

# 179 De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en de begroting van personenschade

Albert Verheij\*

## 1. Inleiding

Deze bijdrage – die een uitwerking is van een voordracht voor de Vereniging van Letselschade Advocaten op 31 januari van dit jaar – bespreekt de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (hierna: de WAMCA) die per 1 januari 2020 in werking is getreden. Na een korte historische terugblik (paragraaf 2), volgt een schets van de opzet en het systeem van de WAMCA (paragraaf 3). Daarna komt de vraag aan de orde hoe personenschade in een WAMCA-actie valt te begroten (paragraaf 4). Bij de beantwoording daarvan put ik inspiratie uit ervaringen uit de Verenigde Staten. Paragraaf 5 bevat een conclusie.

## 2. Toen en nu

Het is zinvol een onderscheid te maken tussen twee soorten collectieve acties: algemeen-belang-acties en groepsbelangacties.

### Algemeen belang-acties

Bij algemeen belang-acties vormen belanghebbenden geen af te bakenen groep. Denk aan het bekende arrest *Nieuwe Meer*.<sup>1)</sup> De gemeente Amsterdam stortte bagger uit de grachten in de Nieuwe Meer en drie milieuverenigingen vorderden een verbod op straffe van verbeurte van een dwangsom. De Hoge Raad achtte de verenigingen, anders dan het hof, ontvankelijk met onder meer verwijzing naar een efficiënte rechtsbescherming.

Wie hebben belang bij een schone Nieuwe Meer? Natuurlijk omwonenden, maar misschien ook toeristen elders uit den lande of misschien zelfs uit het buitenland. Het is mogelijk om een stap verder te gaan door te stellen dat ook de nog niet geboren nakomelingen van de omwonenden belang hebben bij een schone Nieuwe Meer. Ten slotte heeft ook de Nieuwe Meer zelf, met alle daarin levende planten en beesten, belang bij een schone Nieuwe Meer. Wat een algemeen belang-actie dus bewerkstelligt, is dat zij ongeborenen, flora en fauna die anders geen toegang tot de rechter zouden hebben, dat nu wel geeft.

Dat aspect is nog duidelijker aanwezig in het *Urgenda*-arrest.<sup>2)</sup> De aarde is ons enig ruimteschip, als dat kapot gaat, gaat de gehele mensheid ten onder. Dat is niet alleen in het belang van de mensen die nu leven, maar ook in het

belang van toekomstige generaties. Bij vernietiging van de aarde worden zij zelfs niet eens geboren. Je zou dus eigenlijk kunnen zeggen dat de problematiek spiegelbeeldig is aan die van de bekende *wrongful birth*- en *wrongful life*-vordering.<sup>3)</sup> Niet het geboren worden is *wrongful*, maar het *niet* geboren worden. Zo bezien is de *Urgenda*-vordering wellicht te kenschetsen als een *wrongful no birth*-vordering.

Algemeen belang-acties zijn intrigerend omdat er spanning kan ontstaan binnen de *trias politica*, omdat de toegang tot het recht zeer wordt opgerekt en omdat er spanning kan ontstaan met de bevoegdheden van de eigenaar. Denk voor dat laatste aan iemand die een belangrijk internationaal cultuurvoorwerp wil vernietigen, bijvoorbeeld door een schilderij van Van Gogh mee het graf in te willen nemen.<sup>4)</sup>

### Groepsbelangacties

Anders dan de algemeen belang-actie is er bij een groepsactie wel een duidelijk bepaalde kring van belanghebbenden, bijvoorbeeld alle gebruikers van een bepaald, ziekte veroorzakend, medicijn. Het kan praktisch lastig zijn om alle benadeelden op te sporen, theoretisch gesproken is de kring van benadeelden echter beperkt tot degenen die het medicijn hebben ingenomen.

## 3. WAMCA

### 3.1. WCA, WCAM en WAMCA

#### WCA

De WAMCA is het derde deel van een triptiek die in 1994 begon met de Wet Collectieve Acties. Bij

\* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht.

1. HR 27 juni 1986, *NJ* 1987/743, m.nt. Heemskerk.
2. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.
3. Respectievelijk HR 21 februari 1997, *NJ* 1997/145, m.nt. Brunner en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken.
4. Dat was de Japanse magnaat en kunstverzamelaar Ryoei Saito in 1996 van plan, maar dat is niet gelukt, zie *NRC Handelsblad* 28 mei 1996, 'Japanner zonder Van Gogh graf in'. Waarom dat niet is gelukt, vermeldt het artikel niet.



## Eisen aan de rechtspersoon die collectieve actie instelt aanzienlijk aangescherpt.



die gelegenheid werd artikel 3:305a BW geïntroduceerd. Dit artikel codificeerde de rechtspraak van de Hoge Raad betreffende collectieve acties, waaronder het genoemde *Nieuwe Meer*-arrest. De plaatsing in Boek 3 BW is een gevolg van het feit dat door het toestaan van collectieve acties het principe 'geen belang, geen actie' (het huidige art. 3:303 BW) nader werd gepreciseerd.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en uit artikel 3:305a BW volgden drie vereisten voor collectieve acties:

1. Ze konden worden ingesteld door verenigingen en stichtingen.
2. Het belang waarvan zij bescherming beoogden, diende te zijn opgenomen in de statuten.
3. De belangen moesten 'gelijksoortig' zijn, dat wil zeggen zich lenen voor bundeling.

Het was echter niet mogelijk om schadevergoeding in geld te vorderen. Vergoeding in natura, denk aan herstel van een natuurgebied, kon wel. Het idee achter dit verbod was dat bij bepaling van de omvang van de schade de weging van individuele omstandigheden aan de zijde van de benadeelde vergde: concrete berekening van schade en toepassing van leerstukken als de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW) en de eigen schuld (art. 6:101 BW). De WAMCA maakt het 26 jaar later alsnog mogelijk om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen.

### WCAM

In 2005 volgde de WCAM, de Wet collectieve afwikkeling massaschade. Deze wet was een reactie op het bekende *DES*-arrest van de Hoge Raad uit 1992.<sup>5)</sup> Na het wijzen van dit arrest heeft de stichting *DES*-centrum aan het ministerie van Justitie verzocht om de mogelijkheden te bezien om een vaststellingsovereenkomst ter afwikkeling van de door *DES* veroorzaakte schade algemeen verbindend te verklaren. Benadeelden die niet gebonden willen worden, hebben de mogelijkheid om uit te stappen. Dit werkt echter alleen indien partijen tot een schikking komen. Het mechanisme van de WCAM werkt dus niet als dat niet gebeurt.

### WAMCA

In deze leerimte wil de WAMCA voorzien. De WAMCA is een op de Amerikaanse *class action* geïnspireerde collectieve schadevergoedingsactie. Zij moet het mogelijk maken om massaschade af te wikkelen ook indien de schadeveroorzaker of schadeveroorzakers niet bereid is/zijn om te schikken.

### 3.2. Twee soorten collectieve schadevergoeding

Binnen het universum van de collectieve schadevergoedingsactie zijn twee planeten te onderscheiden. Namelijk de planeet zuivere vermogensschade, deze wordt bewoond door beleggers die aandelen tegen een te hoge prijs hebben gekocht omdat de desbetreffende onderneming relevante informatie heeft achtergehouden die een drukkend effect op de aandelenprijs zou hebben gehad. Of door consumenten die misleid zijn

bij het kopen van bijvoorbeeld een staatslot waardoor zij een marginaal geringere winstkans hadden, te weten een voorgespiegelde 0,0000667% (vijf nullen) in plaats van de werkelijke winstkans van 0,00000953% (zes nullen).<sup>6)</sup> De tweede planeet betreft personen- en zaakschade: *DES*, aardbevingen Groningen, vuurwerkkramp Enschede, *PIP*-implantaten.<sup>7)</sup>

Bij de toepassing van de WCAM werden deze twee planeten al zichtbaar. Hoewel de WCAM dus met het oog op *DES* tot stand was gekomen, is zij vervolgens vooral gebruikt voor het afwikkelen van zuivere vermogensschade. Hartlief merkte in dat verband op:

'De toekomst van de WCAM ligt niet bij de slachtoffers van brand of ontploffing en wordt niet bepaald door letselschadeadvocaten. De WCAM is ontdekt door het grote geld en is een "tool" in handen van dragers van krijtstreep geworden.'<sup>8)</sup>

Of dat ook voor de WAMCA zal gelden, zal afhangen van letselschadeadvocaten en van de bereidheid van rechters.

### 3.3. Kenmerken WAMCA

Wat zijn de voornaamste kenmerken van de WAMCA?

#### Extra eisen aan 305a-organisatie

Ten eerste was de wetgever bang voor gelukzoekers, *bountyhunters* of cowboys (of hoe ook genoemd) en daarom zijn de eisen aan de rechtspersoon die de collectieve actie instelt aanzienlijk aangescherpt (art. 3:305a BW). Deze eisen aan de rechtspersoon tezamen met de aan de collectieve vordering zelf gestelde eisen (art. 1018c, 1018d en 1018f lid 4 Rv) bieden de rechter vele gelegenheden voor niet-ontvankelijkverklaring, tientallen om precies te zijn.

#### Veel bevoegdheden rechter

De rechter heeft ten aanzien van de ontvankelijkheid net als ten aanzien van de proceskostenveroordeling de nodige bevoegdheden. Over dat eerste meer hieronder; wat dat laatste betreft, bepaalt artikel 1018l Rv dat:

- de rechter de eiser kan veroordelen tot maximaal vijfmaal het liquidatietarief indien hij de vordering summierlijk ondeugdelijk acht (lid 1);
- de rechter desgevorderd de in het ongelijk gestelde partij kan veroordelen tot betaling van de redelijke en evenredige gerechts- en andere kosten (lid 2).

#### Opt-out én opt-in

Benadeelden<sup>9)</sup> kunnen 'uitstappen' (mooier dan 'opt outen', waarvan de memorie van toelichting spreekt<sup>10)</sup>), nadat de rechter de Exclusieve Belangenbehartiger heeft aangewezen (art. 1018f lid 1 Rv). Benadeelden die geen woon- of verblijfplaats in Nederland hebben, kunnen ook instappen (art. 1018 lid 5 Rv).

5. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner. Zie H.B. Krans, 'DES en DEXIA: de eerste ervaringen met collectieve afwikkeling van massaschade', *NJB* 2007/2126.

6. Zie HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij/Stichting Loterijverlies.nl*) en daarover W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de staatsloterij?', *AA* 2015/10.

7. De huidige toelagen-affaire is hybride omdat benadeelden zuivere vermogensschade hebben geleden, maar ook omdat sprake is van immateriële schade, onder andere in de vorm van aantasting van de reputatie doordat ze onterecht als fraudeur zijn behandeld door de Belastingdienst.

8. T. Hartlief, 'De twee werelden van massaschade', *NJB* 2007/2124.

9. De wettekst spreekt van 'personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt' (o.a. art. 3:305a lid 2 sub b BW), maar dat is een mond vol en daarom gebruik ik hier het woord 'benadeelden'.

10. Daar wordt – consequent – ook wel gesproken van 'ge-optout' en 'optouters'. Art. 1018f Rv beschrijft de uitstappers overigens ook als degenen die zich van de collectieve vordering willen 'bevrijden'.

### 3.4. Procedure WAMCA

Hoe ziet de WAMCA-procedure er nu concreet uit?<sup>11)</sup>

#### 1. Instellen vordering, registratie, drie maanden wachten

Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid (art. 3:305a lid 1 BW) stelt een collectieve schadevergoedingsvordering in bij de rechtbank. Dat kan iedere rechtbank zijn, anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel is afgepast van het idee om alle procedures bij de Rechtbank Amsterdam te beleggen.<sup>12)</sup> Vervolgens maakt de rechtspersoon op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen twee dagen (art. 1018c lid 2 Rv) na de dag van dagvaarding de dagvaarding openbaar door opname in het centrale register voor collectieve vorderingen dat is ondergebracht bij de Raad voor de rechtspraak (art. 3:305a lid 7 BW).<sup>13)</sup> Waarom die openbaarmaking? Dat heeft te maken met het volgende punt.

#### 2. Ontvankelijkheid, aanwijzing Exclusieve Belangenbehartiger, bepaling groep, opt-out/opt-in

##### Ontvankelijkheid, Exclusieve Belangenbehartiger en bepaling groep

De rechter toetst in het kader van de ontvankelijkheid zowel de rechtspersoon als de vordering (art. 3:305a BW en art. 1018c Rv). Benadrukt moet worden dat deze eisen niet alleen gelden voor collectieve vorderingen tot schadevergoeding, maar ook voor andere collectieve vorderingen zoals een verklaring voor recht of een bevel. Voor – kort gezegd – ideële vorderingen zijn minder ontvankelijkheidseisen gesteld aan de rechtspersoon, zie art. 3:305a lid 6 BW. Ik noem enkele vereisten.

##### Voorbeelden (niet uitputtend) van eisen aan rechtspersoon

- De rechtspersoon dient te beschikken over een toezichthoudend orgaan (art. 3:305a lid 2 sub a BW).
- De rechtspersoon dient passende en doeltreffende mechanismen te hebben voor deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de belanghebbenden (art. 3:305a lid 1 sub b BW).
- De rechtspersoon moet beschikken over een algemeen toegankelijke internetpagina met allerhande informatie, onder andere de statuten, bestuursstructuur en de bezoldiging van de bestuurders en leden van het toezicht-houdend orgaan (art. 3:305a lid 2 sub d BW).
- De bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers mogen geen rechtstreeks of middellijk winst-oogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd (art. 3:305a lid 3 sub a BW).<sup>14)</sup>
- De rechtspersoon moet beschikken over voldoende middelen om de kosten van een collectieve rechtsvordering te kunnen dragen en de zeggenschap over de rechtsvordering

moet in voldoende mate bij de rechtspersoon liggen (art. 3:305a lid 2 sub c BW). Met dit laatste wordt bedoeld dat het bestuur van de rechtspersoon en niet een externe geldschietter het voor het zeggen heeft. Dit betekent dat de rechter inzage kan vragen in contracten tussen de rechtspersoon en externe geldschietters.<sup>15)</sup>

##### Voorbeelden (niet uitputtend) van eisen aan de vordering<sup>16)</sup>

- De rechtsvordering dient een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer te hebben (art. 3:305a lid 3 sub b BW).
- De dagvaarding dient een omschrijving te bevatten van de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn (art. 1018c lid 1 sub c Rv).
- De eiser dient voldoende aannemelijk te maken dat de collectieve vordering ‘efficiënter en effectiever’ is dan het instellen van een individuele vordering (art. 1018 lid 5 sub b Rv).
- De rechter kan de eiser ook niet-ontvankelijk verklaren indien ‘summerlijk’ van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt (art. 1018c lid 5 sub c Rv).

Oordeelt de rechter de eiser ontvankelijk, dan wijst hij een zogenaamde Exclusieve Belangenbehartiger (hierna: EB) aan (art. 1018e lid 1 Rv). Het is daarom dat de collectieve schadevergoedingsvordering openbaar moest worden gemaakt door middel van inschrijving. Indien zich binnen de termijn van drie maanden meer rechtspersonen melden, dient de rechter de ‘meest geschikte eiser’ als EB aan te wijzen. Hij neemt daarbij de volgende omstandigheden in acht:

- de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt;
- de grootte van het vertegenwoordigde financiële belang;
- andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte;
- eerdere door eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen.

Zo heel exclusief is de EB echter ook weer niet, want de rechter mag ook meerdere EB's aanwijzen als de aard van de vordering, of van de eisers of van de belangen van de betrokken personen, daartoe aanleiding geeft (art. 1018e lid 4 Rv). De rechter heeft dus de nodige vrijheid.

Vervolgens bepaalt de rechter voor welke ‘nauw omschreven groep personen’ de EB de belangen behartigt (art. 1018e lid 2 Rv).

De aangewezen EB treedt in de collectieve procedure op voor de belangen van deze nauw omschreven groep en als vertegenwoordiger van de niet als EB aangewezen eisers. De EB verricht de proceshandelingen. Maar de eisers die geen EB zijn geworden, blijven wel partij in de procedure en de rechter kan bepalen dat ook zij proceshandelingen kunnen verrichten (art. 1018e lid



**Rechter toetst de ontvankelijkheid van zowel de rechtspersoon als de vordering.**



11. Zie voor een helder overzicht W.H. van Boom, ‘WCA -> WCAM -> WAMCA’, TvC 2019/4.
12. Zie het oorspronkelijke art. 1018b lid 3, Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 2, p. 3.
13. Dat de Raad voor de rechtspraak de houder is, is bepaald in het Besluit register collectieve vorderingen van 20 november 2019, identificatienummer: BWBR0042875.
14. Kritisch W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon, ‘The Netherlands takes collective redress to a next level’, *Zeitschrift für Verbraucherrecht* 2019/04, p. 136.
15. W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon, ‘The Netherlands takes collective redress to a next level’, *Zeitschrift für Verbraucherrecht* 2019/04, p. 136.
16. Het is niet ondenkbaar dat de vraag of de schade collectief valt te begroten, zijn schaduw vooruitwerpt in de ontvankelijkheidsfase, zie daarover C.M.D.S. Pavillon, ‘Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade? Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAMCA-tijdperk’, *RM Themis* 2019, afl. 4, p. 163-176.



## Vrees voor een battle of experts, eindeloze discussies en uitrook-scenario's.



3 Rv). Ook hier is dus de nodige ruimte voor de rechter om de procedure vorm te geven.

### Uitstappen

Na benoeming van de EB kunnen mensen 'uitstappen' (art. 1018f lid 3 Rv). Belanghebbenden die geen vaste woon- of verblijfplaats hebben in Nederland, kunnen instappen (art. 1018f lid 5 Rv). Ten aanzien van de uitstappers geldt een eerdere collectieve stuiting van de verjaring slechts indien zij binnen zes maanden nadat ze uitstapten alsnog individueel stuiten (art. 1018f lid 1 Rv). Uitstappen is voor altijd. De uitstappers kunnen niet samen weer een nieuwe collectieve actie opstarten (art. 1018f lid 4 Rv). Zij zijn dus aangewezen op een individuele procedure. Van belang om te vermelden is evenwel dat individuele procedures tussen uitstappers en de in de WAMCA-vordering aangesproken partij kunnen worden geschorst (art. 1018m lid 1 Rv).

Het uitstapmoment is derhalve gelegen voordat de rechter een inhoudelijk oordeel velt. Anders dan bij het uitstapmoment van de WCAM heeft de uitstapper geen idee wat de collectieve actie oplevert aan schadevergoeding.<sup>17)</sup> Reden is dat de bedoeling van een WAMCA-procedure is om de schade definitief af te wikkelen en dan moet het niet zo zijn dat mensen die zich niet in het oordeel van de rechter kunnen vinden, zich daaraan kunnen onttrekken en alsnog een individuele procedure opstarten. De memorie van toelichting verwijst hier naar de behoefte aan finaliteit van aangesprokenen.<sup>18)</sup> Redenen om uit te stappen kunnen zijn gebrek aan vertrouwen in de bestuurders van de rechtspersoon die de collectieve vordering instelt of het idee dat met een individuele procedure een 'beter resultaat' valt te behalen.<sup>19)</sup> Deze tweede reden roept direct de vraag op hoe dat zou kunnen als de rechter in een WAMCA-procedure precies hetzelfde materiële schadevergoedingsrecht toepast als in een individuele procedure zoals herhaaldelijk wordt benadrukt in de memorie van toelichting.<sup>20)</sup> Deze kwestie komt hierna in paragraaf 4 aan de orde.

### 3. Beproeven (WCAM-achtige) schikking

De wetgever is erg van het schikken, dus zodra de rechter dit allemaal heeft gedaan, stelt hij een termijn voor beproeving van een schikking (art. 1018g Rv). De belangrijkste artikelen betreffende de WCAM zijn van overeenkomstige toepassing (art. 1018h Rv). Indien er een schikking tot stand komt en de rechter deze goedkeurt,<sup>21)</sup> kunnen benadeelden – evenals bij de WCAM – uitstappen (art. 1018h lid 5 jo. art. 1018f lid 2 Rv).<sup>22)</sup>

Met Van Boom denk ik dat het hier zaak is om alvorens die schikking te beproeven een voorlopig oordeel aan de rechter te vragen.<sup>23)</sup> Anders heeft deze schikkingspoging geen meerwaarde ten opzichte van de schikkingspoging die voorafgaand aan de procedure dient te worden gedaan. De wet zegt hier niets over, maar het lijkt verstandig om dit toch te proberen.

### 4. Inhoudelijke beoordeling

Als de schikking is mislukt, komt de inhoud aan bod (art. 1018i Rv). In de volgende paragraaf

wordt daarop nader ingegaan in relatie tot het begroten van personenschade.

## 4. Begroting van personenschade

### 4.1. Schadebegroting algemeen

De schadebegroting is het punt waarover de Raad voor de rechtspraak de meeste twijfel had, hij vreesde voor een *battle of experts*, voor eindeloze discussies en voor uitrookscenario's.<sup>24)</sup> Wat zegt de WAMCA daarover? De WAMCA volstaat in artikel 1018i lid 2 Rv niet met een enkele verwijzing naar de regels over de omvang van de schadevergoeding in afdeling 6.1.10 BW, maar geeft de rechter daarbovenop nog vier instructies. De rechter moet:

1. waar mogelijk de schadevergoeding voor benadeelden in categorieën vaststellen;
2. ervoor zorgen dat de collectieve schadeafwikkeling in ieder geval het in artikel 7:907 lid 2 sub a t/m f BW genoemde bevat;
3. ervoor zorgen dat de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk is; en
4. erop toezien dat de belangen van benadeelden ook anderszins gewaarborgd zijn.

Instructie 2 en 4 zijn op zich helder.

#### Instructie 2

Artikel 7:907 lid 2 sub a t/m f BW bepaalt kort gezegd *wie* recht hebben op *welke* vergoeding, en de *voorwaarden* en de *procedure* voor verkrijging van een vergoeding.

#### Instructie 4

Hierbij moet blijken de memorie van toelichting worden gedacht aan de *snellheid* waarmee benadeelden hun vergoeding kunnen krijgen en aan vragen of de berekening van hun vergoeding *voorspelbaar* is, of gemakkelijk kan worden vastgesteld in *welke* categorie ze vallen en of de vaststelling van de vergoeding plaatsvindt door een *voldoende onafhankelijke organisatie*.<sup>25)</sup>

#### Instructie 1 en 3

Instructie 1 en 3 staan evenwel op gespannen voet met de toepassing van afdeling 6.1.10 BW. Bij de toepassing van die afdeling wordt helemaal niet met categorieën gewerkt. De schade wordt individueel en concreet berekend. Hoezo die verwijzing naar de redelijkheid? Is ons schadevergoedingsrecht dan niet redelijk? En als het dat wel is, waarom wordt hier dan naar de redelijkheid verwezen? Hoe bepaalt de rechter die? De memorie van toelichting werpt hier geen licht op, er wordt slechts verwezen naar de vrijheid die de rechter heeft bij schadebegroting, verankerd in artikel 6:97 BW, dat zegt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard daarvan in overeenstemming is en dat de rechter de schade ook mag schatten indien die niet nauwkeurig valt vast te stellen.<sup>26)</sup>

17. Dit correspondeert overigens met het uitstapmoment bij de Amerikaanse *class action*, dat is gelegen na *certification* (= erkenning van de *class action* door de rechter), zie Art. 23(c)(2)(B)(v) Federal Rules of Civil Procedure. Het voornaamste verschil met het Nederlandse recht is dat er naar Amerikaans recht geen sprake is van slechts één individuele eiser en niet van een rechtspersoon die de belangen van de groep behartigt. De eiser moet dan ook 'typical' zijn voor de gehele door hem vertegenwoordigde groep benadeelden.

18. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 9. Bovendien past niet in het gesloten stelsel van rechtsmiddelen dat iemand zich door een eenzijdige verklaring zou kunnen onttrekken aan een rechterlijke uitspraak.

19. Deze laatste reden wordt genoemd in *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 47.

20. Zie reeds *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 1.

21. Anders dan bij de WCAM is nu natuurlijk niet het Gerechtshof Amsterdam exclusief bevoegd.

22. Ook dit is een verandering ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel.

23. W.H. van Boom, 'WCA -> WCAM -> WAMCA', *TvC 2019/4*, par. 2.

24. Raad voor de rechtspraak 23 oktober 2014, Advies wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie, par. 1.2 en 1.4. Dit advies had weliswaar betrekking op het vorige wetsontwerp, maar de bezwaren van de Raad voor de rechtspraak gelden nog onverkort voor de huidige regeling.

25. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 52.

26. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 52.

De vraag is dus of in een collectieve schadevergoedingsprocedure het materiële recht toch niet anders wordt toegepast dan in een individuele procedure, ondanks de verzekering op de eerste pagina van de memorie van toelichting: 'Het wetsvoorstel verandert het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht niet.'<sup>27)</sup> Enerzijds heeft Hartlief dat gesuggereerd in het *Nederlands Juristenblad*.<sup>28)</sup> Tegelijkertijd hebben Smeehuijzen en ik in datzelfde tijdschrift gesteld dat daarvoor geen enkele rechtvaardiging zou zijn.<sup>29)</sup> Waarom zou het voor een benadeelde mogen uitmaken of hij alleen schade heeft geleden of dat hij één van vele slachtoffers is? Wordt de aangesproken partij bovendien niet benadeeld als haar bepaalde, op de individuele positie van de benadeelde toegespitste verwezen zoals eigen schuld (art. 6:101 BW), uit handen worden geslagen?<sup>30)</sup>

Dat de rechter in het kader van de WCAM (dus niet de WAMCA) zijn goedkeuring heeft gehecht aan door partijen bedachte categorieën, is geen reden. Bij de WCAM past de rechter het schadevergoedingsrecht niet toe, maar sanctioneert hij slechts een door partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. Bij de WAMCA ligt dat anders, de categorieën zijn niet door partijen overeengekomen, maar worden door de rechter bedacht en aan partijen opgelegd. Zo valt bijvoorbeeld te betwijfelen of de WCAM-schikking inzake DES door de rechter in het kader van een WAMCA-procedure had kunnen worden opgelegd. In die schikking werd immers met vaste bedragen gewerkt en daarmee is er geen ruimte om individuele omstandigheden te wegen en er is zelfs geen hardheidsclausule.<sup>31)</sup>

Hetzelfde geldt voor de creatieve systematiek die door de Commissie Lindenbergh is verzonnen, vanwege de vaste bedragen voor sommige categorieën en omdat in de hoogste categorie materiële en immateriële schade met elkaar zijn verknoot.<sup>32)</sup> Uiteraard was het niet de opdracht om een systematiek te verzinnen conform afdeling 6.1.10 BW, maar waar het mij om gaat, is dat in de praktijk werkzame oplossingen hoogstwaarschijnlijk niet via de WAMCA te bereiken zijn.

Uit de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad inzake de aardbevingen in Groningen valt verder af te leiden dat de Hoge Raad tegen forfaitaire bedragen ter compensatie van immateriële schade is.<sup>33)</sup> Dat is, aldus de Raad, strijdig met het hoogstpersoonlijke karakter van smartengeld. Een basisbedrag is in bepaalde gevallen wel denkbaar.

De vraag blijft dan wel hoe de rechter de schade kan begroten in een WAMCA-procedure. Als abstrahering niet mogelijk is naar geldend recht, valt te vrezen dat de WAMCA geen soelaas biedt in gevallen waarin er individuele verschillen bestaan tussen benadeelden die van invloed zijn op de omvang van de schade, met name dus bij personenschade en zaakschade. Uit de Ame-

rikaanse praktijk blijkt evenwel dat er een oplossing denkbaar is.

#### 4.2. Claims resolution facility

In veel gevallen bepaalt de Amerikaanse rechter niet voor alle leden van de klasse wat hun vergoeding is, maar wordt er met input van partijen een mechanisme opgetuigd – een zogenaamde *claims facility of claims resolution facility* – dat het geld aan de hand van bepaalde procedures gaat verdelen. De oplossing wordt dus in het proces gezocht. Hierna volgt een korte beschrijving van de schade die in de jaren tachtig werd veroorzaakt door het zogenaamde *Dalkon Shield*, een geboortebepermingsmiddel dat bij vrouwen werd ingebracht en daar voor veel problemen zorgde.<sup>34)</sup> Nadat de producent circa 9.000 claims had afgehandeld, waren en nog circa 5.000 procedures aanhangig en werd in een procedure<sup>35)</sup> het *Dalkon Shield Claimants Trust* (hierna: de Trust) opgericht.

Hoe ziet dit eruit? Ten eerste had de rechter met behulp van deskundigen en empirische data bepaald welk bedrag de producent in de Trust diende te storten (namelijk iets meer dan \$ 2 miljard). Belangrijk is dat de Trust een zogenaamd *closed fund* is, hetgeen betekent dat de aansprakelijke partij niet voor meer kan worden aangesproken. Daarmee is het voor hem belangrijke doel van de finaliteit bereikt.

Benadeelden kunnen zich vervolgens bij de Trust melden voor schadevergoeding. In dit geval zag de vergoedingssystematiek er in grote lijnen als volgt uit.

Benadeelden konden kiezen uit drie opties:

- Optie 1 verschaftte verschillende gestandaardiseerde bedragen van enkele honderden dollars voor verschillende niet nader gespecificeerde lichte letsels en ongemakken. Het letsel hoefde zelfs niet te worden bewezen. Iemand die aantoonde het *Dalkon Shield* te hebben gebruikt en stelde daardoor letsels te hebben geleden kreeg \$ 725. Partners van gebruikers kregen \$ 300. Mensen van wie niet geheel duidelijk was of ze nu een *Dalkon Shield* of een ander middel hadden gebruikt, kregen \$ 125.
- Optie 2 verschaftte gestandaardiseerde bedragen van enkele duizenden dollars voor een lijst met specifieke letsels. Gebruik van het *Dalkon Shield* en de letsels moeten worden bewezen met verklaringen van artsen. Het gaat hier om milde letsels. De trustees zijn bevoegd om de lijst uit te breiden.
- Bij Optie 3 evalueert de Trust de claim op basis van vooraf vastgestelde criteria. De aanvrager moet gedetailleerd bewijs overleggen over het gebruik van het *Dalkon Shield* en over zijn letsels. Er zijn drie levels in optie 3:
  - Level 1: de Trust doet een gemotiveerd aanbod aan de aanvrager. Deze kan met een tegenbod komen. Als partijen er zo niet uitkomen, gaan ze door naar Level 2.



### Oplossing voor de begroting van schade bij WAMCA-procedure uit de Amerikaanse praktijk.



27. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3, p. 1. De Amerikaanse class action is alleen maar procesrecht, net als de WAMCA. Er is geen bijzonder *class action* schadevergoedingsrecht.
28. T. Hartlief, 'Massaschade en de regelende rechter', *NJB 2017/2138*.
29. J.L. Smeehuizen en A.J. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening?' *NJB 2018/1241*.
30. A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV 2017/11*, p. 325-331.
31. Zie over deze en andere schikkingen K. van Doorn en M. de Bruijn, 'Collectieve afwikkeling van massaschade', *NJB 2013/2405*.
32. Deze categorie luidt: '5. In uitzonderlijke gevallen van seksueel misbruik of in gevallen bedoeld in categorieën 3 en 4 waarin de vermogensschade van de aanvrager door het seksueel misbruik substantieel is en het causaal verband tussen het seksueel misbruik en die schade niet aan gereede twijfel onderhevig is: compensatie tot een maximum van € 100.000.' Categorie 3 betrof betasting van intieme delen gedurende een langere periode, en categorie 4 eenmalige verkrachting tot enkele verkrachtingen. Zie Commissie Lindenbergh, *Compensatie na seksueel misbruik van minderjarigen. Advies aan de Bisschoppenconferentie en de Conferentie van Nederlandse Religieuzen*, 20 juni 2011, te vinden via [www.rkkerk.nl/dossiers/dossier-misbruik/](http://www.rkkerk.nl/dossiers/dossier-misbruik/).
33. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, beantwoording van vraag 9c.
34. Het onderstaande is gebaseerd op K.R. Feinberg, 'The Dalkon Shield Claimants Trust', *Law and Contemporary Problems*, 1990-4, p. 79-112.
35. De producent had bescherming gezocht in een faillissement met doorstart (Chapter 11 van de Bankruptcy Code), dus de procedure vond plaats in dat kader.



## WAMCA vormt derde stap ter facilitering van collectieve acties.



- Level 2: in-depth-evaluation van de claim door de Trust. Vervolgens vindt er een *voluntary settlement conference* plaats op een locatie die handig is voor de aanvrager. Partijen kunnen hun advocaat meenemen. Binnen 60 dagen na deze bijeenkomst sturen beide partijen elkaar een schriftelijk schikkingsaanbod. Dit blijft van kracht tot 90 dagen na de schikkingsbijeenkomst. Als partijen er zo niet uitkomen, gaan ze door naar Level 3.
- Level 3: de aanvrager kan kiezen voor arbitrage of voor een gerechtelijke procedure. In het eerste geval kiest een neutrale derde de arbiter uit en de arbitrage vindt plaats op een voor de aanvrager handige locatie. De arbiter mag kennisnemen van alle beschikbare documentatie, waaronder de voorstellen van beide partijen. Deze mogen zich door een advocaat laten bijstaan. De arbiter mag informatie inwinnen van een panel van artsen verbonden aan de Trust. De aanvrager mag er, als gezegd, ook voor kiezen om de Trust voor de rechter te dagen.

Bij al deze opties – behalve dan als men bij de arbiter of rechter belandt – is de Trust beperkt in de verweermiddelen waarop hij zich mag beroepen. Het enige verweer dat de Trust bij de arbiter of rechter niet naar voren mag brengen, is dat het product niet gebrekking was.

De hierboven beschreven constructie heeft verschillende voordelen:

- Ten eerste wordt de producent er als partij uit gehaald. De aanvrager heeft met de Trust te maken en die zit er, naar mag worden aangenomen, anders in dan de producent. Dat is vergelijkbaar met wat in Groningen is gebeurd; via de TCMG en thans het IMG is de NAM geen wederpartij meer.
- Ten tweede wordt de discussie beperkt doordat wordt bepaald welke bewijsmiddelen voldoende zijn en doordat de Trust zich niet op allerlei verweermiddelen mag beroepen. De discussie tussen partijen wordt zo getrechtterd. Dat leidt, naar mag worden aangenomen, tot versnelling.
- Ten derde wordt uiteindelijk de individuele gang naar de rechter niet geblokkeerd. De keuze is aan de aanvrager. In zoverre wordt het aansprakelijkheidsrecht niet losgelaten en worden benadeelden niet tegen hun zin onderworpen aan een abstracte systematiek waarin hun individuele omstandigheden maar beperkt worden gewogen.

## 5. Tot besluit

Met de op 1 januari 2020 in werking getreden Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) heeft de wetgever een derde stap gezet ter facilitering van collectieve acties. Waar de Wet collectieve afwikkeling massaschade van 2005 veronderstelt dat partijen een schikking hebben bereikt, strekt de WAMCA ertoe collectieve afwikkeling van massaschade via de rechter af te dwingen. De WAMCA introduceert daartoe een op de Amerikaanse *class action* geïnspireerde procedure, maar beoogt geen wijzigingen te brengen in het schadevergoedingsrecht van afd. 6.1.10 BW.

Hoewel begrip valt op te brengen voor de wens van de wetgever om gelukzoekers de toegang tot de WAMCA-procedure te ontzeggen, is het de vraag of de eisen die aan de 305a-organisatie worden gesteld niet zo talrijk zijn dat benadeelden en hun advocaten er in de praktijk van zullen afzien om deze weg te bewandelen en in eerste instantie zullen trachten om door het winnen van een representatieve individuele procedure de veroorzaker(s) van de schade tot een schikking te bewegen.

Een tweede vraag is hoe personen- en zaakschade collectief kunnen worden afgewikkeld, terwijl naar geldend recht begroting daarvan concreet plaatsvindt. In deze bijdrage is geschetst hoe in de Verenigde Staten via zogenaamde *claims resolution facilities* personen-schade wordt afgewikkeld. Hiertoe is het *Dalkon Shield Claimants Trust* onder de loep genomen. Het *Dalkon Shield Claimants Trust* is natuurlijk maar één voorbeeld en verdere bestudering van de werking van deze en andere Amerikaanse *claims resolution facilities*<sup>36)</sup> is noodzakelijk, maar deze constructie lijkt op het eerste gezicht aantrekkelijk. Een *claims resolution facility* zoals hier beschreven, voorkomt namelijk de beide onwenselijke uitersten die in de huidige Nederlandse discussie figureren, te weten: de WAMCA heeft geen meerwaarde bij personenschade respectievelijk de WAMCA leidt tot een abstract schadevergoedingsrecht en daarmee tot het loslaten van afdeling 6.1.10 BW.

36. Enkele vragen zijn bijvoorbeeld: Wie worden als trustee benoemd? Wat gebeurt er als het in het *closed fund* gestorte bedrag te gering blijkt? Wat is het precieze samenspel tussen rechter en partijen bij bepaling van de regels aan de hand waarvan de Trust de aanvragen beoordeelt?