

De rol van de rechter bij massaschade: maatwerk of partijautonomie?

Een noot van een scepticus

2128 Veel, zo niet alle massaschadegevallen komen op enig moment bij de civiele rechter terecht. Ofwel om een bereikte schikking te laten 'keuren' onder het mom van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, dan wel als reguliere civiele procedure om aansprakelijkheidsvragen te laten beantwoorden. Dat gegeven roept de algemene vraag op hoe groot de rol van de civiele rechter bij de afwikkeling van massaschadegevallen is, zou moeten of kan zijn. Ik wil trachten die vraag in kort bestek te analyseren. Sommigen zijn van mening¹ dat als het om gevallen van massaschade gaat, de gebruikelijke partijautonomie vervangen moet worden door wat zij noemen 'maatwerk op macro-niveau'. Zij zetten daarmee in op een actieve rechter die maatwerk levert op macro-niveau in plaats van al te veel waarde te hechten aan de partijautonomie van de individuele partijen. Omdat speciale gevallen nu eenmaal lastig zonder speciale regels kunnen, ben ik geneigd het met hun eens te zijn.

Echter, 'maatwerk' willen leveren, betekent in deze context het zoeken van de optimale mate van differentiatie. Een belangrijke vraag die daarbij rijst, is hoe ver die differentiatie dan doorgevoerd moet worden. Hoeveel sub-groepen zijn er nodig in een gegeven geval van massaschade? En worden er dat, als we echt zouden streven naar maatwerk, niet te veel, zodat je bijna weer op individueel niveau uitkomt (bijvoorbeeld 40 groepen voor 1000 schadelijders)? Dat zal zeker niet de bedoeling zijn. Maar in gevallen waarin bijvoorbeeld verschillende aansprakelijkheidsregimes van toepassing zijn, leidt alleen al dat feit noodzakelijkerwijs tot meerdere groepen, welke vervolgens als het om de diverse schadecategorieën gaat, nog weer verder gedifferentieerd moeten worden. Klopt dat dan nog wel? Moeten die aparte groepen



niet veeleer eigen, zelfstandige groepsacties starten? Is *dat* niet werkelijk maatwerk, zeker als er tegengestelde belangen spelen?

Als de juiste mate van differentiatie al gevonden kan worden, is de civiele rechter er echter nog niet, want wat verder nodig lijkt, is een werkelijke 'beknotting' van de 'gewone' partijautonomie van de individuele eisers ten gunste van de belangen van de groep, door de rechter meer de regie te geven. De hamvraag is echter of een dergelijke inbreuk op de partijautonomie geaccepteerd zal worden door de beroepsgroepen die bij massaschadegevallen belangrijk zijn (advocaten, rechters en wetgever). Maar voor de afwikkeling van massaschades lijkt een actieve rechter hard nodig², en dus rijst pertinent de vraag: willen we dat?

Bij beantwoording van die vraag dient wat mij betreft voorop te staan dat in elk geval niet gezegd kan worden dat voor massaschade een actieve rechter wél akkoord bevonden wordt, maar daarbuiten (voor de 'gewone' procedure) niet. Het is óf overal actieve rechters óf nergens actieve rechters, al was het maar vanwege het principiële karakter van een besluit daarover en vanwege het feit dat de keuze voor een actieve rechter op het massaschade-vlak uitstraling zal krijgen naar de overige delen van het procesrecht. Vermeldenswaard is nog in dit verband dat hét argument tegen case management door de rechter in mas-

1. Tzankova bepleit dat in haar proefschrift *Toegang tot het recht bij massaschade*. Kluwer: Deventer 2007, p. 181 e.v., maar zie ook de bijdrage van Barendrecht en Van Dooren aan dit nummer.
2. Volgens Tzankova, a.w., p. 139, is deze zelfs onmisbaar.

masschadezaken is dat die rechter dan geen onpartijdige derde meer zou zijn³, hetgeen hetzelfde argument is dat in Nederland de boventoon voert als het om de mate van 'activiteit' van de 'gewone' rechter gaat ('de rechter mag niet meeprocederen').

De kernvraag verdicht zich aldus tot deze: zal er in Nederland voor de actieve rechter gekozen worden? Ik hoop het, als gezegd, maar verwacht dat eigenlijk niet. Als ik de discussie over partijautonomie naar aanleiding van de fundamentele herbezinning aanschouw en dan terugdenk aan het verzet dat toen is gerezen tegen de voorgestelde inperking van die partijautonomie, dan waag ik dit te betwijfelen. Die non-acceptatie heeft vooral ook met sentimenten, met een 'zo is het altijd geweest en wat is daar mis mee'-gevoel, van doen, met een *cultuurbeeld* derhalve. Wat vervolgens dus nodig blijkt, is een omslag in denken, een cultuuromslag, bij een groot deel van de leden van de aangesproken beroepsgroepen (advocaten en rechters, en de wetgever). Het denken in partijautonomie moet vervangen worden door denken in 'actieve rechters'. Dat, zo vrees ik, zal echter lastig blijken en een zeer lange adem vergen. Wat daarbij een voordeel kan zijn, is dat diezelfde discussie in elk geval nu al gevoerd is en ten dele nog nader zal worden gevoerd, in het kader van de herziening van de gewone civiele procedure. Daarop kan de massaschadeprocedure vervolgens voortbouwen.

Is in die herbezinningsdiscussie op dit moment al genoeg basis te vinden om het pad van de actieve rechter verder te vervol-

gen? Mijn inschatting is dat de bereidheid daartoe (nog) onvoldoende aanwezig is in Nederland. De beroepsgroepen waarmee we hier van doen hebben, houden graag en op zich begrijpelijkerwijs vast aan wat bekend is en (tot op zekere hoogte) al lange tijd werkt. Daarmee wordt veranderen op zich al lastig, laat staan het veranderen van een cultuur. Ik zie dus niet gebeuren dat de noodzakelijke keuze hiervoor op korte termijn gemaakt zal worden. Dat klemt temeer nu ook de wetgever, blijkens de keuze die net naar aanleiding van de fundamentele herbezinning is gemaakt, niet meteen 'om' is.

Immers, het concept 'eigen verantwoordelijkheid' waarmee de Minister van Justitie recentelijk is gekomen, steekt toch net iets anders in elkaar dan de gedachte van de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' van de Commissie fundamentele herbezinning.⁴ De wetgever is weliswaar van plan de verantwoordelijkheid van de partijen en de rechter voor de civiele procedure nader in de wet te verankeren, zodat, zo lijkt het, het concept van de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' onderschreven wordt, maar tegelijkertijd wordt dat concept naar mijn mening stevig afgezwakt. In plaats van over 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' wordt er namelijk over 'eigen verantwoordelijkheid' gesproken; 'gezamenlijk' zou teveel suggereren dat partijen zouden moeten samenwerken. In de wet zal daarom opgenomen worden, bij de beginselen van afdeling 1.3 Rv, dat 'elk van de partijen verantwoordelijk is voor het bijdragen aan de oplossing van het geschil'. Dat lijkt ech-

ter verdacht veel op wat er nu al bestaat, bijvoorbeeld omdat de partijen volgens de minister die verantwoordelijkheid moeten oppakken vanuit hun 'eigen belang'.⁵ Het is mijns inziens niet ondenkbaar en zelfs voorstelbaar, dat deze nieuwe formule van 'eigen verantwoordelijkheid' in elk geval in de dagelijkse praktijk gezien zal worden als een bestendiging van de huidige praktijk en cultuur.⁶ Ik betreur dat, omdat de beoogde 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' mijns inziens een stap vooruit zou zijn.

In dit licht bezien, zal dat concept van 'eigen verantwoordelijkheid' niet gaan leiden tot voldoende verdere onderlinge afstemming tussen de rechter en de partijen, zodat ook de beoogde actieve rechter voorlopig op zijn best 'gehandicapt' tewerk kan gaan. 'Maatwerk' wordt dan lastig te berekenen, zeker in de toch al complexe wereld van de massaschadezaken. En de rechter, de rechter roeit verder met de riemen die hij al had. ■

Ivo Giesen (hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en medewerker van dit blad)

3. Tzankova, a.w., p. 139.

4. Het navolgende is ontleend aan de bijdrage in *NJB 2007, 686*, p. 784, afl. 13 van Lieke Coenraad en mijzelf.

5. *Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr. 1, nr. 25-26.*

6. *Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr. 1, nr. 37.*