

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***I.N. Tzankova, Toegang tot het
recht bij massaschade***

*Dissertatie Universiteit van Tilburg 2007,
handelseditie verschenen in de serie Recht en
Praktijk, Kluwer, nr. 150, xii + 227 blz.*

W.H Van Boom

*Published in
WPNR, 2008, p. 97-106.*

I.N. Tzankova, **Toegang tot het recht bij massaschade**, dissertatie Universiteit van Tilburg 2007, handelseditie verschenen in de serie **Recht en Praktijk**, Kluwer, nr. 150, xii + 227 blz.

W.H. van Boom

(deze recensie verscheen in WPNR (2008) 6740, p. 97-106; de oorspronkelijke paginanummering is tussen haken [xx] aangegeven.)

[97]

1. Conclusie

Op vrijdag 30 maart 2007 verdedigde de auteur aan de Universiteit van Tilburg deze dissertatie.¹ Het is een opmerkelijk boek, dus ik begin ook maar opmerkelijk: met conclusies. Net als haar vorige boek, 'Strooischade – Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen', heeft ook dit boek van Tzankova mij aan het denken gezet. Het strooischade-boek was voor mij een 'portal', een toegangspoort tot literatuur en gedachtenvorming van met name Duitse, Engelse en Amerikaanse oorsprong die mijn ideeën over de plaats en functie van privaatrecht verder hebben gevormd. Ik heb er kortom veel aan gehad. Dat geldt ook voor dit boek, en voor mij hoeft een boek niet meer te doen om geslaagd te zijn. Mijn conclusie is dus eenvoudig: geslaagd. Dat ik hierna ook kritische geluiden zal laten horen, doet niet af aan mijn waardering voor de intellectuele stimuli die (ook) dit boek mij gaf.

2. Massaschade in het privaatrecht

Het boek gaat over 'massaschade' en 'massale zaken', maar veel ruimte besteedt de auteur niet aan de definitie van beide begrippen. Grote aantallen benadeelden die een geschil hebben met een beperkt aantal normschenders, waaraan soortgelijke feitelijk en juridische vragen ten grondslag liggen, dat is kort gezegd het object van onderzoek. Genoemd worden dossiers als Enschede, Volendam, Dexia, asbestschade, schade door roken, maar ook een geschil tussen een kabelexploitant en consumenten over de hoogte van het abonnementsgeld.² Het laatste voorbeeld kan ik minder goed plaatsen, want uit het vervolg van het boek blijkt dat het toch vooral gaat om het verhalen van geleden *schade*, en dus om het bereiken van toegang tot schadevergoeding na gepleegd onrecht. Collectieve acties over bijvoorbeeld de kwaliteit van dienstverlening, met instrumenten als gebods- en verbodsactie, komen slechts zijdelings aan de orde.

Het voorbeeld over asbestschade (Tzankova schaaft dit onder 'sluipende massaschade') vind ik ook problematisch want het begrip 'asbestschade' is bijzonder onbepaald. Ik zie dan heel veel verschillende dossiers voor mij: verschillende producenten, werkgevers, ziektebeelden, tijdsperiodes en bijbehorende zorgvuldigheidsmaatstaven, causaliteits- en verjaringsvraagstukken. 'De' asbestschade bestaat vanuit het aansprakelijkheidsrecht bezien niet, en het is dus niet verwonderlijk dat de mate van toegang tot schadevergoeding bij asbestschade

¹ De handelseditie van het proefschrift wijkt in twee opzichten af van de proefschrift editie: het voorwoord is afwijkend en de engelstalige summary ontbreekt.

² Zie woord vooraf en p. 2.

nogal afhangt van het type dossier dat het betreft.³ Bovendien is het uitzonderlijke aan asbestschade in ons land – maar ook in Engeland en de Verenigde Staten – dat er compensatie en/of bijzondere geschilbeslechting van overheidswege of ondersteund door de overheid bij plaatsvindt. Dat is in zekere zin natuurlijk ook een manier waarop toegang tot schadevergoeding wordt gefaciliteerd. Toch zijn die vormen, die het midden houden tussen sociale zekerheid en schadefonds, geen onderwerp van onderzoek. Het boek gaat dus over toegang tot het *private* schadevergoedingsrecht voor *individuen* en het vertrekt daarmee vanuit het geldende regels over aansprakelijkheid, causaal verband en schadevergoeding op individueel niveau. Dat is belangrijk om te onthouden bij het lezen van het boek, want zo komt het niet aan de vraag toe of massaschade van de beschreven typen wel binnen het ('klasieke') privaatrecht afgewikkeld zouden moeten worden.

3. Toegang tot ...

Het boek gaat alleen over wat Tzankova noemt 'substantiële massaschade'. Haar eerdere boek betrof strooischade – waar de schade van individuen kort gezegd zodanig klein is dat zij niet geneigd zijn daarover te procederen – en dat is volgens de auteur principieel verschillend van substantiële schade (die wél groot genoeg is om individuele claims te rechtvaardigen). Ik denk dat de scheiding tussen strooischade en substantiële schade conceptueel verhelderend is maar praktisch veel moeilijker te maken is. Denk bijvoorbeeld aan de 'toxic tort' uit de film *Erin Brockovic*; ik zou het ernstige letsel dat daar speelt niet strooischade noemen, maar feit is wel dat individuen door de complexe causaliteitsvragen, het achterhouden van informatie door verantwoordelijken en andere obstakels (zoals onzekerheid over aansprakelijkheidsvraag) hun substantiële individuele claims óók niet tot hun recht laten komen. De kosten om een claim te substantiëren zijn dan – nog daargelaten de directe kosten van een advocaat – te hoog, tenzij individuen op een of andere wijze de handen ineen kunnen slaan of de honorariumstructuur voor advocaten zodanig is dat deze een grote prikkel krijgen tot voorfinanciering van alle kosten. Het maken van een 'collectieve vuist' verlaagt juist ook de drempel voor individuen en kan daarmee toegang tot schadevergoeding vergroten.

Maar aangenomen dat er een principieel verschil is tussen strooischade en substantiële massaschade omdat het bij substantiële massaschade loont om te claimen, wat is bij die schadesoort dan eigenlijk het probleem als de 'individuele kosten-baten analyse' (p. 3) zo uitpakt dat claimen loont? Vanuit de individuele benadeelde bezien is er dan wellicht geen onoverkomelijk probleem, maar vanuit maatschappelijk oogpunt is natuurlijk eenvoudig te [98] bedenken dat afwikkeling per individu kostbaar is en dat collectieve afwikkeling een besparing kan opleveren op directe administratiekosten (ook wel systeemkosten genoemd), zoals kosten van rechtshulpverleners en rechterlijke macht.⁴ Misschien levert het ook nog besparing op in termen van minder psychische belasting van benadeelden. Al deze kosten schaarft Tzankova onder de noemer 'transactiekosten' en zij onderzoekt of reductie ervan mogelijk is.

³ Overigens blijkt op p. 114 nt. 199 (en op p. 167) kennelijk ook dat zelfs in de Verenigde Staten consolidatie van asbestclaims tot een class action een brug te ver was. Als dat zo is, waarom wordt het asbestdossier dan geopperd?

⁴ L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht (diss. EUR)*, Den Haag: BJU 2005, p. 26-27.

4. Onderzoeksvraag, methode en drie 'proxies'

Tzankova stelt in haar boek drie aandachtspunten centraal: reductie van transactiekosten, het free rider probleem, en rechtsgelijkheid. De transactiekosten besprak ik al kort. Free rider problematiek doet zich bij massaschade bijvoorbeeld voor als een individuele claimant de kosten van een proefproces draagt, maar vervolgens ook anderen de vruchten plukken van een gunstige uitkomst. Ik merk op dat dit tot op zekere hoogte een kenmerk is van álle rechtspraak; zo effende elke uitspraak in een individuele aandelenleasezaak het pad voor de volgende. Het doet zich in uitvergroete mate voor als een regeling van collectieve afwikkeling onbegrensde in- en uitstapmogelijkheden kent: rationele benadeelden stappen in vanaf het moment dat de kansen op een gunstige uitkomst groot lijken en zij stappen uit vanaf het moment dat de kansen keren.

Het punt van rechtsgelijkheid valt voor Tzankova uiteen in de borging van soortgelijke uitkomsten voor soortgelijke benadeelden (en verweerders, zou ik menen) enerzijds en in de borging van gelijke verdeling van een beperkt fonds. Bij massaschadegevallen waarin een beperkte verzekerde som beschikbaar is, is het dus des te belangrijker om de transactiekosten te reduceren zodat meer overblijft voor de benadeelden (p. 6). Ik ben dat geheel met Tzankova eens, maar ik laat toch alles wat zij schrijft over limited fund-problematiek hierna buiten beschouwing omdat het n.m.m. een grondige analyse vergt van verdeling van schaarse vermogensbestanddelen (of zelfs van schulden). Daarvoor is nodig dat men in elk geval de beginselen van insolventierecht – i.e., de afwikkeling van een afgescheiden, beperkt vermogen onder rechthebbenden via een aangewezen monopolist (curator) onder rechterlijk toezicht (RC) en onder toezicht van repeat player crediteuren – ook in de analyse betreft (en misschien ook wel andere relevante verdelingsmechanismen, zoals bijvoorbeeld rangregeling bij beslag, de dispache bij avarij-grosse en de verdeling van beperkt fonds bij aansprakelijkheidsbeperking). Dit is een dissertatieonderzoek op zich; ik denk dat Tzankova het beter buiten beschouwing had kunnen laten, want het komt voor mijn gevoel niet goed uit de verf.

Tegen de achtergrond van de genoemde drie aandachtspunten stelt Tzankova als 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 afdoening om die reden een te prefereren afwikkelingsmethode?' Daarbij wordt aangekondigd een analyse van het begrip 'toegang tot het recht', een gerichte analyse van twee relevante buitenlandse rechtstelsels en een vervolganalyse van deze stelsels op hun 'score' wat betreft reductie van transactiekosten, aanpak van het free rider probleem en borging van gelijkheid van benadeelden, mede in het licht van mogelijke neveneffecten. Het aanbrengen van deze 'score' is naar ik aanneem de operationalisering van het begrip 'beter' in de onderzoeksvraag: als een rechtstelsel transactiekosten reduceert, free riders aanpakt en benadeelden gelijk behandelt, is het een beter rechtstelsel. Dat lijken mij drie goede 'proxies' van 'beter recht' in de zin van recht dat meer vergoeding oplevert.

Bescheiden is de auteur overigens in de doelstelling van het onderzoek: het zou al mooi zijn, zo stelt zij, als er overeenstemming zou ontstaan over welke thema's wel en niet essentieel zijn voor adequate afwikkeling (p. 31).

Het boek is niet beschrijvend maar 'thematisch' opgezet (p. 77, p. 135), zodat geen uitgebreide beschrijving van Engels en Amerikaans procesrecht wordt gegeven. Wat methodologische verantwoording betreft, deze is summier. Voor rechtsvergelijking en de keuze voor Engeland en de Verenigde Staten wordt verwezen (p. 8) naar Tzankova's eerdere boek. Dat ging echter over strooischade en het bekeek o.a. ook

Duits recht. Hier is de keuze voor Engels en Amerikaans recht ingegeven door de zeer verschillende processuele benaderingen – wie denkt dat Engeland en Amerika veel gemeen hebben op het punt van class actions komt bedrogen uit! – en de ruime praktijkervaringen in die landen met collectieve schadevergoedingsacties. Dit deed bij mij de vraag rijzen waarom in andere Europese landen tot op heden een ander pad is gekozen. Misschien verwacht men daar meer heil van oplossingen buiten het privaatrecht?

Voor het verwerken van empirische en neoklassieke rechtseconomische inzichten is gekozen omdat deze kort gezegd nuttig en bruikbaar zijn, aldus de auteur (p.9).⁵ Overigens blijkt bruikbaar empirisch materiaal met een lampje te zoeken. Dat is niet verwonderlijk. Neem bijvoorbeeld een kosten/baten analyse: de kosten van collectieve afwikkeling zijn misschien nog wel vast te stellen, [99] maar de (maatschappelijke) baten ervan zijn alleen bij benadering zijn te meten, indien men als het ware een nulmeting kan doen en dus kan zeggen in hoeverre totale transactiekosten zijn gedaald en claimvolume is gestegen. Die informatie is er helaas niet (p. 172-173). Zou de aandelenlease niet een mooie case zijn aan de hand waarvan de maatschappelijke kosten en baten van de WCAM-afwikkeling in kaart gebracht zouden kunnen worden?

5. Engels recht

Het hoofdstuk over Engels recht vond ik verhelderend en geruststellend: de Engelsen hebben het ei van Columbus ook nog niet gevonden. De Engelse Civil Procedure Rules (CPR 1999) geven een mogelijkheid tot een Group Litigation Order (GLO). Bij de GLO wordt het beeld opgeroepen van een actieve rechter in een regisseursrol: de rechter kan op verzoek of ambtshalve een GLO uitvaardigen en hij maakt zichzelf daarmee exclusief bevoegd om het massaschadegeval te behandelen. Er wordt een GLO-register bijgehouden waar men zich kan inschrijven (*opt in* dus), er wordt een lead solicitor aangewezen.⁶

Tzankova geeft aan dat de CPR weinig omlijnde criteria aan de rechter geeft om te beslissen tot het al dan niet tot het uitvaardigen van de GLO. Er moet sprake zijn van 'a number of claims giving rise to common or related issues of fact or law' en overwegingen van proceseconomie (p. 44).⁷ Een uitgevaardigd GLO heeft gevolgen voor degenen die zijn ingeschreven in het register, waaronder het res judicata effect. Daarmee is de GLO eigenlijk een geavanceerde voeging van aangebrachte zaken, zo concludeert ook Tzankova op p. 148.

Veel wordt aan de bevoegdheid van de 'managing court' overgelaten, hetgeen op voorhand onzekerheid schept. Uit de geconsolideerde zaken *kan* een test case worden gekozen, de rechter *kan* de kosten verdelen onder alle ingeschreven (p. 47-48). In beginsel moeten zij delen in de 'common costs' gemaakt tot het moment dat zij uitstappen; bij later instappen moeten ze alsnog delen in de al gemaakte

⁵ Ik vind dat een begrijpelijke beperking, maar wil nog wel opgemerkt hebben dat ik de conclusie die Tzankova over 'behavioural law and economics' (p. 13, nt. 38) verbindt aan het lezen van Russell B. Korobkin en Thomas S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *Cal. L. Rev.* 2000, p. 1144 niet deel. Volgens mij geven deze auteurs helemaal niet toe dat mensen veel vaker rationeel dan irrationeel reageren, althans niet in overeenstemming met het rationele keuze-model zoals neo-classici dat hanteren.

⁶ Voordat een verzoek tot een GLO wordt ingediend, vindt een voortraject plaats via het Multi Party Action Information Service (MPA Service); Practice Direction 19b - Group Litigation, § 2.1. Dit is een instituut van zelfregulering van de Law Society, dat als informatiezuil werkt voor potentiële cliënten.

⁷ Zie CPR Part 19.10 en 19.11.

gemeenschappelijke kosten.⁸ Tzankova constateert dat de benoeming van de lead solicitor en zijn taken nauwelijks wettelijk geregeld is. Als het evenwel om een geval van gefinancierde rechtshulp gaat, bepaalt de Community Legal Service (CLS) wie als solicitor optreedt en daarvoor is dan weer inschrijving bij het Multi-Party Action Solicitors' Panel vereist. Dat panel hanteert kwaliteitscriteria die bijvoorbeeld de administratieve ervaring van de solicitor met het managen van massaschadezaken moeten borgen.⁹ Er is dus een buitenwettelijke drempel voor toelating tot de markt van gespecialiseerde advocaten. Zou dat niet, zo vraag ik mij af, 'kartelvorming' in de hand kunnen werken?

Wat financiering betreft geldt het volgende. Individuen die toegang tot schadevergoeding zoeken, kunnen voor financiering aangewezen zijn op van staatswege gefinancierde rechtshulp. De CLS kan legal aid (toevoeging) verzorgen. Het Engelse toevoegingssysteem is echter in de jaren negentig door zijn hoeven gezakt (advocaten konden kort gezegd zelf beoordelen of de cliënt toevoegingsnoodzaak had, de cliënt droeg geen procesrisico, zwakke claims werden niet uitgefilterd en het gevolg was kennelijk dat veel overheidsgeld in kansloze massaschadeprocessen ging zitten) en toen werd bij de afwikkeling van massaschade ook duidelijk dat gefinancierde rechtshulp hoge kosten voor de overheid met zich bracht. Inmiddels houdt de CLS de hand beter op de knip: een afdeling 'special cases and multi-party actions' bepaalt of een aanvraag gehonoreerd wordt,¹⁰ en zij wendt de schaarse middelen vooral aan voor het financieren van dát deel van de collectieve acties dat antwoorden op 'gemeenschappelijke vragen' kan opleveren (p. 70-71). Interessant zou zijn om nader te onderzoeken hoe in Nederland dit vraagstuk van financiering van massaschadeverhaal aangepakt zal worden.

Legal aid wordt overigens geweigerd als er alternatieve bronnen van financiering zijn. De 'conditional fee arrangement' (CFA) is een dergelijke bron: een sterk gereguleerde honoreringsafspraken waarbij een 'success fee' mag worden afgesproken. Vooraf moeten de proceskansen worden ingeschat ter verantwoording van de hoogte van deze voorwaardelijke honorering. Tzankova beschrijft (p. 62-63) het aanvankelijk weinig succesvolle karakter van de CFA, onder andere omdat na afloop van de procedure nog gesteggeld kon worden over de geldigheid van de CFA, zowel op initiatief van de teleurgestelde cliënt als de wederpartij (sic!). Hoewel er al ingrepen in de CFA regeling zijn gedaan, is het kennelijk ook nu nog geen succesnummer.

Of het idee van de GLO een succes is, blijft ook de vraag. Er staan momenteel zo'n zestig GLO's genoemd op de GLO webpagina van HM Courts Service (variërend van claims wegens kindermisbruik op kostscholen, gedeerde vakantievreugde tot teveel betaalde BTW), maar over kosten en baten van afwikkeling via de GLO is niets bekend (p. 66). Er is dus ook geen bewijs dat GLO's maatschappelijke kosten reduceren en toegang vergroten. Wat Tzankova wel duidelijk maakt, is dat de Engelse wetgever flink experimenteert met gerechtelijke afwikkeling van **[100]** massaschade (p. 69). Financiering van massaschade-procedures met publieke

⁸ Dit vergt overigens een helder onderscheid tussen wat gemeenschappelijke en individuele kosten zijn. Dat ontbreekt nogal eens, zo begrijp ik Tzankova. Zie CPR Part 48.6A (6) en (7); ook hier heeft de 'managing judge' veel vrijheid, hij kan - 'may' – beslissen dat in- en uitstappers in de gemene kosten moeten delen.

⁹ Multi-Party Action Arrangements 2000 van de Legal Services Commission.

¹⁰ Daarvoor geldt dat er een GLO moet zijn uitgevaardigd, er ook zou zijn gesubsidieerd als het een individuele claim was en er sprake is van een publiek belang bij financiering. Het Public Interest Advisory Panel kan daarover adviseren aan de CLS. Dit alles is een uitgebreide administratieve procedure (p. 58-59).

middelen, waarbij de CLS prioriteiten stelt en op die wijze de afwikkeling van massaschade probeert te sturen, is een model dat ook voor ons land het bestuderen waard is.¹¹ De keuze van Tzankova voor Engels recht is daarom een geslaagde: ik heb veel opgestoken van de Engelse ervaringen die Tzankova uiteenzet, zowel wat betreft de juridische bureaucratie rondom de GLO – die is vérgaand – als wat betreft de verhouding tussen publieke en private financiering van rechtshulp – die is moeizaam.

6. Amerikaanse literatuur

Het hoofdstuk over het Amerikaanse regime gaat veel meer over de gedachtenvorming over class actions in de academische literatuur dan over het class action-regime zelf.¹² Lezers die onbekend zijn met het regime, moeten zich elders inlezen.¹³ Uit die literatuur – die uiteraard niet eenduidig is – komt het volgende beeld naar voren. Class actions kan men zien als een integraal onderdeel van privaatrecht dat de onbalans tussen ‘one shooters’ en ‘repeat players’ (p. 83) moet herstellen. Eerstgenoemden staan als individu nu eenmaal op achterstand en de class action vergroot kwaliteit en toegang tot rechtsbijstand, zo is de heldere idee. De uitwerking is helaas minder helder. Amerikaanse procesregels rondom class actions zijn veel gedetailleerder dan de Engelse GLO regels, maar de voorspelbaarheid is evenzeer problematisch.

Het proces vangt aan met het verzoek van een ‘named plaintiff’, uiteraard via zijn advocaat die graag als ‘lead attorney’ wil worden benoemd, tot ‘certification’ van de ‘class’. De ‘class’ moet een duidelijk omlijnde groep individuen betreffen, mag niet te ruim opgezet zijn, de feiten of rechtsvragen die de individuen bindt moet ‘commonality’ vertonen, de plaintiff en zijn advocaat moeten de kwaliteiten bezitten om de class te kunnen vertegenwoordigen en te ‘managen’, de class action moet vanwege de grootte van de groep het aangewezen middel zijn om de zaak via de prototypische claim van de plaintiff aan te brengen (‘superiority’, ‘numerosity’, ‘predominance’ en ‘typicality’ tests). De groepsleden moeten op adequate wijze op de hoogte worden gesteld van de class action, zodat zij desgewenst hun opt-out recht kunnen uitoefenen (p. 86 e.v.).

Als de rechter de class action ontvankelijk verklaart en dus ‘certification’ van de class toewijst, kan in theorie een inhoudelijke behandeling van de zaak aanvangen. Dat gebeurt kennelijk zelden; regel is dat na certificatie een collectieve schikking wordt bereikt die vervolgens ter goedkeuring aan de rechter wordt voorgelegd. Dat heeft mij tot de vraag gebracht wat nu de verklaring is dat certificatie vrijwel altijd tot schikken leidt. Is dat omdat de kansen voor de gedaagde om dan nog te winnen te klein zijn? En zo ja, hoe komt dat dan? Is dat omdat de rechtsregels zo duidelijk zijn

¹¹ Overigens is, om de relevantie te beoordelen van de ingrepen die met de CPR 1999 in het Engelse procesrecht zijn bewerkstelligd, wel nodig om te weten hoe het Engelse civiele proces er voordien voor stond, en die informatie ontbreekt. Ook ontbreekt informatie over de markt voor juridische dienstverlening in Engeland, de inkomsten van advocaten en de gebruikelijke honoreringwijze. Dat mogen details lijken, maar ze zijn denk ik wel van belang voor een goed begrip van de gedragsprikkel die advocaten aan het rechtssysteem ontlent.

¹² Zie ook p. 136, waar samenvattend wordt gesproken van ‘het Engelse stelsel’ en ‘Amerikaanse literatuur’.

¹³ Gelukkig is er N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 195 e.v. Wel geeft Tzankova (p. 77-81) een curieuze leeswijzer voor het bestuderen van Amerikaanse literatuur over het onderwerp class actions, waarbij en passant ook Rachael P. Mulheron, *The class action in common law legal systems : a comparative perspective*, Oxford: Hart Publishing 2004 gerecenseerd wordt.

dat na certificatie partijen er zelf wel kunnen uitkomen? Ik kon het antwoord helaas niet vinden bij Tzankova. Wel is duidelijk dat de certificatieprocedure zelf – hoe gedetailleerd ook in regels neergelegd – complex en onvoorspelbaar is: de ontvankelijkheidsvereisten overlappen elkaar en gedetailleerde regels betekenen niet per definitie betere voorspelbaarheid (p. 91-92).

Het is zelden de class plaintiff en vrijwel altijd de advocaat (c.q. het kantoor) die het initiatief tot class action neemt. Het is een ‘lawyer led’ rechtsmiddel. De rechter benoemt de advocaat aan de hand van rijkelijk vage basiscriteria in de Federal Rules of Procedure, waarbij ervaring van de advocaat met eerdere ‘monsteroperaties’ een pre is. Een class action is een logistieke monsteroperatie, en vanwege het ‘no cure no pay’ honorarium is het ook een enorme investering voor de advocaat (p. 133): hij schiet alle kosten voor, investeert in een onzekere uitkomst en hij wordt rijkelijk beloond als hij succes heeft (of hij eindigt berooid wanneer hij de verkeerde keuzes maakt, zoals John Travolta in de film *A Civil Action*). Het is gewoonweg een zeer risicovolle onderneming en het is goed om zich af te vragen of dit niet ook een andere mentaliteit van advocaten vergt én teweegbrengt. Dit is temeer van belang omdat een zwak punt van de class action lijkt te zijn dat ‘accountability’ van de ‘lead attorney’ tegenover de ‘class’ niet behoorlijk is geregeld (p. 100). Controle van de cliënt – een ‘one shooter’ – over zijn zaak en zijn advocaat is in individuele zaken al problematisch, maar in class actions is het nog zorgelijker (p. 105). Berucht zijn de anekdoten over ‘blackmail settlements’ (gedaagde schikt, niet omdat hij schuld bekent maar omdat de nuisance value van de class action claim te groot is of omdat gedaagde negatieve publiciteit vreest) en de ‘sweetheart settlements’ (advocaat komt voor een relatief laag bedrag snel tot schikking met de gedaagde en int op die wijze snel zijn honorarium, terwijl de groepsleden eigenlijk aanspraak hadden op meer geld). Mogelijke manieren om deze gevaren te ondervangen zijn, aldus Tzankova, strengere rechterlijke controle bij certificatie en bij goedkeuring van het schikkingsresultaat en het advocaten honorarium (p. 115). Hoe groot het gevaar werkelijk is, blijft overigens onduidelijk (p. 117), evenals welke maatregel ertegen het meest effectief [101] zou zijn.¹⁴ Ik kan mij hier voorstellen dat nader vervolgonderzoek toegesneden op de Nederlandse honorariumstructuur en advocatencultuur nuttig is.

De advocaat moet de class op de hoogte stellen van de class action, en dat kan kostbaar zijn. Uitgangspunt is een individuele gerichte kennisgeving. Overigens meent Tzankova dat een aanmerkelijke kostenbesparing kan worden bereikt als deze kennisgeving elektronisch zou mogen plaatsvinden (p. 98-99, p. 176). Ik ben natuurlijk geen deskundige, maar ik betwijfel of emails werkelijk aanmerkelijke kostenbesparingen met zich brengen. De kosten van kennisgeving zijn toch vooral kosten van zoeken en lokaliseren.

Een interessant onderzoek waar Tzankova melding van maakt (p. 99),¹⁵ geeft enig inzicht in de maatschappelijke functie van class actions. In minder dan 1 % van de gevallen waarin een class action wordt gecertificeerd, stappen benadeelden uit. Opt-out wordt dus nauwelijks gebruikt, alhoewel uitstappen sneller gebeurt naarmate de financiële belangen groter zijn. Ik heb mij de vraag gesteld wat hier de oorzaak van

¹⁴ Er wordt kennelijk (p. 118) zelfs voorgesteld om het no cure no pay beginsel te laten varen zodat groepsleden sowieso bijdragen in de kosten van de procedure en aldus groter belang krijgen bij het bewaken van de kwaliteit van de dienstverlening door de advocaat. Bij strooischade lijkt me dat een doodsteek, bij substantiële massaschade een drempelverhogende maatregel voor de toegang tot schadevergoeding.

¹⁵ Theodore Eisenberg en Geoffrey P. Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, SSRN paper 2004.

is. In elk geval lijkt me plausibel dat bij de afwikkeling van strooischade via class action het aantal uitstappers laag is (en waarom zou men ook uitstappen bij een 'coupon settlement', een waardebon is nog altijd beter dan niets ontvangen...) en toezicht op de juiste afweging van alle betrokken belangen van bijzonder groot belang is. Bij substantiële massaschade is die noodzaak misschien dus minder groot, omdat de belanghebbenden (class attorney enerzijds, repeat player-verzekeraars anderzijds) zelf ook bijzonder goed hun belangen in de gaten houden, zo schat ik in.¹⁶

7. Voorstellen voor verbetering

Wat stelt Tzankova voor om de toegang tot het recht bij substantiële massaschade te verbeteren? Soms is hetgeen zij in de hoofdstukken 5 en 6 voorstelt heel concreet, en soms ook tamelijk impressionistisch. Omdat een ideale wereld van afwikkeling zonder transactiekosten niet bestaat, zoekt Tzankova voor massaschade de juiste balans in 'maatwerk op macroniveau' via 'court annexed ADR', waarbij alle betrokkenen 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' dragen, samen met het 'massaschadegerecht' dat geconcentreerde rechtsmacht heeft voor afwikkeling van massaschade en ook overigens veel bevoegdheden (en dus macht) krijgt om advocaten te 'monitoren'. Het gerecht opent de procedure (de certification-achtige fase), waarna partijen zélf proberen via 'sampling' en 'scheduling' tot zo hanteerbaar en toch zo toegesneden mogelijke categorieën te komen van schadegevallen. Het gerecht hoeft dit voorstel slechts te toetsen en goed te keuren. Opt-out verzoeken dienen vooral ertoe om de afwikkeling verder te verbeteren zodat idealiter niemand meer wil uitstappen; opt-out is alleen op goede gronden toegestaan. Om advocaten te verleiden tot het aanvaarden van massaschadeclaims – en daarmee toegang tot het recht te vergroten – moet no cure no pay worden overwogen danwel substantiële publieke financiering of een vorm van fondsvorming voor collectieve acties plaatsvinden. Misbruik wordt tegengegaan door toezicht op beloning. Tzankova stelt overigens niet voor dat de WCAM direct aan de kant wordt gezet om nieuwe wetgeving in te voeren. Nadere overdenking is nodig en bovendien – zo vat ik haar betoog op p. 185-186 samen – kan veel in het 'poldermodel' worden geregeld met afstemming en platform-achtige overlegstructuren onder leiding van een regisseur van de zijde van bijv. de Raad voor de Rechtspraak.

Dit is in een notendop wat Tzankova voorstelt. Ik licht een aantal van de voorstellen van Tzankova uit en bestudeer ze nader.

Tzankova is gecharmeerd van de gedachte die zij in de Amerikaanse literatuur aantreft (en die niet geldend Amerikaans recht is) dat het beter zou zijn om de 'class' als entiteit te zien en niet als consolidatie van individuele claims. De entiteitsgedachte maakt namelijk vrij van de ketenen van individuele schadeafwikkeling en –begroting en geeft groepsleden niet alleen rechten maar ook plichten ten opzichte van het collectief. Het geeft ruimte om bij de afwikkeling te abstraheren van eisen als concreet causaal verband (vgl. p. 106-107) en maakt het onderverdelen in verschillende schade-categorieën mogelijk ('damage scheduling', c.q. 'sampling'; p. 125-126). Dat denkkader maakt het bijvoorbeeld mogelijk om statistische slachtoffers bij diffuus causaal verband toch vergoeding te geven in het

¹⁶ Overigens kan ook sprake zijn een zogenaamde 'default bias' aan de zijde van de benadeelden.

kader van een class action terwijl zij bij individuele claims zonder vergoeding zouden achterblijven omdat zij concreet causaal verband niet kunnen aantonen (p. 107).

Het door Tzankova voorgestane 'entiteitsmodel' brengt met zich mee dat de kosten van kennisgeving niet te hoog mogen zijn en zelfs dat onder omstandigheden de kennisgeving slechts aan een representatieve groep gestuurd hoeft te worden (p. 110). Het brengt ook met zich mee dat zoveel mogelijk groepsleden binnenboord gehouden moeten worden en dat zij dus gemotiveerd moeten aangeven waarom zij van de opt-out mogelijkheid gebruik maken. Dan kan de actieve rechter uitstappen weigeren (vgl. p. 118-119) of de voorwaarden van de class action vergoeding aanpassen (p. 111). Diezelfde rechter moet overigens de afwikkeling binnen een redelijke termijn en tegen redelijke kosten zien te bewerkstelligen (p. 122).

[102] Wat betreft de rol van de rechter stelt Tzankova het volgende voor. We moeten pro-actieve, competent managende en doortastende rechters hebben (liefst in één gespecialiseerd gerecht) die in een vroeg stadium de lijnen uitzetten en die ruime bevoegdheden hebben tot 'damage scheduling', selectie van proefprocessen, benoeming van belangenbehartigers en toezicht op hun werk en hun beloning.¹⁷

Tzankova betoogt dat 'de rechter' (in onze rechterlijke cultuur zal dat zijn een college van drie rechters, vermoed ik) meer betrokken zou moeten zijn in de eerste fase van procederen. Onder de WCAM begint de rol van het Hof Amsterdam pas te spelen als de onderhandelingen tot een schikking hebben geleid, maar als ik Tzankova goed begrijp is haar ideaal van 'court annexed ADR' een 'proactieve faciliterende rechter' met 'case management skills' die partijen op het juiste spoor zet om ze tot een zelfstandige schikking te brengen. Daarin past ook het toestaan van collectieve acties op grond van art. 3:305a BW waarin verklaring voor recht wordt gegeven voor bepaalde prototypische gevallen per categorie, zodat voor die categorie bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsvraag vaststaat.¹⁸

Het begrip 'court annexed ADR' ontleent Tzankova aan de Amerikaanse praktijk die er uit bestaat dat na certificatie altijd een schikking volgt die vervolgens ter goedkeuring weer aan de rechter wordt voorgelegd (p. 113). De rechter opent en sluit de procedure dus; het is dus ADR omdat de schikking zonder rechter tot stand komt en het is 'court annexed' omdat het zo verbonden is met de actieve rechter (p. 121). Tzankova verwacht kennelijk dat met die opzet van de collectieve afwikkeling hetzelfde zal gebeuren als in de V.S.: na certificatie volgt altijd schikking. Ik vraag mij af of het hoge schikkingspercentage ook in een Nederlandse setting zou resulteren. Daarvoor is onder andere meer zicht nodig op de 'drivers' voor een dergelijke schikking in de Amerikaanse praktijk, zoals ik hiervoor al aankaartte.

Wat betreft opt-out stelt Tzankova dat opt-out eigenlijk alleen goed gemotiveerd zou mogen geschieden, zodat de proactieve rechter de motieven voor opt-out kan bestuderen en de voorwaarden van afwikkeling kan aanpassen (p. 148-149). Natuurlijk zijn er logistieke obstakels (wie gaat alle opt-out verzoeken analyseren?) en zal het afwikkeling vertragen, maar misschien is er op conceptueel niveau iets te zeggen voor deze benadering. In de aandelenlease-affaire zou de benadering van

¹⁷ Zie de opsomming op p. 159 nt. 81, alsmede p. 160 nt. 85.

¹⁸ Hoewel dat naar de letter van het BW momenteel waarschijnlijk niet mogelijk is met res judicata effect voor niet-betrokken derden, merk ik op dat dit effect tot op zekere hoogte al kan worden bereikt. Ik denk aan de 'Muster' uitspraken van de Rb. Amsterdam 27 april 2007, waarin op creatieve wijze de lijnen voor de meeste nog openstaande zaken worden uitgezet. Daarover bijv. C.J.M. van Doorn, De 'Amsterdamse oplossing': het einde van de Dexia-affaire in zicht?, Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken 2007/5, p. 141 e.v.

Tzankova er misschien voor hebben gezorgd dat de problematiek van de groep 'uitstappers' vervolgens door de proactieve rechter wél collectief geregeld zou zijn. Het maakt in elk geval dat strategisch uitstappen, om de afwikkeling onder druk te zetten, minder eenvoudig wordt. Maar ik moet hier voorzichtig zijn; ik kan niet goed overzien of het middel dat Tzankova voorstelt, beter of juist erger is dan de kwaal die het beoogt te genezen. Het is natuurlijk ook maar afwachten of de ideale proactieve rechter wel bestaat en of deze in staat is om adequaat te reageren op dergelijk strategisch procederen van partijen. Ook is het de vraag of partijen en rechter niet al uit zichzelf in de voorfase met alle relevante uitstapscenario's rekening houden.

Uiteraard is ook zeer relevant de rol van belangenbehartigers en financiering. Over de wenselijke rol van belangenbehartigers is Tzankova betrekkelijk kort:¹⁹ er zijn verschillende wegen om selectie en kwaliteitsbewaking te regelen, en het geven van een monopolie aan een advocaat – zo vertaal ik het maar even – om de 'class' te vertegenwoordigen voedt de 'investering' in het proces aan de zijde van de benadeelden, vergroot de toegang tot het recht, en leidt tot specialisatie, aldus Tzankova. Dat er ook uitwassen kunnen ontstaan die moeten worden bestreden, geeft Tzankova toe. Die kunnen worden bestreden, zo zegt zij op p. 161-162, met de al eerder behandelde mechanismen. Ik heb terugebladerd, maar kon geen concrete aanwijzingen voor dergelijke mechanismen vinden,²⁰ behalve dan de algemene opmerkingen over sterke rechters en de noodzaak tot coöperatieve houding. Ik had hier toch eigenlijk wel wat concretere aanbevelingen verwacht. Over de rol van financiering stelt Tzankova overigens dat toezicht op beloning nodig is (p. 163).

Wat betreft financiering geeft Tzankova aan (p. 163-164) – terecht denk ik – dat publieke financiering van collectieve afwikkeling op een of andere wijze nodig is en dat onze wijze van financiering van procederen (publieke rechtsbijstand, private verzekering, etc.) nog niet is toegesneden op collectieve schadeafwikkeling. De suggesties die zij daarover doet (p. 164-166) zijn bijzonder instructief, maar ze deden bij mij wel de vraag rijzen of het toezicht (van de rechter) op het doen en laten van de advocaat zo intensief wordt dat niet gewoon beter een rijksambtenaar ter afwikkeling van massaschade aangesteld zou moeten worden.²¹ Die suggestie – waarover ook hevig gedebatteerd is ter gelegenheid van de invoering van art. 2.6 Wet Handhaving Consumentenbescherming, dat de Consumentenautoriteit [103] de bevoegdheid geeft om op te treden als partij in een WCAM-schikking – doet Tzankova op p. 177 af met de gangbare Amerikaanse rechtseconomische inzichten dat bureaucratische 'agencies' vooral gericht zijn op het zichzelf instandhouden en groter maken en dat uitbesteden aan een private afwikkelaar (het gespecialiseerde advocatenkantoor) de voorkeur verdient.²² Tja, daar zit wat in, maar ook hier had ik een wat verdergaande beschouwing verwacht, temeer in het licht van bijvoorbeeld de discussie over de

¹⁹ Wat betreft bemoeienis van de media, die is ook nodig, aldus Tzankova, maar zij kunnen ook stoorzender zijn. Tzankova ziet hierin ook een rol voor de proactieve rechter (die voorschriften mag stellen aan het media-gedrag van de partijen, p. 147).

²⁰ Dat overkwam me ook op p. 163, waar voor rechterlijke toezicht op schikkingen en beloning verwezen wordt naar § 5.2.7, waar ik vervolgens over beloning niets terugvond.

²¹ Een vergelijkbare discussie lijkt zich met enige regelmaat voor te doen over de positie van curatoren.

²² Waarbij aangetekend zij dat deze 'private interest' - theorie kennelijk niet van toepassing is op het Instituut Asbestslachtoffers, zo begrijp ik p. 177 nt. 138. Heeft het IAS dan geen 'self-perpetuating tendencies' en de neiging 'to redefine tasks to justify continuation'? Ook overigens is Tzankova wel heel enthousiast over het IAS, waar zij stelt dat het heeft aangetoond adequaat te kunnen reageren op pieken en dalen in de schadeaanmeldingen (p. 172). Dat is wel juist, maar niet in de laatste plaats omdat de wetgever de voorschotregeling heeft ingevoerd.

kwaliteit van dienstverlening door curatoren (die in de categorie vallen van private dienstverleners met door de rechter gegeven monopolie).

Waarom leiden de voorstellen van Tzankova? De benadering van Tzankova zou als voordeel hebben dat de uitkomsten voorspelbaarder zijn, de gebondenheid groter en dus het bereik van de afwikkeling groter dan in het 'consolidatiemodel' (p. 153). Dit alles geeft een positief effect op schikkingsbereidheid van verweerders omdat het uitzicht geeft op een finale regeling (p. 153). Ik vind het redelijk plausibel, maar ik ben nog niet overtuigd. Waarom worden uitkomsten voorspelbaarder en schikkingsbereidheid van verweerders groter in het entiteitsmodel? Misschien neemt voorspelbaarheid wel af als de proactieve en machtige rechter een zwalkende rol aanneemt, misschien neemt schikkingsbereidheid wel af als verweerders weten dat de proactieve rechter toch aan de onderhandelingstouwtjes blijft trekken totdat iedereen het zijne heeft gekregen. Ik weet gewoon niet waar ik de toetsing van de stellingen feitelijk op moet baseren. Tzankova concludeert zelf bijvoorbeeld dat de consolidatiefase noch onder het Engelse noch onder het Amerikaanse model voorspelbaar zijn, dat na certificatie onder het Amerikaanse model vrijwel altijd schikking volgt en dat vrijwel niemand daar van opt-out gebruik maakt. Maar wat zijn daar de oorzaken van? Misschien is het alternatief voor schikken na certificatie zo verschrikkelijk slecht voor verweerders (bang voor de jury, bang voor punitive damages?) dat zij gewoon geen andere keuze hebben dan om te schikken. Dat zou ik vanuit oogpunt van toegang tot het recht voor verweerders niet toejuichen.

8. Mijn indruk van het boek

Mijn indruk van het boek is deze. Vragen over de verhouding tussen honorering, de bewaking van de kwaliteit van de juridische dienstverlening, de afbakening van het domein van de rechter en vragen over de feitelijke logistiek van juridische monsteroperaties worden in het boek goed geanalyseerd en roepen bij mij als lezer weer nieuwe vragen op. En dat maakt de dissertatie geslaagd. Een nieuwe vraag voor mij is bijvoorbeeld of in de meeste dossiers die aan het begin van het boek worden genoemd (Enschede, Volendam, Dexia, asbestschade) anders en beter afgewikkeld kon/kan worden als de voorstellen van Tzankova geldend recht zouden zijn. Beantwoorden van die vraag is natuurlijk een speculatieve onderneming, maar wellicht dat hier vervolgonderzoek mogelijk is. Dat zal overigens niet eenvoudig zijn, omdat in de meeste van deze dossiers sprake is geweest van een grote mate van formele en informele overheidsbemoeienis die goeddeels buiten het kader van het 'klassieke' privaatrecht valt: bijzondere compensatiefondsen, bemiddelingsbureaus, politieke druk op verschillende niveau's en met inzet van publieke 'conciliators'. Zelfs de afwikkeling van massaschade lijkt in ons land dus in een 'polderprocessie'²³ te geschieden. Zijn daarmee, zo vraag ik mij af, de vraagstukken van toegang tot recht bij massaschade, transactiekosten, free riding en gelijkheid in ons land niet veel ruimer te trekken dan alleen de interactie tussen de civielrechtelijke actoren in een civiele procedure?

Een andere vervolgvraag is deze: hebben Nederlandse rechters – of algemener: juristen belast met conflictoplossing – dezelfde 'houding' hebben als hun Amerikaanse en Engelse tegenvoeters? Ontkennende beantwoording hoeft natuurlijk

²³ Term ontleend aan N. Huls en J. Opstelten, 'In polderprocessie naar een Mesothelioom-instituut', *Recht der Werkelijkheid* 1999/2, p. 36-55.

niet in de weg te staan aan het proces van mentaliteitsverandering onder juristen hier in Nederland (Tzankova zinspeelt op p. 160 op opleiding en begeleiding van de rechterlijke macht om hem in zijn nieuwe rol te krijgen). Wel lijkt het mij in dat verband nuttig om mogelijke oorzaken van het verschil in 'legal culture' te analyseren. Als bijvoorbeeld het evenwicht tussen rechterlijke, wetgevende en uitvoerende macht in Nederland anders is, is de professionele houding van rechters dat waarschijnlijk ook, en die van politici mogelijk ook. Misschien is er juist daarom in ons land een sterke neiging om massaschadeproblematiek als bestuurlijk probleem te definiëren, omdat wij geen class action cultuur hebben. Als afwikkeling niet via de weg van het recht lukt, dan zoekt men de weg van de politiek, zo zou men de situatie in ons land misschien kunnen kenschetsen.²⁴ De taakopvatting van de rechter staat dus misschien ook wel in verband met de verdeling tussen publiek en privaat domein en het lokale concept van scheiding der machten? Het zou mooi vervolgonderzoek kunnen zijn.

Naast deze twee concrete vragen wil ik hier nog twee meer algemene punten over het boek aan de orde stellen: de afbakening van het onderwerp van het boek en het [104] "hinken op twee gedachten" waar Tzankova zich tegen afzet.

Allereerst de afbakening. Centraal in het boek van Tzankova staat de 'verbetering van de toegang tot het recht in gevallen van substantiële massaschade', waar zij onder verstaat 'het bereiken van een resultaat dat recht doet aan de materiële aanspraken die een benadeelde geldend wil maken' (p. 7). Dat uitgangspunt is op zichzelf helder, maar raakt gaandeweg vertroebeld. Vanuit het klassieke burgerlijk recht geredeneerd worden materiële aanspraken op individueel niveau bepaald door toepassing van op individuele gevallen gerichte rechtsregels. Veel individuen betekent dus veel transactiekosten. Men kan (1) enerzijds maatregelen ontwerpen die als doel hebben het reduceren van de kosten van het geldend maken van die individuele aanspraken, en (2) anderzijds het ideaal van individuele aanspraken opgeven en denken aan genormeerde schadevergoeding, lump sums, limitering et cetera. Dat zijn maatregelen binnen het civiele recht, waarbij ik gezien het uitgangspunt van Tzankova vooral aandacht voor het eerste type maatregelen verwacht. Denkbaar is ook (3) dat politieke bestuurders compensatieregelingen treffen door middel van een overheidsfonds of iets dergelijks. Daar zijn natuurlijk veel voorbeelden van, die men zou kunnen behandelen in een onderzoek over massaschade, maar ze gaan verder dan een onderzoek naar het verbeteren van de toegang tot schadevergoeding tegenover de 'normschenders'. Die alternatieve compensatieregelingen doen vaak juist materieelrechtelijke aanspraken *ontstaan* (vaak ook tegenover een ander dan de normschender) omdat het civiele recht naar het politieke oordeel tekortschiet. De massaal geleden schade is in dat geval juist de *aanleiding* om het recht op vergoeding ervan in het leven te roepen.

Toegang tot schadevergoeding bij massaschade kan kortom over veel meer gaan dan alleen de maatregelen bedoeld onder 1. Daarmee bedoel ik niet te zeggen dat Tzankova ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan bijvoorbeeld de maatregelen onder 2 en 3. Integendeel, ik zou omwille van de afbakening hebben verwacht dat zij deze expliciet zou hebben uitgesloten. Toch komt maatregel 2 in abstracto overal terug (Tzankova gebruikt termen als "maatwerk op macroniveau" en het beschouwen van de groep als 'entiteit') en duikt maatregel 3 hier en daar ook

²⁴ Zo analyseert M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met asbestziekten tussen 1978 en 2005 (diss. EUR)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, gedetailleerd de totstandkoming van het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) en de compensatieregeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS).

op.²⁵ Ik meen evenwel dat als men de maatregelen 2 en 3 ook betreft in de analyse, men niet ontkomt aan een standpuntbepaling over *het doel* van compensatie van benadeelden via het civiele recht. Welk doel (of welke doelen) dicht men het aansprakelijkheidsrecht toe, als men de verbetering van de positie van benadeelden bij massaschade en de verlaging van de drempels tot toegang tot schadevergoeding centraal stelt? Die vraag wordt nergens expliciet gesteld,²⁶ maar is wel van belang voor de vraag of een civielrechtelijk geregisseerde toegang tot het vermogen van de 'normschender' centraal moet staan, of we 'punitive damages' moeten omarmen, of dat we beter naar een uit algemene belastinginkomsten of bijzondere heffingen gefinancierd no-fault compensatiestelsel moeten uitkijken, et cetera.

Dan het "hinken op twee gedachten". Op verschillende plaatsen in het boek zet Tzankova zich af tegen het "hinken op twee gedachten" van onder andere de Engelse en Nederlandse wetgever. Adequate afwikkeling van massaschade en het beginsel van absolute partijautonomie zijn haars inziens onverenigbaar (p. 141). Als men niet de fundamentele keuze maakt voor het consolidatiemodel, zo vat ik haar betoog samen, dan blijft men tegen problemen aanlopen: schadevaststelling, causaal verband, kennisgeving, opt-out, het moet allemaal recht doen aan individuen, terwijl het groepsbelang in het gedrang komt. De fundamentele keuze voor het entiteitsmodel maakt al deze problemen minder groot, zo begrijp ik het betoog van Tzankova. Ik denk dat er inderdaad goede gronden zijn om het belang van collectieve afwikkeling te benadrukken en om bijvoorbeeld bij schadebegroting met 'sampling' en 'scheduling' tot collectieve 'confectie' te komen (het 'maatwerk op macroniveau'), maar het is onjuist om te denken dat men de inherente spanning tussen individu en collectief kan wegnemen als men zich bekeert tot zoiets als een 'entiteitsgedachte'.

Bovendien ziet Tzankova kennelijk niet dat ook zij op twee gedachten hinkt, waar zij haar boek juist start vanuit het geldend recht dat individuele aanspraken voorop stelt en zij vanuit dat perspectief constateert dat het botst met collectieve belangen en naar oplossingen zoekt. Het blijft hinken zou ik menen, of balanceren zo men wil. Ook ons recht probeert een balans te vinden tussen individuele belangen en collectieve afwikkeling. Ik geloof dus niet dat het juist is om te stellen (bijv. p. 137-138) dat de WCAM net als het Engelse recht product is van een pragmatische benadering zonder 'fundamentele herbezinning' op de functie van collectieve schadeafwikkeling. Anders dan Tzankova oordeelt, meen ik dat de WCAM toch écht het product is van een herbezinning in een inherent spanningsveld. In dat spanningsveld blijft het hinken op meer dan één gedachte, hoe lang men zich ook fundamenteel [105] (her)bezint over de materie. Dat de WCAM niet dezelfde druk op gedaagden uitoefent als een class action, lijkt mij helder. Het toestaan van een collectieve schadeactie – en dus het afschaffen van de beperking die art. 3:305a BW

²⁵ Met name op p. 169-170 wordt summier de discussie benoemd terzake de vraag of de compensatie van sluipende massaschade beter buiten het privaatrecht afgewikkeld kan worden. Op p. 171-172 wordt zonder veel omhaal van woorden bepleit dat het model van het Instituut Asbestslachtoffers op alle gevallen van sluipende massaschade toegepast moet worden. Ik denk dat dit een ernstige simplificatie is van de positie van IAS en de voorwaarden waaronder deze tot stand is gekomen: het is géén platform voor behandeling van gevallen van diffuse veroorzaking, en het heeft permanente steun van werkgeversorganisaties en verzekeraars nodig, alsmede overheidsfinanciering.

²⁶ De vraag duikt hier en daar wel impliciet op; zie bijv. p. 85 (waar de zeer lezenswaardige RAND studie over specifieke preventie van class actions (Deborah R. Hensler en Institute for Civil Justice (U.S.), *Class action dilemmas : pursuing public goals for private gain*, Santa Monica, CA: Rand 2000.) wordt behandeld), alsook p. 169-170. Ook op p. 3 lijkt Tzankova 'individuele compensatie' als primair doel te zien (dat zoveel als mogelijk benaderd moet worden via het 'entiteitsmodel').

aanlegt – is daarom een van de wijzigingen die Tzankova bepleit. Benadeelden blijven anders namelijk in het nadeel omdat zij geen juridisch breekijzer hebben om de gedaagde aan de onderhandelingstafel te krijgen en de gedaagde dus de langste adem houdt (p. 137). Ik denk dat dit theoretisch beschouwd een juiste analyse is. Bij evaluatie van de WCAM is het dus zeker denkbaar dat de wetgever die kant op beweegt, maar in die afweging zal dan tevens worden betrokken dat in de praktijk van Nederlandse massaschadegevallen ook is gebleken dat ook andere breekijzers dan juridische – ik noemde hiervoor al het ‘poldermodel’ – een rol van betekenis kunnen spelen.

Ten aanzien van de vorm en opzet van het boek wil ik ten slotte nog een aantal meer algemene opmerkingen maken over leesbaarheid, het gebruik van ‘beredeneerde schatting’, bronnenverwijzing en de publicatie in de serie *Recht en Praktijk*.

Of het boek toegankelijk is voor breed publiek, waag ik te betwijfelen. Het boek is goed te begrijpen voor lezers die, zoals ik, min of meer ingevoerd zijn in de materie en die eerdere verwante studies²⁷ hebben gelezen. Maar de minder ingevoerde lezer zal moeite hebben om alles wat hij in dit boek leest zonder meer te kunnen plaatsen. De soms rijkelijk abstracte formuleringen, het veelvuldig verwijzen voor nadere toelichting of uitwerking naar eigen eerder werk of eerdere paragrafen maken het geen eenvoudig te lezen boek. Ik vond dat als gezegd geen bezwaar,²⁸ maar dat zal niet voor iedereen gelden. Wat ook wennen blijft, zijn de soms vage begrippen die nogal in de lucht blijven hangen. Wat is een ‘principiële benadering van massaschade’ (p. 1), een ‘zelfbewustere houding van belangenbehartigers’ (p. 142)?²⁹

Over de methodologische verantwoording van het gebruik van een ‘beredeneerde schatting’ van de besparende effecten van bepaalde interventies die Tzankova presenteert in hoofdstuk 5 wil ik opmerken dat ik nog niet overtuigd ben van de wijze waarop dat gebeurt. In dat hoofdstuk staan namelijk tabellen waarin een kort overzicht wordt gegeven van de ‘score’ van Amerikaans en Engels recht waar het transactiekosten, free riding en gelijkheid betreft. Die tabellen kennen plussen en minnen toe. Schatten is natuurlijk per definitie weinig precies (zo ook Tzankova, p. 179), maar het gebruik van tabellen met + en – tekens, compleet met een bandbreedte van percentuele besparingen en kostentoeename (p. 16), suggereren een mate van exactheid die er niet is. Bijvoorbeeld: ‘gecoördineerde afwikkeling van de aansprakelijkheidsvraag’ scoort –/0 op vermindering van ‘emotionele lasten’ van benadeelden. Dat wil zeggen: geen noemenswaardig effect c.q. een vermindering van kosten tussen 2 en 10 %. Het lijkt me wel plausibel (gedeelte smart, halve smart) dat die besparing zou kunnen optreden, maar nergens in het boek vind ik

²⁷ Zoals W. C. T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag: BJU 2004; J. M. Barendrecht e.a., *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? (rapportage i.o.v. WODC)*, Den Haag BJU 2004; I. N. Tzankova, *Strooischade - Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU 2005; W.D.H. Asser e.a., *Een nieuwe balans - Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJU 2003; W.D.H. Asser e.a., *Uitgebalanceerd - Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJU 2006.

²⁸ Hoewel ik wel even moest opzoeken wat de Lamicie-normen (bijv. p. 184-185) zijn. Tzankova legt het niet uit.

²⁹ Weinig bestemd vond ik ook de kritiek van de auteur op ‘degenen die niet inzien (p. 141-142) dat het vasthouden aan afwikkeling op individueel niveau juist aan verwezenlijking van individuele rechten in de weg kan staan’. Deze personen missen, zo stelt Tzankova, een denkraam dat ‘oog heeft voor resultaten’ en hebben een ‘onderzoekstrategie waarin doordenk- en doorrekenoefeningen minder gebruikelijk zijn’ (p. 142). Over wie gaat dit?

empirische beschouwingen (of verwijzing naar beschouwingen) over de factoren die bepalend zijn voor emotionele lasten bij procederen en hoe die verlaagd kunnen worden. Sterker: het boek laat bij mij vooral de indruk achter dat er in empirisch opzicht vrij weinig bekend is over hoe het Engelse en Amerikaanse recht in dit opzicht 'scoren'. Hoe kan ik dan beoordelen waar de schatting op is gebaseerd?³⁰

Wat betreft de bronnenverwijzing van Tzankova moet ik bekennen dat ik me niet altijd op mijn gemak voelde.³¹ Er wordt naar mijn indruk veel verwezen naar Tilburgse auteurs, ook waar aantoonbaar ander relevant materiaal bestaat. Van de Nederlandse auteurs over zelfregulering waar op p. 29-30 bijvoorbeeld naar wordt verwezen, is er geen die niet in Tilburg werkzaam is. Ik ben geen expert maar ik maak me sterk dat ook buiten Tilburg publicaties over dit onderwerp zijn geschreven die verwerking verdienen.³²

Ronduit kritisch ben ik over de uitgever. Het is mij een raadsel wat dit boek in de serie Recht en Praktijk doet. Als ik 'praktijk' definieer als juristen werkzaam als advocaat, rechtshulpverlener en bedrijfsjurist, dan zie ik werkelijk niet wat die praktijk aan het boek kan hebben. Wetenschappers en beleidsmakers hebben er bijzonder veel aan en daarmee bewijst het boek zich zonder meer als dissertatie, maar ik betwijfel of die lezers tot 'de' praktijk gerekend worden.

[106]

9. Terug naar de conclusie

Zoals de lezer van deze recensie kan zien, ben ik niet bijzonder kort van stof geweest. Ik geef toe dat mijn lange bespreking schril afsteekt tegen het bijzonder compact geschreven boek van Tzankova. Maar omdat het onderwerp bijzonder complex is, het boek een uitgebreide bespreking verdient en omdat het lezen ervan zoveel fascinerende vragen bij mij heeft opgeroepen, leek het mij zinnig om die ook maar te stellen. Ik had ook kritiek op het boek, maar zoals ik aan het begin van deze bespreking al concludeerde, doet mijn kritiek niet af aan mijn waardering voor het feit dat Tzankova wederom complexe materie onderhanden heeft genomen, die materie vanuit verschillende invalshoeken heeft bekeken en mij met haar analyse weer heeft gestimuleerd om verder te studeren en verdere onderzoeksvragen te formuleren. Een geslaagde dissertatie dus.

³⁰ Zou het 'schatting-model' niet veeleer de hypothese moeten zijn die aan het begin van het onderzoek geformuleerd wordt en vervolgens onderzocht wordt?

³¹ Afgezien van detailkritiek, zoals het niet verwerken op p. 64 en p. 144-145 van relevante ontwikkelingen in Engeland na het regeringsstandpunt op het rapport Better Regulation Task Force, *Better Routes to Redress*, Better Regulation Task Force 2004, p. 1 e.v., te weten het invoeren van de Compensation Act 2006 (= Compensation Bill 2005) die o.a. 'claims management bureaus' reguleert.

³² Zie bijv. de literatuurlijst bij I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145 e.v.

