

# 125 Congresverslag: International Class Action Regimes and Settling Mass Personal Injury

Pim Wissink \*

## 1. Inleiding

Het Nederlandse massaschaderecht is volop in ontwikkeling. In 2020 trad de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) in werking, waarmee de collectieve actie van artikel 3:305a BW een ‘upgrade’ tot volwaardige collectieve schadevergoedingsactie kreeg. Inmiddels worden de eerste ervaringen opgedaan, maar hoe de nieuwe regeling in de praktijk zal uitpakken, is – mede door de lange doorlooptijden van de procedures – nog ongewis. Tegen die achtergrond vond op 6 juni 2021 een online congres plaats rondom het bovengenoemde thema, georganiseerd door de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen en mogelijk gemaakt door Stichting Onderzoek & Ondersteuning Collectieve Acties. Op het programma stond een kleine wereldreis waarin onder dagvoorzitterschap van *Ianika Tzankova* (Tilburg University) naast ons eigen land, Brazilië, Israël en de Verenigde Staten werden aangedaan. De rode draad: hoe verhoudt de Nederlandse ‘class action’ zich tot zijn buitenlandse tegenhangers en wat kunnen wij van de (praktijk)ervaringen daar leren? Een speciaal accent lag op de omgang met massale personenschade.

\* Mr. P.G.J. Wissink is promovendus en docent burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. De auteur was betrokken bij de organisatie van het congres.

## 2. De nieuwe collectieve schadevergoedingsactie

De recente ontwikkelingen op Nederlandse bodem stonden centraal in het eerste deel van het programma. *Pauline Hofmeijer-Rutten* (rechter in de Rechtbank Rotterdam en raadsheer in het Hof Amsterdam) schetste de achtergrond, context en hoofdlijnen van de nieuwe collectieve schadevergoedingsactie. Zij ging daarbij tevens in op enkele eerste ervaringen met en verwachtingen over de regeling vanuit een rechterperspectief. Ik licht enkele elementen uit de meeromvattende bijdrage.

Het nieuwe regime gaat uit van een inleidende procesfase waarin de rechter beslist of een aangebrachte collectieve actie doorgang kan vinden. Eén van zaken die de rechter in dit stadium moet beoordelen, is of de vordering niet summierlijk ondeugdelijk is gebleken (art. 1018c lid 5 sub c Rv). Dat biedt een haakje om vroegtijdig te filteren op ongefundeerde claims. Volgens Hofmeijer-Rutten is dit een lastige bepaling, omdat niet helemaal duidelijk is hoe indringend deze toets moet worden toegepast. Is afwijzing op die grond alleen aan de orde als voor iedere redelijke persoon duidelijk is dat de claim ongegrond is? Of gaat het verder dan dat, en wordt de rechter geacht om op vergelijkbare wijze als in kort geding een oordeel te vormen over de kans van slagen? Het ene leidt

tot een geheel andere dynamiek dan het andere. Hofmeijer-Rutten en collega’s gaan ervan uit dat de bepaling in de eerstbedoelde zin moet worden opgevat.

Zij signaleert daarnaast dat sommige eisers een collectieve actie aanvangen zonder te refereren aan de WAMCA of uiteen te zetten hoe aan de aangescherpte ontvankelijkheidseisen met betrekking tot inrichting, governance en financiering wordt voldaan – mogelijk uit onwetendheid, mogelijk in de hoop geen slapende honden te wekken. In dat geval moet de rechter een en ander vanzelfsprekend ter sprake brengen, maar in het bijzonder bij ideële vorderingen komt het vaak voor dat de verweerder evenmin behoefte heeft aan een discussie over de ontvankelijkheidseisen. Dan rijst de vraag of en in hoeverre het nodig is dat de rechter niettemin ambtshalve toetst aan die ontvankelijkheidseisen en daartoe de benodigde inlichtingen van de eiser verlangt. Een open vraag, aldus de spreker.

De procedure is al met al ingewikkeld en zal de nodige tijd in beslag nemen. Hofmeijer-Rutten verwacht dat de behandeling in eerste aanleg in de regel minstens drie jaar zal vergen. Met tot nu ruim dertig zaken in het centrale register voor collectieve vorderingen, wordt er vooralsnog aanzienlijk meer gebruik van de procedure gemaakt dan voorspeld (ca. vijf zaken per jaar). De zaken betreffen bovendien een grotere varië-

teit aan onderwerpen dan verwacht. Dat lijkt een gunstig teken, maar Hofmeijer-Rutten merkt op dat wel de indruk bestaat dat sommige partijen de nieuwe procedure mijden vanwege de complicaties die ermee gepaard gaan. Zij concludeert dat het nog te vroeg is om vast te stellen of de WAMCA een succes zal blijken.

### 3. Exclusieve belangenbehartigers en collectieve personenschadeclaims

*Antoinette Collignon* (advocaat bij Legaltree en voorzitter Stichting Essure Claims) ging nader in op twee belangrijke kenmerken van het nieuwe regime, te weten de benoeming van een exclusieve belangenbehartiger (art. 1018e Rv) en de categoriegewijze vaststelling van schadevergoedingen door de rechter (art. 1018i Rv), in het bijzonder bij personenschade.

Om de procesvoering te stroomlijnen en schikingsonderhandelingen te vergemakkelijken, voorziet de WAMCA er in dat de rechter, indien er meerdere eisers zijn opgekomen, de ‘meest geschikte’ eiser aanwijst als exclusieve belangenbehartiger. Die partij neemt als hoofdeiser het voortouw in het proces. Collignon verwacht dat de rechter goed in staat zal zijn de meest geschikte partij te identificeren. Zij vreest wel dat belangenbehartigers die nieuwkomers zijn en daardoor nog geen omvangrijk track record hebben kunnen opbouwen, in het nadeel zijn ten opzichte van de ‘usual circle’. Dat een belangenorganisatie jong is, zegt niet per definitie iets over haar kwaliteiten als groepsvertegenwoordiger. Het is belangrijk dat er voldoende draagvlak is voor de keuze van de exclusieve belangenbehartiger, om te voorkomen dat gedupeerden in de achterban van niet-aangewezen organisaties uit onvrede van de opt-out gebruik maken. Daarom is het volgens Collignon zaak om goed te inventariseren wat de belangen van de verschillende groepen zijn en te onderzoeken of de niet-aangewezen eisers en de exclusieve belangenbehartiger zullen kunnen samenwerken.

De afwikkeling van personenschadeclaims via de WAMCA omschreef Collignon als een ‘mijnenveld’. Het uitgangspunt in collectieve acties, een snelle en eenvoudige afwikkeling door te abstraheren van individuele claims, schuurt namelijk met de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht. Volledige vergoeding van daadwerkelijk geleden schade is daarin immers een kernbeginsel, en concrete begroting op basis van een individuele beoordeling de gewone modus operandi. Die spanning is op zijn scherpst bij personenschade. Toch ziet Collignon wel aanknopingspunten om bepaalde schade-posten in een rechterlijke schadecategorisering te vangen. Zo is het praktijk van alledag dat ver-

goedingen voor bijvoorbeeld huishoudelijke hulp en verlies van zelfwerkzaamheidsvermogen worden vastgesteld aan de hand van de richtlijnen van de Letselschaderaad. En hoewel de Hoge Raad een onverkort forfaitaire vaststelling van immateriële schadevergoeding uitsluit, acht hij het wel mogelijk dat de rechter in abstracto een bepaald minimumbeloop vaststelt (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278). De conclusie van Collignon is dat bepaalde simpele personenschadegevallen zich voor categorisering kunnen lenen, maar zaken met complexe schadeposten als verlies van arbeidsvermogen of lastige causaliteitskwesities vermoedelijk niet. Zij verwacht niet dat de WAMCA vaak in personenschadezaken zal worden ingezet, met het oog op de begrotingsproblematiek en de kosten die met de rechtsgang gemoeid zijn. Mogelijk is er in de juiste zaken, waar het gaat om grote groepen benadeelden met relatief eenvoudige schades, echter wel een rol voor de WAMCA weggelegd.

### 4. Eerste discussiesessie

Ondanks de uitgebreide wettelijke regeling en dito toelichting roept de nieuwe procedure nog de nodige onbeantwoorde vragen op. Dat werd wederom bevestigd in de prikkelende discussie die volgde op de bijdragen van Hofmeijer en Collignon. Zo werd vanuit het publiek de vraag opgeworpen wat de eb-systematiek betekent voor de bevoegdheid om hoger beroep in te stellen: is dat in beginsel aan de exclusieve belangenbehartiger voorbehouden of kunnen ook niet-aangewezen belangenbehartigers rechtsmiddelen aanwenden? Dat het antwoord daarop in de praktijk van belang is, behoeft geen betoog. De WAMCA kent geen expliciete regel op dit punt en de kwestie lijkt tijdens de parlementaire behandeling ook niet aan de orde te zijn gesteld.

Onder de aanwezigen werd hierover verschillend gedacht. Aan de ene kant werd beredeneerd dat het recht om in hoger beroep te gaan in beginsel aan elke partij toekomt en dat niet-aangewezen belangenbehartigers, ook al mogen zij in beginsel geen proceshandelingen meer verrichten, wel partij in de procedure blijven (art. 1018e lid 3 Rv). Dat zou betekenen dat ook elke niet-aangewezen belangenbehartiger hoger beroep kan instellen. Er werd daarnaast op gewezen dat een beknotten van dat recht vanuit een fair trial-perspectief mogelijk problematisch is. Anderzijds werd verdedigd dat het twijfelachtig is of de wetgever deze consequentie voor ogen had, omdat ze afbreuk doet aan de coördinerende functie en de stroomlijning van de procesvoering die met de figuur van de exclusieve belangenbehartiger is beoogd. Ligt in de ratio achter aanwijzing van de ‘meest geschikte’ partij als hoofdeiser, die de gehele groep vertegenwoordigt en bij uitsluiting van anderen proceshandelingen verricht, niet tevens besloten dat de betreffende partij als de meest geschikte is te beschouwen om beslissingen over het nut van hoger beroep te nemen?



*De indruk bestaat dat sommige partijen de WAMCA vermijden vanwege de mogelijke complicaties.*





**Collectieve acties worden in Brazilië meer dan elders gezien als een kwestie van publiek belang.**



Denkbaar is dan wel dat niet-aangewezen eisers de rechter verzoeken om de huidige exclusieve belangenbehartiger te vervangen, als zij menen dat hij steken laat vallen door een rechtsmiddel niet te benutten.

## 5. Class actions in Brazilië

*Antonio Gidi* (Syracuse University) gaf een kleurrijke inleiding op het Braziliaanse collectieve actie-regime. Zijn bijdrage ving aan op pakweg negenduizend kilometer en tweënhalfduizend jaar van de eindbestemming, bij de actio popularis in het Romeinse recht. De spreker betoogde daarmee dat groepsacties geen Amerikaanse vondst zijn en evenmin vreemd aan de civil law-traditie. Via het middeleeuwse Engelse recht, de totstandkoming van de moderne Amerikaanse class action en de daarop geïnspireerde pennenvruchten van Italiaanse rechtsgeleerden in jaren zeventig en tachtig, die instrumenteel waren voor de receptie van de class action-figuur in Brazilië, belandde hij bij het hedendaagse Braziliaanse regime.

Dat regime heeft in vergelijkend perspectief een aantal bijzondere karaktertrekken. Ten eerste de centrale rol die openbaar aanklagers spelen. Zij zijn in Brazilië niet alleen verantwoordelijk voor het aanbrengen van strafzaken, maar initiëren ook de overgrote meerderheid van de collectieve acties in het land. Treedt een vereniging of overheidslichaam als groepsvertegenwoordiger op, dan is de openbaar aanklager gehouden te intervensiëren als ‘custos legis’ (vrij vertaald: beschermer van het rechtssysteem). Zo bezien lijken collectieve acties in Brazilië meer dan in andere stelsels gezien te worden als een kwestie van publiek belang.

Dat is terug te zien in een tweede bijzonderheid van het Braziliaanse regime, namelijk het onderscheid dat het maakt tussen individuele schadevergoeding en schadevergoeding aan de groep. Voor dat laatste begroot de rechter met behulp van deskundigen de schade als een totaalbedrag voor de groep als geheel. Een dergelijke ‘aggregate assessment’ is niet uniek en komt bijvoorbeeld ook in veel common law-stelsels voor, maar de bijzonderheid van de Braziliaanse figuur is dat de vergoeding er niet toe strekt individuele groepsleden te compenseren. De schadevergoeding komt toe aan de groep als zodanig en distributie onder de groepsleden blijft daarom achterwege. In plaats daarvan vloeit het bedrag naar een speciaal fonds in overheidsbeheer, dat het geld op discretionaire wijze aanwendt om herstel te effectueren en initiatieven op het gebied van milieu, consumentenbescherming en andere ‘groepsrechten’ te financieren.

Individuele schadevergoedingen kunnen in de collectieve actie niet worden toegekend. Wel kan – gelijk de Nederlandse situatie voorafgaand aan de WAMCA – de rechter zich uitspreken over de

aansprakelijkheid van een verweerder, waarna de groepsleden procedures kunnen starten om hun individuele schade te bewijzen en vergoed te krijgen. Maar ook in dat geval kan de groepsvertegenwoordiger na verloop van een jaar de rechter verzoeken om schadevergoeding voor de groep als geheel vast te stellen, met aftrekking van hetgeen inmiddels aan individuele groepsleden is toegekend. Zodoende wordt vermeden dat de aangesproken partij bij een (in de regel te verwachten) lage opkomst vrijuit gaat.

## 6. Class actions in Israël

*Alon Klement* (Tel Aviv University) beschreef het juridische raamwerk en de praktijk van de Israëliëse class action. De structurele kenmerken van dit regime vertonen in veel opzichten gelijkenissen met het Amerikaanse. Het is een opt-outprocedure met een voorafgaande certification-fase; in de regel treden groepsleden op als vertegenwoordiger, en de betrokken advocaten werken veelal op basis van contingency fees. Toch kent de praktijk in Israël een heel eigen dynamiek, zoals Klement aan de hand van een rijk palet aan empirische gegevens illustreerde.

Meest opvallend zijn de grote aantallen. Er worden jaarlijks zo’n duizend tot vijftienhonderd collectieve acties aanhangig gemaakt, wat aanzienlijk is op een bevolking die half zo groot is als de Nederlandse. Dit hangt ten dele samen met het businessmodel dat sommige Israëliëse massaclaimadvocaten hanteren. De bulk van de zaken is afkomstig van kleine advocatenkantoren – soms zelfs eenpitters – die vele soortgelijke collectieve acties starten naar aanleiding van kleine schendingen van regulerend consumentenrecht. Het gaat dan bijvoorbeeld om opschriften op voedselverpakkingen die iets kleiner zijn afgedrukt dan voorgeschreven. Men pleegt in die zaken niet daadwerkelijk te procederen: ze worden ingetrokken tegen een kleine betaling aan de advocaat en een toezegging van de verweerder om de schending te beëindigen, vaak zonder compensatie voor de consument.

In tegenstelling tot procedures over meer serieuze schendingen, die bescheidener aantallen aannemen, hebben deze triviale zaken volgens rechtseconoom Klement geen sociaal nut. Recente hervormingen gaan deze uitwas (volgens de cijfers: met een zeker succes) tegen door een kostendrempel voor het aanbrengen van procedures op te werpen, die het verdienmodel bij bagatelzaken ondergraaft. De Israëliëse ervaringen illustreren, aldus Klement, dat de combinatie van gedecentraliseerde handhaving door massaclaims en een sterk gereguleerd stelsel problematisch kan zijn. Het kan ertoe leiden dat ook de economisch inefficiënte uithoeken van die regulering, die anders in alle redelijkheid een dode letter zouden blijven, daadwerkelijk worden gehandhaafd.

## 7. Tweede discussiesessie

Deze observatie bleek voer voor verdere discussie. Sommige regels zijn wellicht economisch inefficiënt, maar de wetgever zal ze met een bepaalde reden hebben opgesteld. Valt er dan niet toch iets te zeggen voor handhaving daarvan? Een productief resultaat van een private handhavingsactie zou bovendien kunnen zijn dat het een impuls geeft om inefficiënte regels te herzien of af te schaffen. Klement meent echter dat wet- en regelgevers zich vaak onvoldoende bekommeren om de externaliteiten die zij in het leven roepen. Dat schaadt niet, zo lang die regels niet of althans prudent worden gehandhaafd. Bij grootschalige en ongerichte handhaving gaan die externaliteiten zich daarentegen materialiseren. Daar komt volgens Klement bij dat ongelukkige regelgeving in de regel helaas makkelijker wordt opgesteld dan weer ingetrokken.

Klements bijdrage onderstreept nog eens dat een collectief verhaalsysteem dat een beroep doet op privaats initiatief, moet voorzien in de juiste incentives voor de betrokken actoren om goed te functioneren. Dit noodzaakt in elk stelsel tot het maken van afwegingen, want iedere maatregel gaat gepaard met onbedoelde neveneffecten. Zo heeft de aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger door de rechter belangrijke voordelen met oog op stroomlijning van de procesvoering en kwaliteitsborging. Maar dagvoorzitter Tzankova signaleert dat dit wel leidt tot een zekere koudwatervrees bij procesfinanciers. Die verlangen daarom een uitgebreide wervingsoperatie om een grote achterban te kweken, teneinde de kansen op aanwijzing als exclusieve belangenbehartiger te maximaliseren. Daardoor nemen de kosten die belangenorganisaties vooraf moeten maken verder toe, wat de drempel voor het instellen van een vordering verhoogt. Het first-to-file-stelsel dat Israël hanteert, voorkomt dat specifieke problemen, maar leidt tot een race naar de rechtbank en problemen met premature vorderingen die soms daags na de litigieuze gebeurtenis worden ingediend.

Ook de beschikbaarheid van afdoende financieringsmogelijkheden voor belangenorganisaties is een belangrijke randvoorwaarde. In dit verband werd gewag gemaakt van de interessante aanpak in een aantal Canadese provincies en het Verenigd Koninkrijk. Daar worden ongeclaimde schadevergoedingen gestort in een speciaal fonds, dat uit die gelden financiering zonder winstoogmerk verstrekt voor nieuwe (collectieve) procedures die een nuttige bijdrage leveren aan de toegang tot het recht. Zo'n constructie biedt op het eerste gezicht aansprekende voordelen. Belangenorganisaties kunnen zo beschikken over een aanvullende financieringsbron, die vermoedelijk minder risico op belangenconflicten meebrengt dan financiering door een commerciële partij. Bijkomstig voordeel is dat een eventueel schadevergoedingsres-

tant zo wordt bestemd op een manier die de afschrikwekkende prikkel van de vergoedingsplicht intact laat (in tegenstelling tot terugvallen aan de aangesproken partij). In Nederland is men bij gebrek aan alternatieven vooralsnog volledig aangewezen op commerciële procesfinanciering.

## 8. Class actions in de Verenigde Staten

Na de dinerpauze volgde een drieluik over class actions in de Verenigde Staten, verzorgd door drie zwaargewichten op dit gebied. *Samuel Issacharoff* (New York University) schetste de historische ontwikkeling van de federale class action. Die nam zijn huidige vorm aan door een wijziging van de federale procesregels medio jaren zestig. Anders dan men wellicht zou denken, beoogden de opstellers daarmee niet primair de massaclaims tegen bedrijven te faciliteren waar het instrument bekend om is geworden. De class action was vooral bedoeld als mechanisme om private tegenmacht te bieden aan de overheid en burgerrechtzaken te faciliteren. Rond die tijd kreeg ook het in het buitenland minder bekende maar niet minder belangrijke systeem van multi-district litigation (MDL) vorm. Dit maakt het mogelijk om samenhangende (individuele en/of class action) procedures te consolideren ten overstaan van één rechter voor het afhandelen van de veelal bewerkelijke pre-trial-verrichtingen. Gaandeweg werd de class action door ondernemende advocaten ontdekt en daaruit groeide de huidige praktijk, waarin private handhaving een belangrijke aanvulling vormt op publiek toezicht. Voor Issacharoff is het model van de ondernemende advocaat als 'private attorney general' bepaald geen schrikbeeld. Hoewel niet perfect, zou het systeem resulteren in meer verantwoording ex post tegen minder kosten ex ante.

De spreker ging daarnaast in op de omgang met massale personenschade. Dat is iets waar mee wordt geworsteld. De Supreme Court heeft in de afgelopen decennia een aantal zaken behandeld die speelden tegen die achtergrond. Die uitspraken getuigden van een sceptische houding tegenover het gebruik van de class action in personenschadezaken. De realiteit is volgens Issacharoff echter dat de institutionele capaciteit ontbreekt om dit soort massaschade, die zich bijvoorbeeld kan voordoen in de sfeer van farmaceutische productaansprakelijkheid, op individuele basis af te wikkelen. Daarom is de vraag niet of de claims geconsolideerd moeten worden afgewikkeld, maar hoe te consolideren. Een recente ontwikkeling op dit vlak is het gebruik van 'hybride' procedures, waarin individuele zaken in eerste instantie in het MDL-mechanisme worden geconsolideerd als opmaat voor een finale afwikkeling door collectief te schikken. Dat heeft geleid tot een zekere wederopleving van het gebruik van het class action-instrument bij personenschade. Issacharoff noemt het



*In de VS wordt geworsteld met de omgang met massale personenschade.*





## Rechterlijk maatwerk bij de behandeling van massazaken is van belang.



voorbeeld van de zaak over hersenschuddingsletsel onder NFL-spelers.

Issacharoff eindigde zijn rede met een foto van een parkeerterrein vol auto's, die door Volkswagen van Amerikaanse consumenten zijn teruggekocht als onderdeel van een collectieve schikking in de dieselaflaie. Het plaatje ging gepaard met een provocerende vraag voor de Europese toehoorders: waar is uw parkeerterrein? De Europese consument heeft inderdaad lang moeten wachten, maar langzamerhand lijkt er ook op ons continent beweging in de zaak te komen. Zo is vorig jaar een schikking tot stand gekomen voor Duitse dieselbezitters, en afgelopen zomer oordeelde de Rechtbank Amsterdam, in navolging van soortgelijke beslissingen in een aantal andere lidstaten, dat Nederlandse consumenten met een getroffen voertuig recht hebben op prijsvermindering (Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3617). Dat hun Amerikaanse tegenhangers al een jaar na onthulling van het dieselschandaal op royale compensatie konden rekenen, geeft daarentegen wel te denken.

### 9. De rechter als case-manager

Met dat beeld werd gelijk de volgende spreker geïntroduceerd, want *Judge Charles Breyer* (US District Court for the Northern District of California) zag toe op de totstandkoming van de betreffende schikking met Volkswagen. Hij sprak over zijn aanpak in die zaak, die hij contrasteerde met een farmaceutische productaansprakelijkheidszaak tegen Pfizer. In zijn voordracht benadrukte Breyer het belang van rechterlijk maatwerk bij de behandeling van massazaken. De rechter moet zijns inziens steeds de knelpunten identificeren, zodat hij zijn cas-management-bevoegdheden actief en gericht kan aanwenden om een voor spoedige oplossing van het geschil te bevorderen.

In de Pfizerzaak speelden twee knelpunten, aldus Breyer. Het eerste betrof de coördinatie tussen de afwikkeling van zaken op federaal en staatsniveau. Hoewel de bij federale gerechten aanhangige procedures via het MDL-mechanisme geconsolideerd konden worden, ontbrak federale jurisdictie ten aanzien van de tweede categorie zaken, wat een finale afwikkeling bemoeilijkte. Het tweede knelpunt betrof het aansprakelijkheidsvraagstuk. Pfizer ontkende elke aansprakelijkheid, ervan overtuigd dat het litigieuze geneesmiddel veilig was. Met partijen werd er daarom toe besloten dat de rechtbank in afwijking van de standaardprocedure in een vroeg stadium het wetenschappelijk bewijs daaromtrent zou horen. Breyer nodigde vervolgens een groep state court judges uit om hiervoor aan een gezamenlijke zitting met de federale rechter deel te nemen. Zodoende kon het belangrijkste strijdpunt vroegtijdig en bovendien met betrekking tot vrijwel alle lopende zaken worden geadresseerd.

Volkswagen erkende daarentegen – anders dan

in Europa – al binnen een maand na ontdekking van de sjoemelsoftware zijn aansprakelijkheid. Breyer schreef dat toe aan een zakelijke afwijking: de autofabrikant realiseerde zich dat hij een proces in alle waarschijnlijkheid zou verliezen en dan niet alleen tot schadeloosstelling zou worden verplicht, maar bovendien met een som aan punitive damages zou worden geconfronteerd die zijn voortbestaan zou bedreigen. De uitdaging in deze zaak was volgens Breyer om alle claimanten om tafel te krijgen, zodat een omvattende schikking tot stand kon komen. Afgezien van autobezitters zouden daarbij namelijk ook verschillende federale en statelijke autoriteiten betrokken moeten worden. De benoeming van een zogenaamde 'settlement master', die de onderhandelingen in goede banen kan leiden, was in dit geval de sleutel. De rechter doet er volgens Breyer goed aan om de partijen aan te moedigen tijdens het proces in gesprek te blijven over een minnelijke oplossing en dit waar mogelijk te faciliteren.

### 10. De rol van de settlement master

De settlement master is een mediator die door de rechtbank wordt benoemd om tussen de partijen te bemiddelen en om te onderzoeken wat nodig is om tot een schikking te komen. Rule 53 van de Federal Rules of Civil Procedure geeft de rechter een algemene bevoegdheid om een 'master' te benoemen en bepaalde taken aan hem op te dragen. De settlement master is daarvan één species; masters worden bijvoorbeeld ook wel benoemd om toe te zien op de afwikkeling van een goedgekeurde collectieve schikking en daarover aan de rechtbank te rapporteren. *Ken Feinberg*, wellicht wel 's lands meest bekende settlement master, gaf nadere uitleg over deze figuur en diens rol in het proces.

De settlement master treedt als onpartijdige derde in gesprek met de advocaten die de class vertegenwoordigen en de verweerder om een schikking te beproeven. Hij kan bovendien periodiek met de rechter overleggen om de parallelle sporen van proces en schikking te coördineren. De master kan de rechter er bijvoorbeeld op attenderen dat een bepaald juridisch geschilpunt een breekpunt vormt in de onderhandelingen. De rechter kan de behandeling van dat punt dan naar voren halen en een beslissing geven waarmee de partijen verder kunnen. Andersom kan een slecht getimede beslissing de onderhandelingen klemzetten, omdat de partij die in het gelijk is gesteld dan de hakken in het zand zet. Coördinatie kan daarom lonen.

Feinberg benadrukte dat de betrokkenheid van een settlement master niet in elke zaak zinvol is. Alleen als schikken een reële mogelijkheid is, wat ten minste de bereidheid daartoe bij partijen veronderstelt, heeft het zin. Een rechter zal bovendien geen settlement master benoemen

als hij meent dat de zaak geen inhoudelijke merites heeft of als schikken niet in het belang van alle partijen is. Maar buiten die gevallen geldt, als wij Feinberg mogen geloven, in de Amerikaanse massaschadepraktijk als het ware een natuurwet: *it will settle, one way or another*.

## 11. Derde discussiesessie

Verschillende aanwezigen waren benieuwd naar de details rondom de benoeming van een settlement master: is dat een vaste praktijk, welke normen beheersen de onderlinge communicatie tussen de rechter en de settlement master, en kan de rechter nog wel onbevangen over de redelijkheid van een schikkingsvoorstel oordelen als hij op deze wijze bij het schikkingsproces is betrokken? Volgens de sprekers is de inzet van een settlement master eerder uitzondering dan regel. De zaak moet er geschikt voor zijn en afgezien daarvan is het een kwestie van rechterlijke voorkeur. Er zijn ook federale rechters die vasthouden aan een lijdelijke opstelling en zich niet geroepen voelen actief de totstandkoming van een schikking te bevorderen. Bedient men zich wel van een settlement master, dan is het volgens Breyer essentieel om zwart op wit te zetten dat hetgeen partijen aan de master meedelen alleen met hun toestemming met de rechter zal worden gedeeld. Het gevaar dat de rechter een zeker belang heeft bij goedkeuring van een schikking waar hij aan bij heeft gedragen, is aanwezig, erkent Breyer. Met de mogelijkheid die groepsleden hebben om bezwaar te maken tegen een schikking en in hoger beroep te gaan, voorziet het systeem echter in een waarborg.

## 12. Afsluiting

Door de bank genomen lijkt de WAMCA een adequaat wettelijk raamwerk te bieden voor collectieve schadevergoedingsacties, dat qua potentie niet onderdoet aan de gevestigde regimes die de revue passeerden. Maar nieuwe schoenen moet men inlopen. De regeling roept nog de nodige vragen op, zoals uit de voordrachten van de Nederlandse sprekers en de discussies gedurende de dag bleek. Soms is dat te wijten aan leemtes in de wet of de parlementaire documentatie. Men denke bijvoorbeeld aan de kwestie van de appelbevoegdheid. Veelal gaat het echter eenvoudigweg om onzekerheid over hoe nieuwe figuren als de exclusieve belangenbehartiger en rechterlijke collectieve schadebegroting in de praktijk zullen uitpakken. Er ligt kortom nog een hoop rechtsontwikkeling in het verschiet.

Het is te hopen dat men daarbij regelmatig een blik over de grens zal werpen om inspiratie op te doen en te profiteren van de ervaring die in den vreemde is opgedaan. Het congres bood

daarvoor reeds interessante aanknopingspunten. Zo lijkt het de moeite waard te onderzoeken of het wenselijk is een fonds voor niet-commerciële procesfinanciering naar Canadees voorbeeld te realiseren. Voor belangenorganisaties zou dat ongetwijfeld een welkome aanvulling op de bestaande financieringsmogelijkheden zijn. Denkbaar is dat het fenomeen van de settlement master model kan staan voor een vorm van court-annexed mediation in het kader van de schikkingspoging, die vast onderdeel van de WAMCA-procedure is (art. 1018g Rv). Het lijkt mij dan wel zaak te waarborgen dat de behandelend rechter voldoende afstand tot de onderhandelingsstafel behoudt. Meer in het algemeen lijkt het een vruchtbare gedachte om procederen en schikkingsonderhandelingen – anders dan de wettelijke regeling lijkt te veronderstellen – als parallelle sporen te beschouwen. Een proactieve beslissing van de rechter over een deelgeschil kan die onderhandelingen een impuls geven en ook als de onderhandelingen in eerste instantie stranden, is zeker niet uitgesloten dat de zaak in een later stadium rijp kan zijn voor een tweede schikkingspoging.

De eerste WAMCA-procedures zijn een kwestie van pionieren, zo veel is duidelijk. Voor het langetermijnsucces van de regeling zal waarschijnlijk veel afhangen van deze vroege ervaringen. Wij kunnen uitkijken naar een enerverende periode in het massaschaderecht, en terugkijken op een geslaagd congres.



*De inzet van een settlement master is in de VS eerder uitzondering dan regel.*

