet deze problematiek en raakt haar kern, maar trekt niet de conclusie door naar de rol van de belangenbehartiger van de rechtspersoon en is daarmee kennelijk van mening dat differentiatie in dat opzicht niet nodig is. Een evenwichtige samenstelling van het bestuur van de rechtspersoon zou volgens hem voldoende moeten zijn.

als zij reeds anticipeert op een opvolgende schadevergoedingsactie. Dan kan het ook niet anders dan dat ook een actie gericht op het verkrijgen van een verklaring voor recht rekening houdt met relevante diversiteit binnen de groep en met eventuele verschillende aansprakelijkheidsregimes. In het huidige systeem zou dit standpunt kunnen impliceren dat per massaschadegeval meerdere stichtingen zouden moeten worden opgericht waarvan de statutaire doelomschrijving toegespitst is op de verschillende voor de damage scheduling relevante groepen benadeelden. Dat impliceert op haar beurt dat reeds vóór de oprichting van de desbetreffende rechtspersonen inzicht dient te bestaan in de relevante categorieën of groepen zaken en dat daarover overleg met de verweerder en met de rechter is gevoerd dat tot overeenstemming heeft geleid. Ik zou me kunnen voorstellen dat de rechtspersoneneis in die setting in de praktijk tot extra complicaties gaat leiden.

5.2.9 Aandacht voor financiering en kosten

In beide stelsels bestaat overweldigende aandacht voor de financiering van collectieve schadevergoedingsacties. Dat is niet zonder reden. Gesteld kan worden dat adequate afwikkeling van massaschade onmogelijk is als het financieringsvraagstuk geen onderdeel uitmaakt van de regeling. Adequate financiële incentives kunnen een collectieve actieregeling maken of breken.[89] In het Amerikaanse systeem zijn de problemen rond de totstandkoming van een collectieve schikking illustratief (4.7.1 en 4.7.2). In het Engelse zijn dit de problemen rond het initiëren van en het procederen in multi-party acties (3.7). Doorgaans wordt het financieringsvraagstuk buiten het procesrecht gehouden. De vraag is in hoeverre dit in de setting van massaschade straffeloos mogelijk is. Massaschade creëert volume en daarmee een meer dan gebruikelijke financiële incentive voor belangenbehartigers. Gebleken is dat steeds rekening dient te worden gehouden met deze specifieke dynamiek, ongeacht de manier waarop vorm wordt gegeven aan beloningsstructuren. Dat kan betekenen dat rechterlijk toezicht op de inhoud van collectieve schikkingen en op de beloning van belangenbehartigers steeds noodzakelijk is (5.2.7).

Elk rechtsstelsel dat het ontwerp van een regeling van de collectieve schadevergoedingsactie nastreeft, zal derhalve moeten nagaan hoe de financiering daarvan in de eigen juridische realiteit geregeld is en moeten doordenken welke consequenties de schaalvergroting bij massaschade heeft. Bij een dergelijke gedachteoefening zal blijken waar verbeteringen mogelijk zijn en dus winst geboekt kan worden.[90]

---

89 In die zin ook Rowe 2003, p. 127-33, in het bijzonder ook noot 12 en de daar aangehaalde literatuur.

90 Rowe 2003, p. 133-41, 149 suggereert voor niet-Amerikaanse rechtsstelsels die de invoering van class actions- achtige mechanismen overwegen verschillende alternatieven voor no cure no pay, maar zij blijken weer andere problemen met zich te brengen: 'Some adjustments to existing fee rules, perhaps unconfortable ones, seem essential for the creation of a viable class action regime, but there is a considerable range of choices that are not limited to American-style approaches with what strike many as their excesses. So one can say to those otherwise inclined to adopt the class device, when it comes to framing rules governing attorney fees, 'Come on in-water fine'.'

In beide buitenlandse stelsels zijn resultaatsafhankelijke betalingsafspraken toegestaan. In de literatuur wordt verdedigd dat dergelijke beloningsarrangementen, in het bijzonder no cure no pay, bevorderlijk zijn voor de buitengerechtelijke (hier verdedigde court-annexed) afwikkeling van massaschade (5.2.6).[91] Bij gebrek aan zuiver no cure no pay, is het voor belangenbehartigers lastig om de grote financiële lasten die een collectieve actie met zich brengt voor te schieten, zelfs indien het ze toegestaan is om andere resultaatsafhankelijke afspraken te maken. Een aanvullende financiering van collectieve acties uit de publieke, of uit andere private middelen, zal dan steeds nodig zijn.[92] In zekere zin is dit een ironische constatering, omdat de noodzaak voor en het belang van publiekrechtelijke financiering belangrijker wordt in een tijd waarin in de meeste landen, zoals ook in 2.2.1 bleek, de mogelijkheden van de sociale rechtshulp juist beperkter worden.[93]

Indien een zuivere no cure no pay niet tot de mogelijkheden behoort, is de Engelse (financierings)regeling inspirerend, of op zijn minst interessant, omdat die probeert om private en publieke financieringsbronnen op elkaar af te stemmen en om te zetten in een complementair geheel. Ook is er sprake van beleidsvorming en prioriteitenstelling om het beperkte budget dat de sociale rechtshulp ten deel valt zo doelmatig mogelijk in te zetten om uiteindelijk een zo groot mogelijk groep rechtzoekenden op een zo hoog mogelijk niveau te bedienen. Een manier om dat te doen, is te investeren in een gekwalificeerde rechtsbijstand, in een zorgvuldig geselecteerd aantal proefprocessen en in de beantwoording van de daaraan ten grondslag liggende gemeenschappelijke rechtsvragen. Tussenvormen zijn ook denkbaar, zoals (gedeeltelijke) financiering van noodzakelijke inschakeling van (kostbare) deskundigen.

Een ander aspect dat met de financieringsvraag samenhangt en vooral binnen het Engelse rechtsstelsel speelt als een mogelijk remmende factor bij de instelling van collectieve acties, betreft de dreiging met een proceskostenveroordeling. In de literatuur wordt door sommigen, geïnspireerd door ervaringen in Canada, de oprichting van een fonds voorgesteld dat eventuele proceskostenveroordelingen dekt, indien een verzoek tot het initiëren van een collectieve actie door het fonds wordt goedgekeurd.[94] Het fonds wordt door een initiële eenmalige storting, bijvoorbeeld van de Staat, opgericht, waarna het zichzelf in stand zou moeten houden. Daarbij stelt men zich voor dat de class advocaat of de lead counsel de zaak op no cure no pay-basis aanneemt, maar in alle gevallen,[95] waarin een collectieve schikking wordt bereikt of

91 De studie van Chen & Wang 2006 bevat naast een rechtseconomische vergelijking van de werking van de American rule en de English rule, tevens een handzaam overzicht van de bestaande rechtseconomische literatuur over dit onderwerp, dat bij het ontwerp van een financieringssysteem in aanmerking dient te worden genomen.

92 Hodges 2001, p. 199, Rowe 2003, p. 133.

93 Fleming 1999, p. 259-74.

94 Peysner 2004.

95 Dus ook in de gevallen waarin niet voor een financiering via het fonds is geopteerd. De redenering is dat kansrijke zaken het fonds niet nodig zullen hebben en op no cure no pay basis zullen worden aangenomen. Het fonds zal alleen maar risicovolle zaken aantrekken en zal daardoor snel uitgeput raken, hetgeen onwenselijk is.

een positief vonnis voor de schadelijders wordt uitgesproken, een percentage in het fonds wordt gestort.[96] Het afschaffen in collectieve acties van de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling (de American rule) lijkt met het oog op het tegengaan van gedwongen schikkingen niet wenselijk (4.7.2).[97]

Een tendens die in beide stelsels ontwaard kan worden, betreft de nadruk die op kostenbeheersing is komen te liggen. In Amerika komt dat onder andere tot uiting bij de verschillende selectieprocedures van de class advocaat, waarbij ook offertes van de belangenbehartigers kunnen worden gevraagd (4.5.3). In Engeland bestaat een afzonderlijke 'kostenrechter' die tijdens de verschillende fases van het afwikkelingsproces door de behandelende rechter geraadpleegd kan worden en betalingsafspraken tussen de groepsadvocaten mag controleren. Ook heeft de rechter in beide rechtsstelsels bemoeienis met de vaststelling van de beloning van de groepsadvocaat. Dit is van belang met het oog op het ondervangen van het misbruikgevaar (5.2.6 en 5.2.7). Men zou zich wel kunnen afvragen in hoeverre dat laatste in die mate nodig is, als de financiering van een collectieve actie door 'derden'[98] geschiedt.

Nederland

Het beeld dat bestaat ten aanzien van de privaatrechtelijke financieringsmogelijkheden in Nederland is divers. No cure no pay is voor advocaten vooralsnog niet toegestaan, terwijl veel schaderegelingsbureaus wel gebruik kunnen maken van dergelijke arrangementen.[99] Een andere financieringsmogelijkheid is om van alle schadelijders een relatief geringe vrijwillige bijdrage te vragen, waar de macht van de getallen voor een behoorlijk initiële procesfonds kan zorgen. Omdat aan deze methode verschillende nadelen kleven, kan ze niet als een structurele oplossing worden gezien.[100] Evenmin als in Engeland beschikt de rechtsbijstandverzekeringsbranche ook hier niet over een toereikende structurele regeling voor de afwikkeling van massaschade.[101]

Indien we naar de publiekrechtelijke financieringsmogelijkheden in Nederland kijken, valt het op dat anders dan in Engeland geen beleid ten aanzien van de aanpak

96 Collins 2005, p. 236-8 oppert 3%.

97 Rowe 2003, p. 141-8 behandelt alternatieven voor de afschaffing van de 'loser pays'-rule.

98 Sociale rechtshulp, rechtsbijstandverzekeraars, belangenorganisaties, andere financiers.

99 Faure e.a. 2005, p. 26.

100 Rowe 2003, p. 134-6 noemt een aantal nadelen, zoals 'administration, cost and collection', maar het voornaamste blijkt toch het 'free rider' te zijn. De methode blijkt bovendien niet geschikt te zijn, indien het om relatief geringe vorderingen gaat en de groep schadelijders 'verspreid' ofwel niet eenvoudig te lokaliseren is.

101 Er is weliswaar een regeling in de polisvoorwaarden van alle rechtsbijstandverzekeraars voor gevallen die als massaschade zouden kunnen worden aangemerkt (er dient sprake te zijn van meerdere 'belanghebbenden' bij een conflict; de polisvoorwaarden van alle rechtsbijstandverzekeraars die woorden van soortgelijke strekking bevatten, zijn te raadplegen via hun websites), maar die vallen juist *nadelig* uit voor de schadelijders. Ze stellen slechts een pro rato vergoeding voor rechtsbijstand per individueel geval in het vooruitzicht. In de praktijk probeert men hiermee soepel om te gaan en samen te werken als meerdere verzekeraars bij een voorval zijn betrokken. Dat is in de kwestie Volendam gebeurd. Het free rider probleem blijkt dergelijke initiatieven te bemoeilijken. Ook voor sluipende massaschade is voor wat betreft DES en asbest claims een bijzondere regeling getroffen. Een en ander komt in 5.2.10 aan bod.

en financiering van massaschade zaken wordt gevoerd. In een aantal concrete gevallen zijn wel op ad hoc basis[102] specifieke voorzieningen van uiteenlopende aard getroffen. De Nederlandse wetgeving op het terrein van sociale rechtshulp die uitgaat van een individuele behandeling van toevoegingsverzoeken en van het recht op een advocaat naar eigen keuze, maakt een collectieve of gekanaliseerde aanpak en daarmee het voeren van beleid ter zake lastig.[103] Een gestructureerde gecoördineerde aanpak met privaatrechtelijke financieringsbronnen (rechtsbijstandverzekeraars)[104] zou lonend kunnen zijn. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan het gezamenlijk financieren van feitelijk onderzoek naar aanleiding van een massaschadegeval voor wat de gemeenschappelijke vragen betreft, waarna belangenbehartigers in staat kunnen worden geacht om een verantwoorde afweging te maken voor een vorm van een resultaatsafhankelijke beloningsafspraak.[105]

De meeste aandacht ten aanzien van het financieringsvraagstuk gaat uit naar de belangenbehartiging. Ik wijs echter nadrukkelijk erop dat de aanpassing van de financieringsstructuren van de gerechten of van het exclusief bevoegde faciliterende gerecht indien daarvoor mocht worden gekozen, niet mag worden verwaarloosd, gelet op de actieve rol die in het voorgaande voor die rechter is weggelegd (5.2.7).

Ten slotte wijs ik erop dat de vooropstelling van de court-annexed collectieve schikking als een primair afwikkelingsmechanisme tevens consequenties heeft voor een meer ruimhartige toewijzing dan thans het geval is van buitengerechtelijke kosten die aan de redelijkheidstoets voldoen, indien toch nog een procedure zou moeten worden gevoerd.[106]

---

102 Zo blijkt uit navraag bij de Raden voor Rechtsbijstand dat zowel bij de rampen in Bijlmer, Enschede, en Volendam, als ook in de Srebrenica-kwestie bijzondere regelingen getroffen zijn die variëren van het financieren van individuele rechtsbijstand zonder de geldende wettelijke toetsingsnormen toe te passen, omdat de rechtzoekenden geen bewijzen konden overleggen (Enschede), het financieren van een aantal proefprocedures (Srebrenica), tot het nastreven van een meer collectieve aanpak door gespecialiseerde letselschadeadvocaten in te schakelen (Volendam). Voor massale zaken, die bovendien niet territoriaal gebonden zijn, zoals bij Dexia, blijkt het echter lastig om een gecoördineerde aanpak te realiseren.

103 Volledigheidshalve wijs ik erop dat blijkens het Jaarplan en het jaarplanoverleg 1998 van de Raad voor Rechtsbijstand 's-Hertogenbosch er wel plannen zijn geweest voor de oprichting van een 'Fonds voor medische deskundigen' dat het mogelijk zou moeten maken om structureel te investeren in de inschakeling van medische deskundigen in zaken met een massaal karakter (bijvoorbeeld ten aanzien van asbest claims). Die plannen hebben echter vooralsnog niet een volgende (uitvoerings)fase bereikt.

104 Al dan niet geïnspireerd door de Engelse Collective Conditional Fee Agreement Regulations (CCRA): Tzankova & Weterings 2003, p. 30-1.

105 Iets dergelijks is voor Engeland bepleit door Collins 2005, p. 232-7. In zijn voorstel is een dergelijk fonds 'self funded'. Voor Nederland zal mijn voorstel onder andere een aanpassing van de dekkingsvoorwaarden van rechtsbijstandverzekeraars impliceren.

106 De kosten van tuchtrechtelijke procedures komen thans niet als buitengerechtelijke kosten voor vergoeding in aanmerking (zie de kritische noot van J.B.M. Vranken bij HR 3 juni 2005, NJ 2005, 324). In de beslissing van de Hoge Raad in Vie d'Or (HR 13 oktober 2006, C04/281HR, RvdW 2006, 942, r.o. 9.3.3) is dit standpunt gehandhaafd. Dergelijke kosten vallen in mijn visie ook daaronder, als zij redelijkerwijs kunnen bijdragen aan een buitengerechtelijke afwikkeling met name in ingewikkelde technische aangelegenheden, omdat ze deskundigheidsoordelen bevatten die ook

5.2.10 Gefixeerde massaschade en sluipende massaschade

In beide rechtsstelsels wordt onderkend dat gefixeerde massaschade collectief afgewikkeld kan worden via adequaat case management en de vorming van subclasses, maar vooral de Amerikaanse ervaringen laten zien dat bij sluipende massaschade een specifieke problematiek speelt die een vergaande bundeling (4.6 en 5.2.5) lastig, zo niet onmogelijk maakt. In Amerika heeft de hoogste rechter al eind jaren negentig ten aanzien van asbest claims geoordeeld dat dit type massaschade zich niet voor een behandeling via een collectieve actie leent.[107] Inmiddels blijkt ook uit empirische studies dat de totale uitgaven gemoeid met de asbest litigation vanaf haar begin in de jaren zestig tot en met 2002 $ 70 miljard bedragen, waarvan slechts 42% ten goede is gekomen aan benadeelden, toekomstige benadeelden inbegrepen.[108] De problematiek bij sluipende massaschade, waarvan asbest litigation de duidelijkste exponent is,[109] kan als volgt worden samengevat.

De ontoereikende stand van wetenschap en techniek verhindert dat het causaal verband tussen product en schade op een verantwoorde manier wordt vastgesteld. Het duurt lang voordat in individuele elkaar opvolgende zaken vooruitgang bij de opheldering van cruciale feitelijke of juridische vraagstukken kan worden geboekt. Er is vaak ook een groot tijdsverloop tussen de blootstelling aan een beweerd gebrekkig product en de openbaring van de schade. Het totale aantal schadelijders is door de grote groep toekomstige benadeelden, de zogenaamde 'exposure only'-schadelijders, onzeker. Deze ondervinden vooralsnog geen nadeel van die blootstelling, maar vertroebelen het totaalbeeld, omdat met hun claims rekening dient te worden gehouden. Ze bemoeilijken een verantwoorde begroting van de omvang van een eventueel schadefonds, hetgeen een finale regeling in de weg staat. Dat komt niet ten goede aan de schikkingsbereidheid van verweerders. Het grote tijdsverloop tussen de blootstelling

---

voor de civiele rechter nuttig en bruikbaar zijn en de noodzaak van een afzonderlijk deskundigenbericht verminderen, zo niet volledig elimineren. Bij de vraag of dergelijke kosten wel voor toewijzing in aanmerking komen, mag naar mijn idee wel een rol spelen, hoe de 'deskundigheidsoordelen' in de tuchtrechtelijke procedure tot stand zijn gekomen, waaronder de vraag of voldaan is aan het beginsel van hoor en wederhoor en of partijen voldoende de gelegenheid hebben gehad om hun standpunten toe te lichten.

107 Het ging strikt gezien om 'settlement classes' ten aanzien van 'mass torts', maar dit is uiteindelijk de implicatie van die rechtspraak: zie ook 4.6.4 en 4.7.2 met bijhorende noten en voorts Amchem v. Windsor (521 U.S. 591, 1997) en Ortiz v. Fibreboard Corp. (527 U.S. 815, 1999), Hensler e.a. 2005, p. xx-xxi, White 2004, p. 197-8.

108 Hensler e.a. 2005, p. xxvi. In Amerika is het mogelijk dat toekomstige abestbenadeelden ook een schadevergoeding ontvangen.

109 Over de vraag in hoeverre de asbest litigation een representatieve exponent is, kunnen de meningen verschillen. De empirische studies van Hensler e.a. 1985, Hensler e.a. 2002 en Hensler e.a. 2005, evenals analyses in de literatuur (White 2004, p. 191-8 in het bijzonder 193-4) geven de indruk dat de afwikkeling van asbest claims in veel opzichten verschilt van die van andere voorbeelden van sluipende massaschade, onder andere omdat de rechters een soepelere maatstaf hebben aangelegd voor het bewijs van causaal verband. Meer recente vormen van 'sluipende massaschade' die nog volop in ontwikkeling zijn, betreffen de claims ten aanzien van 'fast food' en 'firearms'-fabrikanten: White 2004, p. 195.

aan een product en de openbaring van de schade maakt de toch al lastige bewijspositie van de schadelijders onder de klassieke bewijsregels een haast onmogelijke.

Vooral de bewijsproblematiek vereist in ieder geval een dossieropbouw en een proactieve houding van de betrokkenen, nog voordat de schade zich gemanifesteerd heeft. In de Engelse regeling komt dat tot uitdrukking in het pre-action protocol for desease and illness dat van overheidswege meer toezicht door de werkgevers op de werkvloer beoogt te stimuleren (3.8), in het Amerikaanse stelsel in de toewijzing van de zogenaamde monitoring class actions, waarin doorgaans gevorderd wordt dat een 'medical monitoring program' wordt opgezet dat het mogelijk maakt dat toekomstige benadeelden regelmatig onderzocht worden om zodoende een medisch dossier te kunnen opbouwen (4.6.4). In beide stelsels lijken toezicht en preventie een belangrijke rol te spelen. Toch laten de Amerikaanse ervaringen zien dat een dergelijke proactieve houding die uit de behandeling van de toekomstige benadeelden blijkt, spanningen oplevert. Betoogd wordt dat een dergelijke aanpak financiële middelen opslokt die eigenlijk ten goede zouden moeten komen aan rechtzoekenden met schade die zich reeds gemanifesteerd heeft.[110]

De hiervoor bedoelde rechtspraak van de Supreme Court uit eind jaren negentig heeft ertoe geleid dat men voor de afwikkeling van asbest claims naar andere instrumenten is gaan zoeken. De belangrijkste twee zijn de doorstart na faillissement ('bankruptcy under Chapter 11') en 'inventory litigation' (4.7.2).[111] Gebleken is dat aan beide aanzienlijke nadelen kleven. Met betrekking tot de doorstart na faillissement wordt gewezen op hoge reorganisatiekosten. Bovendien wijst empirisch onderzoek uit dat dergelijke reorganisaties ook aanzienlijke nadelige effecten kunnen hebben.[112] Evenmin kunnen zij, indien er meerdere verweerders zijn, ervoor zorgen dat 'global peace' wordt bereikt, omdat andere verweerders niet betrokken kunnen worden bij de reorganisatie.

Tegen 'inventory litigation' of 'settlements' bestaat het bezwaar dat zij aan het (publieke) zicht zijn onttrokken: het volume dat voor een specifieke dynamiek bij

110 White 2004, p. 202 die het toewijzen van enige vorm van schadevergoeding aan 'uninjured claimants' een slechte beslissing noemt, Hensler e.a. 2005, p. xxxi.

111 En voorts: Hensler e.a. 2005, p. xxix-xxx, xxvii, xxiii-xxiv, White 2004, p. 196-7. Faillissementsorganisatie, onder Chapter 11 Bankruptcy Code voorzien, anders dan faillissementen onder Chapter 7 die tot liquidatie van de onderneming leiden, is een doorstart van de onderneming, zodat fondsen voor de toekomst kunnen worden gegenereerd. Instructief is het overzicht dat White 2004, p. 192 met verdere verwijzingen geeft van de manier waarop een aantal andere gevallen van sluipende massaschade (naast verschillende gebrekkige medische producten ook de tobacco litigation) zijn afgewikkeld.

112 Hensler e.a. 2005, p. xxvii-xxviii wijzen erop dat de kosten gemoeid met faillissementsreorganisaties ongeveer 3% bedragen van 'the average firm's book value' of 6% van 'a firm's market value'. In het onderzochte aantal 'asbestreorganisaties' zijn tussen 52 000- 60 000 arbeidsplaatsen verloren gegaan, hetgeen de desbetreffende werknemers gemiddeld tussen de $ 25 000 tot $ 50 000 heeft gekost. Deze kosten drukken op de investeringsmogelijkheden van de bedrijven. De ervaringen met zogenaamde 'prepackaged bankruptcies', dat zijn Chapter 11 faillissementsreorganisaties waarover reeds vóór de indiening van het verzoek een akkoord tussen de crediteurs en de debiteur is bereikt, zodat het reorganisatieproces veel minder dan de gebruikelijke zes jaar kan bedragen, zijn controversieel: Hensler e.a. 2005, p. xxxii.

schaalvergroting zorgt (4.7.2) is er nog steeds, maar de controle daarop is ontoereikend, zo niet nagenoeg afwezig. Daarnaast kunnen dergelijke massaschikkingen die geen door de rechter goedgekeurde collectieve schikkingen zijn in de zin van de Amerikaanse Rule 23, tot moeilijk te rechtvaardigen verschillen in de behandeling van uiteenlopende categorieën schadelijders leiden. Illustratief hiervoor is de tobacco litigation. Waar individuele rokers keer op keer nul op het rekest krijgen in procedures tegen tabaksproducenten, is het de Staten wel gelukt om een lucratieve schikking met de industrie te treffen voor de medische kosten gemaakt voor het behandelen van burgers met rokengerelateerde aandoeningen.[113] De reden voor het verschil in uitkomst is juridisch verklaarbaar: de zogenaamde 'recoupment actions', waarop de vorderingen van de staten gegrond zijn, bevatten soepelere vereisten voor aansprakelijkheid.[114] Maatschappelijk gezien is het verschil lastiger uit te leggen, zeker als men in aanmerking neemt dat de terreinen waarop sluipende massaschade zich manifesteert (doorgaans gebrekkige medische producten en beroepsziektes, maar ook milieukwesties) nauw verband houden met de volksgezondheid. Daarom zijn ze in de meeste ontwikkelde landen voorwerp van strenge overheidsnormering en -controle. Het heeft iets tegenstrijdigs en daarom onbevredigends dat de overheid, die er kennelijk niet in geslaagd is om adequaat toezicht op een bepaald terrein uit te oefenen, wel de schade die ze lijdt vergoed krijgt en de individuele rechtzoekenden niet.

Al deze ervaringen hebben in het Amerikaanse stelsel geleid tot de kernvraag of het aansprakelijkheidsrecht de aangewezen manier is om met deze vormen van sluipende massaschade om te gaan en of een afwikkeling via publiekrechtelijke mechanismen niet te prefereren is.[115] Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Indien men uitsluitend naar de omvang van de transactiekosten in de asbest litigation over de afgelopen veertig jaar zou kijken, zou het antwoord bevestigend zijn. Die benadering levert echter een vertekend beeld op. Naar mijn mening mag niet vergeten worden dat het in het geval van asbest het aansprakelijkheidsrecht gelukt is om datgene te bewerkstelligen, waar het publieke recht niet in slaagde: het weren van een product dat een gevaar opleverde voor de volksgezondheid. Het was ook pas na de 'asbest litigation explosion' dat de Amerikaanse overheid bereid is gebleken om passende maatregelen te treffen.[116] Het aansprakelijkheidsrecht kan derhalve een belangrijke

113 Bijzonderheden over deze schikking zijn te vinden op: <http://www.philipmorrisusa.com/en/legislation_regulation/tsa.asp>, zie ook Gifford 2005 (die negatief is over de mogelijkheden van individuele rokers) en bij White 2004, p. 194-5 met verdere verwijzingen (die juist positief is voor de toekomstmogelijkheden van individuele rechtzoekenden: 'tobacco litigation still has the potential to grow'.).

114 Gifford 2005.

115 Gifford 2005, Hensler e.a. 1985, 2002 en 2005 en White 2004.

116 White 2004, p. 184-91 laat aan de hand van cijfers uit Amerika en Europa (waaronder Nederland) ten aanzien van asbestverbruik zien, dat het vertrouwen op de overheid en regelgeving niet steeds volstaat: 'Levels of asbestos exposure were even higher in Europe than in the United States, and consumption levels declined more slowly (...) Moreover, while the death rate from mesothelioma peaked in the 1990s and is starting to decline in the United States, it is predicted to double over the next 20 years in six large European countries (...) As in the United States, regulation of asbestos in the European countries was weak because of regulatory capture. *But, unlike the United States,*

functie ten opzichte van het publiekrecht hebben: als een soort 'klokkenluider', een belangrijk checks and balances-instrument.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het privaatrecht bij de aanpak en afwikkeling van sluipende massaschade niet helemaal gemist kan worden, maar dat aanpassingen wenselijk zijn, wil het gebruik daarvan uit een oogpunt van compensatie zinvol zijn. Een dergelijke aanpassing zou kunnen zijn de eerder verdedigde benadering van de groep als entiteit (5.2.5) te hanteren.[117]

Er zijn in Amerika ook wetgevingsinitiatieven voor asbestcompensatie[118] via fondsvorming die vergelijkbaar zijn met de hierna te bespreken Nederlandse aanpak. Onduidelijk is of en zo ja, wanneer de wet in werking zal treden. Er zijn twijfels gerezen over de adequaatheid van de hoogte van het fonds en om die reden is de behandeling van de wet op de langere termijn geschoven.[119]

Concluderend kan worden gesteld dat de Engelse regeling eerder bruikbaar is voor de afwikkeling van sluipende massaschade. De Amerikaanse regeling lijkt zich beter voor de afwikkeling van gefixeerde massaschade te lenen.[120]

Nederland

In Nederland is men in twee verschillende gevallen van sluipende massaschade, te weten DES en asbest tot fondsvorming[121] gekomen. Van ontwikkelingen zoals in Amerika om via een surseance van betaling en soortgelijke maatregelen ten aanzien van een bedrijf dat geconfronteerd wordt met een massaschadeclaim tot een afwikkeling te komen, is vooralsnog geen sprake.[122] De vraag is of men de ontwikkelingen op hun beloop zou moeten laten en of niet een proactieve houding in deze gewenst is. Een dergelijke proactieve houding zou nopen tot het maken van fundamentele keuzes ook ten aanzien van de afwikkeling van sluipende massaschade.

---

liability did not emerge as a substitute for regulation, and as a result, European asbestos product makers were slower to reduce asbestos use than their U.S. counterparts. (int)'

117 4.6.3 en 4.6.4 en de bijhorende noten, in het bijzonder Shapiro 1998.

118 De 'Fairness in Asbestos Injury Resolution Act of 2003' (S. 1125). Informatie daarover is te vinden op: <http://bennelson.senate.gov/documents/CRS/Asbestos/CRS_AsbestosBill.pdf>, White 2004, p. 199-201, Hensler e.a. 2005, p. xxxi.

119 Over deze problematiek zie White 2004, p. 200-1, Hensler e.a. 2005, p. xxxi en het rapport van het onderzoeksbureau Bates White dat onder andere op basis van prognoses over het aantal toekomstige benadeelden concludeert dat de huidige omvang van het fonds ontoereikend zal zijn: <http://www.exlloydsnames.com/FAIR_Act_Bates.pdf>. En ander alternatief voor de aanpak van asbest claims betreft een wettelijke aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht, waardoor het verkrijgen van een schadevergoeding voor een bepaalde categorie benadeelden die aan specifiek omschreven 'medische criteria' voldoen, mogelijk wordt.Dit initiatief wordt op Congres niveau niet gesteund. Een aantal Staten is wel erin geslaagd om een soortgelijke regelgeving tot stand te brengen: Hensler e.a. 2005, p. xxxi-xxxii.

120 Interessant is de beschouwing van Davis 1998, 157, 229, 232 die tot een soortgelijke conclusie komt.

121 Barendrecht e.a. 2004, p. 120-32 met verdere verwijzingen behandelen de voor- en de nadelen van dit afwikkelingsmechanisme dat hier vooral van belang is voorzover het aansprakelijkheidsrecht wel functioneert, zij het gebrekkig.

122 Croiset van Uchelen 2004, p. 147-50 behandelt wel de situatie waarin een onder de WCAM goedgekeurde overeenkomst gevolgd wordt door of samenloopt met een faillissement van de verweerder.

Bij de afwikkeling van asbestclaims is een belangrijke rol weggelegd voor het Instituut voor Asbestslachtoffers (IAS). Het instituut is opgericht in 1999 als een gezamenlijk initiatief van het Comité Asbestslachtoffers, werkgevers- en werknemersorganisaties, het Verbond van Verzekeraars en de overheid. De hoofdlijnen van de regeling komen hierop neer dat alle asbestslachtoffers met de ziekte mesothelioom die door hun werk of via de kleding van huisgenoten in aanraking zijn gekomen met asbest, betrekkelijk snel en eenvoudig een voorschot kunnen krijgen op een schadevergoeding, hetgeen bij levensbedreigende ziektes van groot belang is.[123] Niet alle asbestslachtoffers komen hiervoor echter in aanmerking. Milieuslachtoffers en slachtoffers van asbesthoudende producten vallen daarbuiten. Zij dienen de weg naar de civiele rechter te bewandelen, waar ze ook een hogere schadevergoeding kunnen vorderen. Hoewel er geen officieel onderzoek naar is verricht, bestaat de indruk dat de meeste asbestslachtoffers die daarvoor in aanmerking komen voor de procedure bij het IAS blijken te kiezen.[124] Een mogelijke verklaring hiervoor is de laagdrempeligheid van de procedure en de voorspelbaarheid van de uitkomst.

De Des-zaak is tot een oplossing gebracht via een fondsvorming in een collectieve schikking die door de WCAM is gefaciliteerd.[125] Een aanpak als gevolgd bij de afwikkeling van asbestclaims was hier niet mogelijk, omdat de partijen die deelnamen aan het fonds buiten het fonds om niet geconfronteerd wilden worden met aanspraken van benadeelden. Hoewel de achtergrond van deze regeling een andere is, spelen ook bij de vorming van dit fonds soortgelijke vragen als toentertijd bij de oprichting van het IAS.[126]

Hierboven werd reeds erop gewezen dat sluipende massaschade vooral in verband wordt gebracht met letselschade door gebrekkige (medische) producten en beroepsziektes. Beide terreinen houden nauw verband met de volksgezondheid en zijn daarom, althans in Nederland, voorwerp van strenge overheidsnormering en -controle. Een zeker openbare orde-karakter kan aan de meeste gevallen van sluipende massaschade derhalve niet worden ontzegd. Gelet hierop en op de specifieke bewijsproblematiek die zich bij die gevallen voordoet, zou voor sluipende massaschade een meer structu-

---

123 Het voorschot bedraagt €16.476 en kan hoger worden als de overheid erin slaagt om de aan haar door het slachtoffer gecedeerde vordering voor het restant te verhalen op de veroorzakers: zie voor meer informatie de site van het Instituut voor Asbestslachtoffers: <http://www.asbestslachtoffers.nl//overias.html>, waar ook het verslag van het lustrumcongres te raadplegen is (o.a. de bijdrage van A. Van, p. 35).

124 Dat kan indirect worden afgeleid uit verschillende bijdragen opgenomen in het verslag van het lustrumcongres van het IAS, waarin vanuit de schaderegelingspraktijk gepleit wordt voor een soortgelijke regeling ook voor de andere soorten asbestbenadeelden (de bijdrage van A.J. Van, p. 33-7, R.F. Ruers, p. 29-32 en het nawoord van Van der Woude, p. 39-40. In het welkomstwoord van de voorzitter van het IAS mw. Tiesinga-Autsema, p. 1 worden enige cijfers genoemd. In de jaren 1999-2005 hebben zich duizenden mensen tot het fonds gewend, hetgeen in 1800 gevallen tot een dossiervorming heeft geleid. 1500 gevallen zijn afgewikkeld. 550 hebben een schadevergoeding gekregen en 650 een voorschotregeling. In 300 gevallen hebben de activiteiten van het IAS niet tot een financieel resultaat geleid).

125 Voor de achtergrond van die regeling zie Van Regteren Altena 2005, p. 27-35.

126 In die zin J. de Ruiter, p. 9-10 in zijn bijdrage aan het lustrumcongres van het IAS.

rele inzet kunnen worden overwogen van een instantie als het IAS.[127] Het beschikt over de nodige infrastructuur en procesmatige expertise op het terrein van (sluipende) schadeafwikkeling, hetgeen tot transactiekostenreductie kan leiden, zonder dat de afwikkeling aan kwaliteit inboet. Het IAS heeft in de afgelopen jaren al aangetoond over een flexibele organisatie te beschikken die adequaat kan reageren op pieken en dalen in de schadeaanmeldingen.

Uit de Nederlandse en de buitenlandse ervaringen blijkt dat fondsvorming in gevallen van sluipende massaschade niet spontaan geschiedt en dat er niet steeds vertrouwd kan worden op een initiatief van de overheid. De afwikkeling wordt voorafgegaan door langdurige juridische procedures. Vanwege de in 5.2.1 besproken beperkingen in de investeringsmogelijkheden van de schadelijders is het ook in gevallen van sluipende massaschade lastig om individueel de noodzakelijke deskundige bijstand te verkrijgen. Nog lastiger dan in gevallen van gefixeerde massaschade. Overwogen zou kunnen worden om voor sluipende massaschade een bijzondere (publiekrechtelijke) financieringsmogelijkheid te creëren die individuele proefprocessen financiert of om in dergelijke gevallen afwijkende (ruimere) financieringsafspraken, zoals no cure no pay toe te staan. Een voorwaarde zou daarbij steeds moeten zijn dat de procedure in het individuele geval en de daarin te volgen processtrategie aantoonbaar ten dienste staat van de grotere groep benadeelden.

5.3 De 'score' van beide stelsels

Zoals in 5.1 werd aangekondigd zullen hier de scores van beide stelsels ten aanzien van de beheersing van transactiekosten (5.3.1), het voorkomen van rechtsongelijkheid die ontstaat door informatieachterstand en limited fund (5.3.2) en het ondervangen van het free rider-probleem (5.3.3) worden vermeld, gevolgd door een 'eindscore' (5.3.4).

5.3.1 Beheersing van transactiekosten

Een toelichting op de achtergrond van dit onderdeel van mijn onderzoek en een verantwoording van de daarbij gevolgde methodiek vindt men in 1.10. Zoals daar werd aangekondigd, volgt hieronder een samenvatting van de elders gepubliceerde[128] belangrijkste bevindingen.

127 En het IAS bijvoorbeeld omdopen tot een Instituut voor Slachtoffers van Sluipende Massaschade (ISSM). Over de vraag of het IAS als een 'rolmodel' kan worden beschouwd lopen de meningen uiteen: Van der Woude, p. 41 lustrumverslag vat een en ander samen.

128 Tzankova 2004, p. 113-20.

Er zijn relatief weinig empirische gegevens te vinden over de transactiekosten bij class actions.[129] In een studie[130] uit 1999 zijn tien 'class action cases' onderzocht. Daaruit blijkt dat de transactiekosten procentueel het laagst zijn in die gevallen waarin de totale uitgekeerde som hoog tot zeer hoog is: dus bij substantiële massaschade. Daarnaast blijkt uit een studie van de Federal Judicial Center dat de vergoeding van de class advocaten in de onderzochte class actions, zelden de in individuele zaken gebruikelijke 33,3% van het behaalde resultaat hebben overschreden.[131] Een negatieve uitschieter lijkt de asbest litigation te zijn, maar dit betreft een heel specifiek en op zichzelf staand voorbeeld (5.2.10), aan de representativiteit waarvan redelijkerwijs getwijfeld kan worden.[132] In 3.7.3 heb ik reeds enige cijfers over de kosten van de Engelse collectieve acties genoemd.

Vooropgesteld moet worden dat collectieve acties in absolute zin kostbaar zijn, maar dat is een weinigzeggende constatering, omdat met het geldend maken van (legitieme) aanspraken altijd kosten gemoeid zijn. Om een uitspraak te doen over de vraag of de kosten van collectieve acties onredelijk hoog zijn, zou men een berekening moeten maken van de kosten van alle individuele procedures die met de collectieve actie voorkomen worden en beide uitkomsten moeten vergelijken (3.7.3 en 3.9.1).[133] Voorts zou men een maatstaf moeten ontwikkelen voor het berekenen van de kosten die voor een samenleving voortvloeien uit het niet behoorlijk geldend kunnen maken van legitieme aanspraken. Ook dat zou een vergelijkingsmaatstaf kunnen opleveren. Deze relativerende opmerkingen nemen niet weg dat transactiekosten daar waar mogelijk gereduceerd dienen te worden.

De twee bestudeerde buitenlandse stelsels bevatten een aantal overeenkomsten dat richtinggevend is voor de terreinen en de manieren waarop transactiekostenreductie bereikt zou kunnen worden: het realiseren van maatwerk op macro niveau door per concreet massaschadegeval te zoeken naar een zo optimaal mogelijke differentiatie, die recht doet aan de verschillende belangen van de betreffende schadelijders. In het Engelse stelsel komt maatwerk op macroniveau tot uitdrukking via de selectie en verhouding tussen lead cases en individuele cases en de vorming van subgroepen, en in het Amerikaanse stelsel via de vorming van subclasses, of via voorwaardelijke certificaties. Dit maakt tevens concentratie aan de zijde van de belangenbehartiging mogelijk, hetgeen een reducerend effect op de transactiekosten heeft.

---

129 Voor de kosten van collectieve acties en beschouwingen daarover die op een analoge wijze ook voor substantiële massaschade relevant zijn, zie Tzankova 2005, p. 109-10 met verdere verwijzingen. Een enkel van de aldaar genoemde studies is niet meegenomen in het WODC-onderzoek, maar dat verandert de juistheid van het in het WODC-onderzoek geschetste totaalbeeld niet.

130 Hensler e.a. 2000, p. 438-45.

131 Willging, Hooper & Niemic 1996, p. 11, 68-9. Zie ook Tzankova 2005, p. 115. Om hier op een verantwoorde manier reductie te bereiken zou men kunnen overwegen om dit percentage duidelijker te koppelen aan de door de belangenbehartigers werkelijk ondernomen activiteiten en het procesrisico van de actie.

132 Zie ook Tzankova 2005, p. 107-8.

133 Over de kosten van collectieve acties zie ook Tzankova 2005, p. 109 met verdere verwijzingen.

Maatwerk op macro niveau valt alleen via een vroegtijdig en intensief overleg tussen rechterlijke macht en belangenbehartigers (advocatuur) te realiseren. In het Engelse stelsel voert dit overleg iets verder dan in het Amerikaanse, aangezien het ook intern bij de rechterlijke macht plaatsvindt. Ook aan de zijde van de rechterlijke macht is sprake van concentratie en specialisatie. Voorts beschikt de rechter over een ruime discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de aanpak van massaschade. Rechterlijk case management vormt bij de afwikkeling van massaschade een centraal begrip. Daardoor kunnen bijvoorbeeld kosten van informatieverzameling en -verwerking beter worden beheerst. In het Amerikaanse stelsel wordt dat bereikt via instrumenten als motions to dismiss en summary judgments. In het Engelse via de mogelijkheid om de rechter in te schakelen bij het beperken van het geschil en de bepaling van de volgorde van de behandeling van relevante vraagpunten.

De gevolgen die bij een beter gecoördineerde afwikkeling van massaschade te verwachten zijn, zijn niet gemakkelijk in te schatten (tabel 1), maar toch niet onmogelijk.

Tabel 1: effecten van gecoördineerde afwikkeling van massaschade aan de hand van vier theoretische perspectieven.

Gecoördineerde afwikkeling van massaschade	*Effecten*
Belemmeringen geschiloplossing	0
Coördinatieproblemen	–
Kosten van informatieverwerking	– –
Marktfalen	0

De interactie in de onderhandelingen wordt van het individuele niveau verplaatst naar een onderhandeling tussen de groep en de verweerder. Aannemelijk lijkt dat die onderhandelingen professioneler zullen plaatsvinden en daardoor wellicht minder belemmeringen of stoornissen zullen opleveren, maar een extra belemmering zal zijn dat de slachtoffers onderling belangentegenstellingen kunnen hebben. Voorts kan de belangentegenstelling tussen de belangenbehartigers en de benadeelden groot zijn. Door de centralisatie neemt ook de disciplinerende werking van de markt (meerdere benadeelden zien van elkaar hoe het gaat en wat zij krijgen) wellicht af. De grootste winst zit hem waarschijnlijk in de vermindering van de kosten van informatieverzameling en -verwerking.

Bekijkt men vervolgens de effecten van het instrument op de drie trajecten waarin transactiekosten ontstaan, dan valt het volgende op (tabel 2). In de drie trajecten waarin transactiekosten ontstaan te weten: aansprakelijkheidstraject, deskundigentraject en schadevaststellingstraject kunnen in beide stelsels besparingen op de transactiekosten worden verwacht. Door de bundeling van grote aantallen individuele zaken en de gecentraliseerde en gecoördineerde werkwijze van de rechterlijke macht en de rechtshulpverlening kan verwacht worden dat het totale schaderegelingsproces efficiënter kan verlopen. De schaalvoordelen zullen zich met name voordoen bij de kosten van rechtshulp en rechterlijke macht en de kosten van ingeschakelde derden. De grootste

winst zit hem waarschijnlijk in de vermindering van de kosten van informatieverzameling en -verwerking. Door een gebundelde aanpak is ook tijdwinst te verwachten, hetgeen de kosten van onzekerheid voor schadelijders én verweerders doet verminderen. Wellicht dat voor een aantal benadeelden geldt dat de emotionele lasten tevens afnemen. Zij staan er immers door de collectieve afwikkeling niet alleen voor en kunnen door zelforganisatie of anderszins geïnitieerde begeleiding en voorlichting steun bij elkaar vinden. Met de afwikkeling van massaschade zijn meer organisatorische vragen gemoeid en extra kosten te verwachten ten aanzien van de noodzakelijke coördinatie. Anderzijds vervalt de afdoening van grote aantallen individuele zaken, waardoor de kosten en baten waarschijnlijk tegen elkaar opwegen.

Tabel 2: effecten van gecoördineerde afwikkeling van massaschade op drie trajecten.

	aansprakelijkheidstraject	deskundigentraject	schadevaststellingstraject
Kosten van rechtshulp en rechterlijke macht	–	–	–
Kosten van ingeschakelde derden, zoals getuigen en deskundigen	–	–	–
Kosten van de tijd aan claimafhandeling besteed door slachtoffer en aansprakelijke partij (inclusief de bestede tijd van medewerkers van verweerders)	–	–	–
Kosten van onzekerheid (in de periode dat een claim nog niet is afgewikkeld kunnen partijen geen beslissingen nemen over aanwending van de betrokken vermogensbestanddelen)	–/0	–/0	–/0
Emotionele lasten (secundaire victimisatie van slachtoffers, stress en gezondheidsschade)	–/0	–/0	–/0
Kosten van systeem- en uitvoeringsbewaking (toezicht en controle)	0	0	0

De mate waarin sprake zal zijn van de hiervoor bedoelde transactiekostenreductie is afhankelijk van het gehanteerde procedurele stelsel. Die reductiemogelijkheden lijken in de Amerikaanse regeling in potentie iets groter te zijn, mits een adequaat arrangement wordt getroffen voor de beloning van belangenbehartigers en voor het kennisgevingsvoorschrift. Ik zal de belangrijkste verschillen tussen beide stelsels nalopen en toelichten.

Voor transactiekostenreductie is vooral de bepaling van de selectiemethode voor de lead cases beslissend en dat blijkt in de Engelse praktijk tot problemen te leiden.[134] Dat is echter een aspect dat bij elk model van massaschade-afwikkeling de aandacht zal blijven vragen. De mate waarin kostenreductie gerealiseerd kan worden, is sterk afhankelijk van de selectiemethode die men hanteert. Het is op voorhand onmogelijk om vast te stellen welke methode in het algemeen te prefereren is.[135] Als bij de selectie van test cases gebruik zou worden gemaakt van de meest adequate kwantitatieve methode voor een voorliggend geval, zou dat per saldo kostenreductie tot gevolg kunnen hebben.

In de Engelse regeling is sprake van een beperkte kostenreductiemogelijkheid, omdat na de beslissing op de gemeenschappelijke feitelijke en rechtsvragen door een gecentraliseerd gerecht in ieder geval alsnog op individuele basis dient te worden voortgeprocedeerd, om ten minste de omvang van de geleden schade te kunnen vaststellen. Dat betekent dat in de individuele gevallen alsnog getuigen en deskundigen gehoord zouden moeten worden, wat eerder gerealiseerde kostenreductie ten aanzien van de beantwoording van de gemeenschappelijke vragen ongedaan zou kunnen maken.

Het kennisgevingsvoorschrift dat in de Amerikaanse regeling een essentiële rol speelt, werkt kostenverhogend. De mate waarin dat gebeurt, verschilt per geval, omdat per situatie dient te worden bepaald hoe aan dit voorschrift voldaan dient te worden. Van de inzet van de moderne communicatiemiddelen als internet[136] en e-mail zou een vergaande kostendrukkende werking kunnen uitgaan. Hetzelfde is het geval bij een selectieve toepassing van het voorschrift op representatieve groepen schadelijders, zoals wordt voorgestaan in het entiteitsmodel (4.6.4). Dit geldt overigens ook voor de uitoefening van de door mij bepleite gemotiveerde opt out.

Ten aanzien van het schadebegrotings- en schadeverdelingstraject kunnen ook keuzen worden gemaakt die kostenbepalend zijn. Dit aspect verdient de aandacht, omdat als het schadeverdelingsproces niet goed geregeld is, de kostenreductie die eerder gerealiseerd werd weer ongedaan kan worden gemaakt. De keuzes die te dien aanzien gemaakt kunnen worden, hebben enerzijds betrekking op de gedetailleerdheid, hoeveelheid en dwingendheid van de vereisten die aan de potentiële schadelijders worden gesteld om hun recht op een schadevergoeding aan te tonen, en anderzijds op de regels met betrekking tot de schadevaststelling. De mate waarin daarbinnen normering, al dan niet via toepassing van kwantitatieve methoden, kan plaatsvinden,

---

134 De transactiekostenreductie is bij toepassing van de 'generic methode' groter dan bij toepassing van de 'individual case'-methode. Het misbruikgevaar is bij de generic methode echter ook groter. Vooralsnog domineert in de Engelse praktijk de 'individual case' methode: 3.5.2.

135 Wel vallen er enige richtlijnen per type massaschade uit de praktijk te distilleren. De 'generic' methode is bijvoorbeeld per definitie niet geschikt voor afwikkeling van sluipende massaschade of voor de afwikkeling van massaschade, veroorzaakt door een gebrekkig medisch product: Hodges 2001, 25-7.

136 Het register waarop alle multi-party zaken ingeschreven staan, is in Engeland bijvoorbeeld elektronisch te raadplegen.

zal bepalend zijn voor de mate van transactiekostenreductie.[137] Andere relevante keuzes rond het verdelingsproces betreffen de 'persoon' van degene die de schade afwikkelt en de organisatie van het schadeverdelingsproces. Ten aanzien van het eerste blijkt uit de buitenlandse ervaringen dat in deze afrondende fase veel aan paralegals kan worden overgelaten. De rechter of arbiters zou alleen in die gevallen aangezocht kunnen worden, waarin tussen de beweerde schadelijder en degene die de schade afwikkelt verschil van mening ontstaat over het recht op of de hoogte van de schadevergoeding.

In de Amerikaanse literatuur wordt ten aanzien van de behandeling van de schadeuitkering meer in het algemeen een onderscheid gemaakt tussen 'court-created administration systems' en 'legislatively created administrative agencies'. De tweede zien we bij de afwikkeling van asbest claims, de eerste bij de afwikkeling van schade veroorzaakt door gebrekkige medische producten (DES). Bij de afwikkeling van massaschade geeft men de voorkeur aan de eerste, omdat 'many observers of bureaucracies emphasize their self-perpetuating tendencies and their capacity to redefine tasks to justify the continuation of the bureaucracy itself. In this light, self-limiting administrative initiatives offer real benefits in terms of cost savings and accountability'.[138] Het uitbesteden van de massaschade-afwikkeling aan reeds bestaande ('court-linked') organisaties of aan instellingen als schaderegelingsbureaus zou als voordeel kunnen hebben dat de benodigde en goed opererende logistiek en infrastructuur aanwezig zijn, waarbij tevens expertise kan worden ontwikkeld ten aanzien van het op een korte termijn opzetten van een goed functionerend, maar tijdelijk lopend schadeverdelingsproces.

5.3.2 Rechtsgelijkheid

In 1.3.1 heb ik twee factoren onderscheiden waaraan de mate af te leiden is, waarin een rechtsstelsel bij de afwikkeling van massaschade erin slaagt de rechtsgelijkheid te waarborgen. De twee factoren betreffen (1) het vermogen van een afwikkelingsmechanisme om een uitkomst te bereiken die soortgelijk is voor soortgelijke gedupeerden, rekening houdend met de aanwezigheid vaak van een (2) limited fund in de setting van massaschade. In een limited fund situatie zijn bekendheid met de procedure en gelijktijdigheid van de voortgang van de afwikkeling van de individuele gevallen van groot belang.

Uit de rechtsvergelijking blijkt dat het Engelse stelsel niet met zoveel woorden een specifieke regeling in het geval van een limited fund kent. Niettemin kan dit model door de publicatieregels rond de GLO, door de aanhoudingsmogelijkheid, de doorver-

137 Het instrument van fondsvorming waarbij tevens gebruik wordt gemaakt van kwantitatieve methoden om tot normering te komen, kan daarbij nuttig zijn: Barendrecht e.a. 2004, p. 120-32.

138 Minow 1997, p. 2010, 2012-33. Met de suggestie om het IAS meer structureel in te schakelen neem ik dus een afwijkend standpunt in: het IAS beschikt over een flexibele organisatie en huurt de nodige deskundigheid in.

wijzing en concentratie van zaken (3.3) feitelijk tot gevolg hebben dat zo veel mogelijk belanghebbenden gelijktijdig deel kunnen nemen aan de procedure. Wel is het zo dat in het Engelse stelsel na de beslechting van de gemeenschappelijke vragen het in theorie mogelijk is dat ongerechtvaardigde verschillen ontstaan in de voortgang van en daarmee in de uitkomst in de individuele zaken. De 'superioriteit' van de Amerikaanse collectieve aanpak die voorziet in een 'no exit' of 'no opt out-class action', althans van een mechanisme dat meer waarborgen biedt voor een gelijktijdige afwikkeling voor alle schadelijders, is evident.

Ook het probleem van informatieachterstand (de veroorzaker heeft zicht op de uitkomsten in de individuele schikkingen, maar de individuele schadelijders onderling niet) dat ten grondslag ligt aan het niet bereiken van soortgelijke uitkomsten voor soortgelijke gevallen, lijkt in het Amerikaanse stelsel beter te worden ondervangen. Dat heeft te maken met het meer omvattende en dwingende karakter van de collectieve schikking, waarbij damage scheduling wordt toegepast. Vermeldenswaard is de 'most-favored-nation'-clausule[139] die in bepaalde collectieve schikkingen voorkomt. Zij moet voorkomen dat indien een (beweerde) normschender opeenvolgend schikkingen treft met verschillende groepen benadeelden, de ene – vaak de latere – groep een gunstiger regeling kan bedingen dan de eerste. De nakoming van dergelijke clausules is in het kader van collectieve schikkingen (het Amerikaanse stelsel) door het openbare karakter daarvan gemakkelijker te controleren dan bij individuele schikkingen (het Engelse stelsel).

5.3.3 Het free-rider probleem

Het free rider-probleem is in essentie een kostenverdelingsprobeem, dat zich niet zonder meer laat oplossen, omdat het samenhangt met het beginsel van res judicata of de derdenwerking van uitspraken. Gezegd zou kunnen worden dat free riden en res judicata twee kanten zijn van dezelfde medaille. In het Engelse (3.4.4, 3.4.5, 3.6.2) en in het Amerikaanse stelsel (4.5.2, 4.5.3 en 4.5.6) wordt hier verschillend mee omgegaan. In beide stelsels speelt de representativiteit van de 'test case' respectievelijk van de class representative voor de rest van de (sub)groep(en), in combinatie met de waarborging van een kwalitatief hoogwaardige belangenbehartiging, een sleutelrol. Ze vormen samen de rechtvaardiging voor de gebondenheid van de groep aan de uitkomst in een andere procedure en aan de daarmee verbonden kosten. Gezegd zou kunnen worden dat hoe groter de mate van gedwongen deelname aan de collectieve procedure is, hoe beter het free rider probleem kan worden ondervangen. Dat betekent dat het free rider-probleem in het Amerikaanse stelsel beter wordt aangepakt.

139 Over deze clausule Spier 2001.

5.3.4 Eindscore

Een eindscore is een optelsom van tussenstanden. Het behoeft denk ik geen toelichting dat de onderhavige exercitie geen wiskundige aangelegenheid is en dat het daarom lastig blijft om van een echte eindscore te spreken. Hoewel de Amerikaanse regeling in potentie het hoogst op de verschillende onderdelen lijkt te kunnen scoren, neigt mijn voorkeur zoals ook in de voorgaande paragrafen is gebleken naar een regeling die het beste uit beide regimes probeert te combineren en verder uit te bouwen.

Tegelijkertijd is de inbreuk van beide regimes op datgene wat in de klassieke opvatting als toegang tot het recht wordt gezien groot. In de klassieke opvatting is dat het recht om bijgestaan door een belangenbehartiger naar eigen keuze en volgens een eigenhandig uitgestippelde processtrategie de eigen zaak voor te leggen aan een onafhankelijke rechter. Deze constatering noopt tot een herbezinning en een standpuntbepaling ten aanzien van de vraag of ons denken over de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade niet aan een herziening toe is. In het volgende afrondende hoofdstuk wijd ik hier een aantal beschouwingen aan en beantwoord ik tevens de in 1.5 geformuleerde onderzoeksvraag.

6 Antwoord op de onderzoeksvraag en aanbevelingen

6.1 Antwoord op de onderzoeksvraag

In deze paragraaf geef ik antwoord op de onderzoeksvraag of een collectieve afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken in gevallen van substantiële massaschade beter de toegang tot het recht waarborgt dan een individuele afdoening en om die reden een te prefereren afwikkelingsmethode is (1.5).

Vooropgesteld moet worden dat in een ideale wereld, waarin transactiekosten niet zouden bestaan, een individuele afdoening, waarin een ieder bijgestaan door een belangenbehartiger naar eigen keuze, volgens een eigenhandig uitgestippelde processtrategie de eigen zaak voorlegt aan een onafhankelijke rechter om de eigen schadevergoedingsaanspraken nauwkeurig vastgesteld te zien, de superieure afwikkelingsmethode zou zijn. De ideale wereld bestaat echter niet en dat geldt ook voor de wereld van substantiële massaschade. Toch is verbetering van de huidige situatie mogelijk, meer in het bijzonder door te kiezen voor een collectieve afwikkeling. Niet elke vorm van collectieve afwikkeling is echter superieur aan een individuele afdoening. Ik meen dat een collectieve afwikkeling van substantiële massaschade alleen dan beter de toegang tot het recht waarborgt dan een individuele afdoening, indien men een goed antwoord weet te vinden op de drie aandachtspunten transactiekosten, rechtsgelijkheid en free rider, en daarbij een juiste balans bereikt voor maatwerk op macroniveau. Ik meen dat een dergelijk antwoord gegeven kan worden. Een antwoord dat niet terug te vinden is in de onderscheiden golven van toegang tot het recht, omdat daaruit niet blijkt hoe een collectieve aanpak van substantiële massaschade het bereiken van individuele rechtvaardigheid beïnvloedt.

Mijn voorstellen voor de afwikkeling van substantiële massaschade, die gebaseerd zijn op de in het vorige hoofdstuk behandelde tien kernthema's, kunnen worden teruggebracht tot een fundamentele keuze voor maatwerk op macro niveau via court-annexed ADR. Zonder een overkoepelende aanpak die al deze tien kernthema's integreert, kan toegang tot het recht bij de afwikkeling van substantiële massaschade naar mijn mening niet gewaarborgd worden.

Hierna geef ik aan wat de keuze voor maatwerk op macroniveau (6.2) via court-annexed ADR (6.3) in de Nederlandse situatie inhoudt en wat zij voor Nederland meebrengt voor andere in hoofdstuk 5 behandelde onderwerpen (6.4). Ik zal vervolgens kort twee onderwerpen aanstippen die in het verlengde hiervan liggen: het managen van de verandering (6.5) en de Europese dimensie van de problematiek (6.6).

6.2 Maatwerk op macroniveau

Voor de situatie van massaschade bepleit ik een vervanging van het maatwerk-ideaal dat partijautonomie in het vooruitzicht stelt door een nieuw, naar mijn idee realistischer, ideaalbeeld: maatwerk op macroniveau. De realisatie van dat nieuwe ideaalbeeld impliceert in ieder geval:

- het vervangen van het begrippenpaar partijautonomie en lijdelijke rechter door een nieuw toetsingskader. Dat is de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor het leveren van maatwerk op macroniveau ofwel voor het per concreet massaschadegeval realiseren van een zo optimaal mogelijke differentiatie (subgroepenvorming) binnen de groep schadelijders. (5.2.2, 5.2.7 en 5.2.8);
- de benadering van de groep als een zelfstandige entiteit en niet als een optelsom van afzonderlijke individuen (5.2.5). Dit stelt de mogelijkheid open voor gebruikmaking van kwantitatieve of statistische methoden bij de bepaling van de samenstelling van de groep, het faciliteert fondsvorming en –verdeling in het kader van damage scheduling, maar noopt ook tot een restrictieve toewijzing van opt out-verzoeken en is verenigbaar met een selectieve toepassing van het kennisgevingsvoorschrift;
- het treffen van adequate doorverwijzings- en kanaliseringsmaatregelen die de initiële groepsvorming faciliteren (5.2.3). Ik sluit aan bij de voorstellen van de fundamentele herbezinners voor een gerecht dat exclusief bevoegd is om te worden aangezocht in het kader van de gerechtelijke of buitengerechtelijke afwikkeling van massaschade en voor de invoering van een verplichte preprocessuele comparitie of regiezittingen in complexe procedures (Uitgebalanceerd 2006, p. 120-121);[1]
- concentratie en differentiatie in de belangenbehartiging die langs andere dan de huidige lijnen verlopen (5.2.8). Dat brengt ook een gewijzigde taakopvatting voor de lead counsel en de afzonderlijke (sub)groepenbelangenbehartigers mee, die nader genormeerd dient te worden: de belangen van de onderscheiden relevante subgroepen en van de groep als geheel staan immers centraal (5.2.5 en 5.2.8);[2]
- toetsing van de groepsbelangenbehartigers die door de rechter benoemd of anderszins gekozen worden aan genormeerde kwaliteitseisen. Tevens dient daarbij te worden gekeken of zij over adequate logistieke mogelijkheden beschikken om met de massaliteit om te gaan (5.2.8).

---

1 Een en ander zal impliceren dat een gerecht, dat zich in een 'gewone' preprocessuele comparitie of in een aanhangige procedure geconfronteerd ziet met een individueel opgezette zaak, die (vermoedelijk) deel uitmaakt van een kwestie met een massaal karakter, die zaak aanhoudt totdat over dit punt van de partijen meer duidelijkheid is verkregen. In bevestigend geval dient dan doorverwijzing naar het exclusief bevoegde gerecht plaats te vinden.

2 Gedacht kan worden aan het onderhouden van contacten met de rechter en met de media, het voeren van onderhandelingen met de verweerder, het registreren en bijhouden van opt out-verzoeken en groepsmutaties. Ook aanvulling van de geldende gedragsregels kan nodig en nuttig zijn.

6.3 Collectieve schikking via court-annexed ADR

De vooropstelling van court-annexed ADR die resulteert in een collectieve schikking die verbindend wordt verklaard, impliceert dat een rechtsstelsel zich richt op de verbetering van de onderhandelingsomgeving en het faciliteren van de totstandkoming van een dergelijke regeling. De inspanningen van de betrokkenen bij de afwikkeling van een concreet geval van substantiële massaschade zijn erop gericht om de totstandkoming van een hoogwaardige minnelijke regeling te beproeven en als dat niet mogelijk of haalbaar blijkt, slagvaardig door te procederen. Dat past ook in de denkbeelden van de fundamentele herbezinners (Uitgebalanceerd 2006, p. 121). Mijn voorstellen die dit afwikkelingsproces beogen te faciliteren kunnen als volgt worden samengevat:

- De rechter dient ruime processuele en materiële case management bevoegdheden te krijgen bij de afwikkeling van massaschade (5.2.6);
- Deze actieve en doortastende rechter dient over verschillende competenties te beschikken,[3] hetgeen kan nopen tot het belasten van een team van rechters met de afwikkeling in een concreet geval van massaschade. Zo blijft niet alleen de dienstverlening optimaal, maar ook de rolverdeling zuiver, indien het later tot een procedure mocht komen (5.2.6);
- Als niet gekozen wordt voor de aanwijzing van één exclusief bevoegd gerecht voor de afwikkeling van massaschade, is de noodzaak voor bundeling en ontwikkeling van expertise en kennis over de massaschadeafwikkeling in een instrument als de MCL 2004 (5.2.6) nog groter;
- Bij de totstandkoming van de collectieve schikking dienen zo veel mogelijk relevante gezichtspunten te worden betrokken. Dat kan op verschillende manieren worden gefaciliteerd, onder andere (5.2.4, 5.2.5):
  - door opt out steeds (ook in een limited fund) toe te passen, maar daaraan een motiveringsplicht te verbinden;
  - door het begrip belanghebbende niet onnodig restrictief toe te passen, waardoor ook crediteuren van noodlijdende verweerders tot de groep zouden kunnen behoren of door op ruime schaal gebruik te maken van informanten;
  - door gebruik te maken van amicus curiae-achtige figuren die bepaalde standpunten ten behoeve van de verbindend verklaring van de schikking nader toelichten;
  - door de mogelijkheid te openen van het stellen van prejudiciële vragen aan de hoogste rechter, zoals ook bepleit door de fundamentele herbezinners, indien onduidelijkheid ten aanzien van de beantwoording van fundamentele rechtsvragen in de weg staat aan de totstandkoming van een dergelijke regeling (Uitgebalanceerd 2006 p. 121);

3 Hij/zij assisteert partijen onder andere bij het, al dan niet tijdelijk, beperken van hun geschil, de bepaling van de volgorde van behandeling van geschilpunten. Hij/zij hakt knopen door, maar kan soms ook als mediator (de schikkende rechter) optreden.

- Gestreefd moet worden om zoveel mogelijk geschilpunten buitengerechtelijk tot een oplossing te brengen. Dat zou kunnen inhouden dat de rechter in overleg met partijen een mediator, 'special master', arbiter of bindend adviseur kan benoemen om een deel van het geschil buitengerechtelijk tot een einde te brengen (5.2.7). Ook dit strookt met de voorstellen van de fundamentele herbezinners (Uitgebalanceerd 2006, p. 121);
- De mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsactie dient te worden opengesteld als een onmisbaar onderdeel van een verbeterde onderhandelingsomgeving. Dat zou op verschillende manieren kunnen worden bereikt. Schrapping van art. 3:305a lid 3 BW is een optie, maar een andere, in mijn ogen aantrekkelijker optie, is toepassing van de 'Vie d'Or-formule', omdat het meer aansluit bij het nieuwe ideaalbeeld van maatwerk op macroniveau (5.2.6);
- In het kader van de verbetering van de onderhandelingsomgeving dienen in het kader van een procedure ook kosten te worden vergoed, waarvan kan worden gesteld dat zij redelijkerwijs kunnen bijdragen aan de (ook buitengerechtelijke) beslechting van (een deel van) het geschil, of aan de oplossing van (een deel van) het conflict. Dat kunnen kosten van deskundigen zijn, maar ook de kosten van een tuchtrechtelijke procedure, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan (5.2.9).

6.4 Randvoorwaarden: financiering en tegengaan van misbruik

Ook wil ik expliciet aandacht besteden aan aspecten die vaak als randvoorwaardelijk worden gezien, maar doorslaggevend zijn voor het succes van elke normeringspoging van een collectieve-actieregeling. Achtereenvolgens som ik mijn voorstellen op ten aanzien van de financiering van collectieve acties en aanverwante kostenaspecten, en het tegengaan van misbruik van het instrument.

- Het toelaten van resultaatsafhankelijke afspraken, waaronder no cure no pay, dient te worden overwogen. Indien no cure no pay niet als een optie wordt uitgewerkt, dienen andere private en publieke financieringsarrangementen met structureel karakter te worden getroffen en op elkaar te worden afgestemd. Een gestructureerde en een gecoördineerde aanpak tussen de Bureaus voor Rechtshulp en de rechtsbijstandsbranche zou lonend kunnen zijn, al dan niet in combinatie met enige vorm van een resultaatsafhankelijke beloning. Het treffen van specifieke financieringsarrangementen is voor de afwikkeling van sluipende massaschade in het bijzonder van belang (5.2.9 en 5.2.10);
- De remmende werking die een proceskostenveroordeling heeft op de instelling van deugdelijke collectieve acties dient te worden ondervangen, bijvoorbeeld via de instelling van een fonds dat self supporting is en dat onder voorwaarden het risico van een eventuele proceskostenveroordeling dekt (5.2.9);
- De rechter dient opleiding en begeleiding te krijgen om alle taken die hem/haar in het kader van de afwikkeling van massaschade worden toebedeeld behoorlijk te kunnen uitoefenen. Tevens dienen de Lamicie-normen in overeenstemming te

worden gebracht met deze nieuwe verzwaarde taakopvatting (5.2.7). De aanpassing van de Lamicie-normen zal op een ruimere schaal moeten worden doorgevoerd als niet gekozen wordt voor één exclusief bevoegd gerecht.

Het misbruikgevaar bij collectieve schikkingen en bij de initiële groepsvorming kan worden tegengegaan door een combinatie van maatregelen, zoals:

- Het betrekken van de rechter bij de toetsing van de redelijkheid van de beloning van belangenbehartigers, met name indien geen externe financiers, zoals de Bureaus voor rechtshulp of rechtsbijstandverzekeraars, betrokken zijn.[4] Indien dergelijke financiers ontbreken, zal ook de inhoud van de bereikte collectieve regeling steeds door de rechter moeten worden getoetst: ook als er geen verbindendverklaring van de overeenkomst wordt verzocht (5.2.7 en 5.2.9);
- Het openstellen van de mogelijkheid van een preliminaire inhoudelijke beoordeling van de vordering (al dan niet via figuren als motions to dismiss en summary judgments), die een snelle beoordeling van een claim inhouden en lichtvaardig ingestelde acties dienen te voorkomen, indien het instrument van het kort geding niet geschikt wordt bevonden voor toepassing in een geval van massaschade (5.2.6 en 5.2.7);
- De toepassing van een 'voorkeurstest' (5.2.6);
- De normering van de publiciteit rondom massaschade. Deze kan afkomstig zijn van brancheorganisaties en indien deze onvoldoende zelfregulerend optreden, van de rechter die desverzocht in het kader van zijn ruime case managementbevoegdheden passende ordemaatregelen in een concreet geval kan treffen (5.2.3);
- de totstandkoming van een 'collectieve acties-platform' waar verschillende partijen uit het 'collectieve acties'-spectrum onder een onafhankelijke vlag zitting hebben. (5.2.3).

6.5 Het managen van de verandering

Ik verwacht niet dat de door mij in de vorige paragrafen gedane voorstellen en aanbevelingen tot een onmiddellijke actie aan de zijde van de wetgever zullen leiden. Ten aanzien van een aantal voorstellen zou dat ook niet goed zijn, omdat het om fundamentele keuzes en beslissingen gaat, waarbij men niet over een nacht ijs mag gaan. Ten aanzien van een aantal andere is een actie van de wetgever ook niet per se nodig.

Voorbeelden van initiatieven die prima in en door het veld zelf kunnen worden genomen, zijn: de oprichting van een platform over of voor collectieve acties, coördinatie en afstemming tussen de Bureaus voor Rechtshulp en rechtsbijstandverzekeraars,

4 In dat geval zou ook overwogen kunnen worden om de rechter te belasten met de toezicht op werkverdelingsafspraken tussen de lead counsel en de afzonderlijke subgroepenbelangenbehartigers, ter voorkoming van dubbele werkzaamheden en kosten.

de bundeling en ontwikkeling van expertise binnen de rechterlijke macht met betrekking tot de afwikkeling van massaschade, de toepassing van kwantitatieve methoden in het kader van damage scheduling, zelfreguleringsmaatregelen van beroepsorganisaties ten aanzien van adverteren en adviseren in gevallen van massaschade. Al dan niet in het kader van de nieuwe Wet deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade (wetsvoorstel 5437447) zouden tevens bij wijze van experiment reeds nu de voordelen en mogelijke knelpunten van preprocessuele comparities en regiezittingen in gevallen van substantiële massaschade kunnen worden beproefd. Voor de toepassing van de Vie d'Or-formule is 'slechts' het fiat van de Hoge Raad nodig. Dit is weliswaar nog geen overkoepelende aanpak, maar nog altijd beter dan stilzitten en afwachten.

Om het bovenstaande te kunnen realiseren en daarbij het niveau van vrijblijvendheid te ontstijgen, is het wel nodig dat iemand het initiatief neemt en het overzicht houdt. Men zou kunnen overwegen om, al dan niet naar Engels voorbeeld,[5] binnen de bestaande structuren en organisatie van de rechterlijke macht (Raad voor de Rechtspraak) en advocatuur of andere organisaties van belangenbehartigers (de Nederlandse Orde van Advocaten, verzekeraars, deurwaarders, Juridische Loketten), personen of organen te belasten met coördinatie- en interne toezichttaken die in voorkomende gevallen passende werkafspraken zouden kunnen maken. Vooral afstemming binnen de rechterlijke macht, maar ook tussen de rechterlijke macht en advocatuur is wenselijk, zolang geen fundamentele normatieve keuzes zijn gemaakt.

Daarvoor is het wel nodig om afstand te nemen van de gedachte dat massaschade een geïsoleerd verschijnsel is dat slechts incidenteel en bij wijze van hoge uitzondering voorkomt, en dat ad hoc-voorzieningen, zonder een overkoepelende aanpak, volstaan. Een ad hoc-beleid leidt wel tot de opbouw van expertise en ervaringen, maar blijft pragmatisch van aard en de Engelse ervaringen lieten zien dat de nadelen hiervan niet te verwaarlozen zijn.

6.6 Europese dimensie

De door mij in dit onderzoek gevolgde thematische aanpak kan tevens de inzet zijn van een discussie over de aanpak van de problematiek van substantiële massaschade op Europees niveau. De drie aandachtspunten transactiekosten, rechtsgelijkheid en free rider blijven ook op dat niveau, zij het op een grotere schaal, een belemmerende rol spelen in de realisatie van de toegang tot het recht. De onduidelijkheid rond de toepassing en uitwerking van de regels van internationaal privaatrecht die niet geschreven zijn met het oog op gevallen van substantiële massaschade, maken de situatie er niet beter op.[6] Ik meen dat de Amerikaanse ervaringen met de interactie tussen

5 Zie 3.4.1.

6 Dat is een conclusie die men naar mijn idee redelijkerwijs kan trekken na bestudering (en beluistering) van Polak 2006 en Faulk 2002, p. 1019-25. De verschillende Europese landen hebben uiteenlopende processuele regelingen voor de afwikkeling van massaschade: Micklitz & Stadler 2006, Micklitz

interstatelijke en federale class actions als een voorbode kunnen worden gezien voor de problematiek die men ook in Europa over enige tijd kan verwachten. De CAFA[7] die beoogt de afwikkeling van massaschade te centraliseren door de jurisdictie van de federale rechter uit te breiden, is één manier waarop met de problematiek zou kunnen worden omgegaan. Een andere is om harmonisatie van het procesrecht van de verschillende Europese landen op dit punt na te streven, langs de door mij onderscheiden thema's en uitgestippelde oplossingsrichtingen. Dat kan via het uitlokken van een discussie over de voorgestelde thema's en aanpak in de Europese literatuur en op politiek niveau. Een nieuw Groenboek?

& Stadler 2005, p. 57-938 bevat landenrapporten van de collectieve actie-regelingen van Frankrijk, Griekenland, Italië, Nederland, Zweden en Spanje. Daarnaast is het voorstelbaar dat de aansprakelijkheid van een producent die een gebrekkig product op de markt brengt jegens de aldaar wonende benadeelden door het nationale recht wordt beheerst: Polak 2006, p. 2352. Ook de geluiden uit Amerika over de mogelijkheden van class action om bij te dragen aan de realisatie van preventie (en ik zou hieraan rechtsgelijkheid willen toevoegen) in een globaliserende wereld zijn niet hoopgevend te noemen. Buschkin 2005 pleit weliswaar voor een ruimer toelatingsbeleid in class actions ten aanzien van buitenlandse benadeelden, het beeld dat zij van de huidige situatie in Amerika en in Europa schetst ten aanzien van de mogelijkheden om de effectuering van schadevergoedingsaanspraken in gevallen van massaschade justitieel af te stemmen, is niet bemoedigend.

7 Zie 4.1.

Samenvatting

Waar dit onderzoek over gaat

Dit onderzoek heeft betrekking op gefixeerde en sluipende massaschade. De omvang van de individuele claims is bij beide zodanig dat een individuele actie op grond van een kosten-baten analyse opportuun zou zijn, ook bij afwezigheid van een collectieve actie. Bij gefixeerde massaschade denkt men aan Enschede, Volendam en Dexia, bij sluipende aan asbestschade en aan schade door roken. Gefixeerde massaschade ontstaat door de blootstelling van een grote groep benadeelden, welke groep vaststaat of nader omlijnd is, aan de gevolgen van een gebeurtenis, die beperkt is in de tijd. Sluipende massaschade is niet alleen het gevolg van een reeks van gebeurtenissen, maar de schade ontstaat ook pas na verloop van tijd, waardoor het niet goed kenbaar is hoe groot de kring van mogelijke benadeelden is. (1.1-1.2, 1.8)

Bij de afwikkeling van beide soorten massaschade dient rekening te worden gehouden met drie aandachtspunten, te weten: beperking van dubbele transactiekosten, het voorkomen van het free rider-probleem en het zekerstellen van een gelijke behandeling van de benadeelden. Bij het laatste aandachtspunt zijn twee factoren te onderscheiden waaraan de mate af te leiden is, waarin een rechtsstelsel bij de afwikkeling van massaschade erin slaagt de rechtsgelijkheid te bevorderen. Ze betreffen het vermogen om een uitkomst te waarborgen die soortgelijk is voor soortgelijke gedupeerden en de aanwezigheid vaak van een limited fund. Bij sluipende massaschade krijgen de drie aandachtspunten een eigen dynamiek. (1.3)

Mijn veronderstelling is dat een goede aanpak van de hiervoor geschetste drie aandachtspunten de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade bevordert. In dit onderzoek staat de verbetering van de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade centraal. Onder toegang tot het recht versta ik het bereiken van een resultaat dat recht doet aan de materiële aanspraken die een benadeelde geldend wil maken. In overeenstemming met de binnen- en buitenlandse literatuur wordt bij dit geldend maken niet alleen gedacht aan de overheidsrechter, maar ook aan private conflictoplossingsmechanismen, waarbij in het algemeen beroep wordt gedaan op het probleemoplossende vermogen en de zelfredzaamheid van de rechtzoekenden zelf. (1.4 en hoofdstuk 2) De vraag hoe een collectieve afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken zich verhoudt tot individuele rechtvaardigheid blijkt steeds in de kern van de drie onderscheiden aandachtspunten te liggen. In de verschillende golven over toegang tot het recht komt dit vraagstuk echter niet, althans onvoldoende, aan bod. In dit onderzoek probeer ik deze leemte op te vullen.

De vraag die in het onderzoek centraal staat, is of een collectieve afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken in gevallen van gefixeerde en sluipende massaschade de toegang tot het recht beter waarborgt dan een individuele afdoening en om die reden een te prefereren afwikkelingsmethode is. (1.5)

Aanpak

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag pas ik de rechtsvergelijkende methode toe. De keuze is gevallen op de twee buitenlandse rechtsstelsels die niet alleen over een ruime ervaring beschikken met de afwikkeling van sluipende en gefixeerde massaschade, maar ook de twee tegenovergestelde basisbenaderingen bij de afwikkeling van massaschade vertegenwoordigen: de 'Engelse' (hoofdstuk 3) en de 'Amerikaanse' (hoofdstuk 4). De rechtsvergelijking vindt plaats aan de hand van een thematische analyse van de twee buitenlandse regelingen. Daarbij wordt niet alleen gelet op gerechtelijke en buitengerechtelijke mechanismen, maar ook op belangrijke randvoorwaarden die tevens relevant zijn met het oog op de toegang tot het recht, zoals beloningsstructuren voor belangenbehartigers en gedragsregels. De aspecten die behandeld worden, zijn geselecteerd met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvraag en de ondervanging van de drie aandachtspunten (1.5). Bij de thematische analyse wordt tevens incidenteel gebruik gemaakt van bestaande empirische en rechtseconomische inzichten (1.9).

Op basis van de rechtsvergelijking worden tien thema's onderscheiden die een objectieve beoordelingsmaatstaf opleveren waarlangs kan worden getoetst of een willekeurige regelgeving, dus ook de Nederlandse, 'massaschadeproof' is. Deze worden in hoofdstuk 5 behandeld, waar ook telkens de toetsing van de Nederlandse situatie plaatsvindt (5.2). Tevens wordt nagegaan welke van de twee rechtsstelsels beter in staat kan worden geacht om de drie aandachtspunten te ondervangen (5.3). In hoofdstuk 6 wordt de onderzoeksvraag beantwoord en de aanbevelingen voor Nederland op een rij gezet.

De tien kernthema's en de 'score' van beide rechtsstelsels

De tien kernthema's voor de afwikkeling van gefixeerde en sluipende massaschade die ik op basis van de rechtsvergelijking onderscheid, zijn:

1. De rechtvaardiging van de collectieve aanpak van gefixeerde en sluipende massaschade: een kwestie van principe of pragmatiek?
2. Partijautonomie en zelfbeschikking onder druk?
3. Het ontstaan van de groep en een rol voor de media daarin?
4. Opt in, opt out of no exit?
5. De benadering van de groep als een consolidatiemechanisme of als entiteit?
6. De vooropstelling van een gerechtelijke afwikkeling of van een (court annexed) buitengerechtelijke afwikkeling?
7. Wat is de rol van de rechter bij dit alles?
8. Wat is de rol van de belangenbehartigers?

9. De financiering van collectieve acties en aanverwante kostenaspecten: essentieel voor de adequate aanpak van massaschade?
10. Een afwijkende aanpak voor sluipende massaschade?

Mijn betoog ten aanzien van de kernthema's kan als volgt worden samengevat:

In de Nederlandse literatuur wordt doorgaans aangenomen dat de wens voor een efficiënte afwikkeling van gefixeerde en sluipende massaschade op praktische overwegingen berust. Ik betoog het tegenovergestelde. De afwikkeling van massaschade is meer dan de som van tientallen, honderden of duizenden individuele gevallen: het vergt een kwalitatieve omslag. Indien dit niet onderkend wordt, komt de toegang tot het recht in het gedrang, onder meer omdat investeringsasymmetrieën tussen de benadeelden en de verweerders in stand worden gehouden, asymmetrieën die de kwaliteit van de uitkomst van de rechtsstrijd negatief beïnvloeden. Een rechtsgelijke behandeling van de benadeelden die hun toegang tot het recht effectueert, eindigt voorts niet bij de collectieve beantwoording van de gemeenschappelijke aansprakelijkheidsvraag, maar begint bij de collectieve vaststelling van de schadeplichtigheid (5.2.1). De toegang tot het recht kan in gevallen van massaschade alleen verzekerd worden als het maatwerkideaal van de partijautonomie, vervangen wordt door een nieuw ideaalbeeld: 'maatwerk op macroniveau' (5.2.2). Dit heeft specifieke gevolgen voor onder meer de rol en bevoegdheden van de rechter en van de belangenbehartigers (5.2.7 en 5.2.8), voor de financiering van collectieve acties (5.2.9) en voor de court-annexed collectieve schikking als primair afwikkelingsmechanisme (5.2.6). Het is immers slechts in die buitengerechtelijke, flexibele setting mogelijk om per type massaschadegeval de meest adequate aanpak samen te stellen of te componeren, waarbij de link met de overheidsrechter blijft bestaan. Zodoende wordt het beste van twee werelden gecombineerd. Dit veronderstelt een actieve en een faciliterende rechter tegenover wie belangenbehartigers horen die over voldoende instrumenten beschikken om de bijstand van die rechter indien en wanneer nodig in te roepen. Dat kan betekenen dat de rechter partijen onder meer bijstaat bij de vorming van de subgroepen en bij de selectie van de proefgevallen, maar ook bij de inschakeling van een derde (deskundige/mediator/arbiter) die ervoor kan zorgen dat het aantal geschilpunten verminderd wordt. Onder omstandigheden kunnen ook de selectie van de groepsadvocaat en de bepaling van de hoogte van zijn beloning tot de rechterlijke taken behoren.

Maatwerk op macroniveau is slechts via een overkoepelende aanpak te realiseren. Dat veronderstelt dat er aandacht moet zijn voor de groepsvorming en de rol van de media in dat kader, en in het bijzonder voor het misbruik dat niet alleen bij groepsvorming, maar bij collectieve acties in het algemeen kan optreden (5.2.3). Tegenover de toegang tot het recht voor benadeelden, staat de toegang tot het recht voor verweerders om niet onnodig in tijdrovende en kostbare procedures te worden betrokken. Ook in dat kader komt aan de rechter een specifieke rol toe, namelijk bij de voorlopige beoordeling van de vraag of acties lichtvaardig zijn ingesteld. Mijn stelling is dat maatwerk op macroniveau eerder bevorderd wordt door opt out dan door opt in (5.2.4) en door de benadering van de groep als een zelfstandige entiteit in plaats van als een optelsom van individuen (5.2.5).

Een ander kernelement uit mijn betoog betreft het financieringsvraagstuk en aanverwante kostenaspecten (5.2.9). In de Nederlandse literatuur wordt dit vraagstuk vaak als ondergeschikt aangemerkt. Ik voer een pleidooi voor de – wetenschappelijke – opwaardering daarvan. Ik stel me op het standpunt dat het essentieel is voor de adequate afwikkeling van massaschade. Het kan een regeling maken of breken.

Sluipende massaschade blijkt zich lastig voor een collectieve afwikkeling te lenen. De vraag is of het aansprakelijkheidsrecht wel de aangewezen methode is om met dit type claims om te gaan en of een meer administratieve afwikkeling, al dan niet via fondsvorming, niet de voorkeur verdient. Tegelijkertijd lijkt het aansprakelijkheidsrecht een nuttig 'checks and balances'-instrument te kunnen zijn in tijden waarin sprake is van een onvoldoende handhavende overheid. Dat blijkt uit een vergelijking van de Amerikaanse en de Nederlandse ervaringen met de aanpak van de asbestproblematiek. Wil men dat het aansprakelijkheidsrecht zowel uit compensatie- als uit preventieoogpunt werkelijk meerwaarde heeft bij de afwikkeling van sluipende massaschade, dan dienen bijzondere financieringsarrangementen onder bepaalde voorwarden te (kunnen) worden getroffen. (5.2.10).

Indien de scores van beide buitenlandse stelsels op de drie aandachtspunten met elkaar worden vergeleken, lijkt de Amerikaanse regeling in potentie het hoogst op de verschillende onderdelen te scoren (5.3). Ik pleit voor een regeling die het beste uit beide buitenlandse regimes beoogt te combineren en verder uit te bouwen, en meen een voorzet in die richting te hebben gegeven met mijn antwoorden op de tien kernthema's.

Een collectieve afdoening als de te prefereren afwikkelingsmethode: het antwoord op de onderzoeksvraag

In een ideale wereld, waarin transactiekosten niet zouden bestaan, zou een individuele afdoening, waarin een ieder bijgestaan door een belangenbehartiger naar eigen keuze, volgens een eigenhandig uitgestippelde processtrategie de eigen zaak voorlegt aan een onafhankelijke rechter om de eigen schadevergoedingsaanspraken nauwkeurig vastgesteld te zien, de superieure afwikkelingsmethode zijn. De ideale wereld bestaat echter niet en dat geldt ook voor de wereld van substantiële massaschade. Toch is verbetering van de huidige situatie mogelijk, meer in het bijzonder door te kiezen voor een collectieve afwikkeling. Niet elke vorm van collectieve afwikkeling is echter superieur aan een individuele afdoening. Ik meen dat een collectieve afwikkeling van substantiële massaschade alleen dan beter de toegang tot het recht waarborgt dan een individuele afdoening, indien men een goed antwoord weet te vinden op de drie aandachtspunten transactiekosten, rechtsgelijkheid en free rider, en daarbij een juiste balans bereikt voor maatwerk op macroniveau. Ik meen dat een dergelijk antwoord gegeven kan worden. Een antwoord dat niet terug te vinden is in de onderscheiden golven van toegang tot het recht, omdat daaruit niet blijkt hoe een collectieve aanpak van substantiële massaschade het bereiken van individuele rechtvaardigheid beïnvloedt. Mijn stelling is dat een dergelijk antwoord gegeven is met de door mij voorgestelde

invulling van maatwerk op macro niveau via court-annexed collectieve schikking die verbindend wordt verklaard (6.1).

Is de Nederlandse regeling 'massaschadeproof'?

Bij toetsing van de Nederlandse situatie blijkt dat met de WCAM reeds een stap in de goede richting is gezet, terwijl op verschillende terreinen initiatieven zijn of worden ontplooid die in de door mij uitgestippelde oplossingsrichting passen. Men denkt bijvoorbeeld aan de Wet deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade (wetsvoorstel 5437447), aan het project van de Raad voor de Rechtspraak, Versterking van de regiefunctie van de rechter dat deel uitmaakt van het sectorprogramma van de civiele sectoren, aan de voorstellen in Uitgebalanceerd 2006 met betrekking tot complexe procedures en de taakverdeling tussen de rechter en partijen, en aan de beslissing van de Hoge Raad in Vie d'Or (HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, nr. 941, r.o. 7.2.2) om buitengerechtelijke kosten die gemaakt zijn door een belangenorganisatie in de zin van art. 3:305a BW en die aan de dubbele redelijkheidstoets voldoen, toewijsbaar te achten.

Afgezien van het feit dat de WCAM slechts een klein deel van de in het onderzoek geschetste problematiek en onderscheiden kernthema's dekt, missen al deze ontwikkelingen echter een overkoepelende visie over de wenselijke aanpak van massaschade. Ik heb een dergelijke visie ontwikkeld. Toepassing daarvan op de Nederlandse situatie (5.2) laat een hoeveelheid lege plekken zien. Hierna zet ik alle 'aanvullingen' op een rij. Volledigheid heb ik nagestreefd slechts bij de totstandbrenging van het beoordelingskader, doch niet bij de nadere uitwerking daarvan.

Alle aanbevelingen op een rij

De keuze voor maatwerk op macroniveau via court-annexed collectieve schikking die verbindend wordt verklaard, brengt voor de Nederlandse situatie de volgende aanpassingen mee (6.2-6.4):

1. Het vervangen van het begrippenpaar partijautonomie en lijdelijke rechter door een nieuw toetsingskader. Dat is de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor het leveren van maatwerk op macroniveau ofwel voor het per concreet massaschadegeval realiseren van een zo optimaal mogelijke differentiatie (subgroepenvorming) binnen de groep schadelijders. (5.2.2, 5.2.7 en 5.2.8);

2. De benadering van de groep als een zelfstandige entiteit en niet als een optelsom van afzonderlijke individuen (5.2.5). Dit stelt de mogelijkheid open voor gebruikmaking van kwantitatieve of statistische methoden bij de bepaling van de samenstelling van de groep, het faciliteert fondsvorming en –verdeling in het kader van damage scheduling, maar noopt ook tot een restrictieve toewijzing van opt out-verzoeken of een achtergestelde behandeling van opt out-ers en is verenigbaar met een selectieve toepassing van het kennisgevingsvoorschrift;

3. Het treffen van adequate doorverwijzings- en kanaliseringsmaatregelen die de initiële groepsvorming faciliteren (5.2.3). Ik sluit aan bij de voorstellen van de fundamentele herbezinners voor een gerecht dat exclusief bevoegd is om te worden ingeroepen in het kader van de gerechtelijke of buitengerechtelijke afwikkeling van massaschade en voor de invoering van een verplichte preprocessuele comparitie of regiezittingen in complexe procedures (Uitgebalanceerd 2006, p. 120-121);

4. Concentratie en differentiatie in de belangenbehartiging die langs andere dan de huidige lijnen verlopen (5.2.8). Dat brengt ook een gewijzigde taakopvatting voor de lead counsel en de afzonderlijke (sub)groepenbelangenbehartigers mee, die nader genormeerd dient te worden: de belangen van de onderscheiden relevante subgroepen en van de groep als geheel staan immers centraal (5.2.5 en 5.2.8);

5. Toetsing van de groepsbelangenbehartigers die door de rechter benoemd of anderszins gekozen worden aan genormeerde kwaliteitseisen. Tevens dient daarbij te worden gekeken of zij over adequate logistieke mogelijkheden beschikken om met de massaliteit om te gaan (5.2.8);

6. De rechter dient expliciet ruime processuele en materiële case management bevoegdheden te krijgen bij de afwikkeling van massaschade (5.2.6);

7. Deze actieve en doortastende rechter dient over verschillende competenties te beschikken, hetgeen kan nopen tot het belasten van een team van rechters met de massaschadeafwikkeling in een concreet geval. Zo blijft niet alleen de dienstverlening optimaal, maar ook de rolverdeling zuiver, indien het later tot een procedure mocht komen (5.2.6);

8. Als niet gekozen wordt voor de aanwijzing van één exclusief bevoegd gerecht voor de afwikkeling van massaschade, is de noodzaak voor bundeling en ontwikkeling van expertise en kennis over de massaschadeafwikkeling in een instrument als de MCL 2004 (5.2.6) nog groter;

9. Bij de totstandkoming van de collectieve schikking dienen zo veel mogelijk relevante gezichtspunten te worden betrokken. Dat kan op verschillende manieren worden gefaciliteerd, onder andere (5.2.4, 5.2.5):
   - door opt out steeds (ook in een limited fund) toe te passen, maar daaraan een motiveringsplicht te verbinden;
   - door het begrip belanghebbende niet onnodig restrictief toe te passen, waardoor ook crediteurs van noodlijdende verweerders tot de groep zouden kunnen behoren of door op ruime schaal gebruik te maken van informanten;
   - door gebruik te maken van amicus curiae-achtige figuren die bepaalde standpunten ten behoeve van de verbindend verklaring van de schikking nader toelichten;

- door de mogelijkheid te openen van het stellen van prejudiciële vragen aan de hoogste rechter, zoals ook bepleit door de fundamentele herbezinners, indien onduidelijkheid ten aanzien van de beantwoording van fundamentele rechtsvragen in de weg staat aan de totstandkoming van een dergelijke regeling (Uitgebalanceerd 2006 p. 121);

10. Gestreefd moet worden om zoveel mogelijk geschilpunten buitengerechtelijk tot een oplossing te brengen. Dat zou kunnen inhouden dat de rechter in overleg met partijen een mediator, 'special master', arbiter of een bindend adviseur kan benoemen om een deel van het geschil buitengerechtelijk tot een einde te brengen (5.2.7). Ook dit strookt met de voorstellen van de fundamentele herbezinners (Uitgebalanceerd 2006, p. 121);

11. De mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsactie dient te worden opengesteld als een onmisbaar onderdeel van een verbeterde onderhandelingsomgeving. Dat zou op verschillende manieren kunnen worden bereikt. Schrapping van art. 3:305a lid 3 BW is een optie, maar een andere, in mijn ogen aantrekkelijker optie, is toepassing van de 'Vie d'Or-formule', omdat het meer aansluit bij het nieuwe ideaalbeeld van maatwerk op macroniveau (5.2.6);

12. In het kader van de verbetering van de onderhandelingsomgeving dienen in het kader van een procedure ook kosten te worden vergoed, waarvan kan worden gesteld dat zij redelijkerwijs kunnen bijdragen aan de (ook buitengerechtelijke) beslechting van (een deel van) het geschil, of aan de oplossing van (een deel van) het conflict. Dat kunnen kosten van deskundigen zijn, maar ook de kosten van een tuchtrechtelijke procedure, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan (5.2.9);

13. Het toelaten van resultaatsafhankelijke afspraken, waaronder no cure no pay, dient te worden overwogen. Indien no cure no pay niet als een optie wordt uitgewerkt, dienen andere private en publieke financieringsarrangementen met structureel karakter te worden getroffen en op elkaar te worden afgestemd. Een gestructureerde en een gecoördineerde aanpak tussen de Bureaus voor Rechtshulp en de rechtsbijstandsbranche zou lonend kunnen zijn, al dan niet in combinatie met enige vorm van een resultaatsafhankelijke beloning. Het treffen van specifieke financieringsarrangementen is voor de afwikkeling van sluipende massaschade in het bijzonder van belang (5.2.9 en 5.2.10);

14. De remmende werking die een proceskostenveroordeling heeft op de instelling van deugdelijke collectieve acties dient te worden ondervangen, bijvoorbeeld via de instelling van een fonds dat self supporting is en onder voorwaarden het risico van een eventuele proceskostenveroordeling dekt (5.2.9);

15. De rechter dient opleiding en begeleiding te krijgen om alle taken die hem/haar in het kader van de afwikkeling van massaschade worden toebedeeld behoorlijk

te kunnen uitoefenen. Tevens dienen de Lamicie-normen in overeenstemming te worden gebracht met deze nieuwe verzwaarde taakopvatting (5.2.7). De aanpassing van deze normen zal op een ruimere schaal moeten worden doorgevoerd als niet gekozen wordt voor één exclusief bevoegd gerecht;

Het misbruikgevaar bij collectieve schikkingen en bij de initiële groepsvorming kan worden tegengegaan door een combinatie van maatregelen, zoals (16-20):

16. Het betrekken van de rechter bij de toetsing van de redelijkheid van de beloning van belangenbehartigers, met name indien geen externe financiers, zoals de Bureaus voor rechtshulp of rechtsbijstandverzekeraars, betrokken zijn. Indien dergelijke financiers ontbreken, zal tevens ook de inhoud van de bereikte collectieve regeling steeds door de rechter moeten worden getoetst: ook als er geen verbindendverklaring van de overeenkomst wordt verzocht (5.2.7 en 5.2.9);

17. Het openstellen van de mogelijkheid van een preliminaire inhoudelijke beoordeling van de vordering (al dan niet via figuren als motions to dismiss en summary judgments), indien het instrument van het kort geding niet geschikt wordt bevonden voor toepassing in een geval van massaschade, die een snelle beoordeling van een claim inhouden en lichtvaardig ingestelde acties dienen te voorkomen (5.2.6 en 5.2.7);

18. De toepassing van een 'voorkeurstest' (5.2.6);

19. De normering van de publiciteit rondom massaschade. Deze kan afkomstig zijn van brancheorganisaties en indien deze onvoldoende zelfregulerend optreden van de rechter die desverzocht in het kader van zijn ruime case managementbevoegdheden passende ordemaatregelen in een concreet geval kan treffen (5.2.3);

20. De totstandkoming van een 'collectieve acties-platform' waar verschillende partijen uit het 'collectieve acties'-spectrum onder een onafhankelijke vlag een zitting hebben (5.2.3);

21. Er dient tevens aandacht te zijn voor het managen van de verandering. Ten aanzien van een aantal van de hiervoor genoemde maatregelen is een actie van de wetgever vereist, ten aanzien van een aantal andere is een dergelijke actie niet per se nodig. Wel nodig is in dat geval dat iemand het initiatief oppakt en het overzicht houdt. Men zou kunnen overwegen om binnen de bestaande structuren en organisatie van de rechterlijke macht (Raad voor de Rechtspraak) en advocatuur of andere organisaties van belangenbehartigers (de Nederlandse Orde van Advocaten, verzekeraars, deurwaarders, Juridische Loketten), personen of organen te belasten met coördinatie- en interne toezichttaken die in voorkomende gevallen passende werkafspraken zouden kunnen maken (6.5);

22. De Amerikaanse ervaringen met de interactie tussen interstatelijke en federale class actions kunnen als een voorbode worden gezien voor de problematiek die men ook in Europa over enige tijd kan verwachten. Eén manier waarop met de problematiek zou kunnen worden omgegaan, is een gecentraliseerde aanpak voor 'Europese massaschade' te realiseren. Een andere is om harmonisatie van het procesrecht van de verschillende Europese landen op het punt van afwikkeling van massaschade na te streven, langs de hiervoor onderscheiden tien kernthema's en de uitgestippelde oplossingsrichtingen. Dat kan via het uitlokken van een discussie over de voorgestelde thema's en aanpak in de internationale Europese literatuur en op politiek niveau (6.6).

Summary

Access to justice in mass disputes

Scope of this book

In recent years, mass proceedings such as *group actions, collective actions and multi-party actions* have aroused attention in most European countries. The circumstances giving rise to such proceedings vary greatly, but most can be categorised as either:

(a) *instant disasters* (*gefixeerde massaschade*): sudden events (such as major transport accidents) causing damage to a large number of people, usually but not always in the form personal injury (as opposed to financial loss). In American doctrine these are also called 'mass disaster accidents'; or
(b) *creeping disasters* (*sluipende massaschade*): sets of events exposing a large number of people to damage from the same source, such as a harmful product (e.g. asbestos), often over an extended period of time. In American doctrine these are also called 'mass exposure accidents'.

The claims resulting from both of the above types of disasters are "individually recoverable", which means that, in view of their size, it is economically feasible to litigate them individually even if a mass proceeding is unavailable. This book deals only with individually recoverable claims and not with individually non-recoverable claims or large scale small claim litigation (*strooischade*). (§ 1.1-1.2, § 1.8)

The central questions in this book are (i) whether the collective treatment of individually recoverable claims, in particular in mass tort cases, improves *access to justice* for the victims and is preferable to individual treatment as a dispute resolution mechanism for such claims and (ii) what features such a system of collective treatment should, in my opinion, have in order to maximise access to justice for the victims. (§ 1.5) For this purpose, the term *access to justice* has been defined more broadly than as just 'having one's day in court'. In accordance with recent trends in the legal literature on this subject, it also involves, for example, access to high quality legal services, alternative means of dispute resolution and private dispute resolution facilities. The literature shows that access to justice can only occur in the interaction between courtroom justice and informal everyday justice. (§ 1.4 and chapter 2)

My conclusion is that the collective treatment of individually recoverable claims indeed improves *access to justice* and is preferable to individual treatment as a dispute resolution mechanism provided that the relevant system of collective treatment ade-

quately (i) reduces transaction costs, (ii) copes with the free rider problem and (iii) ensures equal or similar treatment of equally or similarly situated claimants. The third factor is especially important when there is a limited fund. In the case of creeping disasters these three factors create a specific dynamic and are more difficult to address than in an instant disaster scenario. (§ 1.3)

More specifically, I discuss the features that a system of collective treatment should have in order to maximise the access to justice by mass tort victims and achieve what I call '*maatwerk op macroniveau*'. Although this term is difficult to translate, it means, roughly speaking, 'a tailor-made result at macro level.' Under the ideal of individual justice and party autonomy, each individual claimant is entitled to a judgment that fits his precise situation and circumstances. In the case of mass torts, I argue that this ideal must be replaced by a new one in which the group is central but which achieves the maximum individual focus through the best possible differentiation within the group.

I conclude that the system of collective treatment of mass claims which achieves the best access to justice is one based on court-approved settlements, designed under court supervision, that are declared binding on absent class members. Although on its face a system of court-approved settlements seemingly denies claimants their day in court and therefore compromises fundamental rights, I argue that such a system helps prevent investment asymmetries, which are in fact the real threat to these rights and turn 'due process' and 'a day in court' into beautiful-sounding but meaningless notions. Ultimately, the fundamental choice that, in my opinion, must be made in relation to the resolution of mass torts is one between idealism and legal realism. (§ 6.1)

Finally, I apply my conclusions regarding the collective treatment of mass torts to the Dutch situation and make numerous recommendations as to how such collective treatment can be improved in the Netherlands. I point to certain encouraging developments on the Dutch legal landscape, such as the introduction of a more active role for courts and a greater focus on the pre-trial phase. What the Dutch regime lacks is a comprehensive approach, a theory or an overriding concept that is needed for the normative choices that have to be made in relation to the resolution of mass disputes. This book is an attempt to establish the necessary comprehensive approach and to develop such a theory.

Methodology and ten key issues

In order to answer the central questions in this book, I undertake a comparative analysis of English (Chapter 3) and American (Chapter 4) law. I selected these two jurisdictions because each has extensive experience in dealing with individually recoverable claims in mass proceedings and because their approaches are essentially opposite, England applying the *op-in* (test case) approach and the US the *opt-out* (class action) approach. (§ 1.5)

My comparative analysis is *thematic* rather than comprehensive. The themes chosen reflect the three factors – identified above – that are, in my opinion, essential to the

success of a mass tort resolution system in providing access to justice to the victims of a mass tort: reduction of transaction costs, coping with the free rider problem and ensuring equal or similar treatment of equally or similarly situated claimants. In making the comparison, I take into account not only the specific judicial and alternative dispute resolution mechanisms available in these two jurisdictions, but also the other – collateral – conditions that affect the success of achieving access to justice in mass tort cases, such as adequate financial arrangements and rules (including ethical rules) governing publicity. In applying the comparative method, I have drawn on the relevant law and economics literature, including empirical studies. (§ 1.9)

Based on my thematic comparative analysis of the two legal regimes, I have developed a framework consisting of *ten key issues* or questions. The framework sets out the ten issues which in my opinion must be taken into account by every legal system, whether based on the civil or common law, seeking to deal with mass disputes. (§ 5.2) It can be used to evaluate concrete reform proposals in a particular jurisdiction and as a platform to effectively compare and evaluate the divergent reform choices in various countries. After discussing how these ten issues are handled in the English and American legal systems, I state how, in my opinion, these issues should be handled in a system that combines the virtues of both regimes.

The ten key issues or questions are:

- Should the development of mass dispute resolution facilities be viewed as based mainly on practical necessity or on explicit doctrinal and normative choices?
- To what extent should the concept of party autonomy be limited or abandoned?
- How should the group/class of claimants be identified and what should be the role of the media in this process?
- Should the system for determining the group/class be based on opt in, opt out or no- exit classes?
- Should the group/class be treated as an entity or as a sum of individuals?
- Should the class/group *action* or the class/group *settlement* be chosen as the primary dispute resolution facility for mass disputes?
- What should be the role of the court in mass dispute cases?
- What should be the role of the class/group counsel?
- What financial arrangements should be available to facilitate the resolution of mass disputes?
- Should creeping disasters be treated differently than instant disasters?

Investment asymmetries and access to justice

According to the main stream of Dutch legal literature, the necessity for an efficient system of resolving mass instant and mass creeping disasters is based exclusively on practical considerations, rather than on considerations of fundamental rights. I claim the opposite. In my opinion, ensuring real access to justice in mass claim cases demands that tough and painful choices be made in relation to traditional procedural concepts and safeguards. A mass claim must be treated as far more than simply the

sum of numerous individual cases; a qualitatively new approach is required. The failure to develop such an approach threatens access to justice because it perpetuates the investment asymmetries between the victims and the defendants, asymmetries that adversely affect the fairness of their legal battle and, in my opinion, represent more of a threat to access to justice than does reduced party autonomy. The concept of investment asymmetries is one I have borrowed from the law and economics literature on optimal deterrence.

When a defendant harms a large number of people in a similar way – as in the mass tort context – it often enjoys a comparative advantage in the resulting litigation because of its increased incentive to invest in developing its case. Because it faces a large number of similar claims, it can spread the cost of developing its defence (on issues common to those claims) over all of them and will therefore be inclined to invest more money in doing so than had it faced only one claim. By contrast, individual claimants suing a defendant that has committed a mass tort lack comparable opportunities to spread the common costs of developing their claims. Whether the only outstanding claimant or one of a hundred outstanding claimants, the individual claimant proceeding alone will invest in developing her claim only to the extent that doing so increases her expected return on the claim. The difference between the defendant's position and that of the individual claimant is referred to in the law and economics literature as investment asymmetry.

Collective treatment such as a class action can alleviate this systemic investment asymmetry by affording claimants their own offsetting opportunities to exploit advantages of scale. The result is that claimants effectively receive a larger menu of economically viable litigation investment choices, leading to improved development of their cases and the promotion of optimal deterrence. Although the theory of investment asymmetry (in relation to optimal deterrence) is usually applied to large-scale small claims litigation, the literature on investment asymmetries shows that individual claimants are also likely to face systemic investment asymmetries *even when their claims are individually recoverable*, as is the case with instant and creeping disaster claims.

In order to remove these investment asymmetries, the opportunities that claimants and defendants have to exploit litigation advantages of scale must be equalised. Once investment asymmetries are removed, the parties are able to achieve a better outcome through a settlement or a court proceeding, in relation to both establishing liability and determining and distributing the damages. In the end this ultimately enhances their access to justice. (§ 5.2.1)

Maatwerk op macroniveau

My plea is that access to justice in mass tort cases can only be realised when the ideal of personal autonomy, which many view as a leading concept of Dutch civil procedure, is replaced by the new ideal I call '*maatwerk op macroniveau*'. Under this ideal, claimants are awarded compensation not on the basis of their personal characteristics, but rather on the basis of the characteristics of a class of which they are members

(through damage scheduling). The challenge is to find the most appropriate differentiation scheme within a group of individuals in a given mass tort setting. (§ 5.2.2) The introduction of this new ideal has consequences not only for the role of the court in handling a mass dispute and for the class/group counsel (§ 5.2.7 and § 5.2.8), but also for how the resolution of such disputes should be funded and other cost-related issues. (§ 5.2.9) Above all, I argue that this ideal mandates the choice of the court-approved class settlement above the class action as the primary dispute resolution mechanism in relation to mass torts. (§ 5.2.6) In my opinion, the mechanism of a court-approved settlement makes it possible to combine 'the best of both worlds': the virtues of ADR and those of state court adjudication, provided that other elements are present. These elements include managerial judging and judicial activism, as well as assertive lawyers with a toolkit enabling them to call upon the court for assistance if and when necessary. Areas in which this assistance could be useful include: (i) the selection of the test cases and the establishment of the subclasses, (ii) the appointment of a special master/mediator/arbiter to help the parties settle or otherwise resolve out of court as many issues as possible or limit the number of issues in dispute and (iii) the selection and appointment of the lawyers for the group or sub-groups and the determination of lawyers' fees.

'*Maatwerk op macroniveau*' can only be achieved through a comprehensive approach. This means that attention must be given to the initial stage in which the group/class is established and related matters like advertisements by lawyers and the role of publicity and the media in the whole (dispute resolution) process. (§ 5.2.3) Attention must also be given to the prevention of abuse, both in the formation of group and in collective actions in general. Without additional measures, there could be a danger of claimants blackmailing relatively powerless defendants into settlement and thereby cashing in on frivolous lawsuits. Improving access to justice for claimants must not diminish the access to justice for defendants. I argue that the latter can be protected through preliminary proceedings such as summary judgments and motions to dismiss. In Dutch civil procedure there is a long and strong tradition of using such instruments (e.g. the '*kort geding*'). I argue that the new ideal of '*maatwerk op macroniveau*' is better served by an opt-out than by an opt-in regime and by treating the class of individuals as an entity, rather than as a sum of individuals.

Another key aspect of my plea concerns the funding of mass dispute resolution. (§ 5.2.9) The Dutch academic literature, like that of most civil law countries, seems to underestimate the importance of this issue. From my point of view, the issue of funding and related cost issues should be upgraded in the academic literature. These are *essential* for the effective resolution of mass torts, as the law and economics literature on collective settlements and the experiences in both focus jurisdictions show. In the case of creeping disaster claims, I conclude that tort law can only play a meaningful role in providing compensation for and deterring such disasters if specific funding arrangements are allowed or established for these types of claims. (§ 5.2.10)

Recommendations

My proposal for the resolution of instant and creeping disasters consists of two main elements, namely (1) '*maatwerk op macroniveau*' (2) through a court-approved class settlement, and implies the following changes to the current Dutch regime. (§ 6.2-§ 6.4) This list is not exhaustive:

1. An approach based on party autonomy and a passive judicial role should be replaced by one in which the parties and the court are collectively responsible for crafting the most appropriate differentiation scheme within the group of mass tort claimants (also useful for damage scheduling; § 5.2.2, 5.2.7, 5.2.8);

2. The group or class of individuals should be treated as an entity, rather than as a sum of individuals. (§ 5.2.5) This makes it possible to use quantitative or statistical methods to determine the composition of the group, facilitates damage scheduling, requires a restrictive approach to the granting of opt out requests and makes possible a selective application of the notice requirement.

3. Measures should be made available to facilitate the consolidation of individual cases that involve the same mass disaster at one court that is exclusively competent. (§ 5.2.3) The measures should be available in an early (pre-trial) phase.

4. The phenomena of lead counsel, who represents the group as a whole (in contrast to the various sub-group counsels who represent the relevant sub-groups), should be introduced. The group and sub-groups should be treated as entities rather than sums of individuals. (§ 5.2.5 and § 5.2.8).

5. An 'adequacy of representation' test for the group and sub-group counsel should be considered. If no cure no pay-arrangements are allowed, the test should be applied by the court. (§ 5.2.8).

6,7 Judicial activism and managerial judging: extensive case management powers should be explicitly assigned to the court handling the mass tort case. Sometimes *a team* consisting of judges with different skills (adjudicator, mediator/negotiator, costs judge) could be indicated. (§ 5.2.6).

8. In the absence of a single court with exclusive jurisdiction over mass tort cases, the introduction of an instrument like the American MCL 2004 is even more essential. (§ 5.2.6).

9. In designing a collective settlement, maximum consideration should be given to all relevant factual and legal points of view in order to achieve the best possible result. There are different ways to accomplish this, for example (§ 5.2.4 and § 5.2.5):

- allowing opt-out even in a limited fund situation, but requiring that the reasons for the opt-out be stated;
- using *amicus curiae*-like mechanisms to further explain the arguments for or against declaring a particular settlement binding;
- introducing the possibility to submit preliminary questions to the Supreme Court if uncertainty about the outcome on a question of law adversely affects the settlement negotiations.

10. Issues in dispute should be settled or resolved out of court to the greatest extent possible. This implies that the court should have the authority to appoint a mediator, an arbiter or a special master in consultation with the parties. (§ 5.2.7)

11. The right to bring a class action or a collective action for damages should be introduced (such an action is not available under current Dutch law), in order to increase the effectiveness of settlement negotiations. (§ 5.2.6)

12. Also in order to increase the effectiveness of settlement negotiations under Dutch law, courts should be allowed to order the losing party to pay costs incurred in the pre-trial phase if those costs are fair and necessary to reach an out-of-court resolution of the issues in dispute. (§ 5.2.9)

13. The introduction of no cure no pay should be considered. If this is not a realistic option, other structural (rather than *ad hoc*) alternatives should be developed, such as special arrangements with the legal aid board and legal expense insurers. A combination of the different funding options could also be a viable approach to the question of funding. This question is of particular importance for creeping disasters. (§ 5.2.9 and § 5.2.10)

14. The English rule could have a negative effect on the willingness of claimants to make the necessary investment in a collective action. In order to avoid this effect, a fund could be established to cover cost awards if specific conditions are met. After an initial contribution from the state, the fund could be self-supporting. (§ 5.2.9)

15. Case management and judicial activism require specific skills on the part of the judges. In civil law jurisdictions such as the Netherlands, in which judges traditionally play a more passive role, this will require training as well as the making available of logistic and financial resources. (§ 5.2.7)

A combination of measures is needed to reduce or eliminate the danger of 'blackmail' settlements and settlements that suffer from agency problems ('sell-out' or 'sweetheart' settlements). Some of these measures are also useful in eliminating frivolous lawsuits at the initial stage. Those measures are:

16. The court should be involved in determining the fees of the class counsel and sub-class counsel, especially if there is no external funding. In that event, there should also be a fairness hearing to review the settlement even if the claimants and the defendant do not seek to have it approved in order to bind absent class members. (§ 5.2.7 and § 5.2.9)

17. If the Dutch '*kort geding*' is found to be an insufficient instrument to screen out frivolous suits, American-style preliminary proceedings such as summary judgments and motions to dismiss should be introduced. (§ 5.2.6 and § 5.2.7)

18. The superiority test should be introduced. (§ 5.2.6)

19. The use of publicity by lawyers or other legal service providers should be regulated, for example through case management orders. (§ 5.2.3)

20. Objective and independent publicity and news gathering in relation to mass claims is vital. The situation in the US – where those seeking to reform the class action system and those resisting such reforms battle it out in the media – should be avoided. That is why the establishment of an information desk (or just a website) under an independent flag should be considered. In the Netherlands there are various examples of such networks, for example in the field of personal injury claims. (§ 5.2.3)

21. Last but not least, attention must be given to managing the reforms. Not all of the proposed reforms require statutory changes. However, proposals not requiring legislative action nevertheless demand supervision by a body that can coordinate the various initiatives and identify gaps and miscommunication. The Dutch Council for the Judiciary and the Dutch Bar Association are examples of organisations that could be assigned this task. (§ 6.5)

22. The American experiences with state and federal class actions illustrate the kind of problems that EU member states can expect to encounter in the near future with respect to mass claims. One way to deal with these problems is to create an EU court with jurisdiction over 'EU mass tort matters'. Another approach is to try to harmonise the member states' procedural law with respect to collective or class actions. In both cases, the discussion on EU level should cover the ten key issues. (§ 6.6)

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Abel 1986

R. Abel, 'The Paradoxes of Legal Aid', in: J. Cooper & R. Dhavan (red.), *Public Interest Law*, Oxford: Basil Blackwell 1986, p. 379-93.

Abraham & Robinson 1990

K.S. Abraham & G.O. Robinson, 'Aggregative Valuation of Mass Tort Claims', *L & Contemp.Probs.* (53) 1990, p. 137 e.v.

Abraham & Robinson 1992

K.S. Abraham & G.O. Robinson, 'Collective Justice in Tort Law', *Va.L.Rev.* (78) 1992, p. 1481 e.v.

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg) 1997.

Akkermans & Brans 2002

A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Andrews 2002

N. Andrews, 'Multy-party actions' (bespreking van Ch. Hodges, *Multi-party actions*, Oxford University Press, 2001), *CLJ* 2002, p. 484-5.

Andrews 2003

N. Andrews, *English civil procedure. Fundamentals of the new civil justice system*, Oxford University Press 2003.

Arlen 1998

J.H. Arlen, 'Comment: The Future of Behavioural Economic Analysis of Law', *Vanderbilt Law Review* (51) 1998, p. 1765-88.

Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005

D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Asser-serie procesrecht, Deventer: Kluwer, 2005.

Asser-Vranken, Vervolg 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel, Vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Auerbach 1983

J. Auerbach, *Justice without Law*, New York: Oxford University Press 1983.

Ayres & Braithwaite 1992

I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York: Oxford University Press 1992.

Baldwin 1997

R. Baldwin, 'Regulation after command-and-control', in: K. Hawkins (red.), *Human Face of Law*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 65-84.

Baldwin 2003

J. Baldwin, 'Is there a limit to the expansion of small claims', in: M.D.A. Freeman (red.), *Current Legal Problems* 2003, p. 313-43.

Banoff & Duval 1984

B.A. Banoff & B.S. Duval, 'The Class Action as a Mechanism for Enforcing the Federal Securities Laws: an Empirical Study of the Burdens Imposed', *Wayne Law Revieuw* (31) 1984, p. 1-134.

Von Bar 1998

Chr. Von Bar, 'Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden', in: *Verhandlungen des 62. DJT*, Bremen 1998, Munschen: C.B. Beck 1998, Gutachten p. A 1-A 104.

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, *Kring van aansprakelijken bij massaschade: inleidingen gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2002*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002.

Barendrecht e.a. 2004

J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga & I.N. Tzankova, *Schadeclaims: can het goedkoper en minder belastend? Opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen*, Den Haag: Boju, 2004.

Barendrecht & Beukering-Rosmuller 2000

J.M. Barendrecht & E.J.M van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling: Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Barendrecht & Kamminga 2005

J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, *Toegang tot het recht: de lasten van een uitweg*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Barendrecht & Klijn 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn, *Balanceren en vernieuwen: Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004.

Barendrecht & Weterings 2000

J.M. Barendrecht & W.C.T. Weterings, 'Rechtshulp: een groot goed met schadelijke bijwerkingen', *Advocatenblad* 2000-12, p. 435-51.

Barendrecht & Van Zeeland 2003

J.M. Barendrecht & C.M.C. van Zeeland, *Onderzoek naar internationale rechtsbijstandstelsels*, WODC-onderzoek december 2003.

Basedow e.a. 1999

J. Basedow e.a., Die Bündelung gleichrichteter Interessen im Prozess: Verbandsklage und Gruppenklage, Tübingen, Mohr, 1999.

Bauw 1995

E. Bauw, 'Tussen traditie en efficientie', *NJB* 1995, p. 620-30.

Bauw & Frenk 2002

E. Bauw & N. Frenk, 'Het verhaal van schade ten behoeve van grote groepen slachtoffers', in: Akkermans & Brans 2002, p. 79-94.

Bax 2000

C.J. Bax, 'Art. 17', in: A.K. Koekkoek, *De grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 214-7.

Bebchuk 1988
L.A. Babchuk, 'Suing Solely to Extract a Settlement Offer', *J. Leg. Stud.* (17) 1988, p. 437 e.v.

Bebchuk 1996
L.A. Babchuk, 'A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue', *J.Leg.Stud.* (25) 1996, p. 1 e.v.

Bellow & Kettleson 1978
G. Bellow & J. Kettleson, 'From Ethics to Politics: Confronting Scarcity and Fairness in Public Interest Practice', *B.U.L. Rev.* (58) 1978, p. 382 e.v.

Van Bennekom & Spigt 1983
J. van Bennekom & L. Spigt, 'Rechtshulp bij dalende conjunctuur', *Trema* 1983, p. 224-31.

Bevan 2005
N. Bevan, 'Improving access to justice', *New Law Journal* 2005, p. 1749.

Van Bijnen 2005
R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, (diss. Tilburg): Den Haag: BJu, 2005.

Van Bladel 2002
C.B.E. van Bladel, *Arbitrage in de praktijk. Een empirisch onderzoek naar institutionele arbitrage, met name bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw*, (diss. Utrecht), Den Haag: BJu, 2002.

Blankenburg 1999
E. Blankenburg, 'The Lawyers' Lobby and the Walfare State: The Political Economy of Legal Aid', in: F. Regan e.a. (red.), *The Transformation of Legal Aid*, Oxford 1999, p. 113-32.

Blankenburg 2000
E. Blankenburg, *Legal culture in five Central European countries. Working documents*, The Hague: WRR 2000.

Blumstein, Bovbjerg, Sloan 1991
J.F. Blumstein, R.R. Bovbjerg, F.A. Sloan, 'Beyond Tort Reform: Developing Better Tools for Assessing Damages for Personal Injury', *Yale J.Reg.* (8) 1991, p. 171 e.v.

Bone 1990
R.G. Bone, 'Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation', *B.U.L.Rev.* (70) 1990, p. 213 e.v.

Bone 1992
R.G. Bone, 'Rethinking the 'Day in Court' Ideal and Nonparty Preclusion', *N.Y.U.L.Rev.* (67) 1992, p. 193 e.v.

Bone 1993
R.G. Bone, 'Statistical Adjudication: Rights, Justice, and Utility in a World of Process Scarcity', *Vand. L.Rev.* (46) 1993, p. 561-664.

Bone 2006
R.G. Bone, 'Who Decides?: A Critical Look at Procedural Discretion', 2006, *Boston Univ. School of Law Working Paper No. 06-29,* <http://ssrn.com/abstract=928974>.

Van Boom 2003
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2003.

Bos 2005
P. Bos, 'Private enforcement of competition law', in: p. Lugard & L. Hancher (red.), *On the merits. Current issues in competition law and policy* (Plompen-bundel), Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, p. 71-86.

Bouckaert & De Geest 2000

B. Bouckaert & G. de Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* , Cheltenham: Edward Elgar, 2000, <http://users.ugent.be/~gdegeest/tablebib.htm>.

Bramly & Gouge 2000

M. Bramley & A. Gouge, *The civil justice reforms one year on. Freshfields assess their progress*, London: Butterworths 2000.

Bruinsma 2003

F. Bruinsma, 'Twee rapporten op de rechtssociologische korrel', *NJB* 2003, p. 2292-5.

Bunjes 1996

H.J. Bunjes, 'Praktische aspecten bij de behandeling van massaschades', in: *Massaschade. Vergt de behandeling van massale schade een bijzondere benadering? Inleidingen, gehouden op het symposion van de Vereniging voor Letselschade Advocaten*, Lelystad: Vermande 1996, p. 9-11.

Burn 2001

S. Burn, 'Small Claims', in: J. Peysner & S. Burn (red.), *Civil Litigation Handbook,* London: The Law Society, 2001, p. 347-71.

Burns 1990

J.W. Burns, 'Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions', *Hastings L.J.* (42) 1990, p. 165-98.

Buschkin 2005

I.T. Buschin, 'Note. The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy-Permintting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts', *Cornell Law Review* (90) 2005, p. 1563-600.

Calabresi 1970

G. Calabresi, *The costs of accidents: A legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1970.

Cape & Moorhead 2005

E. Cape & R. Moorhead, *Demand Induced Supply? Identifying Cost Drivers in Criminal Defence* Work, London: Legal Services Commission, Legal Services Research Centre, 2005, <http://www.lsrc.org.uk/publications/camocrim.pdf>.

Cape & Moorhead 2005a

E. Cape & R. Moorhead, 'Legal aid impact tests: good start, but not enough', *New Law Journal* 2005, p. 1373.

Cappelletti & Garth 1977-1978

M. Cappelletti & B. Garth, 'Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective', *Buff.L.Rev. (27)*, 1977-1978, p. 181-292.

Cappelletti & Garth 1978

M. Cappelletti & B. Garth (red.), *Access to Justice. A world survey*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff and Noordhoff 1978.

Case Comment 1997

'Case Comment', *Harv.L.Rev.* (110) 1997, p. 977 e.v.

CEPEJ-rapport 2002

Rapport van the European Commssion for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European judicial systems. Facts and Figures*, 2002.

Chayes 1976
A. Chayes, 'The Role of the Judge in Public Law Litigation', *Harv. L.Rev.* (89) 1976, p. 1281-316.

Chen & Wang 2006
K.P. Chen & J.S. Wang, 'Fee-Shifting Rules in Litigation with Contingency Fees', *Journal of Law, Economics and Organization*, (forthcoming): <http://ssrn.com/abstract=798064>.

CJC-rapport 2005
CJC-rapport, *Improved Access to justice- Funding Options and proportionate costs*, 2005, te raadplegen via: <http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/903.htm>.

Coffee 1983
J.C. Coffee, 'Rescuing the private attorney general: why the model of the lawyer as bounty hunter is not working', *Mayland Law Review* (42) 1983, p. 215-88.

Coffee 1986
J.C. Coffee, 'Understanding the plaintiff's attorney: The implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions', *Columbia Law Review* (86) 1986, p. 669-727.

Coffee 1987
J.C. Coffee, 'The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action', *U.Chi.L.Rev.* (54) 1987, p. 877 e.v.

Coffee 1995
J.C. Coffee, 'Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action', *Colum.L.Rev.* (95) 1995, p. 1343-465.

Coffee 2000
J.C. Coffee, 'Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation', *Colum.L.Rev.* (100) 2000, p. 370-439.

Cohen 1998
A. Cohen, 'Mass Tort Litigation After Amchem', *ALI-ABA Course on Civil Practice and Litigation Techniques in the Federal Courts* 1998.

Collins 2005
D. Collins, Public Funding of Class Actions and the Experience with English Group Proceedings, *The Manitoba Law Journal* (31) 2005, p. 211-38.

Congresbundel Jonge Balie 1984
Congresbundel Jonge Balie Congres 1984, *Deformalisering in de rechtspraktijk*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1984.

Cooper 1996
E.H. Cooper, 'Rule 23: Challenges to the rulemaking process', *N.Y.U. Law Review* 1996, p. 13-73.

Cooter & Ulen 2004
R. Cooter & T. Ulen, *Law and economics*, Bosten, MA: Pearson Addison-Wesley 2004.

Cox 1995
S.E. Cox, 'Introduction to Case Five: Complex Litigation and Prior Rulings Issues', New *Eng.L.Rev.* (29) 1995, p. 703 e.v.

Cox & Thomas 2002
J.D. Cox & R.S. Thomas, 'Leaving Money on the Table: Do Institutional Investors Fail to File Claims in Securities Class Actions?', 2002, <http://ssrn.com/abstract=321426>

Cox & Thomas 2005
J.D. Cox & R.S. Thomas, 'Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities

Class Action Settlements', *Stan.L.Rev.* (58) 2005, p. 411-54; tevens Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-01, 2004, <http://ssrn.com/abstract=655181>.

Cox & Thomas 2006,

J.D. Cox & R.S. Thomas, 'An Empirical Analysis of Institutional Investors' Impact as Lead Plaintiffs in Securities Fraud Class Actions', 2006, <http://ssrn.com/abstract=898640>.

Cox, Thomas & Randall 2005

J.D. Cox, R.S. Thomas & S. Randall, 'Empirically Reassessing the Lead Plaintiff Provision: Is the Experiment Paying Off?', *Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-21*, 2005, <http://ssrn.com/abstract=783948>.

Croiset van Uchelen 2004

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Van corporate litigation naar corporate settlement. Het wetsontwerp collectieve afwikkeling massaschade', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004,* Deventer: Kluwer 2004, p. 129-60.

Cseres 2004

K.J. Cseres, *Competition law and consumer protection: a love-hate relationship* (diss. Utrecht), 2004.

Dam 1974

K.W. Dam, 'Class action notice: who needs it?', *Sup.Ct.Rev* 1974, p. 97-126.

Dana 2004

D.A. Dana 2004, 'Adequacy of Representation' in Time (Or Why the Result in Stephenson is Correct)', *Northwestern Public Law Research Paper No. 04-05, Northwestern Law & Econ Research Paper No. 04-07*, 2004, <http://ssrn.com/abstract=555722>

Dana 2005

D. Dana 2005, 'Using the Veil of Ignorance to Ensure Distributive Justice in Class Actions: A Rawlsian Approach to 'Adequacy of Representation' after Stephenson', *Northwestern Public Law Research Paper No. 05-03*, 2005, <http://ssrn.com/abstract=668469>.

Daniels 1976

N. Daniels (red.), *Reading Rawls: Critical Studies of A Theory of Justice*, Basic Books New York 1976.

Davis 1998

M.J. Davis, 'Toward the Proper Role for Mass Tort Class Actions', *Oregon L.Rev.* (77) 1998, p. 157 e.v.

Donner 2005

J.P.H. Donner, 'No cure no pay en letselschadezaken', *Letsel & Schade* 2005, p. 4-5.

Van Dort 1999

R.M.J.T. van Dort, 'No cure no pay: een reële optie', *NJB* 1999, p. 602-3.

Downs 1994

H.M. Downs, 'Federal Class Actions: Diminished Protection for the Class and the Case for Reform', *Neb.L.Rev.* (73) 1994, p. 646 e.v.

Dubbink 1982

C.W. Dubbink, '25 jaar rechtspraak van de Hoge Raad', *NJB* 1982, p. 16-8.

Eijlander e.a. 2004

Ph. Eijlander, Evers & R. van Gestel, *Certificatie binnen kaders: naar een verantwoorde en consistente toepassing van certificatie en accreditatie in het overheidsbeleid, als een andere norm van zelfregulering*, WODC 2004.

Eisenberg 1978
M.A. Eisenberg, 'Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller', *Harv. L.Rev.* (92) 1978, p. 410 e.v.

Eisenberg & Miller 2004
T. Eisenberg & G.P. Miller, 'The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues', *N.U.Y. Law and Economics Research Paper No. 04-004,* 2004, <http://ssrn.com/abstract=528146>.

Eisenberg & Miller 2005
T. Eisenberg & G.P. Miller, 'Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: An Empirical Study', *NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-03,* 2005, <http://ssrn.com/abstract=869308>

Eizenga 2003
M. Eizenga, *Class Actions Law & Practise*, Butterworths, (losbl.).

Elliott 1986
E.D. Elliott, 'Managerial judging and the evolution of procedure', *U. Chi. L. Rev.* (53) 1986, p. 306-36.

Encyclopedia of L & E
B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics,* Cheltenham: Edward Elgar, 2000, <http://users.ugent.be/~gdegeest/tablebib.htm#0.%20GENERAL%20WORKS>.

Engel 2005
Ch. Engel, 'Behavioral Analysis: A User Manual for Lawyers', *MPI Collective Goods Preprint* 2005-21 < http://ssrn.com/abstract=834505>.

Epstein 1990
R.A. Epstein, 'The Consolidation of Complex Litigation: A Critical Evaluation of ALI Proposal', *J.L. & Com.* (10) 1990, p. 1 e.v.

Erichson 2000
H.M. Erichson, 'Informal Aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related lawsuits', *Duke L.J.* 2000, p. 381 e.v.

Eshuis 2003
R.J.J. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, WODC-rapport, Den Haag: BJu 2003.

Essers & Happé 2002
P.H.J. Essers & R.H. Happé, 'Kroniek belastingrecht', *NJB* 2002, p. 1533-40.

Falkena & Haak 2004
F.B. Falkena & M.J.F. Haak, 'De nieuwe wettelijke regeling afwikkeling massaschade', *AV & S* 2004, p. 198-206.

Faulk 2002
R.O. Faulk, 'Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution', *Tort & Insurance Law Journal* (37), 2002, p. 999-1026.

Faure e.a. 2005
M.G. Faure, T. Hartlief en N.J. Philipsen, Funding of Personal Injury Litigation and Claims Culture: Evidence From the Netherlands, 2005.

Feerick 1993
J.D. Feerick, 'Disqualification of Judges (The Sarokin Matter): Is It a Threat to Judicial Independence?', *Brook.L.Rev.* (58) 1993, p. 1063 e.v.

Feinberg 1996
K. Feinberg, 'Creative Use of ADR: The Court-Appointed Special Settlement Master', *Alb. L. Rev.* (59) 1996, p. 881-93.
Fisch 1997
J.E. Fisch, 'Class action reform, qui tam, and the role of the plaintiff', *Law and Contepm. Probs.* (60), 1997, p. 167-202.
Fischer & Schot 1993
K. Fischer & J. Schot (red.), *Enviromental Strategies for Industry: International Perspectives on Research Needs and Policy Implications*, Washington: Island Press 1993.
Fisher, Ury & Patton 1991
R. Fisher, W. Ury & B. Patton, *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*, New York: Penguin Books 1991.
Fiss 1979
O.M. Fiss, 'The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice', *Harv.L.Rev.* (93) 1979, p. 1 e.v.
Fleming 1999
D. Fleming, 'Responding to New Demands: Legal Aid and Multi-Party Actions', in: F. Regan e.a. (red.), *The Transformation of Legal Aid, Comparative and Historical Studies*, Oxford University Press 1999.
Fuller 1978
L.L. Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication', *Harv.L.Rev.* (92) 1978, p. 353 e.v.
Funke 1983
A.P. Funke, 'Deformaliseringstendensen in het burgerlijk procesrecht', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & W.L. Haardt, *Een goede procesorde: Opstellen aangeboden aan MR. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 59-70.
Frenk 1994
N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.
Frenk 2003
N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', *Tijdschrift voor Privaatrecht,* 2003-4, p. 1-69.
Frenk 2005
N. Frenk, 'Vie d'Or, aandelenlease en de reikwijdte van het collectief actierecht', *NTBR* 2005, p. 296 e.v.

Galanter 1974
M. Galanter, 'Why the 'haves' come out ahead', *Law & Society Review* (4) 1974, p. 95-160.
Garner, Kornman, Coats 2000
J.M. Garner, K.A. Kornman, J.B. Coats, 'Medical Monitoring: the Evolution of a Cause of Action', *ENVTL. L. Rep.* (30) 2000, p. 10024-115.
Garvin 2004
L.T. Garvin, 'Small business and the false dichotomies of contract law', *Ohio State University working paper*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=586901>.
Van Gerven 2002
W. van Gerven, 'Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: 'Alice in Wonderland', in: D.C. Buijs e.a. (red.), *Mok-aria, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 63-75.
Van Gestel 2000
R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2000.

Gibbons 2006

S.M.C. Gibbons, 'The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective' (bespreking van R.P. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2004), *Law Quarterly Review* (122) 2006, p. 344–8.

Gibson 2000

S.E. Gibson, 'Case Studies of Mass Tort Limited Fund Class Action Settlements & Bankruptcy Reorganisations', *FJC* 2000, <http://www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf>.

Gidi 2006

A. Gidi, 'Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries', *Public Law and Legal Theory Series* 2006-A-11, University of Houston, p. 311-408.

Giesen 2005

I. Giesen, 'Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', (oratie Utrecht), Den Haag: Boju 2005.

Gifford 2005

D.G. Gifford, 'The Challange to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts', *Washington and Lee Law Review* (62) 2005, p. 1-81, <http://ssrn.com/abstract=696561>.

Gilles 2005

M. Gilles, 'Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action', *Michigan Law Review* (104) 2005-3, p. 373-430.

Good 2001

Ph.I.Good, *Applying Statistics in the Courtroom. A New Approach for Attorneys and Expert Witnesses*, Chapman & Hall/CRC CRC Press LLC, 2001.

Goriely, Moorhead & Abrams 2002

T.Goriely, R. Moorhead & p. Abrams, 'More civil justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour', *Law Society & Civil Justice Council* 2002.

Government Response 2004

Tackling the 'Compensation Culture', Government Response to the Better Regulation Task Force Report: 'Better Routes to Redress', 2004, <http://www.dca.gov.uk/majrepfr.htm>.

Grabovsky 1995

P. Grabosky, 'Using non-governmental resources to foster regulatory compliance', *Governance: An International Journal of Policy and Administration* (8) 1995, p. 527-50.

Van der Grinten 2005

P. van der Grinten, 'Kroniek Europese ontwikkelingen', *TCR* 2005, p. 79-88.

Groenendijk 1981

C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

De Groot 2005

G. de Groot, 'Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen? Een potentieel middel tot verbetering van de afdoening van letselschadezaken', *TVP* 2005, p. 122-7.

Hammerstein 1996

A. Hammerstein, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht: De staat van het recht', NJB 1996, p. 413-6.

Van Harinxma 2006
L.R. van Harinxma thoe Slooten, Toegang tot het recht in perszaken, (diss. Tilburg), Den Haag: BJu, 2006.

Harlow & Rawlings 1992
C. Harlow & R. Rawlings, *Pressure Through Law*, London: Routledge, 1992.

Hay 1997
B.L. Hay, 'Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little', *Hastings L.J.* (48) 1997, p. 479 e.v.

Hay & Rosenberg 2000
B. Hay & D. Rosenberg, ''Sweetheart' and 'Blackmail' Settlements in Class Actions: Reality and Remedy', *Notre Dame L. Rev.* (75) 2000, p. 1377-408.

Haymond & West 2002
J.Haymond & J.E.West, 'Class action extraction?', in: *Public Choice* (116), Kluwer Academic Publishers 2003, p. 91-108.

Hazard e.a. 1983
G.C. Hazard e.a., 'Why Lawyers Should Be Allowed to Advertise: A Market Analysis of Legal Services', *N.Y.U.L. Rev.* (58) 1983, p. 1084 e.v.

Hazard 2000
G.C. Hazard, 'The futures problem', *UPALR* (148) 2000, p. 1901-18.

Hazard 2001
G.C. Hazard, 'Class Certification Based on Merits of the Claims', *Tenn.L.Rev.* (69) 2001, p. 1 e.v.

Hazard, Gedid & Sowle 1998
G.C. Hazard, J.L. Gedid & S. Sowle, 'An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits', *U.Pa.L.Rev.* (146) 1998, p. 1849 e.v.

Helland & Klick 2004
E. Helland & J. Klick, 'The Effect of Judicial Expediency on Attorney Fees in Class Actions', *FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 138; FSU College of Law, Law and Economics Paper No. 05-07*, <http://ssrn.com/abstract=637206>.

Hensler 1989
D.R. Hensler, 'Resolving Mass Toxic Torts: Myths and Realities', *U.Ill.L.Rev.* (1989), 1989, p. 89-104.

Hensler e.a. 1985
D.R. Hensler, W.L.F. Felstiner, M. Selvin, P.A. Ebener, Asbestos in the Courts. The Challenge of Mass Toxic Torts, RAND, The Institute for Civil Justice, 1985.

Henlser e.a. 2000
D.R. Hensler, N.M. Pace, B. Dombey-Moore, B. Giddens, J. Gross, E.K. Moller, *Class action dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica, CA: RAND Institute for Civil Justice 2000.

Hensler e.a. 2002
S.J. Carroll, D. Hensler, A. Abrahamse, J. Gross, M. White, J.S. Ashwood, E.M. Sloss, *Asbestos Litigation Costs and Compensation, An Interim Report*, RAND 2002.

Hensler e.a. 2005
S.J. Carroll, D. Hensler, J. Gross, E.M. Sloss, , M. Schonlau, A. Abrahamse, J.S. Ashwood, *Asbestos Litigation*, RAND 2005.

Hensler & Rowe 2001
D.R. Hensler & T.D. Rowe, 'Complex Litigation at the Millennium: Beyond 'It Just Ain't Worth It': Alternative Strategies for Damage Class Action Reform', *Law and Contemporary Problems* (64) 2001, p. 137 e.v.

Hines 2004
L.J. Hines, 'The Dangerous Allure of the Issue Class Action', *Indiana L.J.* (79) 2004, p. 567-610.

Hirschman 1970
A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organisations, and States*, Harvard University Press, 1970.

Hodges 2001
Ch. Hodges, *Multi-party actions*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Hodges 2001a
Ch. Hodges, 'Multi-party actions: An European approach', *Duke J.of Comp. & Int'l L.*, 2001, p. 321-54.

Hooper & Leary 2001
L.LHooper & M.Leary, 'Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: A Descriptive Study', FJC, 2001: <http://www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf>.

Houwerzijl 2003
M.S. Houwerzijl (red.), *De toekomst van de gefinancierde rechtshulp*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Huls 1984
N.J.H. Huls, 'Het buro voor rechtshulp, exponent van beweging en van de beheersing daarvan', *Rechtshulp* 1984, p. 343-64.

Huls 2003
N.J.H. Huls, 'Het bureau voor rechtshulp, gesneuveld door 'friendly fire', in: Houwerzijl 2003, p. 9-22.

Huls 2004
N.J.H. Huls, 'Over rechtshulpgolven en andere dingen die voorbijgaan... Een voorstudie t.b.v. de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO)', *Rechtshulp* 2004-11/12, p. 11-26.

Huls 2005
N.J.H. Huls, 'Over rechtsgolven en juridische probleemstromen', *NJB* 2005, p. 3-8.

Huls 2005a
N.J.H. Huls, 'Is de Duisenberg-regeling royaal genoeg voor alle legitieme Dexia claims?', NJB 2005, p. 1386-90.

Issacharoff 1990-1991
S. Issacharoff, 'Administering Damage Awards in Mass-Tort Litigation', *Rev.Litig.* (10) 1990-1991, p. 463-94.

Issacharoff 1997
S. Issacharoff, 'Class Action Conflicts', *U.C. Davis L.Rev.* (30) 1997, p. 805 e.v.

Issacharoff 1999
S. Issacharoff, 'Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions', *Sup. Ct. Rev.* 1999, p. 337 e.v., <http://ssrn.com/abstract=181750>.

Issacharoff 2002
S. Issacharoff, 'The content of Our Casebooks: Why do Cases Get Litigated?': <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=295021>, ook gepubliceerd in *Florida State University Law Review* (29) 2002-4.

Jansen 2002
P.G.M. Jansen, 'Collectieve afdoening massaal bezwaar', *WFR* 2002, p. 969-76.

Jolls, Sunstein & Thaler 2000
C. Jolls, C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'A behavioral approach to law and economics', in: Sunstein (red.), *Behavioral law and economics*, Cambridge University Press 2000.

Jones 1999
C.A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press 1999.

De Jong 2005
B.J. de Jong, 'Kanttekeningen bij Donners bezwaren bij 'no cure no pay'', *NJB* 2005, p. 631-3.

Jongbloed 1999
A.W. Jongbloed, 'De hervorming van het Engelse burgerlijk procesrecht', *Ger. Deurw.* 1999, p. 109-13.

Kaplow & Shavell 2002
L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press 2002.

Ten Kate 1983
Th.B. ten Kate, 'Procesregels naar de kern genomen', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & W.L. Haardt (red.), *Een goede procesorde: Opstellen aangeboden aan MR. W.L. Haardt*, Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82.

Klonoff & Bilich 2000
R.H. Klonoff & E.K.M. Bilich, *Class actions and other multi-party litigation: Cases and Materials,* American Casebook Series, West Group Publishing 2000.

Kmiec 2004
K.D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'', *Cal.L.Rev.* (92) 2004, p. 1441 e.v.

Koch 1998
H. Koch, 'Haftung für Massenschäden. Recht, Abwicklungspraxis, rechtspolitischer Handlungsbedarf', *JZ* 1998, p. 801-7.

Koniak 1995
S.P. Koniak, 'Feasting While the Widows Weep: Georgine v. Amchem Products, Inc.', *Cornell L. Rev.* (80) 1995, p. 1045 e.v.

Koniak & Cohen 1996
S.P. Koniak & G.M. Cohen, 'Under Cloak of Settlement', *Va.L.Rev.* (82) 1996, p. 1051 e.v.

Korobkin 1998
R.B. Korobkin, 'The status quo bias and contract default rules', *Cornell Law Review* (83) 1998, p. 608 e.v.

Korobkin & Ulen 2000
R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics', *California Law Review* (88) 2000, p. 1051-144.

Kozel & Rosenberg 2004
R. Kozel & D. Rosenberg, 'Solving the nuisance-value settlement problem: Mandatory summary judgement', <http://ssrn.com/abstract=485242>, 2004.

Krans 2005
H.B. Krans, 'Een nieuwe aanpak van massaschade', *NTBR* (22) 2005-1, p. 2-13.

Kroeze 2004
M.J. Kroeze, 'Collectieve acties en gelijksoortige belangen', *Ondernemingsrecht* 2004, 190, p. 496 e.v.

Kritzer, Felstiner, Sarat & Trubek 1985
H.M. Kritzer, W.L.F. Felstiner, A. Sarat & D.M. Trubek, 'The Impact of Fee Arrangement on Lawyer Effort', *Law & Soc'y Rev.* (19) 1985, p. 251 e.v.

Kuijer 2004
M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice: judicial independence and impartiality in light of the requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004.

Kwak 2006
A.-J. Kwak, 'De meervoudige rechter: gezaghebbend, neutraal, efficiënt en coöperatief' *Rechtstreeks* 2006, nr. 3, Raad voor de Rechtspraak.

Vande Lanotte & Haeck 2005
J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

Leijten 2005
A.F.J.A. Leijten, 'De betekenis van de Wet collectieve afwikkeling massaschade voor corporate litigation', *Ondernemingsrecht* 2005-15, p. 498-506.

Lind e.a. 1989
A. Lind, R.MacCoun, p. Ebener, W. Felstiner, D. Hensler, J. Resnik & T. Tyler, *The Perception of Justice: Tort Litigants' Views of Trials, Court-Annexed Arbitration, and Judicial Settlement Conferences*, RAND 1989.

Lindahl 2005
H. Lindahl, 'Privaatrecht is publiekrecht: Vranken en de privatisering van het burgerlijk recht', *NJB* 2005, p. 1893-4.

Logan 2005
C.W. Logan, 'Federal class action reform legislation: The 'unfair' approach to addressing the issues of modern mass tort litigation', *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 2005, p. 1145-80.

Loughlin & Gerlis 2004
P. Loughlin & S. Gerlis, *Civil procedure*, Cavendish Publishing Ltd, 2004.

McAdams 2000
R.H. MacAdams, 'Experimental Law & Economics', in: Bouckaert & De Geest 2000, nr. 579.

Macdonald 2003
R.A. MacDonald, *Access to Justice in 2003*, Paper prepared for the Law Society of Upper Canada in connection with the Symposium on Access to Justice 28-29 mei 2003.

Macey & Miller 1991
J.R. Macey & G.P. Miller, 'The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform', *U.Chi.L.Rev.* (58) 1991, p. 1 e.v.

Macey & Miller 1993
J.R. Macey & G.P.Miller, 'Auctioning Class Action and Derivative Suits: a Rejoinder', *Northwestern University Law Review* (87), 1993, p. 458-70.

Mackaay 1982
E.J.P. Mackaay, *Economics of Information and Law*, Boston, Den Haag: Kluwer/Nijhoff 1982.

Manning 1987
P. Manning, 'Ironics of compliance', in: C. Shearing & p. Stenning (red.), *Private policing*, Newbury Park, Calif: Sage Publications 1987.

Marshall & Ahmedm 2001
D. Marshall & S. Ahmedm, 'Costs and financing', in: J. Peysner & S. Burn (red.), *Civil Litigation Handbook*, London: The Law Society 2001, p. 231-79.

Maskin, Cailteux, McLaren 2000
A. Maskin, K.L. Cailteux, J.M. McLaren, 'Medical Monitoring: A Viable Remedy for Deserving Plaintiffs or Tort Law's Most Expansive Consolidation Prize?', *WMLR* (27) 2000, p. 521-50.

McGovern 1986
F.E. McGovern, 'Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation', *U.Chi.L.Rev.* (53) 1986, p. 440 e.v.

McGovern 1989
F.E. McGovern, 'Resolving Mature Mass Tort Litigation', *Boston University Law Review* (69) 1989, p. 659 e.v.

McGovern 1997
F.E. McGovern, 'Rethinking Cooperation Among Judges in Mass Tort Litigation', *UCLA L. Rev.* (44) 1997, p. 1851-70.

McGovern 2005
F.E. McGovern, 'The What and Why of Claims Resolution Facilities', *Stan.L.Rev.* (57) 2005, p. 1361-89, < http://ssrn.com/abstract=878304>.

McGuire & Macdonald 1997
S.C. McGuire & R.A. Macdonald, 'Small Claims Courts Cant', *Osgoode Hall Law Journal*, (34) 1997, nr. 3, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11441>.

McGuire & Macdonald 1998
S.C. McGuire & R.A. Macdonald, 'Tales of wows and woes from the masters and the muddled: navigating small claims court narratives', *Windsor Yrbk.Acc.Just.* (16) 1998, p. 48 e.v.

McKenzie, Wixtel & Noelle 2004
C.R.M. McKenzie, J.T. Wixtel & D.C. Noelle, 'Explaining Purportedly Irrational Behavior by Modeling Skepticism in Task Parameters: An Example Examining Confidence in Forced-Choice Tasks', *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* (30) 2004, p. 947-59.

MCL 2004
Manual for Complex Litigation, Federal Judicial Center, 2004, <http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url_r=/public/home.nsf/pages/470>.

Menkel-Meadow 1998
C. Menkel-Meadow, 'Taking the Mass out of Mass Torts: Reflections of a Dalkon Shield Arbitrator on Alternative Dispute Resolution, Judging, Neutrality, Gender, And Process', *Loy.L.A.Rev.* (31) 1998, p. 513-49.

Merry 1993

S.E. Merry, 'Sorting out popular justice', in: S.E. Merry & N. Milner (red.), *The possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation*, Ann Arbor: University of Michigan Press 1993, p. 31-66.

Michalik 1999

P. Michalik, 'Justice in Crisis: England and Wales', in: A.A.S. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives on Civil Procedure*, Oxford 1999, p. 117-65.

Micklitz & Stadler 2005

H.-W. Micklitz & A. Stadler, *Das Verbandklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesllschaft*, Endbericht, Band 1, Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, Münster, 2005.

Micklitz & Stadler 2006

H.-W. Micklitz & A. Stadler, 'The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure', *EBLR* 2006, p. 1473-503.

Mildred 2000

M. Mildred, 'Group Actions', in: A. Grubb & G. Howells, *The Law of Product Liability*, Butterworths Common Law Series, 2000, p. 375-463.

Mildred 2002

M. Mildred, 'Cost-sharing in Group Litigation: Preserving Access to Justice', *The Modern Law Review* 2002, p. 597-602.

Miller 2003

A.R. Miller, 'The pretrial rush to judgment: are the 'litigation explosion,' 'liability crisis', and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments?', *N.Y.U. School of Law* (78) 2003, p. 982-1134.

Miller 2004

G.P. Miller, 'Review of the Merits in Class Action Certification', <http://papers.ssrn.com/abstract=554663>, 2004.

Minekus 2002

W. Minekus, 'Over verliezers en zondebokken: procesbeleving en attributietheorie in het civiele recht', themanummer *Recht der Werkelijkheid* over De burger in de rechtspraak. Ervaringen en percepties van niet-professionele procesdeelnemers, Den Haag: Kluwer, 2002, p. 13-40.

Minow 1997

M. Minow, 'Judge for the situation: Judge Jack Weinstein, creator of temporary administrative agencies', *Colum.L.Rev.* (97), 1997, p. 2010 e.v.

Mnookin, Peppet & Tulumello 2000

R.H. Mnookin, S.R. Peppet & A.S. Tultmello, *Beyond winning. Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge: Harvard University Press 2000.

Mnookin & Ross 1995,

K.J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross et al. (red.), *Barriers to Conflict Resolution*, London: Norton 1995.

Moore 2003

N.J. Moore, 'Who should regulate class action lawyers', Working Paper No. 02-08, <http://papers.ssrn.com/abstracts=316639>, 2003.

Moorhead, Paterson & Sherr 2003

R. Moorhead, A. Paterson & A. Sherr, 'Contesting Professionalism: Legal Aid and Nonlawyers in Engeland and Wales', *Law & Society Review,* 2003, p. 765-808.

Mulheron 2004
R.P. Mulheron, *The class action in common law legal system: A comparative perspective*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2004.
Mullenix 1994
L.S. Mullenix, 'Mass Tort as Public Law Litigation: Paradigm Misplaced', *Nw.U.L.Rev.* (88) 1994, p. 579-591.
Mullenix 1999
L.S. Mullenix, 'Resolving Aggregate Mass Tort Litigation: The New Private Law Dispute Resolution Paradigm', *Val.U.L.Rev.* (33) 1999, p. 413 e.v.

Nagerada 1996
R.A. Nagareda, 'Turning from Tort to Administration', *Mich. L. Rev.* (94) 1996, p. 899 e.v.
Nagareda 2002
R.A. Nagareda, 'Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action', *Harv.L.Rev.* (115) 2002, p. 749-830.
Nagareda 2003
R. Nagareda, 'The preexistance principle and the structure of the class action', *Columbia L.Rev.* (103) 2003, p. 149-242.
Nagareda 2006
R.A. Nagareda 2006, 'Restitution, Rent Extraction, and Class Representatives: Implications of Incentive Awards', *UCLA Law Review* (53) 2006, <http://ssrn.com/abstract=887778>.
Newberg & Conte 2004
A. Conte & H.B. Newberg, *Newberg on Class Actions*, Thomson West, 4de druk, 2004.
Een nieuwe balans 2003
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: BJu 2003.
Note Harv.L.Rev. 2004
Note: 'Locating investment asymmetries and optimal deterrence in the mass tort class action', *Harvard Law Review* (117), 2004 p. 2665- 83.
Notes Harv.L.Rev. 2005
Notes: 'Risk-preference Asymmetries in Class Action Litigation', *Harvard Law Review* (119), 2005, p. 587-608.
Oldfather 2005
C.M. Oldfather, 'Defining Juidicial Inactivism: Models of Adjudication and the Duty to Decide', *Georgetown Law Journal* (94) 2005, p. 121-82, <http://ssrn.com/abstract=877002>.
Oldfather 2006
C.M. Oldfather, 'Remedying Judicial Inactivism: Opinions as Informational Regulation', *Florida Law Review* (58), 2006, p. 743 e.v., <http://ssrn.com/abstract=926537>.
Oliphant 2002
K. Oliphant, 'Multy-party actions' (bespreking van Ch. Hodges, *Multi-party actions*, Oxford University Press, 2001), *the Modern Law Review* 2002, p. 304-5.
Oranje & Henquet 2004
D.J. Oranje & Th.S.M. Henquet, 'Collectieve actie in corporate litigation', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 339-358.

Parker 1999
Ch. Parker, *Just Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Pearce 2004
R.G. Pearce, 'Redressing Inequality in the Market for Justice: Why Access to Lawyers Will Never Solve the Problem and Why Rethinking the Role of Judges Will Help', *Fordham Law Review* (73) 2004, p. 969-80.

Perino 2006
M.A. Perino, 'Markets and Monitors: The Impact of Competition and Experience on Attorneys' Fees in Securities Class Actions', *St. John's Legal Studies Research Paper No. 06-0034*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=870577>.

Peters 1997
C.J. Peters, 'Adjudication as Representation', *Colum.L.Rev.* (97) 1997, p. 312 e.v.

Peysner 2004
J. Peysner, 'The Future of Funding litigation', *The L. Soc'y Gaz.*, 2004, 101 (17), 22.

Pissott Reigh e.a. 2005
L. Pissott Reig, Ch.E. Erway III & B.P. Sharkey, 'The Class Action Fairness Act of 2005: Overview, Historical Perspective, and Settlement Requirements', *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 2005, p. 1087-100.

Polak 2006
M.V. Polak, 'Iedereen en overall? Internationaal privaatrecht rond 'massaclaims'', *NJB* 2006, 2346-55.

Posner 1993
R.A. Posner, 'What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)', *Supreme Court Economic Review* (3), 1993, p. 1-41.

Posner 1996
R.A. Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996.

Posner 1998
R.A. Posner, 'Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law', *Stanford Law Review* (50) 1998, p. 1551-75.

Priest 1997
G.L. Priest, 'Procedural versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions', *The Journal of Legal Studies* (26) 1997, p. 521-73.

Rapport Borghouts
Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid. Eindrapport. Aanbevelingen over financiële tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten*, Den Haag, december 2004.

Rawls 1971
J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971.

Van Regteren Altena 2005
P.N. van Regteren Altena, 'De collectieve afwikkeling van de Des-zaak in Nederland', in: Van Mierlo e.a. (red.), *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, NVvP, Den Haag: BJu, 2005, p. 27-35.

Resnik 1982
J. Resnik, 'Managerial Judges', *Harv.L.Rev.* (96) 1982, p. 374-448.

Resnik 2000
J. Resnik, 'Trial as error, jurisdiction as injury: transforming the meaning of article III', *HVLR* (113) 2000, p. 924-1038.

Resnik 2003
J. Resnik, 'For Owen m. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication', *U. Miami L. Rev.* (58) 2003, p. 173-200.

Rhode 2003
D.L. Rhode, Equal Justice Under Law: Connecting Principle to Practice, *Wash.U.J.L. & Pol'y* (12) 2003, p. 47 e.v.

Rice & Davis 1999
J.F. Rice & N.W. Davis, 'The Future of Mass Tort Claims: Comparision of Settlement Class Action to Bankruptcy Treatment of Mass Tort Claims', *South Carolina Law Review* (50) 1999, p. 405-61.

RMO-rapport 2004
Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, *'Toegang tot het recht',* Advies 32, Den Haag 2004.

Rosenberg 1984
D. Rosenberg, 'The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System', *Harv.L.Rev.* (97) 1984, p. 849 e.v.

Rosenberg 1987
D. Rosenberg, 'Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means', *Ind.L.J.* (62) 1987, p. 561 e.v.

Rosenberg 1989
D. Rosenberg, 'Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master', *B.U.L.Rev.* (69) 1989, p. 659 e.v.

Rosenberg 2000
D. Rosenberg, 'Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't', *Harv.J.Legis.* (37) 2000, p. 397-402.

Rosenberg 2002
D. Rosenberg, 'Response. Mandatory-litigation class action: The only option for mass tort cases', *Harv.L.Rev.* (115) 2002, p. 831-97.

Rosenberg 2002a
D. Rosenberg, 'The Regulatory Advantage of Mass Tort Class Action' in: W. Kip Viscusi e.a. (red.), *Regulation trough Litigation*, Washington DC: Brookings Institution Press 2002, p. 244-304.

Rosenthal 1974
D. Rosenthal, *Lawyer and Client: Who's in Charge?*, New York: Russell Sage Foundation, 1974.

Rosier 2002
E.J.M. Rosier, 'Een kudde belastingplichtigen en hun rechtsbescherming', *WFR* 2002, p. 965-68.

Rothstein & Willging 2005
B.J. Rothstein & T.E. Willging, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*, Washington DC: Federal Judicial Center, 2005.

Rowe 2003
T.R. Rowe, Jr., Shift Happens: 'Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms From Class Actions', *Duke J.Comp. & Inter.L.* (13) 2003, p. 125-49.

Rubenstein 2001
W.B. Rubenstein, 'A Transactional Model of Adjudication', *Geo.L.J.* (89) 2001, p. 371-438.

Rubriek Developments 1976
'Rubriek Developments – Three theories of the class actions', *Harv.L.Rev.* (89) 1976, p. 1329-644.
Rutherglen 2002
G.A. Rutherglen, 'Future Claims in Mass Tort Cases: Deterrence, Compensation and Necessity', *Virginia Law Review* 2002, p. 9-10, <http://ssrn.com/abstract=311882>.
Rutherglen 2005
G.A. Rutherglen, 'The September 11ht Victim Compensation Fund and the Legacy of the Dalkon Shield Claimants Trust', *University of Verginia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, 2005, *paper 20*, <http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art20>.

Saks & Blanck 1992
M.J. Saks & P.D. Blanck, 'Justice Improved: The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts', *Stan.L.Rev.* (44) 1992, p. 815 e.v.
Sarat & Felstiner 1989
A.Sarat & W.L.F. Felstiner, 'Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office', *Yale L.J.* (98) 1989, p. 1663-88.
Sautter 2005
E. Sautter, 'The new rules on e-disclosure', *New Law Journal* 2005, p. 1618-20.
Schäfer & Ott 2005
H.-B. Schäfer & C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. überarbeitete Auflage, Berlin: Springer 2005.
Van Schellen 1988
J. van Schellen, 'Wat wil de Hoge Raad?', in: M.S. Bijleveld (red.), *Recht vooruit: Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988.
Schuck 1987
P.H. Schuck, 'Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts', Belknap Press of Harvard University Press, 1987.
Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976
K. Schuyt, K. Groenendijk & B. Sloot, *De weg naar het recht : een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening*, Deventer: Kluwer 1976.
Seymour 2006
J. Seymour, 'The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective', (bespreking van R.P. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective,* Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2004), *The Cambridge Law Journal* 2006, p. 236-9.
Shapiro 1998
D. Shapiro, 'Class Actions: The Class as Party and Client', *Notre Dame L. Rev.* (73) 1997-1998, p. 913-62.
Shapland e.a. 1998
J. Shapland, A. Otternburn, N. Cantwell, C. Corré, L. Hagger, *Affording Civil Justice*, The Law Society 1998.
Silver 2000
Ch. Silver, 'Class actions-Representative Procedures', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume VII. Civil and Criminal Procedure*, Chelten-

ham: Edward Elgar, 2000, nr. 7600, p. 194-240, <http://users.ugent.be/~gdegeest/7600book.pdf>.

Silver 2003

Ch. Silver, 'We're scared to death: Class certification and blachmail', *NewYork University Law Review* (78) 2003, p. 1357-430.

Simon 1998

W.H. Simon, *The practice of justice : a theory of lawyers' ethics*, Cambridge: Harvard University Press 1998.

Smit 1989

V. Smit, 'Theory, Experiment and Economics', *Journal of Economic Perspectives* (3) 1989, p. 151-69.

Smit 1991

V. Smit, 'Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology', *Journal of Political Economy* (99) 1991, p. 877-97.

Smith 1982

V. Smith, 'Microeconomic Systems as en Experimental Science', *American Economic Review* (72) 1982, p. 923 e.v.

Smits 1996

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure: over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht* (diss. Leiden), 1996.

Snijders, Ynzonides & Meijer 2002

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2002.

Snijders 2003,

H.J. Snijders, 'They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1696-707.

Solomon 1997

P.A. Solomon, 'Note: Are Mandatory Class Actions Unconstitutional?', *Notre Dame L. Rev.* (72), 1997, p. 1627e.v.

D'Souza 1991

L. D'Souza, 'An experiment in informal justice: the small claims tribunal of Singapore', *S.Ac.L.J.* (3) 1991, p. 264-84.

Spiegel 1994

S.A. Spiegel, 'Settling Class Action', *U.Cin.L.Rev.* (62) 1994, p. 1565 e.v.

Spier 1990

J. Spier, *Sluipende schade* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

Spier 2001

K.E. Spier, 'The Use of 'Most-Favored-Nation' Clauses in Settlement of Litigation", 2001, <http://ssrn.com/abstract=289016>.

Struycken 2001

D.W.C.L. Struycken, 'English civil procedure two years after the Woolf reforms', *TCR* 2001, p. 59-65.

Sunstein 2000

C.R. Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press 2000.

Surti 2005

J. Surti, 'Defensive pre-action', *New Law Journal* 2005, p. 1569.

Task Force-rapport
Task Force, *Better Routes to Redress*, <http://www.brc.gov.uk/downloads/pdf/betterroutes.pdf >.

Task Force-rapport 2001
'Third Circuit Task Force Report on Selection of Counsel', *Temp. L.Rev.* (74) 2001, p. 689 e.v.

Trangsrud 1989
R.H. Trangsrud, 'Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent', *U.Ill.L.Rev.* (1989) 1989, p. 69 e.v.

Tribe 1971
L.H. Tribe, 'Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process', Harvard Law Review, (84) 1971, p. 1329-93.

Tzankova & Weterings 2002
I.N. Tzankova & W.C.T. Weterings, 'Lessen uit het buitenland met betrekking tot procedurele normering van de personenschaderegeling', *TVP* 2002, p. 129-32.

Tzankova & Weterings 2003
I.N. Tzankova & W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims: een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden tot structurering van het proces van buitengerechtelijke afwikkeling van personenschadeclaims in Nederland aan de hand van procedurele normen en andere instrume*, Den Haag: BJu 2003.

Tzankova 2001
I.N. Tzankova, 'De Civil Procedure Rules en de pre-action protocols van Lord Woolf', *TVP* 2001, p. 1-12.

Tzankova 2004
I.N. Tzankova, 'Afwikkeling van massaschade', p. 104-20, in: Barendrecht e.a. 2004.

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

Uitgebalanceerd 2006
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: BJu 2006.

Ulen 2000
T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics* , Cheltenham: Edward Elgar, 2000, nr. 710, p. 790-818, <http://users.ugent.be/~gdegeest/0710book.pdf>.

Vairo 2003
G.M. Vairo, 'Mass Torts Bankruptcies: The Who, the Why, and the How', *Loyola-LA Public Law Research Paper No. 2003-21*, <http://ssrn.com/abstract=454340>.

Vairo 2005
G.M. Vairo, 'The Class Action Fairness Act of 2005: A Review and Preliminary Analysis', in: D.R. Coquillette, G.P. Joseph, S. Schreiber, J. Solovy, G.M. Vairo (red.), *MOORE'S FEDERAL PRACTICE,* Matthew Bender & Co. Inc., forthcoming, te raadplegen via <http://ssrn.com/abstract=806405>.

Vairo 2005a
G. Vairo, 'Why Me? The Role of Private Individuals in Complex Claims Resolution', 2005, <http://ssrn.com/abstract=671861>.
Verburgh 1974
M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang : verdediging van kollektieve belangen via de Nederlandse burgerlijke rechter* (oratie Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1974.
Visscher 2005
L.T. Visscher, Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadrecht, (diss. Rotterdam), Rotterdam 2005.
Vranken 1999
J.B.M. Vranken, 'Verantwoordelijk procederen, pre-advies', *NVvP* 1999, p. 53-65.

Walker & Monahan 1998
L. Walker & J. Monahan, 'Sampling Damages', *Iowa L. Rev.* (83) 1998, p. 545-68.
Wansink 2002
J.H. Wansink, 'De verzekering bij aansprakelijkheid bij rampen', in: Akkermans & Brans 2002, p. 129-43.
Weinstein 1995
J.B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Northwestern University Press, 1995.
Welsh 2001
N. Welsh, 'Making deals in court-annexed mediation: what justice got to do with it?', *Washington University Law Quarterly* 2001, p. 787-861.
Welsh 2002
N. Welsh, 'Disputants' decision control in court-annexed mediation: a hollow promise without procedural justice', *Curators of the University of Missouri Journal of Dispute Resolution* 2002, p. 179-92.
Welsh & Montgomery 1997
N.A. Welsh & A. Montgomery, 'Grappling the Monster Case: The Next Frontier in ADR', *Bench and Bar of Minnesota* (54) 1997, p. 21-3.
Weterings 2004
W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims: een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2004.
White 2004
M.J. White, 'Asbestos and the Future of Mass Torts', Journal of Economic Perspectives (18) 2004, p. 183-204, <http://www.econ.ucsd.edu/~miwhite/p183.pdf>.
Wilde 1981
L.L. Wilde, 'On the Use of Laboratory Experiments in Economics', in: J.C. Pitt (red.), *Philosophy in Economics*, Boston: D. Reidel 1981, p. 137-48.
Willging 2000
T.E. Willging, 'Beyond maturity: mass tort case management in the manual for complex litigation', *University of Pennsylvania Law Review* 2000, p. 2225-61.
Willging e.a. 2000
T.E. Willging, L.L. Hooper, M. Leary, D. Miletich, R.T. Reagan, J. Shapard, *Special Masters' Incidence and Activity: Report to the Judicial Conference's Advisory Committee on Civil Rules and Its Subcommittee on Special Masters*, FJC, 2000: <http://www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf>.

Willging, Hooper & Niemic 1996
Th. Willging, L.L. Hooper & R.J. Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal Districts Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, Federal Judicial Center 1996.

Van Willigenburg & Tzankova 2005
Van Willigenburg & Tzankova, 'Een buitenlandse blik op 'Een nieuwe balans'', *TCR* (13) 2005-2, p. 27-31.

Wolfman & Morrison 1996
B. Wolfman & A.B. Morrison, 'Representing the Unrepresented in Class Actions Seeking Monetary Relief', *N.Y.U.L.Rev.* (71) 1996, p. 439 e.v.

Lord Woolf 1995
H.K. Woolf, *Access to Justice: interim report to the Lord Chancellor on the civil justice in England and Wales,* London: HSMO 1995, <http://www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm>.

Woolley 1997
P. Woolley, 'Rethinking the Adequacy of Adequate Representation', *Tex.L.Rev.* (75) 1997, p. 571 e.v.

Wootton 2002
J. Wootton, 'Comment', in: W. Kip Viscusi (red.), *Regulation throught litigation*, Washington DC: Brookings Institution Press 2002, p. 304-9.

Yeazell 1987
S.C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven: Yale University Press 1987.

Yngvesson & Hennessey 1975
B. Yngvesson & p. Hennessey, 'Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature', *Law & Society Review* (10) 1975, p. 219-74.

Zander 2003
M. Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, London: LexisNexis 2003.

Zucherman 1999
A.A.S. Zucherman: 'Justice in Crisis: 'Comparative Dimensions of Civil Procedure', in: Zuckerman (red.): *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999, p. 6-12.

Lijst van geraadpleegde websites

<http://bennelson.senate.gov/documents/CRS/Asbestos/CRS_AsbestosBill.pdf>

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/>

<http://users.ugent.be/~gdegeest/7600book.pdf>

<http://www.abanet.org/cpr/mcjc/toc.html>

<http://www.abanet.org/litigation/home.html>

<http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/vademecum.asp>

<http://www.aon.com/about/publications/pdf/aon_risk_bulletin/pu_2005_03_arb_aon_risk_bulletin_037.pdf>

<http://www.apil.com/index.php>

<http://www.asbestslachtoffers.nl//overias.html>

<http://www.atra.org/>

<http://www.brc.gov.uk/downloads/pdf/betterroutes.pdf>

<http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/about/default.htm>

<http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/edr/cases.htm>

<http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/library/articles/PI_claims.htm>

<http://www.cedr.co.uk/index.php?location=/news/press/20020718.htm>

<http://www.classactionlitigation.com/>

<http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm>

<http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm>

<http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm>

<http://www.exlloydsnames.com/FAIR_Act_Bates.pdf>

<http://www.fjc.gov/>

<http://www.guythomas.org.uk/compensation/betterroutes.php>

<http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm>

<http://www.houthoff.com/nl-nl/content.aspx?cid=2971&mid=4&aid=20>

<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/facdir.php?id=58&show=bibliography>

<http://www.lawsociety.org.uk/home.law>

<http://www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guidance/view=article.law?POLICYID=257086>

<http://www.lawyersandsettlements.com/>

<http://www.legalservices.gov.uk/docs/stat_and_guidance/commencement_order.pdf>

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=24967&print=1>

<http://www.nber.org/>

<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/us01000_.html>

<http://www.omm.com/webdata/content/publications/client_alert_class_action_2002_09_25.htm>

<http://www.philipmorrisusa.com/en/legislation_regulation/tsa.asp>

<http://www.rand.org/>

<http://www.uscourts.gov/rules/rulesenablingact.html#2072>

<http://www.web-access.net/~aclark/frames45.htm>

<www.ssrn.com>

Trefwoordenregister

(de nummers verwijzen naar (sub)paragrafen in de tekst)

A

ADR | 3.8.1-2, 3.9, 3.9.3, 4.5.6, 4.7.2, 4.8.1, 4.9.3, 5.2.6, 6.1, 6.3

advocaten (*zie ook* belangenbehartigers, (lead) solicitor en (lead) councel) | 2.1.2, 2.2.1-2, 3.4.1, 3.6.1-2, 3.9.1, 4.2.1, 4.5.3, 4.7.3, 4.8.2-4, 4.9.1, 5.2.3, 5.2.8-9, 5.3.1, 6.5

agency costs | 4.5.3, 4.7.2-3

American rule | 4.7.1, 4.9.1, 5.2.9

asymmetrie
- informatieasymmetrie | 1.3.1, 1.5, 1.7, 5.1, 5.3.2
- investeringsasymmetrie | 4.3.1, 4.5.5, 4.7.2, 4.9.1, 5.2.1, 5.2.5, 5.2.8

B

belangenbehartigers | 4.7.2, 4.8.2, 4.9.1, 5.2.2-4, 5.2.6, 5.2.8-9, 5.3.1, 6.2, 6.4, 6.5

C

case management (*zie ook* rechter) | 3.2.3-4, 3.6.2, 3.9.2-3, 4.5.2, 4.5.6, 4.7.2, 4.8.1-5, 4.9.2, 5.2.2, 5.2.7, 5.2.10, 5.3.1, 6.3

class action
- damages class action | 4.4.1-2, 4.5, 4.5.4
- limited fund class action | 4.4.1-2, 4.5.4

class settlement *zie* collectieve schikking, settlement en misbruikgevaar

class vertegenwoordiger | 4.2.2, 4.4.2, 4.5.2-3, 4.5.6, 4.6.4, 4.7.2, 4.8.2, 5.2.2

Class Action Fairness Act (CAFA) | 4.1, 4.5.2-3, 4.7.2, 6.6

collectieve schikking (*zie ook* settlement en misbruikgevaar) | 1.1, 3.8.1, 3.9.3, 4.1, 4.2.1, 4.4.1-2, 4.5.4, 4.7.1-2, 4.8.1, 4.8.5, 4.9.3, 5.2.2-4, 5.2.6-7, 5.2.9-10, 5.3.2, 6.3-4

comparitie *zie* preprocessuele comparitie

conditional fee agreement *(zie ook* no cure no pay) | 2.5.3, 3.4.5, 3.7, 3.7.1-2, 3.9.1-2

(lead) counsel (*zie ook* advocaten, belangenbehartigers en (lead) solicitor) | 3.6.2, 5.2.4, 5.2.8-9, 6.2

D

day in court | 4.5, 4.5.1, 4.5.4, 4.5.6, 4.6.3-4, 4.7.2-3, 4.9.2

damage scheduling | 5.2.2-5, 5.2.8, 5.3.2, 6.5

deterrence *zie* preventie

E

empirisch onderzoek | 1.9, 3.7.2, 4.5.4, 4.7.2-3, 5.2.10

English rule | 4.7.2, 5.2.6

F

faillissement | 4.7.2, 4.9, 5.2.10

fondsvorming | 5.2.10, 6.2

free rider | 1.3.1, 1.5, 1.7, 3.2.1, 3.4.5, 3.9.2, 5.1, 5.2.1-2, 5.2.4, 5.3.3, 6.1, 6.6

K

kort geding (*zie ook* preliminair inhoudelijk oordeel en summary judgment) | 6.4

kosten (*zie* American rule and English rule) 4.5.2-5, 4.6.4, 4.8.2-3, 4.8.5, 4.9.2-3, 5.2.3-5, 5.2.9-10, 5.3.1, 6.3
kostendeling | 3.4.5, 3.9.1, 5.2.2, 5.2.4
kosten-baten | 1.1, 1.8, 3.2.3, 3.4.2, 3.5.2, 3.7, 4.4.1, 4.5.5
kwantitatieve methoden (*zie ook* sampling) | 4.6.3-4, 5.2.5, 5.3.1, 6.5
kennisgevingsvoorschrift (*zie ook* notice) 4.4.2, 4.5.1, 4.5.3-4, 4.6.1, 4.6.4, 4.9.2, 5.2.3, 5.2.5, 5.3.1, 6.2

L

Legal Aid (*zie ook* rechtsbijstand) | 2.2.1, 2.2.3, 3.5.1, 3.6.2, 3.7.1

M

managerial judging | 4.7.2, 4.8.2, 4.8.5
massaschade
- gefixeerde massaschade | 1.2, 1.3.1, 3.5.1, 3.6.2, 4.9.3, 5.2.10
- sluipende massaschade | 1.2, 1.3.2, 3.2.5, 3.5.2, 4.5.2, 4.6.3-4, 4.7.2, 4.8.3-4, 4.9, 5.2.6, 5.2.10
- strooischade | 1.1, 1.2, 4.3.1, 4.3.3, 5.2.3

media (*zie ook* publiciteit) | 3.6.1, 5.2.1, 5.2.3
mediation (*zie ook* ADR en special master) | 3.8.1-2, 5.2.6-7
Manual for Complex Litigation (MCL) | 4.2.1, 4.8.3, 5.2.2, 6.3
misbruikgevaar | 3.7.2, 4.7.2, 5.2.6, 5.2.9, 6.4
motion to dismiss | 4.8.3, 5.3.1, 6.4

N

no cure no pay (*zie ook* conditional fee agreement) | 2.5.2, 3.4.5, 3.7.2, 3.9.1, 4.5.3, 4.7.1, 4.8.2, 4.9.1, 5.2.8-10, 6.4
notice (*zie ook* kennisgevingsvoorschrift) | 4.4.2, 4.5.1, 4.5.4-6

O

one shooters | 2.2.3, 4.3.1
opt in | 1.5, 1.7, 3.3, 3.4.3, 3.4.5, 3.9.2, 4.4.3, 5.2.3-4
opt out | 1.5, 2.2.1, 3.4.3, 4.2.1, 4.3.2, 4.4.3, 4.5.1, 4.5.4-6, 4.6.4, 4.7.3, 4.9.2, 5.2.4, 5.2.6, 5.3.2, 6.2

P

partijautonomie | 4.5.6, 4.6.2-3, 4.7.3, 5.2.2, 5.2.4-7, 6.2
pers *zie* media
pre-action protocol | 3.2.2, 3.4.4, 3.8.2, 3.9, 3.9.3, 5.2.10
preliminair inhoudelijk oordeel | 4.4.1-2, 4.7.2, 4.9.1, 5.2.6-7, 6.4
preprocessuele comparitie | 4.8.3, 5.2.3, 5.2.6-7, 6.2, 6.5 (*zie ook* regiezitting)
preventie/preventieve werking (*zie ook* deterrence) | 2.5.1, 4.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.3, 4.5.4, 4.6.3, 4.7.3, 5.2.1, 5.2.5, 5.2.10
proceskosten *zie* American rule en English rule
proceskostenveroordeling (*zie ook* American rule en English rule) | 1.3.1, 3.7.1, 4.9.1, 5.2.9, 6.4
publiciteit (*zie ook* media) | 3.4.3, 3.8.1, 5.2.3, 5.2.6-7, 6.4

R

rechter
- actieve rechter (*zie ook* managerial judging) | 3.2.2, 3.6.1, 3.7.2, 3.9.3, 4.6.4, 4.8.1-2, 4.9.2, 5.2.2, 5.2.7
- kostenrechter | 5.2.9

repeat players | 2.2.3, 4.3.1
rechtsbijstand/rechtshulp (*zie ook* Legal Aid) | 2.2.1-3, 3.6.2, 3.7, 3.7.1, 3.7.3, 3.9.1, 4.3.1, 5.2.3
rechtsbijstandverzekerings(branche) | 2.5.2, 5.2.9, 6.4, 6.5
rechtsgelijkheid | 1.3.1, 4.3.1-2, 4.5.5, 5.2.5, 5.3.2, 6.1, 6.6
rechtseconomie | 1.9, 1.10, 4.3.3
rechtsontwikkeling | 5.2.6
rechtszekerheid | 4.1, 4.3, 4.3.2, 4.6.3, 5.2.1, 5.2.5
regiezitting | 5.2.3, 5.2.6, 6.2, 6.5
res judicata | 3.4.4, 4.5.1, 5.3.3

S

sampling (*zie ook* kwantitatieve methoden) | 4.6.3-4, 4.8.3, 5.2.2

schadevergoeding | 1.3.1, 3.2.1, 3.8.1, 4.3.3, 4.5.2-3, 4.6.3, 4.8.3-4, 4.9.3, 5.2.1, 5.2.4-5, 5.2.10, 5.3.1

settlement
- blackmail settlement | 4.7.2
- sell-out settlement en sweetheart settlement | 4.4.2, 4.7.2
- settlement class en settlement only class | 4.4.2, 4.7.2, 5.2.6

(lead) solicitor | 3.3, 3.4.1, 3.4.5, 3.6, 3.7.1, 3.9.2

special master (*zie ook* ADR en mediator) | 4.8.4, 5.2.7, 6.3

statistieken *zie* kwantitatieve methoden en sampling

subclass | 4.5.5, 4.8.3, 5.2.10, 5.3.1

success fee (*zie ook* no cure no pay) | 3.7.2

summary judgement (*zie ook* preliminair inhoudelijk oordeel en kort geding) | 3.8.1

superiority *zie* voorkeurstest

T

test case | 3.2.3, 3.3, 3.4.3-5, 3.5.1-2, 3.8.1, 3.9.2, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.3

transactiekosten (*zie ook* kosten) | 1.3.1-2, 1.5, 1.7, 1.10, 5.1, 5.2.8, 5.2.10, 5.3.1, 6.1, 6.6

voorkeurstest | 4.4.2, 4.5, 4.5.5-6, 5.2.6-7, 6.4

Bibliotheek K. U. Brabant
17 000 01631658 1