

‘U bent met te veel, dus u krijgt niets!’

Amerikaanse ervaringen met collectief schadeverhaal

Mr C.J.J.M. Stolker

1. Wat is dat, massaschade?

De casus is dramatisch, zowel door de gebeurtenissen als door het grote aantal slachtoffers. Het zijn er minstens 83! Mr Bunjes heeft er in deze bundel al op gewezen: 83 slachtoffers maakt nog geen massaschade – hoewel er juridisch en zeker maatschappelijk gezien natuurlijk nog veel meer betrokkenen zijn. Kijk dan eens naar Amerika! Om met asbest te beginnen citeer ik het prestigieuze Rand Institute:

The picture is not a pretty one. Decisions concerning thousands of deaths, millions of injuries, and billions of dollars are entangled in a litigation system whose strengths have increasingly been overshadowed by its weaknesses.¹⁾

In 1990 beliep in Amerika het aantal asbestzaken dat werd aangebracht 1140 per maand. Voor elke zaak die werd afgerond kwamen er twee nieuwe bij. In maart 1991 lagen er bijna 31.000 asbestzaken bij de federale gerechten.²⁾ Voor de *state courts* gold het dubbele aantal. Kijken we naar de ramp van de Dalkon-schildjes, dan spreken we over bijna 200.000 zaken. Die aantallen verdubbelen alleen nog maar als we rekening houden met naaste familieleden van slachtoffers. In het kader van de afhandeling van Agent Orange werd er door ca. 600.000 mensen naar een speciaal ingesteld schadevergoedings-telefoonnummer gebeld.³⁾

Grote aantallen komen we ook tegen bij de ondeugdelijke Björk Shileyhartkleppen, en wellicht nu ook in het geval van de hemofiliepatiënten die het slachtoffer zijn geworden van HIV-besmette bloedprodukten. Waar het mij hier om gaat is dat Amerikanen in dit soort aantallen denken als ze het hebben over *mass torts*. En wat doe je als rechter als 100.000 slachtoffers schadevergoeding willen hebben? Wat doe je als Texaans District Court als je hebt uitgerekend dat, al zou je 30 zaken per maand afdoen (en dat is véél onder het jurysysteem), je toch nog zes volle jaren bezig bent om door alle liggende zaken heen te komen, en er bovendien in die tijd weer vele duizenden bij zijn gekomen? Zeggen we dan: ‘Daar zijn we niet op berekend; daar is ons juridieel systeem niet op ingericht; u hebt pech, want u bent met te veel!’

Het verschil tussen – laten we zeggen – de honderd slachtoffers uit de casus en de tienduizenden uit Amerika deed me denken aan een interview dat ik een jaar of wat geleden op de radio hoorde. Een deskundige sprak over

de toestroom van vluchtelingen naar ons land. ‘Wij denken nog,’ zei hij, ‘aan tientallen, aan honderden vluchtelingen per zoveel tijd, en daar zijn onze procedures op afgesteld: onze capaciteit om verzoeken af te handelen, onze capaciteit om op te vangen en te huisvesten. En als er iemand illegaal is, dan zetten we hem of haar uit. Dat alles kost veel tijd en het is arbeidsintensief, maar het gaat. Maar met het vallen van de Muur en de toenevende chaos en armoede in Oost- en Midden-Europa,’ zo vervolgde hij, ‘moeten we straks denken in stromen van miljoenen en op dat moment loopt het totale systeem vast. Moet je je daarop niet voorbereiden?’ zo vroeg hij zich af.

2. Gevolgen voor de relatie advocaat-cliënt

Deze aantallen verlammen niet alleen de gerechten. Ze beïnvloeden ook in sterke mate de relatie die de slachtoffers hebben met hun advocaten. Niet zelden treden in asbestzaken enkele advocaten gezamenlijk op voor meer dan 10.000 slachtoffers.⁴⁾ We spreken dan wel van *class actions* of van *consolidations*. Waar het hier om gaat is dat dit soort aantallen ons dwingt om op een andere manier naar de omgang tussen advocaat en cliënt te kijken. Het gaat bij de advocatuur om het bestaan van *wederzijds vertrouwen*. Dat is essentieel voor een behoorlijke beroepsuitoefening, zo blijkt uit de beslissingen van het Hof van Discipline.⁵⁾ Maar in een aantal opzichten kan deze vertrouwensrelatie worden beïnvloed door de macht van het getal. Ik noem er een paar.

Een eerste punt is de loyaliteit aan cliënt. Die komt in een ander daglicht te staan wanneer een advocaat voor vele honderden cliënten optreedt. Judge Weinstein schrijft hierover:

The lawyer supplies his or her professional expertise and skill while standing, to the extent possible, in the shoes of the client. The lawyer must argue the client's case with the same commitment and zeal as would the individual client were he or she trained in the law.⁶⁾

Een tweede probleem kan ontstaan als het gaat om de communicatie tussen advocaat en cliënt. Zo behoort de advocaat zijn cliënten te informeren, in bepaalde kwesties om toestemming te vragen enz. De cliënt behoort, zo blijkt opnieuw uit het tuchtrecht, niet als een onmondige te worden behandeld.⁷⁾ Maar hoe doe je dat met honderden of zelfs duizenden cliënten? Zo iets heeft zeker (schaal)voordelen, maar er zijn onmiskenbaar nadelen: op zijn slechtst wordt er over de cliënten heen geprocedeerd. *Dominus litis* is hij dan allang niet meer. Communicatie vindt plaats via helpdesks, 06-nummers, nieuwsbrieven of op drukbezochte informatieavonden. Soms werden zelfs videotapes ingezet om slachtoffers op de hoogte te houden.

Daar komt nog iets bij. Uit onderzoek dat onder de vlag van het Amerikaanse Rand Institute werd gedaan, blijkt dat het juridische proces als gebeuren een belangrijke ‘zuiverende’ waarde heeft. Dat geldt met name in gevallen van letselschade. Elk slachtoffer zou *his day in court* moeten hebben. Het zal duidelijk zijn dat dit er met dit soort aantallen bij zal inschieten. In de Verenigde Staten zien velen dat als een nadeel. Weinstein zegt het zo:

How should we address a mass societal problem like this one, and give each individual who is hurt a sense that, yes, somebody has heard *me*, somebody has listened to *me*, somebody has tried to compensate *me*, somebody cares about *me*.⁸⁾

Het is de vraag of dat voor Nederland ook geldt. Ik moest denken aan de titel van het boek *Lawyers may seriously damage your health*, een titel met een hoog bijsluiter-gehalte. In elk geval is onze Nederlandse ‘rechtspleging’ meer gericht op de schikking dan op het proces: ‘De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.’⁹⁾ En ook in de nieuwe wettelijke regeling van het collectieve actierecht vindt men meteen al in lid 2 van art. 3:305a BW bepaald: wie niet eerst voldoende heeft getracht door het voeren van overleg met gedaagde het gevorderde te bereiken, wordt niet ontvankelijk verklaard.

Er zijn nog andere aspecten. Wie als advocaat optreedt voor zoveel honderden cliënten kan verstrikt raken in verschillende webben van tegenstrijdige belangen. Als het aankomt op de vraag of moet worden geschikt, kan de advocaat mogelijk gemakkelijker zijn eigen belangen laten prevaleren dan die van anderen. Maar er kan ook strijdigheid van belangen zijn tussen verschillende cliënten (eventueel groepen van cliënten). Hoe gaat de advocaat in een collectieve actie daarmee om? Hoe gaat hij om met tegenstribbelaars? En hoe handelt hij als hij er zeker van kan zijn dat er in de toekomst nieuwe slachtoffers bij zullen komen? Houdt hij met hun belangen rekening, bijvoorbeeld als het gaat om de verdeling van fondsen? Of behartigt hij uitsluitend de belangen van zijn huidige cliënten?¹⁰⁾

Zo blijken er voor advocaten ineens tal van vragen op te doemen als het gaat om het afdoen van massaschade. En dan heb ik het nog niet eens gehad over de wijze van honoreren van advocaten in collectieve acties.¹¹⁾

3. De positie van de rechter in massaschade-gevallen

Maar ook de rol van de rechter verandert als het om dit soort aantallen gaat. In de VS zijn rechters vaak nauw betrokken bij grote *settlements*, vaak tot over hun oren.¹²⁾ Uit de ervaringen in de VS wordt duidelijk dat van rechters in *mass tort cases* een veel actievere houding wordt verlangd

dan in individuele procedures. Actiever, maar ook inventiever. Ik geef daar straks nog voorbeelden van.

De taak van de rechter wordt ook verzaamd voor wie zich realiseert dat van zijn beslissing het voortbestaan van omvangrijke bedrijven afhangt, bedrijven met soms heel veel werknemers: *'Who owns this industry, the injured or the stockholders'?* We zien aan Fokker al hoe moeilijk het is om te beslissen over het voortbestaan van een bedrijf. En daar is dan de beslissing nog aan de regering, die vanzelfsprekend veel meer armslag heeft om een oplossing te bereiken.

4. Twee-relaties

Ons burgerlijk recht, zo wordt tegenwoordig vaak gezegd, is ingericht op 'twee-relaties': eiser en gedaagde, die op hun beurt elk voorzien zijn van kundige bijstand in nog zo'n twee-relatie: cliënt en advocaat. De wilsovereenstemming tussen twee individuen vormt de grondslag van het contract. En ook bij ongevallen zijn er doorgaans twee betrokkenen.

Maar die gerichtheid op twee partijen is aan het veranderen. Niels Frenk, die over collectieve acties een uitstekend proefschrift schreef, wijst er bijvoorbeeld op dat de toepassing van nieuwe technologieën bij productie en transport en de toenemende rol van publieke en particuliere organisaties ertoe geleid hebben dat bepaalde gedragingen inbreuk kunnen maken op de rechten en de belangen van meer personen en soms zelfs kunnen leiden tot een inbreuk van een ieder.¹³⁾ Om het nog maar even bij Nederland te houden: 14 miljoen eisers vorderen de ongedaanmaking van een inbreuk op hun belang.

Goederen en diensten worden en masse aangeboden, en de condities waaronder dat gebeurt liggen vast in algemene voorwaarden. De daaruit voortvloeiende massaal voorkomende gestandaardiseerde rechtsrelaties leiden tot identieke problemen indien de aanbieder op enigerlei wijze tekortschiet. Zo kunnen hele series van producten gebrekkig zijn en letterlijk omvangrijke schade bij gebruikers veroorzaken. Een klein ongelukje kan gemakkelijk tot een ramp uitgroeien, zoals we in onze casus hebben gezien: een wat ongelukkig geslagen bal leidt tot tientallen slachtoffers. En hetzelfde kan gebeuren bij een neerstortend vliegtuig, bij een scheepsramp, noem maar op.

De vraag is dan of het recht niet zou moeten inspelen op die grootschaligheid. En bij massaschade moeten we dus niet alleen maar denken aan enige tientallen slachtoffers, zoals in de casus. Waar vele duizenden tegelijkertijd hun schade via de rechter vergoed willen zien, kan het traditionele systeem vastlopen. Een Bijlmer-ramp – of de ramp rond deze golfbal – is best op te lossen op de traditionele manier. Daar heb je niet per se een collectieve actie voor nodig. Maar wat gebeurt er als honderdduizend asbestslachtoffers

hun schade vergoed willen zien? Dat kán bijna niet op de gebruikelijke manier. Overigens zal het wel zo zijn dat in een land als het onze, waar schikkingen vrij gebruikelijk zijn, niet de hele justitiele weg (inclusief de inzet van de rechter) behoeft te worden bewandeld.

De nieuwe art. 3:305a en b BW kan men zien als een reactie op die ontwikkeling van de schaalvergroting binnen het burgerlijk recht. Daarom nu eerst enkele kanttekeningen bij de nieuwe wettelijke regeling.

5. De nieuwe wettelijke regeling

Op 1 april 1995 trad in werking de Regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen – kortweg ‘collectieve actie’.

Art. 3:305a lid 1 BW luidt: ‘Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.’ In het tweede lid wordt vervolgens bepaald dat de stichting of vereniging niet ontvankelijk is indien zij in de gegeven omstandigheden van het geval onvoldoende heeft geprobeerd het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken.

Met deze wettelijk geregelde en algemeen geldende collectieve actie werd enerzijds bereikt dat de lijnen die de Hoge Raad al in een aantal arresten had uitgezet in de wet werden gecodificeerd,¹⁴⁾ terwijl bovendien allerlei al in de wet vastgelegde specifieke collectieve acties konden opgaan in die algemeen geldende regel.¹⁵⁾

Het is misschien goed om nog even wat termen te verduidelijken. Collectieve acties worden onderverdeeld in groepsacties en algemeen belang-acties. Groepsacties zijn collectieve acties waarbij de personen om wier belangen het gaat te individualiseren zijn (zelfs al zijn het er 6 miljoen). Algemeen belang-acties zijn die vorderingen waarbij de personen om wier belangen het gaat niet te individualiseren zijn, omdat het om belangen gaat van zo’n algemeen karakter dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan; denk bijvoorbeeld aan de milieu-actiegroepen. Art. 305a ziet op beide soorten acties. Over de algemeen belang-acties, waarover overigens heel veel is geschreven, wil ik het hier niet hebben; in dit artikel gaat het mij uitsluitend om de groepsactie.

Die groepsactie van art. 305a mag weer niet worden vereenzelvigd met het Angelsaksische begrip *class action*. Zo’n *class action* is een *actio popularis*: een initiatief van een of meer personen om een vordering (tot schadevergoeding bijvoorbeeld) in te stellen ten behoeve van een grotere groep personen met een gemeenschappelijk belang bij het geschil. Lid 1 van art. 305a beperkt de mogelijkheid collectief te ageren tot verenigingen en stich-

tingen. Daarmee vallen individuen buiten de wettelijke regeling, maar dat is, aldus de toelichting van de wetgever, in overeenstemming met de in Nederland en in aanverwante rechtsstelsels heersende traditie, waarbij het in rechte behartigen van collectieve belangen primair is opgedragen aan belangenorganisaties.¹⁶⁾

Frenk vraagt zich in zijn boek af of het in rechte beschermen van groepsbelangen niet beter gewaarborgd is met een *class action*, omdat er daarbij immers altijd gedupeerden zijn die bevoegd zijn tot het instellen van een actie. Maar tegelijkertijd merkt hij op dat het verschil in Nederland wel mee zal vallen: wij hebben hier zo'n verenigingsdrang dat het nauwelijks is voor te stellen dat er nog belangen zijn waarvoor geen organisatie in het leven is geroepen¹⁷⁾ (zie het voorbeeld van de stichting van Faro-slachtoffers, waaraan Bunjes in zijn artikel refereert). Maar men kan ook denken aan de actieve Vereniging van Hemofiliepatiënten, of de vereniging waarin de DES-dochters hun belangen hadden gebundeld. Ik wil daaraan wel toevoegen dat een dergelijke eendrachtigheid gemakkelijker is te bereiken als allen het slachtoffer zijn van één gebeurtenis (iedereen zit en zat letterlijk in hetzelfde schuitje), dan wanneer de slachtoffers over de tijd verspreid zijn, vaak over periodes van tientallen jaren. Niettemin blijkt uit de zojuist gegeven voorbeelden dat een zekere mate van organiseren mogelijk is.

6. Het belang van de wettelijke regeling

Er wordt wel over getwist hoe belangrijk een wettelijke regeling inzake collectieve actie is.¹⁸⁾ In heel veel gevallen – bijvoorbeeld als het gaat om de vraag of een medicijn gebrekkig is, of bij een vliegramp de luchtverkeersleiding onzorgvuldig is geweest, of er wanprestatie is gepleegd – zou de procedure ook door een eenling gevoerd kunnen worden. Zo'n individu kan eventueel nog gesteund worden door een belangenorganisatie op de achtergrond: vgl. de procedure van de DES-dochters. Het gaat dan steeds om gevallen waarin één gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt. Maar optreden als collectiviteit heeft wel allerlei 'secundaire' voordelen, omdat de kosten kunnen worden gespreid, gemakkelijker specifieke deskundigheid kan worden ingehuurd, omdat de spanning van het proces met anderen kan worden gedeeld, of omdat de publieke aandacht zich spreidt over meer slachtoffers (een argument dat in Amerika in de nogal stigmatiserende HIV-zaken wel wordt gehanteerd: de eisers gaan op in de massa)¹⁹⁾. Staat eenmaal de aansprakelijkheid (in enge zin) vast, dan moet voor al die slachtoffers de schade nog worden vastgesteld. Soms zal dat eenvoudig zijn, vooral wanneer alle gedupeerden dezelfde schade lijden of wanneer de schade per slachtoffer gemakkelijk is vast te stellen (denk aan schade die door aandeelhouders wordt geleden). Gaat het daarentegen om slachtof-

fers met letselschade, dan zal de omvang van de schade veelal per individu verschillen, zodat een collectieve afdoening onmogelijk lijkt. Denk ook aan de vorderingen van de nabestaanden (art. 6:108 BW).

Lastig wordt het ook als er meer potentiële aansprakelijke personen zijn en bijvoorbeeld nog moet worden uitgemaakt welke schade valt toe te schrijven aan welk handelen. Dit soort complicaties maakt een collectieve afdoening nog veel ingewikkelder.

7. De vordering tot schadevergoeding

Het gaat mij hier om iets anders, namelijk om het derde lid van art. 305a. Dat bepaalt dat een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Dat is kort, krachtig en streng. Het aanvankelijke wetsvoorstel was veel milder: behoudens voor zover een vereniging uitsluitend ten behoeve van haar leden optreedt, kan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 niet strekken tot schadevergoeding in geld. Laten we eerst eens kijken naar die mildere versie. Met meest ver zou natuurlijk gaan dat belangenorganisaties eenvoudigweg ten behoeve van anderen (derden) schadevergoeding zouden kunnen vorderen. Maar zover wilde de minister niet gaan, omdat 'zwaarwegende argumenten' daartegen pleiten. Ik citeer:

Zij (zo'n vergaande regeling, auteur) is ondenkbaar zonder allerlei beperkingen die recht doen aan de belangen van de betrokken personen. Het openstellen van deze mogelijkheid roept bovendien een veelheid van juridisch-technische complicaties in het leven. De praktijk laat namelijk zien dat schade in geval van grootschalige inbreuken op contractuele of buitencontractuele normen zich in vele vormen kan voordoen. Een collectieve schadevergoedingsvordering roept bij ieder van deze vormen zijn eigen problemen op ().

De juridisch-technische complicaties waarop wordt gedoeld houden onder meer in dat vastgesteld moet worden hoe groot de totale schade is, die geleden is door de groep van personen waarvoor de organisatie opkomt, en vervolgens bepaald moet worden hoe het totale schadebedrag over deze groep verdeeld moet worden. Hierbij zal doorgaans per individu de schadeomvang verschillend zijn en kunnen bovendien vragen als eigen schuld de schadevergoedingsverplichting beïnvloeden. Dit wijst erop dat individuele omstandigheden zich in de meeste gevallen tegen bundeling van schadevergoedingsaanspraken verzetten. Een gebundelde afdoening vergt ook onder meer een voorziening die het mogelijk maakt belanghebbenden op te roepen om de nodige gegevens te overhandigen. Een dergelijke individuele aanpak is echter strijdig met het wezen van het collectief actierecht. Bovendien kan een belangenorganisatie die de belangen wil bundelen van hen die recht op schadevergoeding hebben,

soms met andere reeds bestaande middelen het gestelde doel bereiken Men denke aan een volmacht of een cessie ter incasso ²⁰⁾

Wat is (verder) wel mogelijk?

a In de eerste plaats kan een belangenorganisatie een declaratoir vonnis vragen, waaruit bijvoorbeeld kan blijken dat het handelen van gedaagde onrechtmatig is Individuen kunnen daarmee in een verdere schadevergoedingsprocedure hun voordeel doen

b Ook kan een belangenorganisatie schadevergoeding in natura vragen (bijvoorbeeld het schoonmaken van een vervuild gebied), want, aldus de toelichting, daarbij doen zich juridisch-technische complicaties als de berekening en de verdeling niet voor ²¹⁾

c Voorts kan een vereniging haar eigen schade vorderen (bijvoorbeeld de proceskosten die ze in een bepaalde procedure maakt) Maar dat is feitelijk geen voorbeeld van een collectieve actie

d Ten slotte kon (maar dat is dus veranderd, zie hierna) een vereniging *ten behoeve van haar leden* schadevergoeding vorderen, ook buiten de contractuele sfeer Want de bezwaren die zojuist werden genoemd, spelen dan geen rol meer De minister²²⁾ merkt op dat een vereniging die uitsluitend voor haar leden schadevergoeding vordert, zeer wel in staat is aan te geven voor wie zij optreedt, en ze kan zo nodig van haar leden de nodige gegevens verkrijgen aan de hand waarvan ieders schade is te bepalen Bovendien, zo voegt de minister daaraan toe, spelen er geen distributieproblemen wanneer bekend is voor wie wordt opgetreden en hoe groot ieders schade is Concreet dacht de minister aan het geval dat een groep personen, allen slachtoffers van een bepaalde gebeurtenis, een vereniging opricht teneinde schadevergoeding te vorderen Het kan dan, zo vervolgde hij, gaan

om de slachtoffers van een ondeugdelijk medicijn of medisch hulpmiddel of om de slachtoffers en nabestaanden van een vliegcrash () De sterkere onderhandelingspositie die hierdoor verkregen wordt, kan een motief zijn om zich te verenigen en eventueel collectief in rechte op te treden Wel geldt uiteraard ook in dit geval dat de schade moet kunnen worden gespecificeerd en zo nodig bewezen Ook zal, zoals steeds, de ontvankelijkheid afhangen van de vervulling van de vereisten die in het eerste en het tweede lid van art 305a zijn opgenomen Wanneer het gaat om schadevergoedingen die in elk individueel geval anders zijn samengesteld, zal de vordering afstuiten op het te ongelijksoortige karakter van de bij de zaak betrokken belangen (lid 2) ²³⁾

Erg helder was het allemaal niet Dat gold voor de wet zo eiste lid 1 rechtspersoonlijkheid, lid 2 dat de belangen gelijksoortig moeten zijn, en gaf lid 3 als hoofdregel dat schadevergoeding in geld niet collectief mogelijk is, behalve als dat gebeurde door een vereniging ten behoeve van haar leden, maar dat wisten we in feite al van lid 1 Ook de toelichting lijkt echter te haperen Wordt er enerzijds op gewezen dat er allerlei 'technisch-

juridische complicaties' zijn rond berekening en distributie (zie citaat), anderzijds worden slachtoffers van een ondeugdelijk medicijn of van een vliegcramp genoemd als degenen die gebaat kunnen zijn bij een collectieve actie – zij het dat, als de schadevergoeding in elk individueel geval anders is samengesteld (hetgeen in de genoemde voorbeelden gemakkelijk het geval kan zijn), de vordering afstuit op het ongelijksoortig karakter van de bij de zaak betrokken belangen.

Ten slotte krijgt lid 3 door een amendement²⁴⁾ uiteindelijk zijn strenge inhoud: geen collectief schadeverhaal. De toelichting luidt als volgt:

Het amendement beoogt het type vorderingen dat kan worden ingesteld te beperken. De vraag of en in hoeverre een persoon, jegens wie onrechtmatig zou zijn gehandeld, daardoor schade heeft geleden, kan slechts individueel worden beantwoord, en leent zich daarmee in algemene zin niet voor een collectieve vordering. Bovendien biedt in de situatie dat schade wel namens bepaalde personen te vorderen zou zijn, de bestaande regelgeving al voldoende mogelijkheden.

Hoe reëel zijn de bezwaren tegen een collectief schadeverhaal? Door een totaal verbod wordt de collectieve actie ook onmogelijk gemaakt voor gevallen waarin de totale schade bekend is en er ook geen ingewikkelde verdelingsproblemen zijn. Dat is jammer. Overigens zal zo'n zaak doorgaans wel op een schikking uitlopen zodra aansprakelijkheid in beginsel vaststaat. Het PTT-geval is hier een voorbeeld van. Zes miljoen telefoonabonnees hadden recht op elf miljoen gulden en dat leverde, na enig onderhandelen, een ieder *f* 1,85 op.²⁵⁾ Een ander voorbeeld is het geval waarin de gemeente Amsterdam de privacy van haar personeelsleden en hun gezinsleden schond door zonder toestemming alle persoonsgegevens aan verzekeringsmaatschappij Ohra toe te zenden. Aanvankelijk ging het om 3534 (!) gedupeerden die smartegeld eisten; uiteindelijk bleven er na betaling van griffiegeld 936 over. De Centrale Raad van Beroep wees *f* 150,- per gedupeerde toe.²⁶⁾

Maar veel gevallen zullen inderdaad ingewikkelder zijn; bijvoorbeeld het geval dat voor deze bundel de rode draad is. De schade zal voor elk van de slachtoffers anders zijn op het punt van de vermogensschade (dokterskosten, inkomstenderving, de schade van de nabestaanden in geval van overlijden (art. 6:108 BW), zaakschade, bedrijfsschade enz.), maar ook op het vlak van de immateriële schade (art. 6:106 BW). Bovendien is het uiteenlopen van schade-omvang niet alleen een kwestie van 'schadeberekening' (afdeling 6.1.10). Het is heel wel mogelijk dat in een concreet geval sommige slachtoffers de relativiteitstoets van art. 6:163 niet doorstaan. Dat wordt bijvoorbeeld duidelijk in het geval van een vliegtuig dat in een woonwijk neerstort. Daar is het lang niet eenvoudig uit te maken of de aansprakelijke maatschappij ook werkelijk jegens alle slachtoffers onrechtmatig heeft gehandeld. Denk aan schadelijgende reddingswerkers, of aan

slachtoffers die zich ruim buiten de *zone of danger* bevonden.

Veelal zal de aansprakelijkheidsvraag de lastigste zijn: Is geneesmiddel X gebrekkig? Kwam het vliegtuig door onzorgvuldig handelen naar beneden? Zo'n soort vraag kan, om de goede redenen die hiervóór werden genoemd, heel goed via een collectieve actie worden beantwoord. Maar daarna zal het aankomen op ieders schade en die omvangrijke afwikkeling lijkt bijna niet collectief mogelijk.

8. Water in de wijn

Collectieve schadevergoedingsacties hebben evenwel duidelijke voordelen. Ik vat ze hier nog eens kort samen:

- geringere transactiekosten waardoor er meer geld beschikbaar is voor slachtoffers;
- meer deskundigheid bij de advocaten en rechters;
- ook kleine of terughoudende slachtoffers krijgen schadevergoeding;
- het judiciële systeem wordt minder belast;
- slachtoffers krijgen hun schade nog bij leven vergoed;
- de spanning van het proces kan met anderen worden gedeeld, en daarmee wordt de mogelijke publieke aandacht gespreid over meer slachtoffers.²⁷⁾

Bovendien blijkt uit de Amerikaanse ervaringen dat het door tegenstanders van een regeling gevreesde *opt out* maar heel weinig voorkomt.²⁸⁾ Kiezen we voor de een of andere vorm van collectief schadeverhaal, dan leveren we daarmee ongetwijfeld iets in. Ik refereerde daar al aan:

- het idee van *individual justice* geven we voor een deel op;
- cliënten zullen in veel gevallen wellicht minder ontvangen dan wanneer ze zelfstandig hadden geprocedeerd;
- ze zullen ook minder invloed op de procedure hebben en hun *day in court* missen.

Maar daar staat zoals gezegd veel tegenover.

Om het nu wat fors te zeggen: zou de wetgever geen rechtsingang voor collectiviteiten creëren, dan lijkt hij zich aan legislatieve rechtsweigeringschuldig te maken. Slachtoffers worden er het slachtoffer van. Amerikaanse *rechters* lijken zich hun verantwoordelijkheid steeds meer bewust:

It is not enough to chronicle the existence of this problem and to lament congressional inaction. The litigants and the public *rightfully expect the courts to be problem solvers.*²⁹⁾

Maar daaraan moet dan meteen worden toegevoegd dat in de Verenigde Staten al veel meer wettelijk is geregeld dan in Nederland, wat de speelruimte voor de rechters natuurlijk groter maakt. Wie terugkijkt naar de parlementaire behandeling van het Nederlandse collectieve actierecht, ont-

komt niet aan de indruk dat er nauwelijks is nagedacht over het collectieve schadeverhaal. De aandacht lijkt sowieso meer te zijn uitgegaan naar die andere collectieve actie: de algemeen belang-actie.³⁰⁾

9. Naar een intelligente oplossing?

Amerikanen zijn intelligent en creatief kwam niet het idee van de markt-aandeel-aansprakelijkheid uit dat land.³¹⁾ Een heel ander voorbeeld van de Amerikaanse creativiteit op juridisch terrein vond ik onlangs in het Leidsch Dagblad.

De Amerikaanse Linda Rios is vast van plan een bekeuring van 271 dollar aan te vechten die een Californische politiemans haar gaf, omdat zij in haar eentje met de auto over de carpoolstrook reed. Ze erkent dat de passagiersstoel leeg was, maar vindt niet dat zij alleen in de auto zat, aangezien ze vijf maanden zwanger is. Rios is niet de eerste Californische vrouw die in vergelijkbare omstandigheden een bekeuring kreeg en aanvocht. In 1986 stelden rechteis twee automobilisten in het gelijk hun foetussen waren voor de Californische wet een persoon en telden derhalve mee als carpooler. De officier gaf toe dat mevrouw Rios op dit punt misschien sterk staat, maar dan toch een andere wet heeft overtreden in Californië: is het niet toegestaan dat te veel mensen tegelijkertijd achter het stuur van een auto zitten.

Frenk geeft een beschrijving van een aantal mogelijke oplossingen voor een collectief schadeverhaal.³²⁾ *Class actions* komen de laatste jaren in Amerika meer en meer voor, ondanks de waarschuwende woorden van de Amerikaanse wetgever bij het befaamde art. 23 van de Federal Rules (waarin de *class action* is neergelegd).

A 'mass accident' resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses of liability, would be present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried.³³⁾

Het is eigenlijk het verhaal van de Nederlandse minister (zie hierboven), en toch blijken Amerikaanse rechters steeds verder te willen en te kunnen gaan. Ook in asbestzaken worden grote groepen slachtoffers toegelaten als *class*. Weinstein, een van de grote rechters op dit vlak, merkt op:

Faced with innovative district court solutions to seemingly intractable problems, the appellate courts have begun to be slightly more sympathetic to class actions in mass tort cases.³⁴⁾

Met name wijst Weinstein op het belang van rechterlijke controle van de

honorering van de betrokken advocaten. Behalve de *class action* als middel om collectief schadeverhaal mogelijk te maken, is er de mogelijkheid via de Bankruptcy Act; langs die weg is een regeling getroffen in de Johns-Manville-zaak en in Robins.³⁵⁾ Er wordt een fonds gecreëerd waaruit huidige en toekomstige slachtoffers kunnen worden gecompenseerd.³⁶⁾ Een derde mogelijkheid trof ik aan bij een van die gewone District Courts, in de zaak Cimino v. Raymark Indus.³⁷⁾ Dat was het geval van de vele duizenden asbestslachtoffers waarvan de rechtbank had uitgerekend dat ze nog jaren en jaren bezig zouden zijn. Wat de rechtbank deed, was het volgende. Ze keurde een *class* van 3031 slachtoffers met verschillende asbestgerelateerde ziekten goed. Bij een eerste schifting bleven er 2298 slachtoffers over. Daarna volgden drie fasen. In fase 1 werden de *common issues of law and fact* behandeld. In fase 2 ging een jury de verschillende aangeklaagde bedrijven af om per bedrijf informatie te vergaren over het gebruik van asbest, de perioden waarin dat gebruikt werd en de aantallen werknemers die met asbest geconfronteerd waren geweest. Daarop trad fase 3 in werking: alle 2298 slachtoffers gaven formeel hun recht op een individuele procedure op en gingen tevens accoord met een *sampling procedure*. De ziektes werden ingedeeld in vijf vormen en voor elk van deze vormen werd een representatieve groep (een *sample*) samengesteld. Dat gaf het volgende beeld:

	Sample Size	Disease Category Population
Mesothelioma	15	32
Lung Cancer	25	186
Other Cancer	20	58
Asbestosis	50	1050
Pleural Disease	50	972
<hr/> Totals	<hr/> 160	<hr/> 2298

De slachtoffers uit elk van de vijf *samples* kregen elk voor zich een individueel proces ter vaststelling van hun schadevergoeding. Daarna werd het gemiddelde schadebedrag geëxtrapoleerd naar elk van de *non-sample groups*.³⁸⁾ Aldus werd bereikt dat na acht maanden 2298 slachtoffers hun vonnis hadden!

Het is niet mogelijk om hier ter plekke een goed doortimmerd voorstel op tafel te leggen. Eén iemand kan dat ook niet want, zo blijkt uit de Amerikaanse ervaringen, het vraagstuk van het collectieve schadeverhaal beïnvloedt het handelen en het gedrag van velen in het justitiële proces; dat leren ons de Amerikaanse ervaringen. De vraag is bovendien of het collectief schadeverhaal zich vanwege zijn veelal grensoverschrijdende dimensies niet

meer leent voor een Europese aanpak. Het boek van Frenk biedt daarvoor overigens, met zijn uitvoerige beschrijving van verschillende systemen, een goede basis. (Vlak voor het ter perse gaan van deze bundel hoorde ik van een binnenkort te publiceren Europees ontwerp; zónder een collectief schadeverhaal!)

10. Blackmail settlements

De kracht van een massa heeft ook een keerzijde. In de Verenigde Staten zijn enige tienduizenden hemofiliepatiënten besmet geraakt met HIV. Deze patiënten zijn namelijk zeer afhankelijk van door bloedbanken vervaardigde bloedprodukten, en daarmee heel kwetsbaar voor besmetting. Dertien van hen (respectievelijk van hun nabestaanden) hebben reeds in civiele procedures schadevergoeding gevorderd, maar in twaalf gevallen zonder succes. Eén zaak liep voor het slachtoffer goed af. De twaalf slaagden er niet in aan te tonen dat de bloedbanken onzorgvuldig waren geweest, bijvoorbeeld in het testen van potentiële bloeddonoren.

Zo'n 300 rechtszaken lopen op dit moment, maar van één zaak probeert men een *class action* te maken, namens die vele duizenden andere slachtoffers. In eerste instantie had men succes: een lagere rechter keurde een collectieve actie voor dit geval goed. In hoger beroep – het lag iets ingewikkelder – stuitte de slachtoffers evenwel op Chief Judge Posner (de Posner). Hij schreef voor het Seventh Circuit US Court of Appeals de winnende opinie. Ik vind zijn argumentatie interessant genoeg om hier heel kort te geven.³⁹⁾ Posner wijst vooreerst op de enorme druk die van zo'n collectieve actie op gedaagde(n) uitgaat om te schikken, ook al zijn tot nog toe bijna alle individuele schadevergoedingsprocedures op niets uitgelopen:

It is true that ... the defendants (zeg maar: de bloedbanken; auteur) would have various defenses. But they could not be confident that the defenses would prevail. They might, therefore, easily be facing \$25 billion in potential liability (conceivable more), and with it bankruptcy. They may not wish to roll these dice. That is putting it mildly. They will be under intense pressure to settle. (...) Judge Friendly ... called settlements induced by a small probability of an immense judgment in a class action 'blackmail settlements'.

Daar komt bij – maar dat argument speelt vooral in het Amerikaanse (proces)recht – dat een jury (bij ons: twee rechterlijke colleges) beslist over het voortbestaan van een onderneming:

One jury, consisting of six persons ... will hold the fate of an industry in the palm of its hand. (...) That kind of thing can happen in our system of civil justice (it is not likely to happen, because the industry is likely to settle – whether or not it really is liable).

Het zijn overwegingen die tot nadenken stemmen Wel moet ik opmerken dat Posner met zijn uitspraak voorlopig alleen staat, de (lagere) rechtspraak lijkt zich er niets van aan te trekken – een eenmansactie tegen de collectieve actie

Noten

- 1) Aangehaald in het artikel van Michael J Saks en Peter David Blanck, 'Justice Improved The Unrecognized Benefits of Aggregation and Sampling in the Trial of Mass Torts', in *Stanford Law Review* 1992, blz 816
- 2) Id , voetnoot 9, onder vermelding van bronnen
- 3) Zie het boek van Jack B Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1995, blz 59 Weinstein (New York) heeft zich als rechter met 'mass torts' beziggehouden, onder andere met de Agent Orange-zaak Het ging in die zaak om Amerikaanse militairen die het slachtoffer waren geworden van het in Vietnam ingezette ontbladeringsmiddel 'Agent Orange'
- 4) Weinstein, a w 1995, blz 54 en met name blz 39-40, waar hij voorbeelden geeft van zaken waarin enkele advocaten behorend tot eenzelfde kantoor de belangen van enkele honderdduizenden (!) verdedigden
- 5) Zie uitvoerig S Boekman, *Het huidige advocatentuchtrecht in de beslissingen van het Hof van Discipline* W E J Tjeenk Willink, Zwolle 1993, blz 43 e v
- 6) Weinstein, a w 1995, blz 53
- 7) A w blz 45 e v , vergelijk gedragsregel 8, afgedrukt in Boekman, a w
- 8) Weinstein, a w 1995, blz 167
- 9) Gedragsregels, regel 3
- 10) Zie met name de regel 7 van de Gedragsregels
- 11) Zie meer in het algemeen over de veranderingen die het beroep van advocaat in deze tijd doormaakt het artikel van E E Minkjan, 'Advocatuur, business en metier', in de fraaie bundel van L E de Groot-van Leeuwen en L H A J M Quant (red), *Ethiek en het juridisch beroep*, Vuga, Den Haag 1995, blz 55 e v
- 12) Weinstein, a w 1995, blz 104 e v
- 13) N Frenk, *Kollektieve aktes in het privaatrecht*, diss Utrecht, 1994, blz 1 e v
- 14) Zie het overzicht in de MvA II, 22 486, nr 3, blz 3 e v
- 15) Id , blz 8 e v
- 16) Idem, blz 20
- 17) Frenk, a w blz 120
- 18) Zie bijvoorbeeld J D A den Tonkelaar, TVVS 1995, blz 116 e v
- 19) Zie ook hierna onder par 10
- 20) MvA II, blz 29-30 Instemmend J D A den Tonkelaar, TVVS 1995, blz 116 Kritisch is K Rozemond, *Rechtshulp* 1992, blz 25, en J H van Dam-Lely, *Stichting & Vereniging* 1992, blz 43
- 21) MvA II, t a p
- 22) Id
- 23) MvA II, blz 30-31

- 24) Amendement Soutendijk/Koithals, nr 15 P F A Bierbooms en L J A de Vries, NJB 1994, blz 96, zijn kritisch over onder meer deze beperking. Zij wijzen erop dat bij sommige partijen in de Kamer de angst bestond dat collectieve acties slecht zouden zijn voor het bedrijfsleven, zie daarover nader het slot van mijn artikel.
- 25) Daaraan vooraf ging een uitspraak van de Rb 's-Gravenhage 15 februari 1989, TvC 1989, blz 76 e v (noot Rodrigues). Vergelijk in dit verband de door Frenk (blz 302) geciteerde Jennifer K Bankier, Class Actions for Monetary Relief in Canada: Formalism of Function, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1984, blz 232-233. 'Class actions are challenging because they are more difficult to administer than ordinary actions. This might not be true in the case of an "ideal" class action, that is, one where all issues of law and fact are precisely the same for all class members, so they can be resolved in a single, unitary proceeding.'
- 26) CRvB 21 oktober 1993, AB 1994, 220
- 27) Vergelijk C J M Schuyt, *Recht en samenleving*, Van Gorcum, Assen 1983, blz 78, waar hij de toegang tot de advocatuur en andere vormen van rechtshulp vergelijkt voor resp organisaties en individuen.
- 28) Weinstein, a w 1995, blz 136. 'In fact, very few people usually opt out of a reasonably run class action since they operate on the "Book of the Month" theory-failure to object because of apathy, or the like, is deemed approval.'
- 29) *Cimino v Raymark Indus*, 751 F Supp 653 (E D Tex 1990), cursivering van de auteur.
- 30) Zie voor het verschil tussen beide vorderingen hiervoor par 5.
- 31) Sowieso lijkt het erop dat in de VS al veel meer is nagedacht over vraagstukken van massaschade: vergelijk bijvoorbeeld het boek van mijn UC Hastings-collega Richard L Marcus, samen met Edward F Sherman, *Complex Litigation*, West Publishing Co., 2d ed 1992.
- 32) Frenk, diss 1994, blz 195 e v.
- 33) Fed R Civ P 23(b)(3) Advisory committee's note, 1966.
- 34) Weinstein, a w 1995, blz 136.
- 35) Zie daarover uitvoerig het proefschrift van Frenk, blz 222 e v en noot 100 aldaar, over de verschillen tussen class action en bankruptcy.
- 36) Zie daarover recent de rede van L Dommering-van Rongen, *Schade vergoeden door Fondsvorming*, Kluwer, Deventer 1996.
- 37) 751 F Supp 694 (E D Tex 1990).
- 38) Zie daarover uitvoerig het artikel van Saks en Blanck, a w 1992, blz 815 e v, voorzien van uitvoerige statistische beschouwingen. Verweren van eigen schuld (bijv roken) kwam in fase 3 aan de orde, 751 F Supp 649, blz 658 e v.
- 39) *In re Rohne-Poulenc Roier, Inc*, 51 F 2d 1293 (7th Cir), cert denied, 116 S Ct 184. De uitspraak is van 16 maart 1995.