

Masterscriptie Nederlands recht



**rijksuniversiteit
groningen**

***De (on)mogelijkheid van de rechterlijke collectieve
schadebegroting door de jaren heen***

*Een onderzoek naar de verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de (rechterlijke) collectieve schadebegroting sinds de
totstandkoming van de Wet collectieve actie*

Auteur:	Dijle Simsek
Studentnummer:	S2579138
Masteropleiding:	Master Nederlands recht, specialisatie Privaatrecht
Begeleidster:	prof. mr. dr. C.M.D.S. Pavillon
Tweede lezer:	mr. P.G.J. Wissink
Datum:	26 februari 2021

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	5
Hoofdstuk 1 Inleiding	6
1.1 Probleemstelling.....	6
1.2 Onderzoeksvragen en methode	8
1.3 Opbouw van het onderzoek.....	9
Hoofdstuk 2 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW in de aanloop naar, en in het kader van de WCA	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Het wettelijk kader van de schadebegroting	10
2.2.1 Afdeling 6.1.10 BW.....	10
2.2.2 Het beginsel van volledige schadevergoeding	11
2.2.3 Uitzonderingen op het beginsel van volledige schadevergoeding	12
2.2.3.1 Causaliteit	12
2.2.3.2 Voordeelstoerekening	13
2.2.3.3 Eigen schuld.....	14
2.2.3.4 Matiging en limitering	14
2.2.4 De wijze van schadebegroting	14
2.2.4.1 Het uitgangspunt van concrete schadebegroting	14
2.2.4.2 De abstracte schadebegroting.....	15
2.2.5 Afd. 6.1.10 BW in verhouding tot de collectieve schadebegroting	17
2.3 De verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.9 OBW jo. afd. 6.1.10 BW in het pre-WCA-tijdperk	17
2.3.1 De begrippen massaschade en collectieve actie.....	17
2.3.2 Relevantie van het collectief actierecht in het pre-WCA-tijdperk	18
2.3.3 Het parlementaire debat in verscheidene collectieve actie regelingen tot 1994.....	20
2.3.3.1 Art. 6:196 BW (Wet misleidende reclame).....	21
2.3.3.2 Art. 30a Vestigingswet Bedrijven 1954.....	21
2.3.3.3 Art. 2 van het wetsvoorstel Groepsacties gelijke behandeling.....	21
2.3.3.4 Art. 20a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.....	22
2.4 Wet Collectieve Actie (WCA)	22
2.4.1 Het collectieve actierecht ex art. 3:305a BW in een notendop	22
2.4.2. De verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de collectieve schadebegroting onder de WCA	23
2.4.2.1 De motieven van de wetgever voor het verbod van art. 3:305 a lid 3 BW.....	23
2.4.2.2 Juridisch-technische complicaties.....	24
2.4.3 De kritiek in de literatuur op art. 3:305a lid 3 BW	25
2.4.3.3 De kritiek op de door de wetgever aangeboden alternatieven voor art. 3:305a lid 3 BW	25
2.4.3.1 Collectieve schadevergoedingsvordering in natura is wél mogelijk	25
2.4.3.2 De kritiek op de door de wetgever opgeworpen bezwaren voor collectief schadeverhaal.....	26
2.5 Tussenconclusie	27
Hoofdstuk 3 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW onder de WCAM	29
3.1 Inleiding	29
3.2 De WCAM in een notendop.....	29
3.2.1 De WCAM-procedure in hoofdlijnen	29
3.2.2 De WCA als ‘voorportaal’	30
3.2.3 De gevolgen van de verbindendverklaring van de WCAM-schikking	30
3.2.4 Het vrijwillige karakter van de WCAM	31
3.2.5 Damage scheduling.....	32

3.2.6 De (on)mogelijkheden tot maatwerk onder de WCAM.....	33
3.3 De toetsingscriteria voor de WCAM-overeenkomst in verhouding tot afd. 6.1.10 BW	35
3.3.1 Art. 7:907 lid 2 en lid 3 BW	35
3.3.1.1 Art. 7:907 lid 2 BW nader bezien	35
3.3.1.2 Art. 7:907 lid 3 BW nader bezien	36
3.3.2 De redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW nader bezien	37
3.3.3. De kritiek op de redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW	38
3.3.3.1 De kritiek in het parlementaire debat	38
3.3.3.2. De kritiek in de literatuur	39
3.4 De WCAM-schikkingen	40
3.4.1 De abstracte schadebegroting in de WCAM-schikkingen	40
3.4.2 De DES-zaken	42
3.4.2.1 Inleidend	42
3.4.2.2 De inhoud van de DES I-schikking.....	43
3.4.2.3 De rechterlijke toets in de DES I-zaak.....	43
3.4.2.4 De zienswijzen uit de literatuur	44
3.4.2.5 De DES-II zaak.....	45
3.4.3 De Dexia-zaak	46
3.4.3.1. Inleidend	46
3.4.3.2 De inhoud van de Dexia-schikking.....	46
3.4.3.3 De rechterlijke toets in de Dexia-zaak	47
3.4.3.4 De zienswijzen uit de literatuur	49
3.4.4 De rechterlijke toets in de WCAM-schikkingen in verhouding tot afd. 6.1.10 BW	50
3.4.4.1 De zaken Vie d' Or, Shell en Vedior	50
3.4.4.2 De Converium-zaak	50
3.4.4.3 De DSB-zaak	51
3.4.4.4 De Fortis-zaak.....	54
3.4.5 Analyserend: de rechterlijke toetsingsintensiteit in de WCAM-zaken in verhouding tot afd. 6.1.10 BW.....	55
3.5 Tussenconclusie	56
Hoofdstuk 4 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW onder de WAMCA	57
4.1 Inleiding	57
4.2 De totstandkomingsgeschiedenis van de WAMCA	57
4.2.1 Het voorontwerp van 2014 in verhouding tot afd. 6.1.10 BW.....	58
4.2.1.1 Relevantie	58
4.2.1.2 Het voorontwerp 2014 in een notendop	58
4.2.2 De rechterlijke collectieve schadebegroting in het voorontwerp 2014	59
4.2.3 De kritiek op het voorontwerp 2014 in verhouding tot afd. 6.1.10 BW	59
4.3 De WAMCA introduceert de collectieve schadevergoedingsvordering in geld	61
4.3.1 De WAMCA-procedure in een notendop	61
4.3.2 Een stapsgewijs overzicht van de WAMCA-procedure	62
4.3.3 De rechterlijke collectieve schadebegroting onder de WAMCA.....	64
4.3.3.1 De motieven van de wetgever voor de rechterlijke collectieve schadebegroting.....	64
4.3.3.2 De motieven van de wetgever voor een abstracte collectieve schadebegroting	66
4.3.4 Het parlementaire debat over de rechterlijke collectieve schadebegroting.....	67
4.4 De discussie in de literatuur over de verhouding tussen de collectieve rechterlijke schadebegroting en afd. 6.1.10 BW	68
4.4.1 Inleidend	68
4.4.2 Dogmatische benaderingen.....	69
4.4.2.1 De rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv past niet in afd. 6.1.10 BW	69
4.4.2.2 De aard van de massaschade	70
4.4.3 (Meer) pragmatische benaderingen	71
4.4.3.1 De aard van de massaschade	71
4.4.3.2. Een zeer gedetailleerde categorisering	72

4.4.3.3 Een aanzet tot een processtructuur onder de WAMCA	74
4.4.3.4 Een bijzonder massaschadevergoedingsrecht	76
4.4.3.5 Overwegingen en beginselen van distributieve rechtvaardigheid bij de rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA.....	77
4.5 De eerste stappen in de WAMCA-praktijk	78
4.5.1 Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G.....	79
4.5.2 The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce	80
4.5.3 Een toekomstblik	81
4.5.3.1 Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G.	81
4.5.3.2 The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce	82
4.6 Tussenconclusie	82
Hoofdstuk 5 Bevindingen, conclusies en aanbevelingen	83
5.1 Inleiding	83
5.2 Bevindingen	83
5.2.1 Hoofdstuk 2	83
5.2.2 Hoofdstuk 3	84
5.2.3 Hoofdstuk 4	85
5.3 Conclusies en aanbevelingen	85
Bibliografie.....	89

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
Afd.	Afdeling
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
diss.	dissertatie
EB	Exclusieve Belangenbehartiger
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FIP	Tijdschrift Financiering Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
GS	Groene Serie
HR	Hoge Raad
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
m.nt.	met noot
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NOvA	De Nederlandse Orde van Advocaten
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVvR	De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
O&F	Onderneming en Financiering
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rv.	Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering
RvS	Raad van State
Stb.	Staatsblad
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVC	Tijdschrift voor Consumentenrecht & handelspraktijken
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
V&O	Venootschap & Onderneming
VR	Verkeersrecht
WAMCA	Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie
WCA	Wet collectieve actie
WCAM	Wet collectieve afwikkeling massaschade
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Probleemstelling

Het roemruchte dieselschandaal van Volkswagen heeft gezorgd voor grote ophef in de media en politiek. In 2015 maakten de Amerikaanse milieu-autoriteiten bekend dat het Volkswagen concern had gesjoemeld met de software van de voertuigen om emissietesten te manipuleren. Door dit manipulatie-instrument leken de dieselmotoren van de voertuigen schoner dan ze daadwerkelijk waren. Op basis van de doelbewust gemanipuleerde testresultaten zijn de voertuigen voorzien van typegoedkeuringen, die vervolgens zijn afgeleverd bij verschillende importeurs. De gemanipuleerde voertuigen zijn met tussenkomst van verschillende dealers geleverd aan de klanten. In een videoboodschap heeft Martin Winterkorn (voormalig CEO van Volkswagen) zich verontschuldigd voor het schandaal: ‘ik heb eindeloos veel spijt dat we het vertrouwen van miljoenen mensen hebben geschonden. We gaan er alles aan doen om de schade te herstellen, en om het vertrouwen terug te winnen’.¹

Het herstellen van de geleden schade.² Op welke wijze dient dat nu te gebeuren? Het behoeft geen betoog dat de gemanipuleerde voertuigen zijn afgenomen door een groot aantal benadeelde klanten (in Nederland gaat het om 160.000 voertuigen).³ Er is hier sprake van *massaschade*: een grote groep van benadeelden hebben een geschil met één of een beperkt aantal schadeveroorzaker(s),⁴ in casu met Volkswagen en de dealers die de sjoemeldieselauto’s hebben verkocht.⁵ Wanneer zich veel soortgelijke geschillen voordoen, lijkt het al snel onnodig dat elke benadeelde afzonderlijk zijn schade vordert. Bovendien zijn één of twee gevallen van massaschade per jaar al voldoende om de ‘dagelijkse gang van rechtspleging’ te verstoren.⁶

Sinds de invoering van de Wet collectieve actie (‘WCA’) in 1994, meer specifiek de artt. 3:305a-b BW, kent Nederland een algemeen collectief actierecht.⁷ Voorts maakt de Wet collectieve afwikkeling massaschade (‘WCAM’) het sinds 2005, als aanvulling op de WCA, mogelijk om een door partijen overeengekomen overeenkomst strekkende tot een collectieve schadeafwikkeling verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van benadeelden.⁸ Tot 2020 maakte art. 3:305a lid 3 BW een collectieve schadevergoedingsvordering in geld echter onmogelijk. Er bestond dus geen ‘stok achter de deur’ als partijen niet gezamenlijk tot een schikkingsovereenkomst kwamen. Met de komst van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (‘WAMCA’) is daarin voorzien door de schrapping van art. 3:305a lid 3 BW. Sinds 1 januari 2020 maakt de WAMCA het mogelijk om schadevergoeding in geld te vorderen in een collectieve actie.⁹ De rechter kan – indien partijen er niet uitkomen – de schade collectief begroten ex art. 1018i lid 2 Rv. Een collectieve schadeafwikkeling is aldus een compleet nieuw terrein voor de rechter.

De WAMCA kent een rijke totstandkomingsgeschiedenis, en dat is geen toeval. De wetgever heeft er in het verleden steeds doelbewust van afgezien om een collectieve

¹ Te raadplegen via: www.nytimes.com/video/business/international/100000003929576/volkswagen-ceo-apologizes-for-fraud.html.

² Rb. Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3529, r.o. 4.7, concrete (zaak-)schade.

³ Rb. Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3529, r.o. 2.6.

⁴ Tzankova 2007, p. 1.

⁵ Rb. Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3529.

⁶ Tzankova 2007, p. 1.

⁷ *Stb.* 1994, 269.

⁸ *Stb.* 2005, 340 jo. 380.

⁹ *Stb.* 2019, 130.

schadevergoedingsvordering mogelijk te maken. Reden hiervan was – in het kort – het feit dat in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een individuele schadeafdoening het uitgangspunt is. Het klassieke aansprakelijkheidsrecht is toegesneden op twee partijen, te weten: de benadeelde en de schadeveroorzaker(s).¹⁰ Het reguliere schadevergoedingsrecht is neergelegd in afd. 6.1.10 BW,¹¹ die geschreven is ‘voor vorderingen tot schadevergoeding van privaatrechtelijke aard’.¹² Het beginsel van volledige schadevergoeding, dat ten grondslag ligt aan afd. 6.1.10 BW, is het leidende beginsel in het schadevergoedingsrecht (art. 6:95 BW).¹³ De schade wordt in beginsel individueel en concreet berekend.¹⁴ Dezelfde afdeling bevat echter ook bepalingen die gekwalificeerd worden als uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding.¹⁵ Ook art. 6:97 BW wordt beschouwd als een uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding,¹⁶ op grond waarvan de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Art. 6:97 BW geeft de rechter de bevoegdheid voor een abstracte schadeberekening.¹⁷

Op collectief niveau is de procedure niet toegespitst op twee partijen, waardoor onvermijdelijk wordt geabstraheerd van concrete individuele omstandigheden. Dit kan tot gevolg hebben dat de aanspraak van de individuele benadeelde bij massaschade kan afwijken van zijn aanspraak in een individuele procedure. Het voorgaande is destijds – in het kort – reden geweest voor de beperking van art. 3:305a lid 3 BW. Het openstellen van de mogelijkheid tot een collectieve schadevergoedingsvordering zou namelijk stuiten op juridisch technische complicaties als de schadeomvang en de verdeling van het schadebedrag, waarbij slechts individueel te beantwoorden vragen als eigen schuld en causaliteit een rol kunnen spelen.¹⁸ Afd. 6.1.10 BW zou daarom niet geschikt zijn als wettelijke grondslag voor een collectieve schadebegroting.

Met de komst van de WAMCA heeft de wetgever dit standpunt verlaten. Volgens de wetgever heeft de WCAM-praktijk laten zien dat ook massaschade collectief afgewikkeld kan worden.¹⁹ In de WCAM-procedure wordt de schade berekend aan de hand van categorisering: de schikkingsovereenkomst van partijen bevat maatstaven aan de hand waarvan een benadeelde wordt ingedeeld in een groep, en krijgt vervolgens een daarmee corresponderende vergoeding.²⁰ De parlementaire documentatie van de WAMCA verwijst uitdrukkelijk naar de systematiek van de WCAM. Art. 1018i lid 2 Rv benadrukt dat categorisering het uitgangspunt vormt bij de rechterlijke schadebegroting. Volgens de wetgever geeft art. 6:97 BW voldoende ruimte voor een rechterlijke collectieve schadeafwikkeling.²¹ Met de WAMCA is het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (net zoals bij de WCA en WCAM) onaangetast gebleven.²² Dit betekent dat op de rechterlijke schadebegroting (art. 1018i lid 2 Rv) van toepassing zijn de

¹⁰ Oving, *TVP* 2020/1, p. 11.

¹¹ Hartlief, *NJB* 2017/2138.

¹² Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 2.2 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹³ Hartlief e.a. 2018, p. 256, zie voorts Lindenbergh 2008/11 en Asser/Sieburg 6-II 2017/14 en 31.

¹⁴ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 1.4.4 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹⁵ Hartlief e.a. 2018, p. 256, Lindenbergh 2020/12, onder verwijzing naar de artt. 6:98, 6:100, 6:101 en 6:109 BW.

¹⁶ Hartlief e.a. 2018, p. 276.

¹⁷ Lindenbergh 2013, p. 22.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29 en 30, *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5, p. 17-18, *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5.

²⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 3.

²¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

²² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en de bepalingen van de ongewijzigd gelaten afd. 6.1.10 BW.²³

In de parlementaire documentatie van de WAMCA geeft de wetgever in het algemeen geen antwoord op de vraag wat de reikwijdte is van de bepalingen van afd. 6.1.10 BW, maar gaat er nu dus vanuit dat een collectieve schadeafwikkeling goed mogelijk is op basis van de huidige afd. 6.1.10 BW. De summiere toelichting van de wetgever op de collectieve rechterlijke schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW, en het feit de materieelrechtelijke dimensie van de WAMCA tamelijk onderbelicht is gebleven, vormt een actueel kritiekpunt.²⁴ Al met al heeft de invoering van art. 1018i lid 2 Rv de al jarenlang durende discussie over de hierboven beschreven problematiek flink doen aanzwellen.

1.2 Onderzoeksvragen en methode

Op basis van het bovenstaande kom ik tot de formulering van de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek:

Hoe wordt sinds de totstandkoming van de Wet collectieve actie in de wetgeving, rechtspraak en literatuur omgegaan met de spanning tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW en valt hierin een lijn te ontwaren?

Alhoewel de WAMCA-procedure nu de hoofdrol speelt in de hierboven beschreven problematiek, vormt zij bewust niet het leeuwendeel van dit onderzoek. In essentie onderzoekt deze scriptie *de verhouding tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW*. De meerwaarde van dit onderzoek is een terugblik op de verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de collectieve schadebegroting voorafgaand aan de WAMCA. Dit punt is zowel in de parlementaire documentatie van de WAMCA, alsook in de actuele discussie over de hierboven beschreven problematiek tamelijk onderbelicht gebleven. Dit onderzoek beoogt deze leemte op te vullen door de vraag te beantwoorden hoe (al dan niet geleidelijk) het niveau van collectief schadeverhaal is bereikt, en wat de rol van afd. 6.1.10 BW daarin is geweest sinds de totstandkoming van de WCA.

In lijn van het bovenstaande wordt met dit onderzoek een vierledig doel nagestreefd. De verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de collectieve (rechterlijke) schadebegroting wordt onderzocht in de volgende vier periodes: (1) in het pre-WCA-tijdperk, (2) onder de WCA, (3) de WCAM en (4) de WAMCA.

De centrale onderzoeksvraag is opgesplitst in de volgende vier deelvragen:

1. *Wat was de verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW in de aanloop naar, en in het kader van de WCA?*
2. *Wat is de verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW onder de WCAM?*

²³ Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6, p. 5, 15-16.

²⁴ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 176, ‘de materieelrechtelijke dimensie’ beschrijft Pavillon als: ‘het door de rechter in de nieuwe collectieve actie toe te passen aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht’. Zie voorts Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1794 en Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 465.

3. *Wat is de verhouding tussen de collectieve rechterlijke schadebegroting en afd. 6.1.10 BW onder de WAMCA?*
4. *Biedt afd. 6.1.10 BW voldoende basis voor een rechterlijke collectieve schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv?*

Dit onderzoek is gebaseerd op de juridisch-dogmatische methode. De hoofdstukken zijn hoofdzakelijk geschreven aan de hand van relevante wet- en regelgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie en rechtswetenschappelijke literatuur. Om de tweede deelvraag te kunnen beantwoorden is in hoofdstuk 3 de jurisprudentiële koers van het hof Amsterdam geanalyseerd in de WCAM-zaken. Teneinde de analyse duidelijker in kaart te kunnen brengen zijn daarbij verder, afhankelijk van hun beschikbaarheid, de schikkingsovereenkomsten geraadpleegd. Dit onderzoek is dan ook voornamelijk beschrijvend en analyserend van aard.

1.3 Opbouw van het onderzoek

Hoofdstuk 2 geeft antwoord op de eerste deelvraag. Ten eerste wordt ingegaan op het wettelijke kader van het schadevergoedingsrecht (afd. 6.1.10 BW), meer in het bijzonder de bepalingen aangaande de schadebegroting. Vervolgens wordt ingegaan op de rol van afd. 6.1.10 BW in het pre-WCA-tijdperk. Tot slot bespreekt het hoofdstuk de verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de WCA, door in te gaan op de parlementaire documentatie van de WCA en de kritieken in de literatuur. Het hoofdstuk verschaft duidelijkheid over de motieven van de wetgever voor de verankering van art. 3:305a lid 3 BW, en de rol die afd. 6.1.10 BW daarbij heeft gespeeld. Hoofdstuk 3 geeft antwoord op de tweede deelvraag. Het hoofdstuk bespreekt allereerst de WCAM-procedure. In het bijzonder wordt onderzocht of, en zo ja in hoeverre de WCAM-regeling aanknoopt bij afd. 6.1.10 BW. In de kern onderzoekt het hoofdstuk de WCAM-rechtspraak, waarbij steeds wordt gezien in hoeverre afd. 6.1.10 BW een rol speelt bij de rechterlijke toets en wat de zienswijzen daarop zijn in de literatuur. Hoofdstuk 4 geeft antwoord op de laatste twee deelvragen. Ten eerste wordt de WAMCA-regeling in kaart gebracht. In het bijzonder is er aandacht voor de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv in verhouding tot afd. 6.1.10 BW. Vervolgens wordt de actuele discussie in de literatuur over de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv in verhouding tot afd. 6.1.10 BW in kaart gebracht. Tot slot worden enkele reeds aanhangige WAMCA-procedures besproken en wordt vooruitgeblikt op de rechterlijke collectieve schadeafwikkeling. Hoofdstuk 5 geeft een antwoord op de centrale onderzoeksvraag, waarbij enkele bevindingen, conclusies en aanbevelingen worden geformuleerd.

Hoofdstuk 2 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW in de aanloop naar, en in het kader van de WCA

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

Wat was de verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW in de aanloop naar, en in het kader van de WCA?

Alvorens deze vraag te kunnen beantwoorden, zal allereerst in paragraaf 2.2 het wettelijk kader van het schadevergoedingsrecht in kaart worden gebracht. Met het oog op de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek zal dit wettelijk kader zich hoofdzakelijk beperken tot de beginselen en leerstukken in het kader van de schadebegroting die, indien van toepassing, een rol kunnen spelen bij de collectieve schadebegroting. Deze contouren zullen in de navolgende paragrafen en hoofdstukken worden gespiegeld aan de verschillende collectieve schadebegrotingswijzen die besproken zullen worden. In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de rol van afd. 6.1.10 BW in het pre-WCA-tijdperk. In het bijzonder is er aandacht voor de vraag wat de opvattingen waren ten aanzien van een collectieve actie resp. collectief schadeverhaal in de parlementaire documentatie van verscheidene wetten c.q. wetsvoorstellen, die betrekking hebben op een collectieve actie. Paragraaf 2.4 gaat in op de WCA in verhouding tot afd. 6.1.10 BW. Nadat de hoofdlijnen van de WCA-procedure worden besproken, wordt ingegaan op de motieven van de wetgever voor de verankering van het verbod tot collectief schadeverhaal ex art. 3:305a lid 3 BW. Tot slot is er aandacht voor de kritieken in de literatuur op art. 3:305a lid 3 BW. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 2.5).

2.2 Het wettelijk kader van de schadebegroting

2.2.1 Afdeling 6.1.10 BW

Afd. 6.1.10 BW is op 1 januari 1992 opgenomen in ons Burgerlijk Wetboek.²⁵ De afdeling bevat bepalingen die de omvang van de schadevergoeding regelen. De algemene bepalingen zijn van toepassing op alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, die elders in de wet hun grondslag vinden.²⁶ De bepalingen in afd. 6.1.10 BW zijn, met uitzondering van art. 6:109 BW,²⁷ van regeland recht.²⁸

In de wet noch in de parlementaire geschiedenis is een definitie gegeven van het begrip ‘schade’. In de literatuur wordt schade omschreven als het feitelijke nadeel dat uit de wanprestatie of de onrechtmatige daad voortvloeit.²⁹ De wet maakt in art. 6:95 BW onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel.³⁰ Een andere onderscheiding die vaak wordt gebruikt verdeelt de soorten schade in personenschade, zaakschade en vermogensschade. Zuivere vermogensschade is de vermogensschade die niet te herleiden valt tot zaakschade of personenschade.³¹

²⁵ Stb. 1991, 600.

²⁶ Verheij 2019/44. Zie voorts Lindenbergh 2020/16 en 22.

²⁷ Art. 6:109 BW regelt de rechterlijke matigingsbevoegdheid.

²⁸ Lindenbergh 1998, par. 3.3, onder verwijzing naar MvA II, PG Boek 6, p. 333.

²⁹ Asser/Sieburg 6-II 2017/13, Hartlief e.a. 2018, p. 258.

³⁰ Zie hiervoor art. 6:96 BW.

³¹ Verheij 2019/45.

In de zogenoemde vestigingsfase, de fase voorafgaand aan de omvangsfase, dient de benadeelde te voldoen aan de criteria van een bepaalde grondslag voor aansprakelijkheid. De vestiging van aansprakelijkheid maakt niet dat de benadeelde zonder meer aanspraak maakt op volledige schadevergoeding. Afd. 6.1.10 BW heeft hoofdzakelijk betrekking op de zogenoemde omvangsfase.³² In de omvangsfase staat de vraag centraal wat de omvang is van de verplichting tot schadevergoeding van de aansprakelijke partij.³³

De bepalingen uit afd. 6.1.10 BW kunnen worden onderverdeeld in een viertal categorieën.³⁴ De eerste categorie bevat de bepalingen over de soorten schade en de gerechtigden.³⁵ Ten tweede is te onderscheiden de bepalingen met betrekking tot de causaliteit en de redelijke toerekening.³⁶ Ten derde de categorie aangaande de schadebegroting - alwaar de focus op ligt in dit hoofdstuk - en als laatste de bepalingen over beperking van de schadevergoedingsverplichting.³⁷ Hieronder volgt een selectie uit de beginselen en leerstukken van het schadevergoedingsrecht die, indien van toepassing, een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de schadeomvang bij een collectieve actie, en die zich - volgens Eijsermans-van Abeelen - niet in alle gevallen lenen voor een collectieve afwikkeling.³⁸

2.2.2 Het beginsel van volledige schadevergoeding

Aan het schadevergoedingsrecht liggen verschillende beginselen ten grondslag.³⁹ Het beginsel van volledige schadevergoeding is echter het leidende beginsel in het schadevergoedingsrecht.⁴⁰ Volgens Lindenbergh dient het beginsel van volledige schadevergoeding dan ook genoemd te worden als ‘eerste’ beginsel.⁴¹ Het ‘hoofddoel’ van het schadevergoedingsrecht is daarmee dat de benadeelde door de schadevergoeding zo veel mogelijk wordt geplaatst in de positie waarin hij zich zou bevinden indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden (restitutio in integrum).⁴² De maatstaf bij herstel in de oude toestand is een vergelijking van de ontstane situatie met de (hypothetische) situatie waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Het beginsel van volledige schadevergoeding is niet met zoveel woorden vastgelegd in een wettelijke bepaling, maar ligt wel besloten in de bepalingen van afd. 6.1.10 BW.⁴³

³² Met uitzondering van art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit), art. 6:106 BW (vergoeding van immateriële schade) en art. 6:107-108 BW (gerechtigden bij letsel- en overlijdensschade), zie Verheij 2019/44.

³³ Verheij 2019/44.

³⁴ Lindenbergh 2020/19.

³⁵ Geregeld in de artt. 6:95, 96, 106, 107, 107a en 108 BW.

³⁶ Geregeld in de artt. 6:98, 99, 100, 101 en 102 BW.

³⁷ Geregeld in de artt. 6:109 en 110 BW.

³⁸ Eijsermans-van Abeelen 2020, p. 12.

³⁹ Zie voor een uitgebreide toelichting op de verscheidene beginselen: Lindenbergh 2020/10 tot en met 15: het beginsel van volledige vergoeding, het beginsel van redelijke toerekening, het beginsel dat voordelen in mindering moet worden gebracht en het beginsel van slachtofferbescherming.

⁴⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 256. Zie voorts Lindenbergh 2008/11 en Asser/Sieburg 6-II 2017/14 en 31.

⁴¹ Lindenbergh 2020/10.

⁴² Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 1.4.4 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

⁴³ Lindenbergh 2008/11, Lindenbergh 2020/11, onder verwijzing naar HR 17 januari 1964, *NJ* 1964/322, m.nt. J.H. Beekhuis (*Oranje Lijn/Bohne*) waarin de Hoge Raad sprak over ‘het aan de artikelen 1282-1284 ten grondslag liggende beginsel van volledige schadevergoeding’.

Zo plaatst art. 6:95 BW het beginsel van volledige vergoeding van vermogensschade voorop.⁴⁴ Dit staat niet expliciet beschreven in art. 6:95 BW. Volgens Lindenbergh blijkt dit uit art. 6:95 BW, omdat het artikel het recht op vergoeding van vermogensschade vooropstelt. Blijkens de artt. 6:96 en 6:105 BW omvat het recht op vergoeding van vermogensschade (i) geleden verlies, (ii) gederfde winst en (iii) toekomstige schade.⁴⁵ Volgens art. 6:95 BW dient vermogensschade in het geheel voor vergoeding in aanmerking te komen, aldus Lindenbergh.⁴⁶ Ten aanzien van ‘ander nadeel’, oftewel immateriële schade bepaalt art. 6:95 BW dat er recht op vergoeding bestaat als de wet daarop recht geeft.

In art. 6:109 BW wordt voorts expliciet gesproken over ‘volledige schadevergoeding’. Het artikel beschrijft de rechterlijke matiging als uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding.⁴⁷ In de parlementaire geschiedenis van art. 6:109 BW wordt gesproken over de ‘hoofddregel van volledige schadevergoeding’.⁴⁸ Met de verwijzing naar het beginsel wordt bedoeld op de vergoeding waartoe de aansprakelijke partij verplicht zou zijn - krachtens de overigens toepasselijke bepalingen - in het geval art. 6:109 BW niet wordt toegepast.⁴⁹

2.2.3 Uitzonderingen op het beginsel van volledige schadevergoeding

Afd. 6.1.10 BW bevat verscheidene bepalingen die gekwalificeerd kunnen worden als uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding.⁵⁰ Hartlief en Lindenbergh noemen de causaliteit (art. 6:98 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld (art. 6:101 BW), matiging door de rechter (art. 6:109 BW) en limitering door de wetgever (art. 6:110 BW) als de leerstukken die een inbreuk maken op het beginsel van volledige vergoeding.⁵¹ Deze algemene correcties kunnen van invloed zijn op de schadeomvang en worden veelal toegepast na de schadebegroting.⁵² Hieronder volgt een korte toelichting op deze leerstukken.

2.2.3.1 Causaliteit

Bij het causaliteitsleerstuk gaat het erom dat de schadeveroorzaker slechts verplicht is de schade te vergoeden die ontstaan is door zijn onrechtmatige daad.⁵³ Het causaliteitsleerstuk kent twee fasen, te weten (1) de vestiging van de aansprakelijkheid en (2) de omvang van de aansprakelijkheid.⁵⁴ Voor de vestiging van de aansprakelijkheid is een *condicio-sine-qua-non* (‘csqn’) verband nodig, waarmee wordt beoordeeld of feitelijk causaal verband bestaat (art. 6:162 jo. 6:74 BW).⁵⁵ Het criterium daarbij is of de schade ook bij het wegdenken van de onrechtmatige daad zou zijn ingetreden.⁵⁶ In deze primaire vestigingsfase gaat het aldus om de vraag óf er sprake is van een causaal verband en aansprakelijkheid.⁵⁷ Bij de tweede fase wordt

⁴⁴ Lindenbergh 2008/12.

⁴⁵ Lindenbergh 2020/11.

⁴⁶ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

⁴⁷ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020). Zie voorts Lindenbergh 2020/11.

⁴⁸ Reehuis 1990, p. 1317.

⁴⁹ Van den Berg, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:109 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 april 2020).

⁵⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 256.

⁵¹ Hartlief e.a. 2018, p. 256 en Lindenbergh 2020/12.

⁵² Tjong Tjin Tai 2017, p. 79.

⁵³ Boonekamp, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. A (online, bijgewerkt: 23 maart 2020).

⁵⁴ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

⁵⁵ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

⁵⁶ Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

⁵⁷ Witjens, *VR* 2007/55, p. 33.

onderzocht hoe ver die aansprakelijkheid strekt.⁵⁸ Niet alle schade die in een csqn-verband staat met de onrechtmatige gedraging moet voor rekening komen van de schadeveroorzaker. Dit betekent dat de vraag of iemand aansprakelijk is voor bepaalde schade, niet slechts beantwoord kan worden op basis van een csqn-toetsing.⁵⁹ Om de normatieve waardering ook in het kader van het causale verband vorm te geven, vindt na de csqn-toetsing een tweede normatieve toets plaats die als correctiemechanisme dient op de ‘blinde’ werking van het csqn-verband. De daarbij te hanteren maatstaf is neergelegd in art. 6:98 BW (ook wel de leer van de redelijke toerekening of het toerekeningsvereiste genoemd).⁶⁰

Art. 6:98 BW bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Op grond van art. 6:98 BW zijn bij toerekening naar redelijkheid de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade factoren die de rechter in zijn oordeel moet wegen.⁶¹ Andere factoren die in dit kader relevant zijn, zijn de mate waarin de schadeveroorzaker van de schade een verwijt kan worden gemaakt van zijn onrechtmatige gedrag, de aard van de gedraging, de strekking van de geschonden norm, de mate waarin het gevolg (de schade) verwijderd is van de onrechtmatige gedraging en de mate van voorzienbaarheid.⁶² Afd. 6.1.10 BW biedt veel ruimte en vrijheid om zoveel mogelijk recht te doen aan de omstandigheden van het geval. De hierboven beschreven factoren van art. 6:98 BW zijn open normen, die goed passen bij het karakter van afd. 6.1.10 BW.⁶³

Een ander belangrijk aspect in het causaliteitsvraagstuk – die in paragraaf 3.3.1.1 nader aan bod komt – is hoe het aansprakelijkheidsrecht de kring van de tot vergoeding gerechtigden afbakt. Het aansprakelijkheidsrecht maakt bij direct benadeelden geen principieel onderscheid tussen zaakschade, zuivere vermogensschade en personenschade. De vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de desbetreffende benadeelde wordt beantwoord middels de csqn-toetsing (veelal in samenhang met het toerekeningsvereiste van art. 6:98 BW).⁶⁴ De ‘begrenzingstechniek’ van voornoemde artikelen bepalen bij zaakschade en zuivere vermogensschade ook of de indirect benadeelden recht hebben op vergoeding. Bij personenschade is, anders dan bij zaakschade en zuivere vermogensschade, het uitgangspunt dat slechts de direct benadeelden recht hebben op schadevergoeding, tenzij de schade naar hen is verplaatst in de zin van art. 6:107 BW (schadevergoeding bij letsel) en art. 6:108 BW (schadevergoeding bij overlijden).⁶⁵

2.2.3.2 Voordeelstoerekening

Het komt niet zelden voor dat eenzelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zowel een nadeel, alsook een voordeel oplevert voor de benadeelde. Men denke bijvoorbeeld aan verzekeringsuitkeringen of belastingvoordelen.⁶⁶ Art 6:100 BW bepaalt dat het voordeel verrekend moet worden met de omvang van de schadevergoeding, voor zover dit redelijk is. Aan de rechter is een ruime vrijheid gelaten bij de beoordeling of verrekening van voordeel in

⁵⁸ Witjens, VR 2007/55, p. 33.

⁵⁹ Verheij 2019/48a.

⁶⁰ Asser/Sieburgh 6-II 2017/53, Verheij 2019/48a.

⁶¹ Verheij 2019/48a.

⁶² Verheij 2019/48a.

⁶³ Hartlief, WPNR 2002/6472, p. 8-19.

⁶⁴ Hartlief, TVP 2006/4, p. 98.

⁶⁵ Hartlief, TVP 2006/4, p. 98.

⁶⁶ Hartlief e.a. 2018, p. 303.

een concreet geval redelijk is.⁶⁷ De rechter zal per schadepost beoordelen of verrekening van voordeel mag plaatsvinden.⁶⁸

2.2.3.3 Eigen schuld

Het leerstuk van eigen schuld is neergelegd in art. 6:101 BW en kan een rol spelen bij de begrotingsfase. In het geval de schade niet alleen is toe te schrijven aan de schadeveroorzaker, maar de schade mede is veroorzaakt door een handelen (of nalaten) van de benadeelde die voor zijn risico komt, dient de schadeveroorzaker in beginsel slechts een gedeelte van de schade te vergoeden.⁶⁹ Verder ligt in art. 6:101 BW besloten de schadebeperkingsplicht van de benadeelde; in bepaalde gevallen is de benadeelde verplicht een bepaalde handelen of nalaten te ondergaan teneinde de schade (zo veel mogelijk) te beperken.⁷⁰

2.2.3.4 Matiging en limitering

Als de aansprakelijkheid van de aansprakelijke partij is vastgesteld dient de schade in beginsel integraal te worden vergoed.⁷¹ Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen ex art. 6:109 BW. Bij het oordeel moet gelet worden op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht.⁷² Matiging geschiedt nadat de schadeomvang reeds is vastgesteld en ziet met name op concreet individuele gevallen.⁷³ Matiging ex art. 6:109 BW is een rechterlijke werkzaamheid, terwijl limitering ex art. 6:110 BW is voorbehouden aan de wetgever.⁷⁴ Door limitering kunnen bedragen vastgesteld worden waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt.⁷⁵

2.2.4 De wijze van schadebegroting

2.2.4.1 Het uitgangspunt van concrete schadebegroting

De begroting van de schade is geregeld in art. 6:97 BW. Volgens deze bepaling begroot de rechter de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Indien de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt zij geschat. Ook ten aanzien van het uitgangspunt van concrete schadebegroting ontbreekt een wettelijke basis. Wel wordt algemeen aangenomen dat dit het geldende uitgangspunt is.⁷⁶ De vaststelling van de omvang van de schade dient veelal te geschieden door waardering.⁷⁷ Het uitgangspunt van concrete schadebegroting houdt in dat rekening wordt gehouden met alle, althans met zoveel

⁶⁷ HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81 m.nt. T. Hartlief (*Verheag/Jenniskens, Voordeelstoerekening*), r.o. 3.5.2.

⁶⁸ Verheij 2019/49, onder verwijzing naar HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145, m.nt. Brunner (*Wrongful birth*).

⁶⁹ Verheij 2019/50. Zie voorts Asser/Sieburgh 6-II 2017/107, onder verwijzing naar MvA II, PG Boek 6, p. 333, 350-351.

⁷⁰ Hartlief e.a. 2018, p. 311.

⁷¹ Zie hiervoor paragraaf 2.2.2.

⁷² Asser/Sieburgh 6-II 2017/176.

⁷³ Hartlief e.a. 2018, p. 349.

⁷⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 349, Asser/Sieburgh 6-II 2017/188.

⁷⁵ Asser/Sieburgh 6-II 2017/188.

⁷⁶ Hartlief e.a. 2018, p. 275, onder verwijzing naar Lindenbergh 2008/36, Klaassen 2017/9, HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*) en HR 10 februari 2017, *NJ* 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India*).

⁷⁷ Asser/Sieburgh 6-II 2017/31.

mogelijk, individuele omstandigheden van de benadeelde.⁷⁸ Zoals reeds opgemerkt brengt het uitgangspunt van restitutio in integrum mee dat de schade begroot dient te worden met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval;⁷⁹ individualisering (rekening houden met alle, althans met zoveel mogelijk, individuele omstandigheden van de benadeelde) is derhalve noodzakelijkerwijs inherent aan een volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade.⁸⁰

De feitenrechter komt in het kader van de schadebegroting ex art. 6:97 BW een grote mate van vrijheid toe.⁸¹ In dit kader is de rechter niet gebonden aan de gewone regels inzake stel- en bewijslast.⁸² Opmerking verdient dat de rechter in beginsel niet willekeurig kan kiezen voor een bepaalde wijze van schadebegroting, de vrijheid van de rechter is derhalve niet onbegrensd. Zo kan in cassatie worden getoetst of de rechter bij de keuze voor een bepaalde wijze van schadebegroting is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting.⁸³ Art. 6:97 BW geeft de rechter tevens de bevoegdheid om de schade abstract te begroten. De zogenaamde abstracte schadebegroting wordt beschouwd als een uitzondering op de concrete schadebegroting.⁸⁴

2.2.4.2 De abstracte schadebegroting

Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 6:97 BW is beoogd het artikel te laten fungeren als wettelijke basis voor een (meer) abstracte wijze van schadebegroting.⁸⁵ In dit verband heeft de wetgever de nodige ruimte willen laten aan de rechtspraak.⁸⁶ De wijze van abstracte schadebegroting is erop gericht dat geabstraheerd wordt van de concrete omstandigheden van het geval. De vaststelling van de schade geschiedt bij de abstracte methode volgens meer objectieve maatstaven.⁸⁷ De rechter gaat na hoe groot ‘in het algemeen’ de schade is van een schuldeiser die in een vergelijkbare positie verkeert als de eiser in het geding.⁸⁸ De vraag in welke mate en in welke gevallen de rechter abstract dient te begroten is door de wetgever in beginsel overgelaten aan de vrijheid van de rechter.⁸⁹ Soms is het niet de rechtspraak, maar de wetgever die in een aantal specifieke gevallen een (meer) abstracte schadebegroting voorschrijft.⁹⁰

Rechtspraak van de Hoge Raad leidt volgens Verheij tot de conclusie dat de concrete methode als uitgangspunt en de abstracte methode als uitzondering wordt beschouwd.⁹¹ Ten aanzien van zaakschade bijvoorbeeld heeft de Hoge Raad in het Reaal/Athlon arrest bepaald dat het

⁷⁸ Hartlief e.a. 2018, p. 275, zie voorts Lindenberg, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 4.3 (online, bijgewerkt 28 augustus 2017).

⁷⁹ Lindenberg 2008/36.

⁸⁰ Klaassen 2017/5.

⁸¹ Verheij 2019/48, zie voorts Asser/Sieburgh 6-II 2017/35.

⁸² Klaassen 2007/5, zie voorts Verheij 2019/48, onder verwijzing naar HR 27 juni 2008, *NJ* 2008/476 (*Fernhout B.V./Saaltink*), r.o. 3.4.

⁸³ Hartlief e.a. 2018, p. 275, onder verwijzing naar HR 18 april 1986, *NJ* 1986/567, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ENCI/Lindelauf*).

⁸⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 276, zie voorts Verheij 2019/48, onder verwijzing naar HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387, m.nt. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

⁸⁵ Lindenberg 2013, p. 22, onder verwijzing naar MvA II, PG Boek 6, p. 339.

⁸⁶ Lindenberg, *NTBR* 2020/30, p. 213-216, onder verwijzing naar MvA II, PG Boek 6, p. 339, p. 26-27.

⁸⁷ Klaassen 2017/6.

⁸⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/31.

⁸⁹ Lindenberg 2008/36, onder verwijzing naar MvA II, PG Boek 6, p. 339.

⁹⁰ Lindenberg 2020/37, onder verwijzing naar onder meer de artt. 6:119, 6:96 lid 4 e.v., 7:36-38, 8:387 e.v., 8:903 e.v. en 7:225 BW.

⁹¹ Verheij 2019/48, onder verwijzing naar HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387, m.nt. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

uitgangspunt is dat de schade op een abstracte wijze wordt begroot. In gevallen waarin het gaat om schade aan auto's kan een forfaitair systeem (in casu ging het om het Audatex-systeem) worden gehanteerd. Een dergelijk referentiekader bevordert een uniforme en snelle afwikkeling van de schade. Volgens de Hoge Raad rechtvaardigt de aard van zodanige schade dat de rechter bij het begroten daarvan in beginsel abstraheert van omstandigheden die de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffen.⁹²

Sieburgh meent dat de abstracte methode niet consequent wordt toegepast en merkt op dat de belangrijkste gevallen waarin de abstracte methode is gehanteerd, gevallen betreffen van beschadiging of verlies van een zaak.⁹³ Letselschade wordt in de regel altijd concreet begroot, aldus Hartlief.⁹⁴ Lindenbergh merkt op dat de ene schadesoort meer persoonsgebonden is dan de andere en dat zaakschade zich daarom eerder leent voor een abstracte begrotingswijze dan bij personenschade.⁹⁵ Niettemin is in de rechtspraak ook ten aanzien van personenschade geabstraheerd van bepaalde concrete omstandigheden van benadeelden.

Een voorbeeld betreft het Baby Kelly-arrest, waarin de rechter via art. 6:97 BW een abstract schadebegrip heeft toegelaten.⁹⁶ De Hoge Raad heeft zich in het Baby Kelly-arrest uitgelaten over hoe ver de rechterlijke vrijheid ex art. 6:97 BW kan gaan. Door een medische fout werd de ouders van Kelly de mogelijkheid ontnomen om haar te laten aborteren. Kelly is vervolgens zeer ernstig gehandicapt ter wereld gekomen. De Hoge Raad heeft schadevergoeding toegewezen aan Kelly voor alle kosten die verbonden zijn aan haar levensonderhoud en handicaps. De Hoge Raad heeft tevens materiële (ter hoogte van de opvoedkosten van Kelly) en immateriële schadevergoeding (in verband met inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht) toegewezen aan de ouders. De Hoge Raad overweegt – in het kort – dat de rechter ex art. 6:97 BW de bevoegdheid heeft de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens de Hoge Raad brengt in casu de aard van de zaak met zich mee dat de vorderingen toegewezen moeten worden.⁹⁷ Voor de berekening van de gemiddelde kosten van opvoeding is door de rechter aansluiting gezocht bij de gegevens van de NIBUD-norm. In zijn conclusie bij het arrest constateert advocaat-generaal Vranken dat voornoemde vingerwijzing naar de NIBUD-norm moeilijk in overeenstemming te brengen is met het zoveel mogelijk concreet begroten van de toekomstige schade van de ouders.⁹⁸ Bij de schadebegroting in deze zaak lijken doelmatigheidsoverwegingen aan de orde te zijn.⁹⁹

Belangrijke motieven van de wetgever en de rechter om op abstracte wijze te begroten zijn doelmatigheids-, redelijkheids- en billijkheidsoverwegingen.¹⁰⁰ De abstracte methode zorgt voor een efficiënte oplossing voor veel voorkomende gevallen en leidt zowel voor de benadeelde, alsook voor de aansprakelijke persoon tot een redelijk resultaat.¹⁰¹ Sieburgh meent dat de abstracte methode niet als rechtsregel gekwalificeerd dient te worden, maar eerder als

⁹² HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219, m.nt. Mendel (*Reaal/Athlon*), r.o. 3.6.1.

⁹³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/ 35 en 38.

⁹⁴ Hartlief e.a. 2018, p. 275, onder verwijzing naar HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*) en HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

⁹⁵ Lindenbergh 2020/38.

⁹⁶ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Wrongful life*).

⁹⁷ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Wrongful life*), r.o. 4.15, 4.16.

⁹⁸ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Wrongful life*), r.o. 4.15, 4.16.

⁹⁹ Hartlief e.a. 2018, p. 264.

¹⁰⁰ Lindenbergh 2013, p. 8, Hartlief e.a. 2018, p. 276-280.

¹⁰¹ Hartlief e.a. 2018, p. 276.

‘praktisch hulpmiddel dat in bepaalde gevallen bij het vaststellen van de schadevergoeding goede diensten kan bewijzen’.¹⁰²

Als principieel bezwaar tegen de abstracte methode wordt aangevoerd dat de feitelijk geleden schade c.q. feitelijk gemaakte herstelkosten door de benadeelde in beginsel niet als maatstaf dienen.¹⁰³ Het voorgaande kan tot de conclusie leiden dat de benadeelde meer, of juist minder vergoed krijgt dan zijn werkelijke schade. In dit verband verdient opmerking dat de benadeelde die aan kan tonen dat zijn schade groter is dan de abstracte schade, alsnog de werkelijk geleden schade kan vorderen.¹⁰⁴ Dit impliceert volgens Sieburgh dat de abstracte schadebegroting beschouwd kan worden als een minimum.¹⁰⁵

2.2.5 Afd. 6.1.10 BW in verhouding tot de collectieve schadebegroting

In de parlementaire geschiedenis van afd. 6.1.10 BW is geen verwijzing te vinden naar hoe de afdeling zich verhoudt met een collectieve actie c.q. collectieve schadebegroting.¹⁰⁶ Vermeldenswaard is dat het schadevergoedingsrecht onder het oude recht (afd. 6.1.19 OBW) grotendeels rechtensrecht was.¹⁰⁷ Afd. 6.1.9 OBW kende geen vergelijkbare bepalingen als de artt. 6:95 en 6:109 BW, waarin (zoals vermeld in paragraaf 2.2.2) het beginsel van volledige schadevergoeding in wordt gelezen.¹⁰⁸ Wel werd het beginsel van volledige schadevergoeding benoemd in de jurisprudentie vóór de inwerkingtreding van afd. 6.1.10 BW in 1992.¹⁰⁹

Nu duidelijk is dat de collectieve actie resp. collectieve schadebegroting onbesproken is gelaten bij de ontwikkeling van het reguliere schadevergoedingsrecht, stuit ik bij de volgende vraag. Wat waren in die tijd de opvattingen over een collectieve actie resp. collectieve schadebegroting in verhouding tot het reguliere schadevergoedingsrecht (afd. 6.1.9 OBW jo. afd. 6.1.10 BW)? Het antwoord komt hieronder nader aan de orde.

2.3 De verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.9 OBW jo. afd. 6.1.10 BW in het pre-WCA-tijdperk

2.3.1 De begrippen massaschade en collectieve actie

Heden ten dage worden steeds meer gestandaardiseerde producten en diensten afgenomen, die verkocht worden onder algemene voorwaarden. Deze schaalvergroting kan leiden tot een grote groep benadeelden die identieke of soortgelijke schade oplopen, die veroorzaakt is door één of een beperkt aantal schadeveroorzaker(s). Men denke bijvoorbeeld aan de massaproductie van een medicijn, waardoor een grote groep benadeelden gezondheidsschade oplopen. In de memorie van toelichting van de WAMCA wordt, met inachtneming van het voorgaande, opgemerkt dat de behoefte aan een collectieve schadeafwikkeling in Nederland in de laatste decennia is toegenomen.¹¹⁰

¹⁰² Asser/Sieburgh 6-II 2017/38.

¹⁰³ Asser/Sieburgh 6-II 2017/31 en 37.

¹⁰⁴ Asser/Sieburgh 6-II 2017/37.

¹⁰⁵ Asser/Sieburgh 6-II 2017/37, onder verwijzing naar HR 18 november 1937, NJ 1938/269; HR 16 juni 1961, NJ 1961/444 (telefoonkabel); HR 12 april 1991, NJ 1991/434 (Unico/Harteman) en HR 15 januari 1965, NJ 1965/197.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 1975/76, 7729.

¹⁰⁷ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 1.6 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹⁰⁸ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. A (online, bijgewerkt 1 augustus 2020).

¹⁰⁹ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 1 augustus 2020), onder verwijzing naar HR 13 september 1991, NJ 1992/110, m.nt. M.M. Mendel.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 2.

Het begrip ‘massaschade’ is niet wettelijk verankerd. De definitie van het begrip is aldus overgelaten aan doctrine en jurisprudentie. In de memorie van toelichting van de WCAM wordt massaschade gedefinieerd als ‘gelijksoortige schadevorderingen’ (art. 7:907 lid 1 BW).¹¹¹ Volgens Tzankova gaat het bij massaschade om een groot aantal benadeelden die allen een geschil hebben met één of enkele schadeveroorzaker(s), waarbij het geschil betrekking heeft op dezelfde of vergelijkbare rechtsvragen en feiten.¹¹² Een groot aantal getroffen en is een constante factor bij massaschade, maar dit behelst geen kwantitatief criterium.¹¹³

Een collectieve actie in het privaatrecht kan gedefinieerd worden als de bevoegdheid van een belangenorganisatie om een rechtsvordering in te stellen als belangenbehartiger voor benadeelden met gelijksoortige schadevorderingen.¹¹⁴ Sniijders stelt dat een collectieve actie bij massaschade omschreven kan worden als een bundeling van individuele vorderingen.¹¹⁵ Men pleegt collectieve acties, in navolging van Verburgh, te onderscheiden in groepsacties en algemeen-belangacties.¹¹⁶ Onder groepsacties wordt verstaan acties waarbij de belangen van de benadeelden zijn te individualiseren.¹¹⁷ Bij algemeen-belangacties zijn de belangen van de benadeelden niet te individualiseren omdat de belangen van zo’n algemeen karakter zijn, dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan.¹¹⁸ Men denke hierbij aan maatschappelijke kwesties die eenieder kunnen raken, bijvoorbeeld het milieu of het klimaat. Volgens Frenk zijn de voornoemde collectieve acties in juridisch optiek niet te onderscheiden, het privaatrecht maakt geen onderscheid.¹¹⁹ Immers, in art. 3:305a BW wordt geen onderscheid gemaakt tussen beide acties.¹²⁰ In het artikel wordt het ‘collectief actierecht’ geregeld waarmee wordt bedoeld op zowel groepsacties, alsook algemeen-belangacties.¹²¹

2.3.2 Relevantie van het collectief actierecht in het pre-WCA-tijdperk

De roep om een collectieve actie te verankeren in het Burgerlijk Wetboek is groot geworden tussen 1980 en 1994. Er was sprake van een toenemende maatschappelijke behoefte om collectief op te treden. De hoge kosten van een civiele procedure wogen veelal niet op tegen de mogelijke baten,¹²² en bij bepaalde normen was individuele geschillenbescherming moeilijk realiseerbaar; bijvoorbeeld bij de handhaving van milieunormen.¹²³ Het moge duidelijk zijn dat collectief procederen – in het verlengde van het vorenstaande – ook proceseconomische voordelen met zich brengt. Volgens Sniijders is een collectief actierecht de enige manier om grote aantallen schadevorderingen – waarbij het geschil betrekking heeft op dezelfde of vergelijkbare rechtsvragen en feiten – efficiënt en effectief af te handelen.¹²⁴

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1.

¹¹² Tzankova 2007, p. 1.

¹¹³ Tzankova 2007, p. 1-2.

¹¹⁴ Frenk 1994, p. 4.

¹¹⁵ Sniijders 2010, p. 135.

¹¹⁶ Stolker, *NTBR* 1996/81, onder verwijzing naar M.J.P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang*, rede Utrecht, Zwolle 1975, p. 9.

¹¹⁷ Frenk 1994, p. 6.

¹¹⁸ Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a, aant. 8 (online, bijgewerkt 23 september 2019).

¹¹⁹ Frenk 1994, p. 6-7.

¹²⁰ In 2.4 wordt uitgebreid stilgestaan bij art. 3:305a BW.

¹²¹ Stolk 2018, p. 11.

¹²² *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 2, zie voorts Stolker, *NTBR* 1996/81, onder verwijzing naar Rb. ‘s-Gravenhage 15 februari 1989, *TvC* 1989, p. 76 e.v. (*PTT-zaak*). In deze zaak hadden zes miljoen telefoonabonnees recht op elf miljoen gulden. Uiteindelijk kreeg ieder abonnee f 1,85 terug.

¹²³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 2.

¹²⁴ Sniijders 2007, p. 5.

In 1994 is de WCA ingevoerd in ons Burgerlijk Wetboek, en neergelegd in de artt. 3:305a en 3:305b BW.¹²⁵ De WCA wordt uitvoerig behandeld in paragraaf 2.4. Tot de invoering van de WCA is op meerdere terreinen van het recht, door verscheidene wettelijke bepalingen, aan belangenorganisaties de bevoegdheid toegekend om in specifieke gevallen een rechtsvordering in te stellen.¹²⁶ Ook is meermalen in verscheidene wetsvoorstellen getracht een collectieve groepsactie c.q. collectief schadeverhaal mogelijk te maken, of is het als vraag opgeworpen in het parlementaire debat van de betreffende regeling. Het gaat om de navolgende regelingen:

- art. 2 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten;¹²⁷
- art. 6:196 BW (Wet misleidende reclame);¹²⁸
- art. 6:240 BW (Wet algemene voorwaarden);¹²⁹
- art. 29a Auteurswet;¹³⁰
- art. 10 Wet persoonsregistraties;¹³¹
- art. 30a Vestigingswet Bedrijven 1954;¹³²
- art. 57a Drank- en Horecawet;¹³³
- art. 2 Wetsvoorstel groepsacties gelijke behandeling;¹³⁴
- art. 20a Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen;¹³⁵
- art. 128 van het gewijzigde wetsvoorstel Gezondheids- en welzijnswet voor dieren;¹³⁶
- art. 10 van het wetsvoorstel Algemene wet gelijke behandeling.¹³⁷

In de memorie van toelichting van de WCA is in het kort beschreven wat de argumenten waren om een collectief actierecht op te nemen in verschillende regelingen tot de invoering van de WCA in 1994.¹³⁸ Als primaire reden wordt genoemd de omstandigheid dat belangenorganisaties in rechte kunnen optreden in situaties waarin per individu geringe, maar in hun totaliteit grote belangen in het spel zijn. Aanvullend wordt opgemerkt dat voor belangenorganisaties de drempels in toegang tot de rechter minder hoog zijn. Verder wordt onderstreept het feit het collectief actierecht een belangrijke preventieve werking kan hebben.¹³⁹ Kennelijk heeft de rechtspraak, die ontstaan is uit de hierboven opgesomde wettelijke regelingen, ervoor gezorgd dat de Tweede Kamer een verbreding heeft voorgesteld voor ook andere maatschappelijke terreinen.¹⁴⁰ Zo is op 11 februari 1988 een voorontwerp van wet tot ‘Regeling van de bevoegdheid om ter bescherming van belangen van anderen een rechtsvordering in te stellen’ gepresenteerd.¹⁴¹ Het voorontwerp is opgenomen in de

¹²⁵ *Stb.* 1994, 269.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p.2.

¹²⁷ *Stb.* 1937, 801.

¹²⁸ *Stb.* 1991, 600.

¹²⁹ *Stb.* 1980, 304.

¹³⁰ *Stb.* 1985, 307.

¹³¹ *Stb.* 1988, 655.

¹³² *Stb.* 1990, 19.

¹³³ *Stb.* 1990, 19.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 1986/87, 19507, nr. 6.

¹³⁵ *Stb.* 1989, 168.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1988/89, 16447, nr. 30.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 2.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 2 en 11.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 2.

¹⁴⁰ Frenk 1994, p. 106-107.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 12.

parlementaire documentatie van de WCA en voorzag in essentie in de invoering van art. 3:303 BW, luidende:

‘Een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die in overeenstemming met zijn statuten belangen van anderen behartigt, kan, indien de bescherming van die belangen dit rechtvaardigt, in rechte vorderen dat een gedraging onrechtmatig wordt verklaard of dat een onrechtmatige gedraging wordt verbonden.’¹⁴²

Het voert, met het oog op de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek, te ver om in detail in te gaan op het voorontwerp. Desalniettemin bevat het voorontwerp een belangrijke beperking die kort de aandacht verdient. Een belangrijke beperking die besloten lag in het voorontwerp is dat een belangenorganisatie geen schadevergoeding kan vorderen.¹⁴³ Ten aanzien van deze beperking meent een deel van de Sociaal-Economische Raad (‘de Raad’) dat daarmee geen recht wordt gedaan aan de rechtsontwikkeling.¹⁴⁴ Dat een belangenorganisatie de bevoegdheid toekomt om schadevergoeding te vorderen zou weliswaar praktische problemen met zich kunnen meebrengen, maar daar zijn oplossingen voor te vinden. Welke praktische problemen en oplossingen dit kunnen zijn wordt door de Raad niet benoemd. Wel wordt opgemerkt dat het niet helder is welke situaties wel en welke beter niet met schadevergoedingsvorderingen in collectieve procedures kunnen werken.¹⁴⁵ De meerderheid van de Raad acht de beperking dat een belangenorganisatie geen schadevergoeding kan vorderen daarentegen juist.¹⁴⁶ Deze meerderheid voert hiertoe drie redenen aan. Allereerst wordt gesteld dat er geen ruimte dient te bestaan in het collectief vorderen van schadevergoeding voor concrete natuurlijke personen. Ten tweede acht deze meerderheid het onjuist dat een belangenorganisatie individualiseerbare schade kan opeisen in een collectieve vordering. De vraag of een persoon jegens wie onrechtmatig is gehandeld schade heeft geleden (en de omvang ervan) kan namelijk slechts individueel worden beantwoord. Ten slotte wordt door de meerderheid gesteld dat de invoering van deze vordering tal van juridisch-technische problemen met zich kan meebrengen, hetgeen in de wet zelf opgelost dient te worden.¹⁴⁷ Een nadere toelichting op de hiervoor beschreven redenen ontbreekt.

In de navolgende subparagraaf wordt nader ingegaan op de vraag in hoeverre de verhouding tussen een collectieve actie c.q. collectieve schadebegroting en afd. 6.1.9 OBW (vóór 1992) jo. afd. 6.1.10 BW een rol heeft gespeeld bij de bovengenoemde wetten c.q. wetsvoorstellen.

2.3.3 Het parlementaire debat in verscheidene collectieve actie regelingen tot 1994

De parlementaire geschiedenis van de in paragraaf 2.3.2 benoemde regelingen wijst erop dat er toentertijd geen concrete inzichten waren gerijpt over (de wenselijkheid van) een mogelijke collectieve schadebegroting. De parlementaire geschiedenis van de regelingen in verschillende rechtsgebieden biedt ons wel enkele passages waarin elementen van een collectieve schadebegroting, al dan niet impliciet, de revue passeren. Deze passages worden hieronder behandeld.

¹⁴² *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 12.* Zie voorts Frenk 1994, p. 107.

¹⁴³ *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13.*

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13.*

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13.*

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13.*

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13.*

2.3.3.1 Art. 6:196 BW (Wet misleidende reclame)

In de parlementaire geschiedenis van art. 6:196 BW van de Wet misleidende reclame wordt gewezen op het feit het onwaarschijnlijk is dat een individuele consument of concurrent een gerechtelijke actie zal voeren, gezien de financiële aspecten ervan.¹⁴⁸ Door een collectieve belangenbehartiging door de in de wet aangewezen rechtspersonen kan echter wel een doelmatig civielrechtelijk optreden worden verwacht.¹⁴⁹ In het voorlopig verslag van de vaste commissies voor justitie en voor economische zaken is door de leden van de CDA-fractie de vraag opgeworpen wat de mening van de wetgever is over de toekenning van een actie aan consumentenorganisaties tot verhaal van collectieve schade.¹⁵⁰ In de memorie van antwoord wordt aangegeven dat in het kader van deze wet geen actie aan consumentenorganisaties tot verhaal van collectieve schade is beoogd. In dit verband wordt gewezen op de problemen die kunnen rijzen in verband met het vaststellen van het aantal personen die schade hebben geleden en de omvang daarvan.¹⁵¹

2.3.3.2 Art. 30a Vestigingswet Bedrijven 1954

In de parlementaire geschiedenis van art. 30a Vestigingswet Bedrijven 1954 wordt opgemerkt dat uitbreiding van actiebevoegdheden afbreuk doet aan de overzichtelijkheid van het rechtsverkeer. In dit kader komt de vraag aan de orde of er goede grond bestaat om organisaties van consumenten en werknemers collectief actiebevoegdheid toe te kennen.¹⁵² De vraag wordt ontkennend beantwoord. In het geval een ondernemer zijn juridische verplichtingen jegens een consument of werknemer niet nakomt, is er reden voor het instellen van een individuele procedure op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. De rechter zal in dat geval rekening houden met de concrete omstandigheden van het geval; een groepsactierecht wordt daarom voor dit soort situaties niet nodig en niet wenselijk geacht.¹⁵³

2.3.3.3 Art. 2 van het wetsvoorstel Groepsacties gelijke behandeling

De parlementaire documentatie van art. 2 van het wetsvoorstel Groepsacties gelijke behandeling onderstreept het feit dat niet wordt beoogd een nieuwe rechtsgang te creëren, maar een verbrede toegang te bieden op de reeds bestaande rechtsprocedure.¹⁵⁴ Art. 2 lid 2 van het wetsvoorstel Groepsacties gelijke behandeling kan onder meer resulteren in een rechterlijk bevel of verbod om maatregelen te treffen, of om de gevolgen van de ongelijke behandeling ongedaan te maken. In het verlengde hiervan is door de leden van de PvdA-fractie de vraag opgeworpen waarom gesproken wordt van ‘herstel van de gevolgen’, en waarom daarin geen eis tot schadevergoeding wordt voorgesteld.¹⁵⁵ De wetgever stelt voorop dat een schadevergoedingsvordering ‘in het algemeen’ toekomt aan de individuele benadeelde. Het artikel voorziet niet in de mogelijkheid tot een schadevergoedingsvordering omdat ‘de mogelijkheden die het civiele recht thans bieden’ voldoende zijn. Niet wordt ingegaan op welke mogelijkheden van het civiele recht daarmee worden bedoeld.¹⁵⁶

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 1978/79, 13611, nr. 6, p. 3-4.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1978/79, 13611, nr. 3, p. 8.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 1978/79, 13611, nr. 12a, p. 2.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1978/79, 13611, nr. 12b, p. 3-4.

¹⁵² *Kamerstukken II* 1986/87, 19743, nr. 3, p. 8.

¹⁵³ *Kamerstukken II* 1986/87, 19743, nr. 3, p. 8.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1987/88, 19507, nr. 8, p. 13.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 1987/88, 19507, nr. 8, p. 16, *Kamerstukken II* 1987/88, 19507, nr. 3, p. 4.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 1987/88, 19507, nr. 8, p. 13 en 16.

2.3.3.4 Art. 20a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

De parlementaire geschiedenis van art. 20a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen maakt een schadevergoedingsvordering eveneens onmogelijk. Het huidige recht biedt de individuele benadeelden voldoende mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen, aldus de wetgever.¹⁵⁷ Als voorbeeld wordt genoemd de procesvolmacht. De omvang van de schade kan niet vastgesteld worden in het geval schadevergoeding gevorderd wordt ten behoeve van een onbepaalde groep.¹⁵⁸ Een nadere toelichting op de onmogelijkheid tot een collectieve schadevergoedingsvordering ontbreekt.

2.4 Wet Collectieve Actie (WCA)

2.4.1 Het collectieve actierecht ex art. 3:305a BW in een notendop

Zoals reeds beschreven is de WCA op 1 juli 1994 in werking getreden.¹⁵⁹ Hiermee is art. 3:305a BW verankerd in ons Burgerlijk Wetboek. Het collectief actierecht is door de invoering van art. 3:305a BW niet meer beperkt tot bepaalde rechtsgebieden. Art. 3:305a BW biedt een stichting of vereniging met volle rechtsbevoegdheid de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. De belangen dienen zich te lenen voor bundeling; de rechtsvordering dient te strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen.¹⁶⁰ Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen algemene en concrete belangen.¹⁶¹ De belangen die zich voor bundeling lenen kunnen zowel vermogensbelangen, alsook ideëel getinte belangen zijn.¹⁶² Op grond van art. 3:305a BW kan een collectieve belangenbehartiger in principe iedere vordering instellen,¹⁶³ men denke hierbij aan een vordering tot verkrijging van een rechterlijk gebod, verbod of verklaring voor recht. In het geval er geen schikking getroffen kan worden nadat een collectieve actie geresulteerd heeft in een verklaring voor recht waarin de onrechtmatigheid van de gedraging van de schadeveroorzaker(s) vaststaat, is het mogelijk dat de individuele benadeelde alsnog via een individuele procedure schadevergoeding vordert.¹⁶⁴

In lid 3 van art. 3:305a BW is expliciet bepaald dat een vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld is uitgesloten. Een schadevergoedingsvordering in natura is echter wel mogelijk.¹⁶⁵ Ook is het niet toegestaan om een verklaring voor recht te vorderen waarmee de schadeveroorzaker(s) jegens de benadeelden hoofdelijk aansprakelijk is tot voldoening van de geleden schade van de benadeelden. Een dergelijke vordering verschilt in wezen niet van een veroordeling tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat, waarbij alleen nog de schadeomvang per benadeelde vastgesteld wordt.¹⁶⁶ Wel heeft de Hoge Raad het mogelijk gemaakt dat de collectieve belangenbehartiger vergoeding voor de gemaakte buitengerechtelijke kosten vordert op de voet van art. 6:96 lid 2 sub b BW. In het DNB/Vie d'Or arrest werd deze vordering gestoeld op art. 6:96 lid 2 sub b BW. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat art. 6:96 lid 2 sub b BW zelf geen grondslag biedt voor een verplichting tot

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 1987/88, 19908, nr. 6, p. 28.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 1987/88, 19908, nr. 6, p. 28.

¹⁵⁹ *Stb.* 1994, 269.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 24, zie voorts art. 3:305b lid 1 BW.

¹⁶¹ Jongbloed, in *GS Vermogensrecht*, art. 3:305b BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 20 september 2019).

¹⁶² *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 22.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 23.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486 nr. 3, p. 30.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30.

¹⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, *JOR* 2004/206, r.o. 4.2.

vergoeding van buitengerechtelijke kosten, omdat strikt genomen geen onrechtmatige daad of wanprestatie is gepleegd jegens de collectieve belangenbehartiger. Desalniettemin brengt de redelijkheid met zich mee dat de collectieve belangenbehartiger een dergelijke vordering kan instellen.¹⁶⁷

2.4.2. De verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de collectieve schadebegroting onder de WCA

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht kent, zoals besproken in paragraaf 2.2, geen gestandaardiseerde maar een individuele afdoening. Het uitgangspunt is dat de schade begroot wordt met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval, die kunnen verschillen per benadeelde. Dit uitgangspunt impliceert dat de schadevergoeding uitgekeerd dient te worden aan de persoon die de schade heeft geleden. De vraag of jegens een bepaald individu onrechtmatig is gehandeld en of de onrechtmatige gedraging schade heeft doen ontstaan aan de zijde van de benadeelde, kan slechts individueel worden beantwoord. Gezien het voorgaande wordt een schadevergoedingsvordering in een collectieve actie niet wenselijk geacht.¹⁶⁸ In de parlementaire geschiedenis van art. 3:305a lid 3 BW zijn meerdere redenen aangevoerd voor de uitsluiting van een schadevergoedingsvordering.

2.4.2.1 De motieven van de wetgever voor het verbod van art. 3:305 a lid 3 BW

Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 3:305a lid 3 BW is de schadevergoedingsvordering bewust buiten het bereik gelaten van het collectief actierecht. Allereerst wordt aangegeven dat de reden van het verbod van lid 3 gelegen is in het feit dat in een collectieve actie bepaald zal moeten worden hoe groot de omvang van de schade is van de benadeelden. Gezien dit een uitvoerige regeling vergt, gaat dit het kader van de WCA te buiten.¹⁶⁹ Een groepsactie waarin de mogelijkheid tot een schadevergoedingsvordering wordt geboden is immers gecompliceerder dan een vordering tot bevel, verbod of verklaring voor recht.¹⁷⁰

In de memorie van toelichting van de WCA wordt onderstreept dat met de mogelijkheid van een algemeen collectief actierecht een effectievere en efficiëntere rechtsbescherming wordt beoogd.¹⁷¹ De parlementaire documentatie van de WCA geeft geen concreet antwoord op de vraag of een collectieve actie in alle gevallen een afgeleide is van materiële aanspraken en vorderingsrechten van de belanghebbenden.¹⁷² Wel is duidelijk dat met de WCA geen nieuwe materiële aansprakelijkheidsnormen zijn geïntroduceerd. De WCA verbetert slechts de processuele mogelijkheid om een schadeveroorzaker aan te spreken op grond van de reeds bestaande aansprakelijkheidsnormen.¹⁷³ Hierbij wordt aangegeven dat tegen een mogelijkheid tot een schadevergoedingsvordering zwaarwegende argumenten zijn aan te voeren. Een dergelijke mogelijkheid is namelijk ondenkbaar zonder allerlei beperkingen die recht doen aan

¹⁶⁷ HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527, m.nt. Van Dam (*DNB/Vie d'Or*), r.o. 3.5.3.

¹⁶⁸ Van der Krans, *O&F* 2019/27.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II* 1992/93, 22486 nr. 5, p. 17.

¹⁷⁰ Frenk 1994, p. 253.

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 22.

¹⁷² Barbiers, *NTBR* 2020/35, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 8, p. 2, 4-5, *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 21-22 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5, p. 6, 8-11, 17.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 19.

de belangen van de individuele benadeelden, en zal daarom veel juridisch-technische complicaties met zich meebrengen.¹⁷⁴

2.4.2.2 Juridisch-technische complicaties

De gestelde ‘juridisch-technische complicaties’ en ‘de nodige beperkingen die recht doen aan de belangen van de individuele benadeelden’ worden nader toegelicht door stil te staan bij de ‘nodige procedurele voorschriften’ en de schadeomvang.

Massaschade in geval van grootschalige inbreuken op contractuele of buitencontractuele normen kunnen zich voordoen in vele vormen. Een collectieve schadevergoedingsvordering zal bij ieder van deze vormen zijn eigen problemen oproepen. Dit betekent dat bij het openstellen van een schadevergoedingsvordering de nodige procedurele voorschriften aangedragen moeten worden ter oplossing.¹⁷⁵ Wat de wetgever verstaat onder de nodige procedurele voorschriften wordt niet beschreven. De wetgever verwijst naar de collectieve actieregeling in Ontario, waarin een schadevergoedingsvordering wel mogelijk is. De regeling in Ontario kent echter geen procedurele voorschriften die betrekking hebben op individuele vragen als eigen schuld en de omvang van de schade, waardoor er sprake is van onduidelijkheid over het bereik van de regeling.¹⁷⁶ Dit heeft gezorgd voor heftige discussies en (gerechtelijke) conflicten.¹⁷⁷ Daarnaast zal de situatie waarin een schadevergoedingsvordering mogelijk is door bundeling zich niet snel voordoen, omdat de schadeomvang veelal slechts individueel bepaalbaar is en daardoor van elkaar zal variëren.¹⁷⁸ Om de rechtspraak niet te belasten met de vraag of een schadevergoedingsvordering al dan niet mogelijk is in een concreet geval, en om soortgelijke discussies hieromtrent te voorkomen, zal men – zo wordt gesteld – moeten vasthouden aan de expliciete uitsluiting van art. 3:305a lid 3 BW.¹⁷⁹ Weliswaar zou de invoering van de nodige procedurele voorschriften problemen omtrent de schadeomvang en de distributie kunnen wegnemen, maar dit zou de voordelen van een gebundelde afdoening teniet doen.¹⁸⁰ Dit wekt de vraag welke voordelen in het gedrang zouden kunnen komen, welke concrete problemen de nodige procedurele voorschriften weg kunnen nemen en wat de wetgever precies verstaat onder ‘de nodige procedurele voorschriften’. De summiere toelichting van de wetgever geeft geen duidelijk antwoord op deze vragen.

Met betrekking tot de schadeomvang het volgende. De berekening van het totale schadebedrag zal doorgaans variëren per individu, en zal derhalve onder meer distributieproblemen met zich meebrengen. De vraag in hoeverre jegens een bepaald persoon onrechtmatig is gehandeld en daardoor schade heeft geleden, dient veelal individueel te worden beantwoord. In dit verband wordt gewezen op het vraagstuk van eigen schuld.¹⁸¹ Blijkens de memorie van antwoord van de WCA kunnen de benodigde gegevens bij de totale schade van de benadeelden en de verdeling van de schadeomvang worden achterhaald, zonder dat individuele belanghebbenden

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29 en 30.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22468, nr. 3, p. 30.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 1992/93, 22468, nr. 5, p. 17, onder verwijzing naar Rule 75 van de Supreme Court of Ontario Rules of Practice.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 1992/93, 22468, nr. 5, p. 17. De parlementaire documentatie bevat geen concrete verwijzingen naar de beschreven conflicten. Zie echter Frenk 1994, p. 234 en 239 voor concrete verwijzingen naar de conflicten: Miller (1979), p. 664-694 en (1976), 13 O.R. (2d) 567, 71 D.L.R. (3d) 629.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5, p. 17.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5, p. 18.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 29 en 30.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30, *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 7, p. 4. Zie voorts Snijders 2010, p. 135: hier wordt tevens verwezen naar het causaliteitsvraagstuk (toerekening naar redelijkheid).

aan het geding behoeven deel te nemen. Veelal zijn de benodigde gegevens eenvoudig te achterhalen doordat er een contractuele verhouding bestaat tussen de belanghebbenden en de gedaagde partij.¹⁸² Een individuele aanpak waarin individuele benadeelden worden opgeroepen om de nodige gegevens te overhandigen, is echter in strijd met het wezen van het collectief actierecht, aldus de wetgever.¹⁸³ Het recht op schadevergoeding kan slechts individueel worden beantwoord, en leent zich daarom niet voor een collectieve vordering. Bovendien biedt het bestaande recht voldoende mogelijkheden voor situaties waarin de schade wel namens een groep benadeelden te vorderen zou zijn.¹⁸⁴ Zo kan een belangenorganisatie de belangen van de vergoedingsgerechtigde benadeelden bundelen met de reeds bestaande instrumenten als cessie, procesvolmacht en lastgeving.¹⁸⁵

2.4.3 De kritiek in de literatuur op art. 3:305a lid 3 BW

2.4.3.3 De kritiek op de door de wetgever aangeboden alternatieven voor art. 3:305a lid 3 BW

Hiervoor is aan de orde gekomen dat het civiele recht een aantal alternatieven biedt voor collectief schadeverhaal, te weten: cessie, procesvolmacht en lastgeving.¹⁸⁶ Deze door de wetgever voorgestelde alternatieven zullen, met name als het gaat om een omvangrijke groep, de nodige logistieke problemen met zich meebrengen. Het zal dan vaak alsnog noodzakelijk zijn dat de individuele benadeelden gegevens overleggen waaruit blijkt wat de schadeomvang is.¹⁸⁷ Omdat het procesrecht dergelijke problemen niet voorziet, is nadere regelgeving op zijn plaats.¹⁸⁸ Snijders merkt op dat het ontbreken van de mogelijkheid tot een collectieve schadevergoedingsvordering vrijwel algemeen als gemis wordt gezien.¹⁸⁹ Ook hij vindt de motieven van de wetgever bij de uitsluiting ex art. 3:305a lid 3 BW niet overtuigend, en staat stil bij de voornoemde alternatieven cessie, procesvolmacht en lastgeving.¹⁹⁰ Volgens Snijders zijn dit geen goede alternatieven. Het bundelen van vorderingen middels deze instrumenten vormt een zware en tijdrovende procedure voor de belangenorganisatie. Immers, desverlangd zal iedere cessie, volmacht en lastgeving afzonderlijk aangetoond moeten worden. Ook bestaat de kans dat in de procedure discussie gevoerd moet worden over iedere afzonderlijke schadevergoedingsvordering. Dit maakt een dergelijke procedure ‘topzwaar’.¹⁹¹

2.4.3.1 Collectieve schadevergoedingsvordering in natura is wél mogelijk

Zoals vermeld in paragraaf 2.4.1 maakt de WCA een schadevergoedingsvordering in natura uitdrukkelijk mogelijk, omdat technisch-juridische complicaties als berekening van de schadeomvang en de verdeling van het schadebedrag zich dan niet voordoen.¹⁹² Een

¹⁸² *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 5, p. 12.

¹⁸³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 22486, nr. 15, p.1.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30. Zie voorts Snijders 2010, p. 135.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30, *Kamerstukken II* 1993/94, 22486, nr. 15, p. 1.

¹⁸⁷ Frenk 1994, p. 193.

¹⁸⁸ Frenk 1994, p. 193.

¹⁸⁹ Snijders, ‘Collectief procederen: mogelijkheden en onmogelijkheden’, in: Numann e.a. 2010, p. 136, onder verwijzing naar J.H. Lemstra, ‘Belangenorganisaties als procespartij’, in: F.M.A. ’t Hart (red.), *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam 2009, p. 48 (‘een veel gehoord bezwaar’).

¹⁹⁰ Snijders 2010, p. 137.

¹⁹¹ Snijders, ‘Collectief procederen: mogelijkheden en onmogelijkheden’, in: Numann e.a. 2010, p. 137, onder verwijzing naar O. Nijhuis, ‘Massageschillen vanuit het perspectief van de rechterlijke macht’ in: *ibid.*, p. 92-93.

¹⁹² *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30, onder verwijzing naar HR 10 december 1982, *NJ* 1983/687.

schadevergoedingsvordering in geld is uitgesloten, omdat men kan stuiten op slechts individueel te beantwoorden vragen als causaliteit en eigen schuld. Snijders merkt op dat dit niet per definitie het geval is. Soms kan de schade bij ieder der benadeelden op identieke wijze zijn veroorzaakt, en kan sprake zijn van een identieke schadeomvang zonder dat vragen als causaliteit en eigen schuld aan de orde komen. Waarom zou een collectieve schadevergoedingsvordering in geld in dergelijke gevallen dan niet mogelijk zijn? Snijders ziet niet in waarom deze mogelijkheid buiten het bereik van de collectieve actie is gelaten. Er bestaat volgens hem geen wezenlijk verschil tussen schadevergoeding in natura en schadevergoeding in geld, waarbij een vast schadebedrag kan worden berekend op een vaste en objectieve wijze.¹⁹³ In dit verband verwijst hij naar het arrest FNV/Transportbedrijf Jac. Kuypers.¹⁹⁴ Daarin is door de Hoge Raad geoordeeld dat het mogelijk is om wettelijke rente te vorderen in een collectieve actie. Nu het bij wettelijke rente slechts gaat om een gefixeerde vergoeding ter zake van vertraging in de nakoming van een geldschuld, moet worden aangenomen dat de beperking van art. 3:305a lid 3 BW niet geldt voor de wettelijke rente over geldbedragen (die zelf niet strekken tot schadevergoeding).¹⁹⁵ Snijders meent dat de wetgever had kunnen volstaan met de eis van de gelijksoortigheid van de belangen. In gevallen waarin het motief van het verbod - namelijk dat schadevergoedingsvorderingen zich niet lenen voor bundeling - niet opgaat, zou het verbod van art. 3:305a lid 3 BW niet moeten gelden.¹⁹⁶

2.4.3.2 De kritiek op de door de wetgever opgeworpen bezwaren voor collectief schadeverhaal

Frenk ziet - anders dan de wetgever - geen bezwaren voor een collectieve schadevergoedingsvordering, en is het niet eens met de motieven van de wetgever voor de uitsluiting van art. 3:305a lid 3 BW.¹⁹⁷ Een collectieve schadevergoedingsvordering zal slechts mogelijk en zinvol zijn indien belangrijke gemeenschappelijke rechtsvragen te beantwoorden zijn.¹⁹⁸ De mogelijkheid tot een schadevergoedingsvordering in een collectieve actie maakt het noodzakelijk dat de individuele benadeelde participeert in de procedure om de omvang van de schade te bepalen, omdat de omvang varieert per individu.¹⁹⁹ Hierbij staat Frenk stil bij de situaties waarin men niet beschikt over alle nodige gegevens van de benadeelden die betrekking hebben op individuele vragen. Men kan tegemoetkomen aan dergelijke bezwaren door de waarde van de aan de benadeelden toebehorende zaken te vergelijken met de waarde van vergelijkbare zaken waarmee 'niets aan de hand is'. Uiteraard zal de aard van de zaak een dergelijke aanpak moeten toelaten.²⁰⁰ Ook louter statistisch bewijs kan leiden tot een vrij exacte schadevaststelling. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie waarin werknemers gediscrimineerd zijn bij de aanstelling. Door te bepalen hoeveel werknemers bij niet-discriminatie een bepaalde functie zouden vervullen, en wat zij zouden hebben verdiend, kan de schade per groep worden bepaald. Dat in deze gevallen de schade waar nodig wordt geschat door abstractie is geen bezwaar, ook in individuele zaken is dit immers noodzakelijk en geaccepteerd. Volgens Frenk kan deze mogelijkheid ingelezen worden in art. 6:97 BW.²⁰¹

¹⁹³ Snijders, p. 135. Zie voorts Frenk, AV&S 2007/33, p. 219.

¹⁹⁴ HR 27 maart 1998, NJ 1998, 709 (*FNV/Transportbedrijf Jac. Kuypers*).

¹⁹⁵ HR 27 maart 1998, NJ 1998, 709 (*FNV/Transportbedrijf Jac. Kuypers*), r.o. 4.11.2.

¹⁹⁶ Snijders 2010, p. 136.

¹⁹⁷ Frenk 1994, p. 283-284.

¹⁹⁸ Frenk 1994, p. 284.

¹⁹⁹ Frenk 1994, p. 280.

²⁰⁰ Frenk 1994, p. 229-230.

²⁰¹ Frenk 1994, p. 230.

Voorts heeft Frenk uitdrukkelijk gepleit voor het schrappen van art. 3:305a lid 3 BW.²⁰² Het eenvoudigweg wegschrappen van art. 3:305a lid 3 BW zal echter weinig soelaas bieden, aldus Frenk. Om collectief schadeverhaal goed te laten functioneren is nadere regelgeving noodzakelijk.²⁰³ Blijkens het pleidooi van Frenk ten faveure van een collectieve schadevergoedingsactie zal een speciale procedure ingevoerd moeten worden voor de afwikkeling van massaschade in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.²⁰⁴ De vraag hoe een regeling tot een collectieve schadevergoedingsvordering er concreet uit zou kunnen zien wordt niet uitputtend besproken, en komt niet duidelijk naar voren.²⁰⁵ In elk geval zal bij het schrappen van lid 3 van art. 3:305a BW een collectieve schadevergoedingsactie slechts mogelijk zijn indien de totale schadeomvang te bepalen is zonder dat individueel bewijs nodig is.²⁰⁶ Frenk meent dat landen waarin een schadevergoedingsvordering niet expliciet is uitgesloten, voldoende inspiratie bieden voor de door de wetgever benoemde nodige procedurele voorschriften.²⁰⁷

Ten aanzien van zijn standpunt wat betreft de schrapping van art. 3:305a lid 3 BW krijgt Frenk bijval van Bloembergen en Stolker. Zo acht Bloembergen een wettelijk verbod zoals opgenomen in art. 3:305a BW onwenselijk, omdat daarmee een mogelijke rechtsontwikkeling bij voorbaat wordt geblokkeerd.²⁰⁸ Hij meent dat het beter is om te beginnen met schrapping van art. 3:305a lid 3 BW, in plaats van het ontwikkelen een speciale regeling die toegesneden is op de afwikkeling van massaschade. Zo wordt het mogelijk om ervaring op te doen met collectief schadeverhaal.²⁰⁹ Hij acht het mogelijk dat de rechtspraak collectieve schadevergoedingsacties ontwikkelt. Anders dan Frenk vindt Bloembergen de door Frenk beschreven rechtsvergelijkende gegevens niet overtuigend. Naast het feit Nederland een wezenlijk andere rechtscultuur kent, zijn de door Frenk besproken regelingen pas enkele jaren geleden ingevoerd. Dit maakt dat ons niet bekend is hoe de regelingen precies werken in de praktijk.²¹⁰ Stolker omschrijft het verbod ex art. 3:305a lid 3 BW als rigoureuus, en acht de omvangrijke rechtsvergelijking door Frenk (anders dan Bloembergen) relevant voor de vraag of het verbod ex art. 3:305a lid 3 BW tot een wijziging zal komen.²¹¹

2.5 Tussenconclusie

Art. 6:97 BW geeft de rechter een grote mate van vrijheid bij de schadebegroting en fungeert als wettelijke basis voor een (meer) abstracte schadebegroting. De abstracte schadebegroting is als uitzondering op de concrete schadebegroting reeds in zowel zuivere vermogensschadezaken, alsook in personenschadezaken toegelaten. Doelmatigheid, redelijkheid en billijkheid zijn belangrijke motieven van de wetgever en de rechter voor een abstracte schadebegroting. De abstracte schadebegrotingsmethode dient veelal als ‘praktisch

²⁰² Frenk 1994, p. 283.

²⁰³ Frenk 1994, p. 283.

²⁰⁴ Frenk 1994, p. 305-306. Frenk meent dat inspiratie op kan worden gedaan bij de artt. 320a-z Rv.

²⁰⁵ Bloembergen, *RMThemis* 1996/81, p. 92.

²⁰⁶ Frenk 1994, p. 310.

²⁰⁷ Frenk 1994, p. 202, 283, en 309, onder verwijzing naar de regelingen in de Verenigde Staten (meer specifiek Ontario), Australië en Frankrijk. Een bespreking van de regelingen van de landen waarin een schadevergoedingsvordering niet is uitgesloten voert te ver in dit onderzoek, en is niet noodzakelijk voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag.

²⁰⁸ Bloembergen, *RMThemis* 1996/81, p. 92.

²⁰⁹ Bloembergen, *RMThemis* 1996/81, p. 92.

²¹⁰ Bloembergen, *RMThemis* 1996/81, p. 93

²¹¹ Stolker, *NTBR* 1996/81, p. 130. Zie voor het rechtsvergelijkend onderzoek van Frenk: Frenk 1994, hoofdstuk 6 en 7.

hulpmiddel'. Het uitgangspunt van een individuele concrete schadeberekening wordt afgeleid uit de artt. 6:95 en 6:109 BW. In de literatuur is geopperd dat art. 6:97 BW voldoende basis biedt voor een collectieve schadeafwikkeling, in individuele zaken is abstractie immers ook noodzakelijk en geaccepteerd. In de aanloop naar, en in het kader van de WCA heeft de wetgever er steeds bewust van afgezien om collectief schadeverhaal mogelijk te maken. De mogelijkheid tot een collectieve schadevergoedingsvordering zou namelijk stuiten op een veelheid juridisch-technische complicaties als berekening van de schadeomvang en de verdeling van het schadebedrag, waarbij slechts individueel te beantwoorden vragen als eigen schuld en causaliteit een rol kunnen spelen. Een collectieve actie waarin de individuele benadeelde participeert in de procedure om de omvang van de schade te bepalen, zou in strijd zijn met het wezen van het collectief actierecht.

Kort samengevat bestonden onder de WCA twee mogelijkheden tot het verkrijgen van een collectieve schadevergoeding in geld. In de eerste plaats kon een belangenorganisatie een verklaring voor recht vorderen waaruit blijkt dat het handelen van de gedaagde partij onrechtmatig is. De benadeelden konden vervolgens (desgewenst) via een individuele procedure schadevergoeding vorderen. Buiten de WCA om kon een belangenorganisatie schadevergoeding in geld vorderen namens de benadeelden met behulp van de instrumenten cessie, procesvolmacht en lastgeving. Deze instrumenten zijn tijdrovend, waardoor men al snel op de vraag stuit hoe massaschade efficiënter en doelmatiger afgewikkeld kan worden. Deze vraag brengt mij bij de WCAM, die hieronder nader aan de orde komt.

Hoofdstuk 3 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW onder de WCAM

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de tweede deelvraag:

Wat is de verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de schadebegroting onder de WCAM?

Ter beantwoording van deze vraag wordt in paragraaf 3.2 allereerst de WCAM-procedure in kaart gebracht. Paragraaf 3.3 gaat in op het toetsingskader van de rechter in verhouding tot afd. 6.1.10 BW. In paragraaf 3.4 worden de reeds verbindend verklaarde WCAM-schikkingen geanalyseerd. De focus ligt op wat de rol van afd. 6.1.10 BW is bij de rechterlijke (redelijkheids-)toets. In de WAMCA wordt van de rechter verwacht dat hij zoveel als mogelijk aansluit aan zijn werkwijze in de WCAM-schikkingen. Vooruitlopend op hoofdstuk 4 (waarin de WAMCA aan bod komt) analyseert paragraaf 3.4: (1) of de rechter een consistent spoorboek hanteert in het kader van de redelijkheidstoets, en (2) of zijn opvattingen al dan niet worden ingekleurd door de bepalingen van afd. 6.1.10 BW. Paragraaf 3.5 gaat kort in op de toetsingsintensiteit van de rechter in de WCAM-zaken. Tot slot volgt een tussenconclusie (paragraaf 3.6).

3.2 De WCAM in een notendop

3.2.1 De WCAM-procedure in hoofdlijnen

Na de invoering van de WCA in 1994 bleef de behoefte bestaan aan een efficiënte en effectieve methode voor een collectieve afwikkeling van massaschade.²¹² Op 27 juli 2005 is de WCAM, als aanvulling op de WCA, in werking getreden.²¹³ De DES-zaak was de directe aanleiding voor de totstandkoming van de WCAM.²¹⁴ In paragraaf 3.5 wordt dit arrest uitvoerig behandeld. De WCAM is geregeld in de artt. 7:907-910 BW en 1013-1018a Rv. De WCAM biedt de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een overeenkomst strekkende tot collectieve schadeafwikkeling verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van benadeelden door het gerechtshof Amsterdam.²¹⁵ De overeenkomst tot afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige vorderingen tot schadevergoeding dient gesloten te zijn tussen de schadeveroorzaker(s) (of diens verzekeraar), en door één of meer stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die ingevolge haar statuten de belangen van de betrokken benadeelden behartigt.²¹⁶ De benadeelden kunnen vervolgens hun schade vergoed krijgen conform de verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst.²¹⁷

In de memorie van toelichting van de WCAM wordt massaschade gedefinieerd als ‘gelijksoortige schadevorderingen’ (art. 7:907 lid 1 BW). Er wordt onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde ‘mass disaster accidents’ (ook wel: ‘gefixeerde massaschade’) en ‘mass exposure accidents’ (ook wel: ‘sluipende massaschade’).²¹⁸ Onder de zogenaamde ‘mass

²¹² Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 3, Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 4, p. 7 en 9.

²¹³ Stb. 2005, 340 jo. 380.

²¹⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1, HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535, m.nt. Brunner (DES-dochters).

²¹⁵ In art. 1013 lid 3 Rv is bepaald dat uitsluitend bevoegd is het hof Amsterdam.

²¹⁶ Zie art. 7:907 lid 1 BW.

²¹⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1 en p. 10.

²¹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 2. Zie voorts Asser e.a. 2003, p. 174-175.

disaster accidents' wordt verstaan een eenmalige gebeurtenis waardoor in één keer veel personen tegelijk schade lijden. Hierbij is eenvoudig vast te stellen wie tot de groep van benadeelden behoren.²¹⁹ Als voorbeeld wordt hierbij onder meer genoemd de vuurwerkramp in Enschede. Bij de 'mass exposure accidents' is het juist onmogelijk om vast te stellen wie tot de groep van benadeelden behoren.²²⁰ Hierbij is de massaschade niet het gevolg van één schadeveroorzakende gebeurtenis, maar van een reeks van gebeurtenissen, waarbij de schade na verloop van tijd ontstaat.²²¹ Daardoor is het niet duidelijk wie tot de kring van de (mogelijke) benadeelden behoort. Voorbeelden van 'mass exposure accidents' zijn langdurige milieuverontreinigingen en vormen van productaansprakelijkheid, waarbij de schade door langdurige blootstelling aan een bepaald product is veroorzaakt.²²²

De WCAM-procedure biedt voordelen voor alle betrokken partijen. Voor de schadeveroorzaker(s) en hun verzekeraars heeft de WCAM-procedure het voordeel dat zij niet betrokken worden in een veelheid van procedures. Bovendien verschaft een schikking in grote mate zekerheid over de financiële verplichtingen. Voor de benadeelden heeft zij het voordeel dat zij binnen afzienbare tijd een 'reëel schadebedrag' vergoed krijgen, aldus de wetgever.²²³ Als maatschappelijk voordeel wordt genoemd de voorkoming van de kosten en inspanningen die gepaard gaan met het grote aantal rechtszaken, waarin identieke vragen beantwoord moeten worden.²²⁴

3.2.2 De WCA als 'voorportaal'

De WCA dient veelal als 'voorportaal' voor een latere WCAM-procedure. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'twee fasen-collectieve actie'.²²⁵ Eerst wordt op grond van art. 3:305a BW een verklaring voor recht verkregen waarin de aansprakelijkheid wordt vastgesteld. Vervolgens wordt tussen partijen een schikkingsovereenkomst tot collectieve schadeafwikkeling getroffen, die conform de WCAM-regeling verbindend kan worden verklaard door het hof Amsterdam.²²⁶

3.2.3 De gevolgen van de verbindendverklaring van de WCAM-schikking

In het geval de schikking verbindend wordt verklaard door het hof, krijgt de overeenkomst de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW).²²⁷ De gevolgen voor de benadeelden zijn daarmee vergelijkbaar met een rechterlijke beslissing die bindende kracht heeft (art. 237 Rv). Dit betekent dat de betreffende vaststellingsovereenkomst tot gevolg heeft dat in een geding geen nieuwe discussies kunnen plaatsvinden over hetgeen wat in de schikkingsovereenkomst is bepaald over wat rechtens geldt. Feitelijk wordt een benadeelde dus de mogelijkheid ontnomen om ter zake daarvan de rechter te adiëren.²²⁸ De verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst heeft ook gevolgen jegens derden die niet direct zijn

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 2-3.

²²⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 2-3, onder verwijzing naar de DES-zaak.

²²¹ Tzankova 2007, p. 15-16 en 189.

²²² Asser e.a. 2003, p. 175.

²²³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1.

²²⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1.

²²⁵ Eijssermans-van Abeelen 2020, p. 14, onder verwijzing naar I.N. Tzankova en C.J.M. van Doorn, 'Effectieve en efficiënte afwikkeling van massaschade: terug naar de kern van het collectieve actierecht', in: F.M.A. 't Hart, *Collectieve acties in de financiële sector*, Amsterdam: NIBE-SVV 2009, p.114.

²²⁶ Van Doorn, *NTBR* 2010/46, p. 390: de benoemde combinatie van art. 3:305a BW en de WCAM wordt beschreven als 'de meest geëigende en efficiënte manier om te komen tot een finale collectieve afwikkeling.'

²²⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4.

²²⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4.

betrokken bij de procedure (art. 7:908 lid 1 BW). Na de verbindendverklaring zijn in beginsel alle benadeelden aan wie schade is veroorzaakt gebonden aan de overeenkomst, tenzij zij gebruik maken van de mogelijkheid tot opt-out. De opt-out voorziening wordt geboden in art. 7:908 lid 2 BW en is met het oog op grondrechtelijke waarborgen - zoals partijautonomie en toegang tot de rechter - verankerd in de wet.²²⁹ Op grond van art. 7:908 lid 2 BW kunnen benadeelden zich, binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na bekendmaking, onttrekken aan de schikkingsovereenkomst. Na de onttrekking is de benadeelde vrij om afzonderlijk een individuele procedure te starten.²³⁰

In de literatuur zijn bezwaren geuit bij de plaatsing van de bepalingen van de WCAM in titel 15 van Boek 7 BW. Door Abas en Van Zijst is bepleit dat art. 7:900 BW e.v. geen geschikt vehikel is om discussies omtrent de hoogte van de toegekende vergoedingen in een voorgelegde schikkingsovereenkomst te beoordelen, afd. 6.1.10 BW was logischer geweest. Hiertoe wordt allereerst het karakter van een vaststellingsovereenkomst aangehaald. Een vaststellingsovereenkomst kan onderuit worden gehaald op grond van de artt. 3:44, 6:228 en 6:258 BW. Art. 7:908 lid 5 BW sluit alleen een beroep op de eerste twee vernietigingsgronden (art. 3:44 BW en 6:228 BW) uit.²³¹ Omdat een succesvol beroep op art. 6:258 BW wel blijft bestaan, is de reguliere vaststellingsovereenkomst van art. 7:900 BW e.v. geen geschikte plaatsing. Discussies over de hoogte van de toegekende schadevergoeding(en) worden zo niet uitgesloten. Een volgende stap in het collectief actierecht zou schrapping van art. 3:305a lid 3 BW kunnen zijn. Als het gaat om massaschade en de vergoeding daarvan, is niet een toevoeging in titel 15 van Boek 7 BW, maar afd. 6.1.10 BW de geschikte plaats.²³²

3.2.4 Het vrijwillige karakter van de WCAM

De WCAM heeft een vrijwillig karakter. De bij de schadeafwikkeling betrokken partijen moeten op basis van vrijwilligheid overeenstemming bereiken over de inhoud van de overeenkomst, waarna zij vervolgens gezamenlijk de rechter kunnen verzoeken tot verbindendverklaring.²³³

In 2013 is de WCAM gewijzigd.²³⁴ Deze wijziging voorziet onder meer in de mogelijkheid tot preprocesuele comparitie (art. 1018a Rv) en verdere technische verbeteringen (die buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen). De mogelijkheid van preprocesuele comparitie heeft als primair doel het vergroten van de onderhandelingsbereidheid van (onwelwillende) partijen.²³⁵ In essentie biedt de regeling de mogelijkheid om in een vroegtijdig stadium de hulp van de rechter in te roepen. De rechter kan de partijen helpen bij de formulering van de essentiële geschilpunten, en kan partijen aansturen op bemiddeling. Vermeldenswaard is dat art. 1018a lid 3 Rv bepaalt dat de verzoekers en de andere belanghebbenden die daartoe zijn opgeroepen, verplicht zijn te verschijnen.²³⁶ Een andere wijziging is die van art. 392 lid 1 sub a en b Rv, die de mogelijkheid biedt om in zaken aangaande massavorderingen (dus ook in het kader van de WCAM) prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.²³⁷

²²⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4, onder verwijzing naar de artt. 17 GW en art. 6 EVRM.

²³⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4.

²³¹ Abas & Van Zijst, *NTBR* 2005/1, p. 14.

²³² Abas & Van Zijst, *NTBR* 2005/1, p. 15.

²³³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5.

²³⁴ *Stb.* 2013, 255.

²³⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 25-26.

²³⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 3, p. 25-26. Indien een partij niet verschijnt, kan zij op grond van art. 1018a lid 3 Rv worden veroordeeld in de proceskosten.

²³⁷ *Stb.* 2012, 65.

3.2.5 Damage scheduling

Het systeem van de WCAM is dat de schadeafwikkeling plaatsvindt aan de hand van schadecategorieën, ook wel: ‘damage scheduling’. De schikkingsovereenkomst bevat maatstaven aan de hand waarvan een benadeelde wordt ingedeeld in één van deze groepen. Aan de hand van bepaalde factoren, bijvoorbeeld de aard en omvang van de schade, wordt bepaald binnen welke categorie de benadeelde valt. Elk der benadeelden verkrijgt vervolgens de daarmee corresponderende vergoeding. De benadeelde hoeft hiervoor alleen aan te tonen tot welke groep hij behoort.²³⁸

Bij de bespreking van de ‘damage scheduling’ in de memorie van toelichting van de WCAM, wordt verwezen naar de Amerikaanse class action.²³⁹ De wetgever acht het opvallend dat de overgrote meerderheid van massaschadezaken in Amerika niet eindigt met een einduitspraak, maar met een schikking (die vaak is voorzien in een afwikkeling aan de hand van schadecategorieën). Uitprocederen is veelal niet aantrekkelijk voor de procederende partijen, omdat bij een (collectieve) schadevergoedingsvordering veel rechtsvragen slechts per individu zijn te beantwoorden. Men denke hierbij aan vragen naar causaliteit, eigen schuld en omvang van de schade.²⁴⁰ Als deze vragen betrokken worden in een collectieve schadevergoedingsvordering, dreigt de procedure ‘onhandelbaar’ te worden. In het geval de schade wordt afgewikkeld aan de hand van schadecategorieën kunnen de individuele (rechts-)vragen buiten beschouwing blijven.²⁴¹ Het voordeel van deze wijze van afwikkeling is een efficiënte afdoening.²⁴² De beantwoording van individuele rechtsvragen in een collectieve actie zal het noodzakelijk maken dat de individuele benadeelde wordt betrokken in de procedure, hetgeen nadere procedurele voorschriften noodzakelijk maakt.²⁴³ De wetgever laat, net als onder de WCA,²⁴⁴ in het midden wat precies bedoeld wordt met ‘nadere procedurele voorschriften’; er wordt slechts verwezen naar het rechtssysteem in Amerika.²⁴⁵

Met de WCAM is de wettelijke uitsluiting van schadevergoeding in geld uit de WCA (art. 3:305a lid 3 BW) niet komen te vervallen. Bij een collectieve schadevergoedingsvordering kunnen individuele omstandigheden een hinder vormen voor een efficiënte schadeafdoening.²⁴⁶ Daarnaast heeft de Amerikaanse praktijk laten zien dat de mogelijkheid tot collectief schadeverhaal zorgt voor grote uitvoeringsproblemen. Daarom is volgens de wetgever de afwikkelingswijze aan de hand van schadecategorieën ‘de meest wenselijke aanvulling’ op de beperking van art. 3:305a lid 3 BW.²⁴⁷ Door de schadecategorieën vervalt de noodzaak om individuele rechtsvragen te beantwoorden, aldus de wetgever.²⁴⁸ Het doel van deze wijze is het voorkomen van polarisatie en mogelijk zelfs escalatie van het schaderegelingsproces.²⁴⁹

²³⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 3.

²³⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5, onder verwijzing naar Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure.

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5-6. Zie voorts *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 16-17.

²⁴¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 3 en p. 6.

²⁴² *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 8.

²⁴³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 8.

²⁴⁴ Zie hiervoor paragraaf 2.4.2.2.

²⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 8.

²⁴⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5.

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

²⁴⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

Om welke reden de wetgever vreest voor een mogelijke escalatie is niet nader toegelicht. Ook is het antwoord op de vraag of en zo ja, in hoeverre de afwikkelingswijze aan de hand van schadecategorieën recht doet aan het beginsel van volledige schadevergoeding niet beantwoord. Zoals reeds beschreven is met betrekking tot de schadeomvang enkel opgemerkt dat de benadeelden binnen afzienbare tijd een ‘reëel schadebedrag’ vergoed kunnen krijgen. Ook hierbij ontbreekt een nadere toelichting. Het is onduidelijk wat de wetgever verstaat onder een ‘reëel schadebedrag’, en wat waarborgt dat dit omschreven kan worden als ‘reëel’. Wel is duidelijk dat de wetgever individueel te beantwoorden rechtsvragen buiten het bereik van een collectieve actie wil laten. Een schadeafwikkeling aan de hand van schadecategorieën wordt door de wetgever gezien als de oplossing, nu daarmee - volgens de wetgever – de noodzaak om individuele rechtsvragen te beantwoorden vervalst. Dit brengt mij bij de volgende vraag. In hoeverre kan dan nog rekening worden gehouden met de (individuele) omstandigheden van het geval onder de WCAM, oftewel, in hoeverre biedt de WCAM maatwerk?

3.2.6 De (on)mogelijkheden tot maatwerk onder de WCAM

Voordat ingegaan wordt op de vraag in hoeverre maatwerk haalbaar is onder de WCAM, wordt hieronder eerst stilgestaan bij de vraag in hoeverre de wetgever bij de wording van de WCAM heeft gestreefd naar maatwerk.

Bij de vorming van de WCAM heeft de wetgever uitdrukkelijk gekozen voor een algemeen wettelijk kader, in plaats van gelegenheidswetgeving.²⁵⁰ In de wetsgeschiedenis van de WCAM wordt in het advies van de Raad van State (‘RvS’) opgemerkt dat door de WCAM-regeling wordt voorbijgegaan aan de mogelijkheid tot het verrichten van legislatief maatwerk, waartoe bijvoorbeeld art. 6:110 BW (limitering) de mogelijkheid biedt. Door de verbindendverklaring van een schikkingsovereenkomst worden de rechten van de benadeelden tot vergoeding van de schade aangetast.²⁵¹ Volgens de wetgever worden de rechten van de benadeelden niet aangetast omdat niet door de wet, maar door een rechterlijke uitspraak een mogelijk recht op schadevergoeding wordt vervangen c.q. geconcretiseerd door een aanspraak uit de schikkingsovereenkomst.²⁵² Met de WCAM kiest de wetgever voor een algemene regeling en ziet een specifieke regeling kennelijk als gelegenheidswetgeving, die onwenselijk wordt geacht. Deze motivering voor de keuze om af te zien van legislatief maatwerk acht de RvS niet overtuigend en vraagt om aanvulling van de motivering.²⁵³

Ook leden van meerdere fracties wijzen naar deze kwestie.²⁵⁴ Door de leden van de PvdA-fractie wordt gevraagd waarom de regering heeft gekozen voor een algemeen wettelijk kader en niet voor een specifieke regeling. De leden onderstrepen het feit dat niet alle massaschadevormen hetzelfde zijn, de vormen verschillen immers door de specifieke omstandigheden van het geval. Hiertoe wordt geopperd dat onvoldoende onderscheid is gemaakt tussen de verschillende vormen van massaschade zoals gefixeerde massaschade en sluipende massaschade. Ook voor de leden van de D66-fractie is het onduidelijk waarom gekozen is voor een algemene wet, in plaats van meer legislatief maatwerk dat past bij de specifieke omstandigheden van een massaschadevorm.²⁵⁵ De wetgever voert aan dat in de wet wel degelijk

²⁵⁰ *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 1, Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 7, p. 6.*

²⁵¹ *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 4, p. 6.*

²⁵² *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 4, p. 7.*

²⁵³ *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 4, p. 4.*

²⁵⁴ *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 6, p. 3-4.* De vraag wordt opgeworpen door de leden van de PvdA-, VVD- en D66-fractie.

²⁵⁵ *Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 6, p. 2.*

onderscheid is gemaakt, en verwijst naar de ‘mass disaster accidents’ en ‘mass exposure accidents’. Er is aldus rekenschap gegeven van de bijzondere kenmerken van de daaruit voortvloeiende vormen van massaschade en de toepasbaarheid van de wet met deze kenmerken.²⁵⁶ De wetgever van ieder land kan besluiten een (in casu algemene) regeling te treffen om massaschades af te wikkelen op een efficiëntere wijze.²⁵⁷ Kennelijk is de wetgever van mening dat alle massaschadevormen passen in de algemene termen van de WCAM, en dat een op een bepaalde massaschadevorm toegesneden specifieke regeling niet nodig is. Dit brengt mij bij de vraag of er met de bestaande mogelijkheden onder de WCAM (meer) maatwerk kan worden bereikt bij de collectieve schadeafwikkeling en zo ja, hoe dit kan worden bereikt.

Tzankova streeft naar ‘maatwerk op macroniveau’ en meent dat in Nederland steeds meer belangstelling is voor een actievare en meer faciliterende rechter.²⁵⁸ Volgens Tzankova houdt ‘maatwerk op macroniveau’ - in het kort gezegd - in dat de benadeelden per concreet massaschadegeval in subgroepen worden ingedeeld. Per subgroep wordt vervolgens een belangenbehartiger aangesteld. Uiteindelijk kan per subgroep een verklaring voor recht omtrent aansprakelijkheid (of daarmee samenhangende rechtsvragen) worden uitgesproken. Hiermee wordt getracht om niet per individu, maar per subgroep een zo optimaal mogelijk uitkomst te realiseren.²⁵⁹ Tzankova merkt op dat zij met ‘maatwerk op macroniveau’ niet naar volledigheid streeft.²⁶⁰ Een gedetailleerde wettelijke collectieve actie regeling doet niets af aan het feit het problematisch blijft en daarmee hinkt op twee gedachten: enerzijds het vormen van een collectief, en anderzijds de handhaving van de partijautonomie.²⁶¹

Frenk meent dat de door Tzankova geformuleerde ‘maatwerk op macroniveau’ zal zorgen voor meer duidelijkheid, waardoor partijen sneller tot een buitengerechtelijke afwikkeling kunnen komen.²⁶² Desalniettemin is Frenk van mening dat een wettelijke regeling tot collectief schadeverhaal niet kan worden gemist als de nodige ‘stok achter de deur’. Immers, ook al kan met een verklaring voor recht maximale duidelijkheid gecreëerd worden, het is vooralsnog geen veroordeling tot het vergoeden van de schade.²⁶³ Anders dan Tzankova en Frenk meent Hermans dat massaschadezaken standaardoplossingen vereisen, en geen maatwerk. Een zekere abstrahering van de concrete omstandigheden van het geval is inherent aan standaardoplossingen. Dit is de enige manier waarop efficiëntie- en effectiviteitsvoordelen behaald kunnen worden. Opmerking verdient dat dit niet in strijd is met de artt. 6 en 17 EVRM, immers grondrechten zijn niet absoluut, en dat geldt dus ook voor het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces.²⁶⁴

In paragraaf 3.4 wordt uitgebreid stilgestaan bij de WCAM-jurisprudentie, waarin onder meer wordt gezien hoe partijen in de verbindend verklaarde schikkingsovereenkomsten vorm hebben gegeven aan categorisering. Voor een goed begrip daarvan wordt in de navolgende subparagraaf eerst stilgestaan bij de verhouding tussen de toetsingscriteria voor de verbindendverklaring van de WCAM-schikking en afd. 6.1.10 BW.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 6.

²⁵⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 7, onder verwijzing naar de Verenigde Staten en Canada.

²⁵⁸ Tzankova 2007, p. 159.

²⁵⁹ Tzankova 2007, p. 138, 156 en 181-186, volgens Tzankova geschiedt ‘maatwerk op macroniveau’ door ‘court annexed ADR’. Zie voor een uitvoerige bespreking over het systeem: Tzankova 2007.

²⁶⁰ Tzankova, *Ondernemingsrecht* 2007/88, p. 287.

²⁶¹ Tzankova 2007, p. 154.

²⁶² Frenk, *AV&S* 2007/33, p. 219-220.

²⁶³ Frenk, *AV&S* 2007/33, p. 219-222.

²⁶⁴ Hermans 2015, 14.7.5.

3.3 De toetsingscriteria voor de WCAM-overeenkomst in verhouding tot afd. 6.1.10 BW

3.3.1 Art. 7:907 lid 2 en lid 3 BW

De vorm waarin de overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling wordt gegoten is in beginsel vrij, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 7:907 lid 2 en 3 BW.²⁶⁵ Dit betekent dat de schadebegroting in de schikkingsovereenkomst niet hoeft plaats te vinden binnen de lijnen van afd. 6.1.10 BW. De toetsingsmaatstaven die de rechter meekrijgt ex art. 7:907 lid 2 en 3 BW zijn met name gericht op een overzichtelijke afwikkeling van de schadevergoeding.²⁶⁶ Als de schikkingsovereenkomst voldoet aan de voorwaarden van art. 7:907 lid 2 en 3 BW, verklaart de rechter de overeenkomst verbindend voor de hele groep van benadeelden (zoals omschreven in de schikkingsovereenkomst).²⁶⁷ Het feit dat een schikkingsovereenkomst niet conform afd. 6.1.10 BW hoeft te worden opgesteld doet de vraag rijzen of de toetsingscriteria ex art. 7:907 lid 2 en lid 3 ook los staan van afd. 6.1.10 BW. Hieronder worden de toetsingscriteria besproken en wordt ingegaan op de vraag of de wetgever hierbij al dan niet expliciet aansluiting heeft gezocht bij afd. 6.1.10 BW.

3.3.1.1 Art. 7:907 lid 2 BW nader bezien

Art. 7:907 lid 2 BW omschrijft de gegevens die de schikkingsovereenkomst in ieder geval dient te bevatten. De meeste gegevens die art. 7:907 lid 2 BW vereisen zijn noodzakelijk voor een gestandaardiseerde afwikkeling (aan de hand van schadecategorieën).²⁶⁸ Art. 7:907 lid 2 BW vereist: een omschrijving van de gebeurtenis(sen) waarop de schikkingsovereenkomst betrekking heeft,²⁶⁹ een omschrijving van de groep(en) van benadeelden ten behoeve van wie de schikkingsovereenkomst is gesloten (naar gelang en de ernst van hun schade),²⁷⁰ de vergoeding die de benadeelden krijgen,²⁷¹ het aantal benadeelden per groep en de voorwaarden waaraan de benadeelden moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen.²⁷² Tot slot vereist art. 7:907 lid 2 sub g dat de naam en de woonplaats bekend dient te zijn van de persoon aan wie de benadeelde moet doorgeven dat hij zich aan de gevolgen van de verbindendverklaring onttrekt door een opt-out ex art. 7:908 lid 2 BW.²⁷³

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt door de leden van de CDA-fractie een interessante vraag opgeworpen. Zoals reeds hiervoor opgemerkt dient de overeenkomst ingevolge art. 7:907 lid 2 sub b te omschrijven welke groep(en) aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding. De opstellers van de overeenkomst bepalen dus zelf wie behoren tot de kring van personen aan wie de schade is veroorzaakt.²⁷⁴ In dit verband wordt de wetgever gevraagd hoe direct het verband dient te zijn tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de benadeelde. Uit een gebeurtenis kan immers schade voortvloeien voor een grote groep

²⁶⁵ Van Dijk, Van Doorn & Tzankova, *NJB* 2011/1087, p. 1384.

²⁶⁶ Van Doorn, *NTBR* 2010/46, p. 391.

²⁶⁷ Van Doorn, *NTBR* 2010/46, p. 391.

²⁶⁸ Van Dijk, Van Doorn & Tzankova, *NJB* 2011/1087, p. 23. Zie voorts *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 11 en Van Doorn, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:907 lid 2 BW, aant. 10 (online, bijgewerkt 1 februari 2019).

²⁶⁹ Art. 7:907 lid 2 sub a BW.

²⁷⁰ Art. 7:907 lid 2 sub b BW.

²⁷¹ Art. 7:907 lid 2 sub d BW.

²⁷² Art. 7:907 lid 2 sub c jo. sub f BW.

²⁷³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20.

²⁷⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20, onder verwijzing naar art. 7:907 lid 1 BW, waarin is bepaald dat de overeenkomst verbindend kan worden verklaard voor 'personen aan wie de schade is veroorzaakt'.

personen, waarbij het verband tussen de gebeurtenis en de benadeelde steeds verder raakt verwijderd. Vervolgens wordt gevraagd of bij het begrip ‘de personen aan wie schade is veroorzaakt’ aansluiting gezocht kan worden bij enkele artikelen uit afd. 6.1.10 BW, te weten bij de artt. 6:107, 6:107a en 6:108 BW.²⁷⁵ De wetgever benadrukt de contractsvrijheid van partijen. De partijen die de overeenkomst opstellen bepalen zelf wie zij rekenen tot de kring van ‘personen aan wie de schade is veroorzaakt’.²⁷⁶ Dit betekent dat partijen zelf bepalen of de schikkingsovereenkomst ook voorziet in een schadevergoeding voor personen waarbij het verband verder verwijderd is, en dus of die personen zijn gebonden aan de overeenkomst.

Desalniettemin kunnen volgens de wetgever de artt. 6:107 en 6:108 BW dienen als voorbeeld, maar art. 6:107a BW niet. Als reden wordt aangevoerd dat als mogelijke regresvorderingen worden betrokken bij de schadeafwikkeling, ook organisaties die de belangen van de werkgevers behartigen partij dienen te zijn bij de overeenkomst. Belangenbehartigers van de benadeelden zijn dan immers niet bevoegd om werkgevers te representeren. Dit zal een belemmering vormen voor de mogelijke totstandkoming van een schikkingsovereenkomst.²⁷⁷

Dit betreft een vraag naar hoe het causaliteitsvraagstuk dient te worden beantwoord onder de WCAM bij de vaststelling van de groep de personen aan wie schade is veroorzaakt. De wetgever stelt de contractsvrijheid van partijen voorop, maar zoekt bij personenschade wel aansluiting bij de causaliteitsleer van afd. 6.1.10 BW: de artt. 6:107 en 6:108 BW kunnen dienen als voorbeeld. Zoals besproken in paragraaf 2.2.3.1 maakt het klassieke aansprakelijkheidsrecht onderscheid tussen personenschade enerzijds, en zuivere vermogensschade en zaakschade anderzijds bij de vraag of indirect benadeelden recht hebben op vergoeding. Omdat de wetgever bij personenschade aansluiting zoekt bij de causaliteitsleer van het klassieke aansprakelijkheidsrecht, kom ik a contrario tot de conclusie dat ook bij zuivere vermogensschade en zaakschade kan worden aangeknoopt bij de causaliteitsleer van het klassieke aansprakelijkheidsrecht (art. 6:98 BW). De parlementaire documentatie van de WCAM geeft geen blijk van het tegendeel.²⁷⁸

3.3.1.2 Art. 7:907 lid 3 BW nader bezien

Art. 7:907 lid 3 BW geeft de rechter nadere toetsingsmaatstaven. Het artikel bevat een opsomming van de gevallen waarin de rechter het verzoek de schikkingsovereenkomst verbindend te verklaren afwijst.²⁷⁹ In het geval de rechter tot het oordeel komt de overeenkomst

²⁷⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 6, p. 9. Art. 6:107 BW ziet op schadevergoeding bij letsel, art. 6:108 BW op schadevergoeding bij overlijden en art. 6:107a BW ziet – kort gezegd – op de loonvergoeding die de werkgever gedurende ziekte van een benadeelde werknemer doorbetaalt en bevat de wettelijke grondslag voor loonregres van een werkgever met loonschade.

²⁷⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20.

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20.

²⁷⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414.

²⁷⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 12. De rechter wijst het verzoek op grond van art. 7:907 lid 3 BW af indien: a. de overeenkomst niet aan lid 2 voldoet; b. de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade; c. onvoldoende zeker is dat uit de overeenkomst voortvloeiende rechten van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, kunnen worden nagekomen; d. de overeenkomst niet voorziet in de mogelijkheid van een onafhankelijke beslechting van geschillen die uit de overeenkomst kunnen voortvloeien door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn; e. de belangen van de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten anderszins onvoldoende gewaarborgd zijn; f. de in lid 1 bedoelde stichtingen of verenigingen niet voldoende representatief zijn ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten; g. de groep van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten van onvoldoende omvang is om een verbindendverklaring te rechtvaardigen; h. er een

niet voldoet aan één of meer vereisten van art. 7:907 lid 3 BW, kan hij op grond van art. 7:907 lid 4 BW de partijen de gelegenheid geven de overeenkomst aan te vullen of te wijzigen. De overeenkomst wordt niet verbindend verklaard alvorens de partijen overeenstemming hebben bereikt over de door de rechter aangedragen aanvulling of wijziging.²⁸⁰

Art. 7:907 lid 3 sub b BW wordt door de wetgever omschreven als cruciaal.²⁸¹ Dit artikel ziet op de ‘redelijkheidstoets’. Volgens art. 7:907 lid 3 sub b BW wijst de rechter het verzoek tot verbindendverklaring van de schikkingsovereenkomst af indien de hoogte van de toegekende vergoedingen niet redelijk is, mede gelet op de omvang van de schade, de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en de mogelijke oorzaken van de schade. Behalve de eenvoud en snelheid, zijn de andere factoren herkenbaar. ‘De omvang van de schade’, en ‘de mogelijke oorzaken van de schade’ zijn reeds hiervoor behandeld onder de artt. 6:97 resp. 6:98 BW.²⁸² In hoeverre deze factoren zich verhouden tot de genoemde artikelen uit afd. 6.1.10 BW komt nader aan de orde in paragraaf 3.5.

Ingevolge art. 7:907 lid 3 sub b BW dient de rechter te toetsen of de hoogte van de toegekende bedragen per schadecategorie redelijk is, gelet op de omvang van de schade van de benadeelden.²⁸³ De redelijkheidstoets wekt de vraag op of afd. 6.1.10 BW hierbij een rol speelt en zo ja, in hoeverre. Daarom wordt in de twee navolgende subparagrafen stilgestaan bij de vragen (1) wat de wettelijke toetsingsmaatstaf is in het kader van art. 7:907 lid 3 sub b BW, (2) wat in dit verband van de rechter kan en mag worden verwacht en (3) hoe het antwoord op deze vragen zich verhoudt tot afd. 6.1.10 BW.

3.3.2 De redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW nader bezien

De rechterlijke toetsing van de inhoud van de WCAM-schikking wordt aangeduid als marginaal.²⁸⁴ In het kader van de redelijkheidstoets leidt de rechter de redelijkheid af van de procedurele zorgvuldigheid. De door de partijen gepresenteerde vergoedingen worden beschouwd als redelijk als die zijn voorzien in een op zorgvuldige wijze tot stand gekomen regeling, tenzij er aanwijzingen zijn c.q. verweren worden aangevoerd voor het tegendeel.²⁸⁵ In paragraaf 3.4.5 wordt nader ingegaan op de toetsingsmaatstaf van de rechter.

In art. 7:907 lid 3 sub b BW wordt door de wetgever een drietal gezichtspunten aangereikt aan de rechter, te weten: (1) de omvang van de schade, (2) de eenvoud en snelheid waarmee de vergoedingen verkregen kunnen worden en (3) de mogelijke oorzaken van de schade.²⁸⁶ De gezichtspunten bevatten vooral open normen en bieden weinig houvast voor de rechter.²⁸⁷ Bij de omvang van de schade is van belang of de waarde van de aanspraak van de benadeelden in redelijke verhouding staat tot de totale schadeomvang die het concretiseert c.q. vervangt.²⁸⁸ Tevens kan de rechter letten op de inschatting van de proceskansen, de evenredige verdeling

rechtspersoon is die ingevolge de overeenkomst de vergoedingen verstrekt, en deze geen partij is bij de overeenkomst.

²⁸⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 16.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 12.

²⁸² Zie hiervoor de paragrafen 2.2.4.1 en 2.2.3.1.

²⁸³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 12.

²⁸⁴ Kok & Sinninghe Damsté, *TOP* 2011/1, p. 34, Klaassen, AA december 2013, p. 633. Zie voorts Los 2013, p. 29.

²⁸⁵ Los 2013, p. 29.

²⁸⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 12. Zie voorts Van Dijck, Van Doorn & Tzankova, p. 23.

²⁸⁷ Los 2013, p. 24.

²⁸⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 7.

van het vermogen, de aard van de aansprakelijkheid, de bestaande rechtsverhouding tussen partijen, en het beschikbare vermogen van de schadeveroorzaker(s).²⁸⁹

Bij de laatste drie genoemde aanknopingspunten wordt door de wetgever aansluiting gezocht bij art. 6:109 BW.²⁹⁰ De wetgever gaat hierbij in op de ‘mass disaster accidents’, waarbij de mogelijkheid bestaat dat het beschikbare vermogen van de schadeveroorzaker onvoldoende is om ieder benadeelde volledig schadeloos te stellen. In dergelijke gevallen zal doorgaans het beschikbare vermogen evenredig verdeeld worden over de benadeelden, hetgeen gevolgen heeft voor de hoogte van de toegekende vergoedingen. Dit komt volgens de wetgever overeen met het gezichtspunt van de draagkracht uit art. 6:109 BW. Zoals besproken in paragraaf 2.2.3.4 dient de rechter bij zijn oordeel tot matiging ex art. 6:109 BW te letten op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht. De rechter kan acht slaan op alle voornoemde gezichtspunten bij de vraag of toekenning van volledige schadevergoeding al dan niet kennelijk onaanvaardbaar is.²⁹¹ Volgens de wetgever zal de in de schikkingsovereenkomst voorziene schadevergoeding veelal feitelijk neerkomen op matiging van de schadevergoeding. Daarom ligt het voor de hand dat de rechter aansluiting zoekt bij art. 6:109 BW als het gaat om de vraag of rechterlijke matiging van volledige schadevergoeding al dan niet is aangewezen.²⁹²

De bespreking van voornoemde gezichtspunten doet de vraag rijzen of er een hiërarchie bestaat bij de toetsing hieraan. De wetgever maakt dit niet duidelijk. Volgens Rutten kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat geen van alle hiervoor benoemde gezichtspunten een zwaarder gewicht toekomt dan een ander.²⁹³ De WCAM-jurisprudentie wordt behandeld in paragraaf 3.4.

3.3.3. De kritiek op de redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW

3.3.3.1 De kritiek in het parlementaire debat

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (‘NVvR’) heeft in haar advies op het wetsvoorstel bezwaren geuit op de rol van de rechter in de WCAM-procedure. De rechterlijke macht is volgens de NVvR niet in staat om een oordeel te geven over de redelijkheid.²⁹⁴ Door deze toetsing neemt de rechter als het ware plaats in de stoel van de wetgever. In het bijzonder wijst de NVvR op de derdenwerking van de verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst. De NVvR lijkt het geen eenvoudige taak om ook voor derden te beoordelen of de overeenkomst al dan niet redelijk is. Daarbij wordt gewezen op de onbekende en toekomstige benadeelden, de noodzaak om voorspellingen te doen over het aantal slachtoffers, de aard van de aandoeningen en de omvang van de schade.²⁹⁵ Door verbindendverklaring van de overeenkomst kunnen ook derden die geen partij zijn bij de overeenkomst daaraan gebonden worden. Dit maakt dat zij aanspraak maken op vergoeding conform de schikkingsovereenkomst, hetgeen hun recht op volledige schadevergoeding kan beperken.²⁹⁶ De NVvR meent dat de verbindendverklaring van dergelijke overeenkomsten neerkomt op materiële wetgeving.

²⁸⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 3 en 12.

²⁹⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 13. Zie paragraaf 2.2.3.4 voor een bespreking van art. 6:109 BW.

²⁹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 13.

²⁹² *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 10.

²⁹³ Rutten, *TvI* 2014/38, par. 6.

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 8-9.

²⁹⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 8-9.

²⁹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 1.

De wetgever heeft de bezwaren van de NVvR ter zijde geschoven.²⁹⁷ De wetgever kan zich niet verenigen met de NVvR en verwijst naar art. 3:305a BW, op grond waarvan de rechter tevens de bevoegdheid toekomt om een uitspraak te doen met derdenwerking. Bij de toetsing ex art. 7:907 lid 3 BW mag een actieve houding worden verwacht van de rechter. De rechter is niet geheel afhankelijk van de door de verzoekers verstrekte inlichtingen.²⁹⁸ De wetgever meent dat de belangen van de benadeelden voldoende zijn gewaarborgd en verwijst naar de methode van ‘damage scheduling’, waarmee partijen op basis van wilsovereenstemming tot een schadeafwikkeling kunnen komen. Uit de Amerikaanse praktijk is niet gebleken dat de door de NVvR genoemde problemen tot gevolg hebben dat een dergelijke afwikkeling de mogelijkheden van de rechter te buiten gaan.²⁹⁹ Dit doet de vraag rijzen (1) waarom de Amerikaanse rechtspraak van de class action voor de wetgever dient als vergelijkingsmateriaal en (2) waarom de situatie in Amerika kan dienen als representatieve onderbouwing c.q. voorbeeld voor diens standpunt. De wetgever geeft geen antwoord op deze vragen.

Voorts worden de belangen van de benadeelden gewaarborgd door art. 1016 lid 1 Rv.³⁰⁰ In art. 1016 lid 1 Rv is door de wetgever het instrument van het deskundigenonderzoek ter beschikking gesteld voor de rechter. In het geval de rechter na een deskundigenonderzoek nog van mening is dat sprake is van een onbetrouwbare inschatting, kan hij (1) het verzoek tot verbindendverklaring afwijzen, of (2) de partijen in de gelegenheid stellen om de overeenkomst zodanig te wijzigen dat het slechts nog voorziet in vergoedingen voor benadeelden waarbij onzekerheden die niet te verantwoorden zijn zich niet voordoen.³⁰¹

3.3.3.2. De kritiek in de literatuur

Volgens Henkemans was de verwerping van de kritiek door de wetgever ‘erg kort door de bocht’.³⁰² Henkemans vraagt zich af of de rol van de rechter in de WCAM-procedure past in het systeem van de huidige Nederlandse rechtspraak.³⁰³ Hij meent dat de rechter plaatsvervangend wetgever wordt in de WCAM-procedure en sluit zich aan bij de NVvR over dat het gaat om een ‘oneigenlijke taak’ van de rechter.³⁰⁴ De inhoud van schikkingsovereenkomst wordt daarnaast gevormd door betrokkenen, die op een efficiënte wijze schadevorderingen willen afwikkelen. De gepresenteerde schikkingsovereenkomst is slechts één van vele mogelijke overeenkomsten, die de rechter toetst op doelmatigheid.³⁰⁵

Los sluit zich aan bij de bezwaren van de NVvR. De derdenwerking van verbindend verklaarde WCAM-schikkingen maakt dat private partijen regulerend optreden in het maatschappelijk verkeer, als zijnde ‘pseudoregelgevers’.³⁰⁶ Volgens Los is sprake van ‘vooronderstelling van redelijkheid’. Los oppert dat dit verband houdt met de wijze waarop de Nederlandse rechter

²⁹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 8-9.

²⁹⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29414, nr. C, p. 6.

²⁹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 8-9.

³⁰⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 9.

³⁰¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 9.

³⁰² Henkemans 2007, p. 30.

³⁰³ Henkemans 2007, p. 56.

³⁰⁴ Henkemans 2007, p. 45.

³⁰⁵ Henkemans 2007, p. 56, onder verwijzing naar M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006, p. 66.

³⁰⁶ Los 2013, p. 13.

doorgaans tot een oordeel komt: er wordt gesteld, en vervolgens (eventueel) betwist. Verder noemt Los het informatieprobleem en meent dat de rechter in de WCAM-procedure sterk afhankelijk is van (met name) de verzoeker(s). Los stelt hiertoe dat de WCAM-procedure de insteek heeft van de individuele procedure, dat het in de WCAM-procedures veelal de verzoekers zijn die informatie aandragen en vraagt zich af in hoeverre de rechter nagaat of het gaat om juiste informatie.³⁰⁷

Klaassen is het niet eens met Los over de ‘vooronderstelling van redelijkheid’ en merkt op dat in een verzoekschriftprocedure (anders dan in een dagvaardingsprocedure) de rechter niet gebonden is aan het door partijen gevoerde debat.³⁰⁸ In de parlementaire geschiedenis van art. 1016 Rv is bepaald dat de rechter ook zonder enige betwisting van de stellingen moet kunnen onderzoeken of het verzoek kan leiden tot een afwijzing ex art. 7:907 lid 3 BW, aldus Klaassen.³⁰⁹ Klaassen en Los zijn er echter beiden van overtuigd dat de rechter - ondanks de mogelijkheid tot het bevelen van een deskundigenonderzoek ex art. 1016 Rv – zijn oordeel primair zal baseren op hetgeen door de partijen in het geding wordt gebracht.³¹⁰

Valk merkt op dat op het moment van indiening van het verzoek tot verbindendverklaring, partijen een gemeenschappelijk belang hebben bij een toewijzing. Het feit dat de bemoeienis van de rechter ontbreekt gedurende de onderhandelingen, zorgt voor een onvoldoende diepgaande toetsing van de inhoud van de getroffen schikking.³¹¹ Partijen nemen logischerwijze geen tegengestelde posities (meer) in op het moment dat het verzoek tot verbindendverklaring wordt voorgelegd aan de rechter. Een aan het verzoek tot verbindendverklaring voorafgegane debat tussen partijen wordt de rechter aldus niet bekend. Het is de vraag of de rechter dan nog voldoende rekening kan houden met de gezichtspunten uit art. 7:907 lid 3 sub b BW. Als voorbeeld noemt Valk de vraag of het risico bestaat dat zich nieuwe schadegevallen voordoen. In hoeverre kan de rechter een goede inschatting maken zonder dat partijen daarover debatteren? De mogelijkheid tot een deskundigenonderzoek ex art. 1016 lid 1 Rv zou gezien kunnen worden als een oplossing, maar de rechter moet daartoe wel voldoende aanleiding zien, en moet in staat zijn om de desbetreffende deskundige de juiste vragen te stellen.³¹²

Getuige het bovenstaande is duidelijk dat de meningen ver uiteen lopen als het gaat om de rol van de rechter bij de verbindendverklaring. Hieronder wordt nader stilgestaan bij de vraag hoe ver de rechterlijke bemoeienis strekt bij de toetsing van de door partijen overeengekomen schikkingen, en wat de rol van afd. 6.1.10 BW daarin is.

3.4 De WCAM-schikkingen

3.4.1 De abstracte schadebegroting in de WCAM-schikkingen

De verbindend verklaarde WCAM-schikkingen hanteren, met het oog op een efficiënte en gestandaardiseerde afwikkeling, verschillende verdeelsleutels. De verdeelsleutels bepalen op

³⁰⁷ Los 2013, p. 26.

³⁰⁸ Klaassen, AA december 2013, p. 633, onder verwijzing naar H.J. Snijders, C.J.M. Klaasen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 9. Vgl. ook de noot van G. van Rijssen onder HR 18 januari 2013, *JBPr* 2013/27.

³⁰⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 29.

³¹⁰ Los 2013, p. 25 en 29, Klaassen, AA december 2013, p. 633.

³¹¹ Valk 2005, p. 48, 51 en, 52.

³¹² Valk 2005, p. 48.

welke manier het totaal beschikbare bedrag wordt verdeeld over de individuele benadeelden.³¹³ Zoals reeds vermeld in paragraaf 3.2.5 is het doel en de systematiek van de WCAM dat individuele rechtsvragen buiten beschouwing blijven door ‘damage scheduling’, zodat een efficiënte afdoening gerealiseerd kan worden. Hiermee wordt geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval. De WCAM-schikking is naar inhoud en strekking een vaststellingsovereenkomst, partijen mogen dus afwijken van afd. 6.1.10 BW. De rechter krijgt in het kader van de WCAM geen zicht op concrete individuele gevallen; hij buigt zich niet over de vraag of de schadebegroting voldoet aan het reguliere schadevergoedingsrecht. Het verzoek tot verbindendverklaring van de schikkingsovereenkomst wordt afgewezen als niet is voldaan aan de in paragraaf 3.3.1 besproken eisen. In dit kader is de redelijkheidstoets cruciaal.³¹⁴ De toetsing ex art. 7:907 lid 3 sub b BW wordt in de literatuur ook wel het ‘moment suprême’ van de beschikking genoemd.³¹⁵

Met het oog op de centrale onderzoeksvraag wordt hieronder stilgestaan bij de vraag hoe ver de rechterlijke bemoeienis gaat bij de redelijkheidstoets, en wat in dat verband de rol is van afd. 6.1.10 BW. Deze vraag wordt uitvoerig behandeld door een analyse van de WCAM-jurisprudentie. Inmiddels heeft het hof Amsterdam in totaal een negental WCAM-overeenkomsten algemeen verbindend, te weten:

1. hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461 (*DES I*);
2. hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*);
3. hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196, m.nt. A.F.J.A. Leijten, (*Vie d’ Or*);
4. hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell*);
5. hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*);
6. hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, m.nt. B.J. de Jong (*Converium*);
7. hof Amsterdam 13 mei 2014, *JOR* 2015/9 (*DSB*);
8. hof Amsterdam 24 juni 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:2371* (*DES II*);
9. hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*).

Alvorens ik overga tot een analyse van de bovenstaande beschikkingen, benadruk ik het volgende. Alhoewel in alle schikkingsovereenkomsten verschillende schadebegrotingsmethodes zijn gehanteerd, is in alle (tot op zekere hoogte) geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval. De overeenkomsten zijn aldus niet omlijnd door afd. 6.1.10 BW.

De DES-zaken zijn de enige letselschadezaken waarin de WCAM is toegepast. De Dexia-zaak is de eerste zaak waarin sprake was van zuivere vermogensschade. Daarnaast zijn deze zaken tot dusver de enige zaken waarin de verdeelsleutel is vastgesteld aan de hand van categorisering. De zaken *Vie d’Or*, *Shell*, *Vedior* en *Converium* bevatten een rekenkundige benadering. Dit houdt in dat de toegekende vergoedingen over de gerechtigden zijn verdeeld door een rekenformule, waarbij de gerechtigden – in het kort gezegd – naar rato recht hebben op een deel van het totale schikkingsbedrag.³¹⁶ In de DSB- en Fortis-zaak is bij de schadebegroting gewerkt met een combinatiesysteem, het totale schikkingsbedrag is verdeeld over de gerechtigden door een combinatie van een verdeling in schadegroepen en rekenformules. Zoals reeds besproken vindt volgens de wetgever de schadeafwikkeling onder de WCAM plaats aan de hand van categorisering. Onder ‘damage scheduling’ verstaat de wetgever maatstaven aan de hand

³¹³ Van Doorn & De Bruijn 2013, *NJB* 2013/2405, p. 2858.

³¹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 12.

³¹⁵ Van Doorn, *AV&S* 2007/16, p. 109.

³¹⁶ Zie bijvoorbeeld hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m. nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*), r.o. 2.6.

waarvan een benadeelde wordt ingedeeld in een groep.³¹⁷ Elk der benadeelden krijgt vervolgens een vergoeding die correspondeert met de groep waartoe hij behoort.³¹⁸ De systematiek van schadecategorieën is overgenomen in de WAMCA (art. 1018i Rv).³¹⁹ Kennelijk kan ‘categorisering’ door middel van een rekenformule ingelezen worden in de systematiek van ‘damage scheduling’. In de parlementaire documentatie van de WCAM en WAMCA geeft de wetgever namelijk geen antwoord op de vraag hoe categorisering zich verhoudt tot de toepassing van een rekenformule.³²⁰

Hieronder volgt eerst een bespreking van de DES-zaken en de Dexia-zaak, als zijnde de ‘startzaken’ van de WCAM waarin de toegekende vergoedingen zijn verdeeld aan de hand van categorisering. Vervolgens worden de voor dit onderzoek essentiële punten van de andere verbindend verklaarde WCAM-schikkingen besproken.³²¹

3.4.2 De DES-zaken

3.4.2.1 Inleidend

Zoals vermeld in paragraaf 3.2.1 is de WCAM tot stand gekomen met het oog op de DES-zaak.³²² In deze zaak ging het om een synthetisch hormoon (DES), die van 1947 tot 1976 werd voorgeschreven aan zwangere vrouwen om miskramen te voorkomen.³²³ Later bleek uit epidemiologisch onderzoek dat DES ernstige bijverschijnselen had. Zowel de DES-moeders, alsook de hieruit geboren kinderen hebben door DES lichamelijke aandoeningen opgelopen van verschillende aard en ernst. In 1992 achtte de Hoge Raad de farmaceutische bedrijven, die DES in het verkeer hebben gebracht, (hoofdelijk) aansprakelijk.³²⁴ De onrechtmatigheid van het in het verkeer brengen van DES, en het causaal verband tussen de blootstelling aan DES en de lichamelijke aandoeningen is nooit in rechte vastgesteld.³²⁵ In vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 1992 werd in 2000 een schikking getroffen tussen enerzijds de betrokken farmaceutische bedrijven en hun verzekeraars en anderzijds de Stichting DES Centrum; de belangenbehartiger van de DES-benadeelden.³²⁶

De farmaceutische bedrijven waren slechts bereid tot de schadeafwikkeling indien ze zekerheid zouden krijgen over finaliteit van de regeling. Teneinde deze wens van de farmaceutische bedrijven te kunnen bewerkstelligen is een beroep gedaan op de wetgever. Op 4 februari 2004 heeft de toenmalige minister van justitie Donner, in de lijn van de hiervoor besproken methode van de DES-zaak, een wetsvoorstel ingediend.³²⁷ Hoewel het verzoek van de Stichting DES centrum de aanleiding is geweest voor het wetsvoorstel, heeft het geresulteerd in een algemene regeling die bedoeld is voor gevallen waarin een grote groep mensen is benadeeld als gevolg

³¹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 3.

³¹⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 3.

³¹⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6, *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16. Hoofdstuk 4 gaat hier nader op in.

³²⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608.

³²¹ Waar nodig wordt een korte toelichting gegeven op de feiten dan wel op de gehanteerde schadebegrotingsmethode.

³²² HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (*DES-dochters*).

³²³ Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461 (*DES I*), r.o. 2.1.

³²⁴ HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (*DES-dochters*), r.o. 3.4.

³²⁵ DES-rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor DES-schade 2005 (‘DES-rapport 2005’), p. 6, 20, te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling.

³²⁶ Tillema *MvO* 2006/4, p. 92.

³²⁷ Van Regteren Altena e.a. & Ten Cate, *AA* 2005/54, p. 235.

van een ‘mass disaster claim’ of ‘mass exposure claim’. De DES-schikking is na de inwerkingtreding van de WCAM, op verzoek van de Stichting DES Centrum, in 2006 verbindend verklaard door het hof Amsterdam.³²⁸

3.4.2.2 De inhoud van de DES I-schikking

In de DES I-overeenkomst is uitdrukkelijk aangegeven dat de uitkeringen niet zijn afgestemd op een volledige vergoeding van alle schade die als gevolg van de DES-aandoening is geleden, of zal worden geleden.³²⁹ In dit verband wijzen de partijen in het DES-rapport op het feit dat het juridisch vereiste causaal verband en de onrechtmatigheid van het op de markt brengen van de DES niet vaststaat. Volgens het DES-rapport heeft dit tot gevolg dat de redelijkheid van de vastgestelde schadevergoedingsaanspraken niet louter gewaardeerd dient te worden vanuit het perspectief van de geleden en/of nog te lijden schade. Bij de redelijkheidstoets dient rekening te worden gehouden met alle in de DES-rapport beschreven factoren.³³⁰ In de schikkingsovereenkomst zijn de benadeelden verdeeld in een drietal groepen, te weten (1) de DES-moeders, (2) de DES-dochters en (3) de DES-zonen. De groepen zijn vervolgens opgedeeld in subcategorieën op basis van de aandoening en leeftijd. De schikking bevat in totaal 25 (sub)categorieën.³³¹ Teneinde de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen is per subcategorie een schatting gemaakt, die geresulteerd heeft in een basisschadebedrag per subcategorie. Er is rekening gehouden met de gevolgen van de aandoening op fysiek, psychisch en sociaaleconomisch vlak.³³² In totaal is een bedrag van € 38 miljoen beschikbaar gesteld voor de voldoening aan de verplichtingen uit de overeenkomst.³³³

3.4.2.3 De rechterlijke toets in de DES I-zaak

De verzoekers voeren aan dat de overeenkomst hoofdzakelijk betrekking heeft op immateriële schade, en daarom een persoonsgebonden karakter heeft.³³⁴ Ingevolge één van de verweren van een DES-dochter in het kader van art. 7:907 lid 3 sub b BW dient een hardheidsclausule te worden opgenomen in de overeenkomst.³³⁵ Het hof begrijpt dat het aantrekkelijk lijkt om zulks op te nemen, omdat met een hardheidsclausule specifieke omstandigheden van het individuele geval wel aan de orde kunnen komen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.³³⁶ Toch ziet het hof er vanaf partijen te vragen de overeenkomst op dit punt aan te passen. Het hof overweegt dat een hardheidsclausule kan leiden tot toekenning van hogere vergoedingen, die de verdeling van de beschikbare financiële middelen in gevaar kunnen brengen.³³⁷ Volgens het hof laat de schikkingsovereenkomst niet toe dat binnen een categorie de specifieke omstandigheden van het individuele geval de hoogte van de vergoeding nader bepalen. Dit betekent dat het vastgestelde bedrag voor de een minder en voor de ander meer in verhouding staat tot het ondervonden (immateriële) leed. Het hof acht dit ‘onvermijdelijk’, en beschrijft dit als een gegeven dat men dient te aanvaarden.³³⁸ In paragraaf 3.4.1 is reeds opgemerkt dat de

³²⁸ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I).

³²⁹ DES-rapport 2005, p. 16.

³³⁰ DES-rapport 2005, p. 15-16.

³³¹ DES I-overeenkomst 2005, p. 51-63. Te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling.

³³² Van Doorn & De Bruijn 2013, NJB 2013/2405, onder verwijzing naar DES-rapport 2005, p. 33-44.

³³³ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 4.2.

³³⁴ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 5.15.

³³⁵ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 4.5.

³³⁶ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 5.23.

³³⁷ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 5.23.

³³⁸ Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461 (DES I), r.o. 5.22.

WCAM ziet op een gestandaardiseerde schadeafwikkeling. Het karakter van een hardheidsclausule lijkt daarom niet te passen bij de ratio van de WCAM. Een alternatief voor een hardheidsclausule, die binnen de ratio en kaders van categorisering past, is het opnemen van een categorie die ziet op uitzonderlijke gevallen.³³⁹

3.4.2.4 De zienswijzen uit de literatuur

Door Krans wordt opgemerkt dat een hardheidsclausule de mogelijkheid biedt tot maatwerk, omdat rekening gehouden kan worden met de individuele omstandigheden. Desalniettemin vindt Krans dat het hof terecht heeft afgezien van een verzoek tot aanpassing van de overeenkomst; de inhoud van een schikkingsovereenkomst is immers het ‘exclusieve domein van de contractanten’.³⁴⁰ De voordelen van een collectieve afwikkeling worden met een hardheidsclausule teniet gedaan, doordat toch rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van de benadeelden.³⁴¹ Om deze reden zal de gestandaardiseerde schadeafwikkelingswijze gehandhaafd moeten worden.³⁴² De WCAM beoogt een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschades. Daarmee ontvalt de noodzaak om individuele rechtsvragen als causaliteit en eigen schuld te beantwoorden, die onder het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW vallen. Een hardheidsclausule kan ertoe leiden dat allerlei individuele vragen alsnog moeten worden beantwoord. Om die reden acht het hof het niet onredelijk dat verzoekers hebben afgezien van een hardheidsclausule.³⁴³

Van Doorn vindt het verder opvallend dat het hof niet toetst of de schikkingsovereenkomst an sich redelijk is. Het hof toetst slechts of de overeenkomst voldoet aan de wettelijke eisen van de WCAM, en of de verzoekers in redelijkheid tot de overeengekomen schadebegroting zijn gekomen. Contractsvrijheid staat dus voorop.³⁴⁴ Van Doorn en Van Bochove constateren een marginale toetsing, en menen dat de open normen in de WCAM weinig houvast bieden voor de rechter om te bepalen of er sprake is van een redelijke overeenkomst. Zij achten daarom een meer inhoudelijke toetsing wenselijk.³⁴⁵ De rechter heeft geen zicht op de standpunten van de partijen op basis waarvan zij tot bepaalde keuzes zijn gekomen. Het is daarom voor de rechter niet eenvoudig om te bepalen of de inhoud van de overeenkomst al dan niet redelijk is. Volgens Van Doorn en Van Bochove lijkt het erop dat de rechter bewust kiest voor een marginale toetsing, en daarmee de verantwoordelijkheid voor de redelijkheid van de overeenkomst legt bij de partijen.³⁴⁶ Zoals beschreven in paragraaf 3.3.3 wordt bij de toetsing ex art. 7:907 lid 3 sub b BW een actieve houding verwacht van de rechter. Ook is hiervoor besproken dat de rechter weinig houvast heeft gekregen bij diens redelijkheidstoets. Het is de vraag of de toetsingswijze van de rechter in deze zaak in overeenstemming is met de ratio van art. 7:907 lid 3 sub b BW. In ieder geval lijkt het wenselijk de rechter meer instrumenten te bieden waarmee hij een actievere rol kan innemen. Van Doorn en Van Bochove beschrijven dit als een aandachtspunt en menen dat de rechter meer betrokken moet worden in het traject dat voorafgaat aan de overeenkomst.³⁴⁷ Paragraaf 3.4.5 gaat hier nader op in.

³³⁹ Van Doorn & De Bruijn *NJB* 2013/2405, p. 2860.

³⁴⁰ Krans, *NJB* 2007/2126, p. 2603.

³⁴¹ Krans, *NJB* 2007/2126, p. 2603. Zie voorts Van Doorn & De Bruijn, *NJB* 2013/2405, p. 2859-2860.

³⁴² Van Doorn & De Bruijn, *NJB* 2013/2405, p. 2859-2860.

³⁴³ Frenk, *AV&S* 2006/24, p. 26.

³⁴⁴ Van Doorn, *AV&S* 2007/16, p. 107.

³⁴⁵ Van Bochove & Van Doorn, *TvC* 2007/1, p. 21-22. Zie voorts Van Doorn *AV&S* 2007/16, p. 107.

³⁴⁶ Van Bochove & Van Doorn, *TvC* 2007/1, p. 21.

³⁴⁷ Van Bochove & Van Doorn, *TvC* 2007/1, p. 21.

3.4.2.5 De DES-II zaak

In een schikkingsovereenkomst wordt doorgaans afgesproken dat schadeveroorzakers door betaling van een vastgesteld totaalbedrag voldoen aan hun verplichtingen jegens de benadeelden.³⁴⁸ Het is mogelijk dat na voldoening van de gerechtigden, een restant overblijft. In dat geval kunnen de schadeveroorzakers ingevolge art. 7:910 lid 2 BW de rechter verzoeken om de beherende rechtspersoon te bevelen het restant aan hen uit te keren. Bij de uitvoering van de DES I-overeenkomst bleek dat er een restant was van het totaal beschikbare schikkingsbedrag (te weten: € 20,5 miljoen).³⁴⁹ Dit had te maken met het feit dat bij de totstandkoming van de DES I-overeenkomst een (te) ruime veiligheidsmarge is aangehouden om te voorkomen dat het beschikbaar gestelde bedrag ontoereikend zou blijken voor de uitvoering van de overeenkomst.³⁵⁰ De tweede DES-schikking ziet – kort gezegd – op schadevergoeding aan de DES-kleinkinderen. Op de voet van art. 7:910 lid 2 BW is verzocht het voor de uitvoering van de DES-I overeenkomst gevormde DES-Fonds te bevelen het restantbedrag aan te wenden voor de uitvoering van een tweede DES-overeenkomst. Tegen het verzoek is geen verweer ingediend.³⁵¹

De wijze waarop de uitkeringen aan de benadeelden zijn vastgesteld wijkt in de DES-II schikking af van de DES-I schikking.³⁵² Ondanks in de DES II-zaak sprake is van een veel grotere complexiteit dan in de DES I-zaak, bevat de DES II-overeenkomst maar vijf categorieën. Reden hiervan is dat er mogelijk oneindige variëteit in handicaps bestaat bij de individuele benadeelden, waardoor geen vaste uitkeringstabellen ontworpen kunnen worden.³⁵³ Ook hier zijn de uitkeringen niet afgestemd op een volledige schadevergoeding.³⁵⁴ De normbedragen zijn ontleend aan de Nederlandse praktijk wegens aansprakelijkheidsclaims.³⁵⁵ Met betrekking tot de gekozen systematiek in de schikkingsovereenkomst stelt het hof voorop dat er geen sprake is van een zuiver individuele benadering. Het hof concludeert dat omdat de systematiek vergelijkbaar is met de in de letselschadepraktijk gebruikelijke benaderingen en noties, het mogelijk is om een zekere verfijning te bereiken. Hiermee kan een beperkte mate van concrete schadebegroting bereikt worden. De afwijzingsgrond van art. 7:903 lid 3 sub b BW doet zich niet voor, en het hof acht de hoogte van de toegekende vergoedingen redelijk.³⁵⁶

In 2007 wordt door Hartlief opgemerkt op dat het in het kader van massaschadezaken niet meer zozeer gaat om personenschade, maar om zuivere vermogensschade. Volgens Hartlief heeft dit te maken met het feit zelden sprake is van solvabele debiteuren en een serieuze dekking op een aansprakelijkheidsverzekering als het gaat om de ‘klassieke’ massaschadezaken.³⁵⁷ Hoe is het verlopen na de DES-zaak? De woorden van Hartlief zijn, in ieder geval tot nu toe, profetisch gebleken. Hoewel de WCAM – zoals hiervoor opgemerkt – tot stand is gekomen met het oog op de DES-zaak, zijn tot nu toe geen andere schikkingen afgewikkeld die gebaseerd zijn op

³⁴⁸ Van Doorn, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:910 BW, aant. 2.1 (online, bijgewerkt 1 februari 2019).

³⁴⁹ Tillema, *MvO* 2006/4, p. 92-93.

³⁵⁰ Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2372, r.o. 4.3, ‘daarbij is in aanmerking genomen dat ongeveer 17.000 personen als mogelijke benadeelden bij DES Centrum waren geregistreerd en dat rekening werd gehouden met tweemaal zoveel gerechtigden, gegeven het feit dat DES in de relevante periode mogelijk 200.000 keer voor gebruik tijdens zwangerschap is voorgeschreven’.

³⁵¹ Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2371 (*DES-II*), r.o. 3.2 en 6.4.6.

³⁵² DES-rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor te vroeg geboren kinderen van DES-dochters (‘DES-rapport 2013’), p. 7, te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling.

³⁵³ DES-rapport 2013, p. 7.

³⁵⁴ DES-rapport 2013, p. 21.

³⁵⁵ DES-rapport 2013, p. 15.

³⁵⁶ Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2371 (*DES-II*), r.o. 6.4.7.

³⁵⁷ Hartlief 2007, *NJB* 2007/2124, p. 2595.

personenschade. Alle andere zeven WCAM-schikkingen zien op zuivere vermogensschade. Opvallend is echter dat de minister van justitie in 2012 nog heeft benadrukt dat de WCAM-regeling ‘beperkt’ is tot letsel- en overlijdensschade.³⁵⁸

3.4.3 De Dexia-zaak

3.4.3.1. Inleidend

Dexia heeft van 1992 tot 2003 effectenleaseovereenkomsten gesloten met in totaal circa 395.000 consumenten. De particulieren hebben belegd met geleend geld.³⁵⁹ Ongunstige koersontwikkelingen hebben geleid tot aanzienlijke restschulden. In 2005 is onder leiding van Duisenberg een schikkingsovereenkomst tot stand gekomen tussen enerzijds de Dexia-bank en anderzijds vier belangengroeperingen.³⁶⁰ Eind 2015 hebben partijen een verzoek tot verbindendverklaring ingediend bij het hof Amsterdam. In 2007 is deze schikking verbindend verklaard door het hof Amsterdam.³⁶¹

3.4.3.2 De inhoud van de Dexia-schikking

De omvang van de op basis van de schikkingsovereenkomst toegekende vergoedingen is gebaseerd op ‘damage scheduling’. Kort samengevat wordt in de Duisenberg-regeling onderscheid gemaakt tussen consumenten die een ‘aflossingsproduct’ of een ‘restschuldproduct’ hebben afgenomen. Het aflossingsproduct houdt in dat de afnemer de geldlening, die gebruikt is om de Dexia-effecten te kopen, maandelijks aflost. Bij een aflossingsproduct wordt de geldlening pas aan het eind van de looptijd afgelost.³⁶² Deze twee categorieën zijn verder onderverdeeld in drie subcategorieën. De restschuld wordt voor 100% vergoed in gevallen waarin de echtgenoot of de geregistreerde partner de vernietiging van de overeenkomst inroept ex art. 1:88 jo. 1:89 lid 1 BW, binnen de daartoe gestelde termijn. Indien geen vernietigingsverklaring is gegeven door de echtgenoot, wordt de restschuld vergoed voor 66,67%. Voor aflossingsproducten die op of na 1 mei 2005 tussentijds zijn beëindigd en waarbij een restschuld is overgebleven, geldt een vergoeding van 10%.³⁶³

De ‘basale’ Duisenberg-regeling biedt – net zoals de DES-schikking – geen ruimte voor specifieke en individuele omstandigheden.³⁶⁴ De regeling is minder gedetailleerd dan in de DES-schikking. De twee hoofdcategorieën zijn verdeeld in drie subcategorieën. De regeling bevat verder geen nuancering. Van de concrete omstandigheden is volledig geabstraheerd.³⁶⁵ Naar aanleiding van de Duisenberg-regeling is door Barendrecht en Van Doorn geopperd dat de normen fijnmaziger moeten zijn teneinde een goed midden te vinden tussen standaardisering en individuele afdoening.³⁶⁶ Hoe gedetailleerder het normeringsproces is, des te meer recht kan worden gedaan aan de individuele rechtspositie van de benadeelde. Een voldoende mate van detaillering kan bereikt worden door meer categorieën op te nemen in de regeling, die ook

³⁵⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, nr. 6, p. 4.

³⁵⁹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71 (*Dexia*), r.o. 3.2.

³⁶⁰ Te weten: Stichting Leaseverlies, Stichting Eagelease, de Consumentenbond en de Vereniging van Effectenbezitters.

³⁶¹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*).

³⁶² Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 3.3.

³⁶³ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.3.

³⁶⁴ Van Doorn & De Bruijn, *NJB* 2013/2405, p. 2859, zie voorts Barendrecht en Van Doorn, *NJB* 2007/2127, p. 2610-2611.

³⁶⁵ Barendrecht & Van Doorn, *NJB* 2007/2127, p. 2610.

³⁶⁶ Barendrecht & Tzankova, *NJB* 2007/2125, p. 2597.

praktisch toepasbaar zijn. Teneinde de praktische toepasbaarheid te kunnen vergroten is het bijvoorbeeld mogelijk om ten behoeve van de verschillende subcategorieën verschillende belangenorganisaties op te richten.³⁶⁷ In paragraaf 3.3.1.1 is besproken dat art. 7:907 lid 2 sub b BW onder meer een omschrijving vereist ‘naar gelang en de ernst van de schade’. Dit zou gelezen kunnen worden als een categorisering waarin, met een bepaalde mate van abstractie, rekening wordt gehouden met concrete omstandigheden. De Duisenberg-regeling schiet op dit punt tekort.³⁶⁸

3.4.3.3 De rechterlijke toets in de Dexia-zaak

Het hof rekent het tot zijn taak om de vereisten tot verbindendheid ex art. 7:907 BW ambtshalve te beoordelen.³⁶⁹ Tegen het verzoek tot verbindendverklaring van de schikkingsovereenkomst zijn meerdere verweren gevoerd, onder meer door een zestal andere (concurrerende) belangenbehartigers.³⁷⁰ De verweren dat de hoogte van de Duisenberg-vergoedingen niet redelijk is, steunen hoofdzakelijk op een drietal stellingen. Ten eerste wordt gesteld dat de vergoedingen onvoldoende recht doet aan de (sterke) juridische positie van de beleggers. De vergoedingen zijn daarnaast niet redelijk gelet op de schadeomvang van de door de beleggers geleden schade en het verwijt dat Dexia voor het ontstaan van die schade treft. Tot slot wordt gesteld dat Dexia de effecten nooit daadwerkelijk zou hebben aangekocht en behouden, zodat zij geen verlies heeft geleden door de ongunstige koersontwikkelingen.³⁷¹

Bij de beoordeling van de verweren stelt het hof voorop dat de WCAM-schikking naar inhoud en strekking een vaststellingsovereenkomst is.³⁷² De schikking is het resultaat van onderhandelingen die gesloten is in onzekerheid, de houdbaarheid in rechte van de door beleggers en Dexia over en weer jegens elkaar betrokken stellingen staat immers niet vast.³⁷³ Het enkele feit dat de overeenkomst niet voorziet in een volledige vergoeding leidt daarom niet tot de conclusie dat de hoogte van de bij de WCAM-schikking toegekende vergoedingen niet redelijk is, aldus het hof.³⁷⁴ Het hof neemt hier expliciet afstand van het in hoofdstuk 2 besproken ‘leidende’ beginsel van volledige schadevergoeding. In paragraaf 2.2.4.2 is aan de orde gekomen dat volledige schadevergoeding achterwege kan blijven door doelmatigheids-, redelijkheids- en billijkheidsoverwegingen.³⁷⁵ De rechter gaat in casu niet in op dergelijke overwegingen en volstaat in zijn overweging met een fingerwijzing naar het karakter van een WCAM-schikking. Volgens Eijssermans-van Abeelen is in een WCAM-procedure in beginsel nooit sprake van volledige schadevergoeding, en vormt proportionele schadevergoeding het uitgangspunt.³⁷⁶ Dit heeft te maken met het feit de WCAM-procedure in beginsel geen aansprakelijkheid vaststelt,³⁷⁷ dit is immers geen vereiste voor het verbindend verklaren van de schikkingsovereenkomst.

Ten aanzien van de hierboven beschreven eerste stelling van de verweerders oordeelt het hof dat de hoogte van de in de schikkingsovereenkomst toegekende vergoedingen voldoende recht

³⁶⁷ Barendrecht & Van Doorn, *NJB* 2007/2127, p. 2611.

³⁶⁸ Barendrecht & Van Doorn, *NJB* 2007/2127, p. 2611.

³⁶⁹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.6.

³⁷⁰ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 4.2.

³⁷¹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.5.

³⁷² Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.6.

³⁷³ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.12.

³⁷⁴ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.6.

³⁷⁵ Lindenbergh 2013, p. 8, Hartlief e.a. 2018, p. 276-280.

³⁷⁶ Eijssermans-van Abeelen 2020, p. 14. Zie voorts Los 2013, p. 25.

³⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 10.

doen aan de juridische posities van de beleggers.³⁷⁸ Hierbij gaat het hof in op het leerstuk van eigen schuld (art. 6:101 BW). Het hof is van oordeel dat bij de vraag of de hoogte van de vergoedingen redelijk is, mede van belang is dat het ontstaan van de door de beleggers geleden schade niet uitsluitend een gevolg is van het tekortschieten van Dexia in de nakoming van de bijzondere zorgplicht. Het hof verwijst hierbij naar een bekende regel uit de rechtspraak: in het algemeen kan ook de belegger(s) zelf een verwijt worden gemaakt voor het ontstaan van beleggingsschade.³⁷⁹ Het hof wijst verder naar de aandelenleaseovereenkomsten die in het geding zijn gebracht. Dat een dergelijke belegging risico's met zich kan meebrengen is algemeen bekend. Van de beleggers mochten redelijke inspanningen worden verwacht om hetgeen de overeenkomst bepaald te doorgronden en te begrijpen. In deze omstandigheden rekent het hof de schade mede toe aan de beleggers, die als gevolg van hun eigen beslissing tot het aangaan van de overeenkomst schade hebben geleden.³⁸⁰

In paragraaf 2.2.3.3 is beschreven dat het leerstuk van eigen schuld een rol kan spelen bij de begrotingsfase in het geval de schade niet alleen toe te schrijven is aan de schadeveroorzaker(s). In de parlementaire documentatie van de WCAM is geen aanknopingspunt gezocht bij art. 6:101 BW, de rechter ontleent deze toetsingsbevoegdheid dus niet aan de WCAM-regeling. We zien hier dat de rechter bij zijn redelijkheidstoets – zonder dat het (uitdrukkelijk) onderwerp is geweest van het geschil tussen de partijen – aansluiting zoekt bij een bepaling uit het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW (art. 6:101 BW).

Bij de beoordeling van de hierboven beschreven tweede stelling van de verweerders gaat het hof in op het 'meest in het oog springende verwijt' dat Dexia kan worden gemaakt: dat de individuele beleggers onvoldoende zijn ingelicht en gewaarschuwd met betrekking tot de risico's die aan de in het geding zijnde beleggingsovereenkomsten zijn verbonden.³⁸¹ Meer specifiek wordt Dexia verweten dat hij de beleggers, ten aanzien van de aan de beleggingsovereenkomst verbonden risico's, slechts met algemeen geformuleerde bewoordingen heeft gewaarschuwd. Dergelijke algemeen geformuleerde waarschuwingen maken dat Dexia is tekortgeschoten in de nakoming van zijn bijzondere zorgplicht.³⁸² Het hof stelt voorop dat de door Dexia aangeboden overeenkomsten kunnen leiden tot onder meer restschulden. Volgens het hof gaat het om dusdanige risico's (met verwijzing naar de mogelijkheid van een restschuld), dat de belegger uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen gewaarschuwd dient te worden. Waarschuwingen in meer of mindere algemene bewoordingen voor de risico's biedt onvoldoende bescherming tegen lichtvaardigheid en inzicht. Volgens het hof is sprake van onvoldoende waarschuwingen aan de zijde van Dexia, en is zij tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht.³⁸³

De derde stelling van de verweerders is voor het hof aanleiding geweest om een deskundigenonderzoek te bevelen ex art. 1016 Rv. Bij gegrondheid van dat verweer zou immers geen reden bestaan om de koersverliezen (geheel of gedeeltelijk) voor rekening te brengen van de benadeelden, aangezien Dexia dan feitelijk geen koersverliezen heeft geleden. Uit het deskundigenrapport bleek echter dat de stelling van de verweerders feitelijke grondslag mist. Het hof verbindt aan de bevindingen uit het deskundigenrapport de gevolgtrekking dat er

³⁷⁸ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.10.

³⁷⁹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.10, zie voorts Rb. Amsterdam 14 september 2005, *JOR* 2005/277.

³⁸⁰ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.10.

³⁸¹ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.9.

³⁸² Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.9.

³⁸³ Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.9.

onvoldoende reden is om de feitelijke verwerving, en het daaropvolgende behoud door Dexia van de effecten, in twijfel te trekken.³⁸⁴

In het kader van de redelijkheidstoets verwijst het hof verder uitdrukkelijk naar art. 6:109 BW.³⁸⁵ Het hof beschrijft de factoren die in het kader van een toetsing ex art. 6:109 BW in aanmerking genomen moeten worden, te weten: de aard van de aansprakelijkheid en de schade, de tussen Dexia en de beleggers bestaande rechtsverhouding en hun draagkracht, de mate van schuld bij Dexia en de vraag of Dexia zelf ook aanzienlijke schade lijdt. Het hof komt tot de conclusie dat de beoordeling in het licht van de hiervoor benoemde factoren geen grond oplevert om de toegekende vergoedingen niet redelijk te achten ex art. 7:907 lid 3 sub b BW.³⁸⁶ Het hof oordeelt hierbij verder dat deze zaak slechts los van de individuele omstandigheden van de beleggers beoordeeld kan worden, zonder nadere toelichting. Op welke individuele omstandigheden het hof doelt blijft aldus onderbelicht. Gezien de hiervoor behandelde parlementaire documentatie van de WCAM kan gesteld worden dat het hof refereert aan de causaliteit, schadeomvang, eigen schuld en voordeelstoerekening. Volgens Leijten heeft deze nadere overweging van het hof weinig toegevoegde waarde. Het hof licht namelijk niet toe waarom de hiervoor benoemde factoren geen grond opleveren om de toegekende vergoedingen niet redelijk te achten. Leijten concludeert dat dit te maken heeft met het feit het hof zoveel mogelijk argumenten heeft willen aanwenden om de met moeite tot stand gekomen Duisenberg-regeling overeind te houden. Hij wijst in dit verband op het maatschappelijke belang dat gemoeid is met een collectieve schadeafwikkeling (van in casu de aandelenleaseproblematiek).³⁸⁷

3.4.3.4 De zienswijzen uit de literatuur

Wat betreft de toetsingswijze van de rechter zijn de meningen in de literatuur verdeeld. Van Doorn stelt dat de rechter bij de toetsing van de Duisenberg-regeling een marginale toets heeft aangelegd. Contractsvrijheid staat voorop en het hof geeft geen antwoord op de vraag of de overeenkomst zélf redelijk is. Het hof oordeelt slechts of de door de partijen gemaakte keuzes al dan niet redelijk voorkomen. Van Doorn bepleit voor een meer inhoudelijke toets omdat niet alleen de contractsluitende partijen, maar ook een grote groep derden gebonden zijn aan de overeenkomst.³⁸⁸ Anders dan Van Doorn is Van Uchelen van mening dat de rechter in de Dexia-zaak niet marginaal heeft getoetst. De rechter heeft immers conform de WCAM geoordeeld of de overeenkomst al dan niet redelijk is, en niet of de regeling ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ is (hetgeen zou wijzen op een marginale toetsing).³⁸⁹

³⁸⁴ Hof Amsterdam 25 januari 2007, JOR 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.13-6.14.

³⁸⁵ Hof Amsterdam 25 januari 2007, JOR 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.15.

³⁸⁶ Hof Amsterdam 25 januari 2007, JOR 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.15.

³⁸⁷ Hof Amsterdam 25 januari 2007, JOR 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*), r.o. 6.15, par. 7.

Vermeldenswaard is dat in de Dexia-zaak de rechtbanken volliepen met individuele procedures voordat de WCAM was ingevoerd, en partijen daarna een verzoek tot verbindendverklaring hebben ingediend, zie Tillema, *MvO* 2006/4, p. 97.

³⁸⁸ Van Doorn, *AV&S* 2007/16, p. 113-114.

³⁸⁹ Van Uchelen, *AV&S* 2007/34, p. 224.

3.4.4 De rechterlijke toets in de WCAM-schikkingen in verhouding tot afd. 6.1.10 BW

3.4.4.1 De zaken Vie d' Or, Shell en Vedior

In de Vie d'Or-, Shell- en Vedior-zaak heeft het hof geoordeeld dat de grond voor afwijzing van het verzoek van art. 7:907 lid 3 sub b BW zich niet voordoet.³⁹⁰ In de Vie d'Or-zaak betreft het geschil – kort gezegd – de vorderingen van polishouders jegens de in 1995 failliet verklaarde levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or, haar actuaris en de Verzekeringskamer. De Shell- en Vedior-zaak betreffen – kort gezegd – effectenrechtelijke zaken waarin de beleggers schade hebben geleden door (vermeende) misleiding.

In al deze zaken beschouwt het hof de steun van de belanghebbenden en diens belangenbehartigers aan de door partijen bereikte schikkingsovereenkomst als een gezichtspunt van de redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW.³⁹¹ Zo leidt het hof in de Vie d' Or-zaak, uit de afwezigheid van verweer tegen de verzochte verbindendverklaring en de aanwezigheid van steun van belanghebbenden en diens belangenbehartigers, af dat de hoogte van de bij de overeenkomst toegekende vergoedingen kennelijk niet als onredelijk worden ervaren.³⁹² Het is onduidelijk op welke grond het hof expliciet betekenis toekent aan dit gezichtspunt in het kader van de redelijkheidstoets. De wettekst en parlementaire geschiedenis van art. 7:907 lid 3 sub b BW biedt hiertoe namelijk geen grond.

3.4.4.2 De Converium-zaak

In deze zaak ging het om de waardedaling van de aandelen van een Zwitserse herverzekeraar: Converium. Wegens (vermeende) misleidende mededelingen door Converium zijn de beurskoersen van de in het geding zijnde effectenrechtelijke zaken gedaald, waardoor beleggers schade hebben geleden.

In het kader van de redelijkheidstoets constateert het hof dat er geen duidelijkheid bestaat over de hoogte van de vergoeding per aandeelhouder, omdat het afhankelijk is van enkele variabelen; zoals de datum van verkoop en aankoop.³⁹³ Het hof stapt vervolgens direct over op een beoordeling van het totaal beschikbare schikkingsbedrag, hetgeen naar het oordeel van het hof niet onredelijk is.³⁹⁴ De Jong vindt dit opmerkelijk nu de individuele benadeelden uiteindelijk niet geïnteresseerd zijn in de redelijkheid van het totale schikkingsbedrag, maar in de redelijkheid van het aan hem toegekende bedrag.³⁹⁵ In paragraaf 3.3.1.2 is opgemerkt dat art. 7:907 lid 3 sub b BW ziet op de redelijkheidsbeoordeling van de vergoedingen per schadecategorie, en niet van het totale schikkingsbedrag. Deze toetsingswijze past aldus niet in de kaders van (de parlementaire geschiedenis van) art. 7:907 lid 3 sub b BW.

Volgens De Jong had het op zijn minst voor de hand gelegen dat het hof iets had opgemerkt over de redelijkheid van de verdeelsleutel in de schikkingsovereenkomst, zoals het hof dat wel

³⁹⁰ Hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Vie d' Or*), r.o. 4.15, hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell*), r.o. 6.15, hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*), r.o. 4.15.

³⁹¹ Hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196 m. nt. A.F.J.A. Leijten (*Vie d' Or*), r.o. 4.16, hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell*), r.o. 6.24-6.25, hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m. nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*), r.o. 4.16.

³⁹² Hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Vie d' Or*), r.o. 4.16.

³⁹³ Hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), r.o. 6.2.

³⁹⁴ Hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), r.o. 6.1-6.4.5.

³⁹⁵ Hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), par. 4.

uitvoerig heeft gedaan in de Shell- en Vedior-zaken.³⁹⁶ In die zaken heeft het hof geoordeeld dat het hof ook toetst of het totaalbedrag in de schikking op een redelijke wijze wordt verdeeld, hetgeen zoals opgemerkt volgens de wetgever de bedoeling is bij de redelijkheidstoets. Volgens Yperen komt het hof blijkbaar terug op zijn eerdere beschikkingen, of is het van mening dat het zich slechts buigt over de redelijkheid van de verdeelsleutel wanneer de wijze van verdeling voldoende inzichtelijk is gemaakt.³⁹⁷ Daarnaast acht het hof de vergoeding niet onredelijk omdat ontevreden aandeelhouders de mogelijkheid hebben tot een opt-out. Zij kunnen dan alsnog hun aanspraken in rechte geldend maken door een individuele procedure aanhangig te maken.³⁹⁸ Yperen merkt op dat de redelijkheidstoets bestaat naast de opt-out mogelijkheid, en dus los daarvan moet worden beoordeeld.³⁹⁹ Volgens De Jong weegt in dit kader mee dat het afwijzen van het verzoek tot verbindendverklaring de kans met zich meebrengt dat een grote groep aandeelhouders geen enkele vergoeding meer krijgt; het blijft namelijk de vraag of zij tot een gunstigere schikking zullen komen. ‘In die zin staat het hof enigszins met zijn rug tegen de muur’, aldus De Jong.⁴⁰⁰

In de Converium-zaak zien we aldus een eerste koerswijziging van de rechter. De rechter gaat namelijk over tot een inhoudelijke beoordeling van het *totale* schikkingsbedrag, zonder dat dit past in de kaders van de WCAM-regeling. Is deze koerswijziging nader uitgebouwd in de volgende WCAM-zaken? Volgens Hermans is de volgens hem wenselijke terughoudendheid van de rechter niet (meer) terug te zien in de volgende WCAM-procedure: de DSB-zaak.⁴⁰¹

3.4.4.3 De DSB-zaak

In deze zaak is de DSB-bank beschuldigd van financiële wanpraktijken. De DSB-bank wordt verweten dat zij bij het aanbieden van verschillende financiële producten als kredieten, beleggingsverzekeringen, koopsompolissen, en effectenbeleningsovereenkomsten een te hoog bedrag heeft gehanteerd en in dit kader haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden.⁴⁰² Allereerst geeft het hof in twee tussenbeschikkingen de partijen de mogelijkheid om de voorgelegde schikkingsovereenkomst te voorzien van een nadere toelichting op de redelijkheid van de in de schikking toegekende vergoedingen. Bij de eerste tussenbeschikking omdat de schikking niet voorziet in een vergoeding voor de overkreditering,⁴⁰³ en bij de tweede tussenbeschikking omdat de rechter nog steeds van oordeel is dat de regeling geen redelijke vergoeding geeft aan de koopsompolishouders.⁴⁰⁴ Na aanpassing van de regeling is de schikkingsovereenkomst verbindend verklaard.

In het kader van de redelijkheid van de toegekende vergoedingen hebben partijen memoranda in het geding gebracht waarin een groot aantal juridische standpunten en argumenten zijn uitgewisseld over de dienstverlening van de DSB-bank. De verzoekers merken op dat deze informatie uitdrukkelijk niet is verstrekt met het doel om aan het hof een oordeel over de juridische standpunten en argumenten te ontlokken. In één van de memoranda gaan de curatoren

³⁹⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2012, JOR 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), par. 4.

³⁹⁷ Yperen, V&O 2012/3, p. 13.

³⁹⁸ Hof Amsterdam 17 januari 2012, JOR 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), r.o. 6.4.3.

³⁹⁹ Yperen, V&O 2012/3, p. 13.

⁴⁰⁰ Hof Amsterdam 17 januari 2012, JOR 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), par. 4.

⁴⁰¹ Hermans 2015, 14.7.3.

⁴⁰² Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (*DSB*).

⁴⁰³ Hof Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3918, r.o. 2.6-2.7. De regeling voorzag enkel in een rentevergoeding over het *overgekrediteerde* bedrag, en niet in een vergoeding van het overgekrediteerde bedrag *an sich*.

⁴⁰⁴ Hof Amsterdam 13 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1690, r.o. 7.5.21-7.5.22.

en de belangenorganisaties in op de vraag of de dekking van een koopsomverzekering al dan niet kan worden aangemerkt als ‘voordeel’ in de zin van art. 6:100 BW en, zo ja, of verrekening van dit voordeel redelijk is. In het memorandum stellen de curatoren zich op het standpunt dat de verzekerde vermogensrechtelijk voordeel toekomt. Volgens de curatoren kan dit voordeel door middel van een schatting worden vastgesteld en verrekend met de te vergoeden schade.⁴⁰⁵

Het hof gaat in het kader van de redelijkheidstoets expliciet in op het memorandum over voordeelstoerekening. Het hof acht aannemelijk dat een rechter aan wie dit geschilpunt ‘zou worden voorgelegd’, behoudens bijzondere omstandigheden, tot het oordeel zou komen dat in het algemeen voor voordeelstoerekening geen plaats is. Ook als de dekking in beginsel als voordeel zou worden aangemerkt, brengt art. 6:100 BW immers mee dat voordeelstoerekening slechts wordt toegepast als deze redelijk is.⁴⁰⁶ In het geval dat DSB-bank zelf een belangrijk voordeel van de dekking toekomt, is een reden gelegen om aan te nemen dat verrekening in het algemeen niet redelijk zou zijn.⁴⁰⁷

In de DSB-zaak lijkt het hof zijn koers te hebben veranderd. In de hiervoor behandelde zaken is duidelijk geworden dat het hof vooropstelt dat de WCAM-schikking naar aard en inhoud gekwalificeerd kan worden als vaststellingsovereenkomst. Kortom, de partijautonomie staat voorop. De toetsing van het hof in de eerdere WCAM-procedures wordt omschreven als marginaal.⁴⁰⁸ In de DSB-zaak is het hof minder terughoudend. Volgens het hof is het in het kader van de redelijkheidstoets noodzakelijk dat het zich een oordeel vormt over de schadeomvang die de benadeelden van de DSB-bank per onderscheiden productgroep hebben geleden.⁴⁰⁹ In dit geval kan niet geheel aan partijen worden overgelaten te bepalen waarmee zij genoegen nemen. Het hof rechtvaardigt het laatstgenoemde als volgt:

‘Dat de belangenorganisaties de WCAM-overeenkomst uitdrukkelijk redelijk en acceptabel hebben gevonden doet aan het voorgaande niet af. Anders dan bij een gewone vaststellingsovereenkomst, waar het geheel aan partijen is overgelaten om te bepalen waarmee zij genoegen nemen (in voorkomend geval namens hun achterban), dient het hof zich, op de hiervoor toegelichte wijze, in het kader van de algemeen verbindendverklaring een eigen oordeel te vormen over de redelijkheid van (de hoogte van) de toegekende vergoedingen.’⁴¹⁰

In de literatuur is door verschillende auteurs gesteld dat met deze intensievere toetsingswijze de WCAM ‘de das is omgedaan’.⁴¹¹ Zo merken Claessens en Warmerdam op dat de zienswijze van het hof in de DSB-zaak, gelet op de eerdere beschikkingen, komt als een ‘verrassing’. Zij menen dat de rechter in een eerder traject betrokken moet worden in een procedure waarbij hij kenbaar maakt op welke punten de schikking onredelijk is en kan resulteren in een niet-verbindendverklaring.⁴¹² Rutten meent dat de toetsing van het hof in de DSB-zaak ‘eendimensionaal en te weinig terughoudend’ is.⁴¹³ Door deze toetsingswijze hebben partijen na een lange en complexe onderhandelingsfase nog geen duidelijkheid omtrent de

⁴⁰⁵ Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (DSB), r.o. 7.2.1.

⁴⁰⁶ Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (DSB), r.o. 7.5.14.

⁴⁰⁷ Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (DSB), r.o. 7.5.16.

⁴⁰⁸ Los 2013, p. 25. Zie voorts Claessens & Warmerdam, FIP 2014/7, p. 257.

⁴⁰⁹ Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (DSB), r.o. 7.2.2. De productgroepen zien op koopsompolissen, kredieten, beleggingsverzekeringen en effectenbeleningsovereenkomsten.

⁴¹⁰ Hof Amsterdam 13 mei 2014, JOR 2015/9 (DSB), r.o. 7.2.3.

⁴¹¹ Arons, MvO 2016/4, onder verwijzing naar Claessens & Warmerdam, FIP 2014/7, p. 256 en Rutten TvI 2014/38, par. 6.

⁴¹² Claessens & Warmerdam, FIP 2014/7, p. 256. Zie voorts Kok & Sinninghe Damsté, TOP 2012/2, p. 74-75.

⁴¹³ Rutten, TvI 2014/38, par. 6.

vergoedingen. Dit doet enige afbreuk aan de efficiëntie van de procedure. Na lange onderhandelingen dient zich een nieuwe onderhandelingsfase aan, maar dan nu met het hof.⁴¹⁴ Volgens Van der Velden en Raaijmakers is sprake van een ‘trendbreuk’ en miskent het hof dat het om een schikking gaat waarbij partijen juist geen volle juridische toetsing beogen.⁴¹⁵ Anders dan de hiervoor benoemde auteurs vindt Arons deze toetsingswijze van het hof wenselijk. Zowel de verzoekers, alsook het hof hebben belang bij een toetsing waarbij de materieelrechtelijke posities van de benadeelden in acht worden genomen. Dit zou zelfs tot gevolg kunnen hebben de achterban minder snel gebruik maakt van de opt-out mogelijkheid.⁴¹⁶

Ook wat betreft de opt-out mogelijkheid bevat de DSB-beschikking een interessante overweging. Het hof wijst er namelijk op dat het in het belang is van alle betrokkenen, en tevens in overeenstemming met de wettelijke regeling dat het aantal opt-out’ers zo laag mogelijk is.⁴¹⁷ Dit aspect weegt volgens het hof mee bij het oordeel over de redelijkheid van de toegekende vergoedingen.⁴¹⁸ Dit door het hof geformuleerde gezichtspunt is echter niet terug te voeren naar de parlementaire geschiedenis van art. 7:907 lid 3 sub b BW, en kan ook niet gelezen worden in de bestaande gezichtspunten.

In casu heeft de rechter zich gebogen over de vraag of de aan de benadeelden per onderscheiden productgroep toegekende vergoedingen al dan niet redelijk zijn. Deze toetsingswijze van de rechter past binnen de kaders van de WCAM-regeling.⁴¹⁹ Zoals reeds opgemerkt bij de bespreking van de Converium-zaak ziet de redelijkheidstoets op de redelijkheidsbeoordeling van de vergoedingen. Daarnaast is reeds aan de orde gekomen dat bij de toetsing ex art. 7:907 lid 3 BW een actieve houding mag worden verwacht van de rechter. De parlementaire documentatie van de WCAM biedt dus voldoende grond voor deze toetsingswijze van het hof.

Echter, de door de wetgever aangedragen gezichtspunten bij art. 7:907 lid 3 sub b BW zijn met name open normen (en bieden weinig houvast voor de rechter). Daarnaast is in de parlementaire documentatie van de WCAM meermalen benadrukt dat een verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst de gevolgen krijgt van een vaststellingsovereenkomst.⁴²⁰ Uit de wettekst blijkt niet dat het, anders dan bij een ‘gewone’ vaststellingsovereenkomst, niet geheel aan partijen kan worden overgelaten wat zij bepalen omtrent de hoogte van de toegekende vergoedingen. Met deze toetsingswijze, waarin het hof oordeelt dat sprake is van een ‘ongewone’ vaststellingsovereenkomst, lijkt het erop dat de partijwil niet (meer) het uitgangspunt is. Het hof stelt zich minder terughoudend op, toetst de schikkingsovereenkomst aan art. 6:100 BW zonder dat het onderwerp is van het geschil en meent dat de inhoud van de schikkingsovereenkomst niet geheel overgelaten kan worden aan partijen (zonder uitvoerige motivering c.q. enige rechtvaardiging door bijvoorbeeld een verwijzing naar de wettekst). De vraag die in dit kader rijst is of de lijn van deze toetsingswijze is doorgezet in de laatste WCAM-schikking: de Fortis-zaak.

⁴¹⁴ Claessens & Warmerdam, *FIP* 2014/7, p. 256.

⁴¹⁵ Van der Velden & Raaijmakers, *TOP* 2014/381, p. 36.

⁴¹⁶ Arons, *MvO* 2016/4.

⁴¹⁷ Deze overweging van het hof wordt later herhaald in de Fortis-beschikking: hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*), r.o. 5.22.

⁴¹⁸ Hof Amsterdam 13 mei 2014, *JOR* 2015/9 (*DSB*), r.o. 7.2.4.

⁴¹⁹ Zie paragraaf 3.3.1.2.

⁴²⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4.

3.4.4.4 De Fortis-zaak

In deze zaak gaat het om de schade die beleggers hebben geleden door misleidende berichtgevingen van Fortis (thans: Ageas). Ook in de Fortis-zaak wordt door het hof allereerst een tussenbeschikking gewezen waarin het hof oordeelt dat de in de voorgelegde schikkingsovereenkomst opgenomen vergoedingsregeling niet redelijk is in de zin van art. 7:907 lid 3 sub b BW.⁴²¹ Het kernargument hiervoor is dat er in de schikkingsovereenkomst ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen twee groepen aandeelhouders, te weten de actieve en niet-actieve claimanten (ofwel: free-riders).⁴²² De partijen worden ex art. 7:907 lid 4 BW in de gelegenheid gesteld de schikkingsovereenkomst aan te vullen of te wijzigen.

In de schikkingsovereenkomst worden de actieve claimanten – kort samengevat - gedefinieerd als de aandeelhouders die zich hebben aangesloten bij de belangenorganisatie die de gerechtelijke procedure heeft ingesteld.⁴²³ De niet-actieve claimanten zijn de aandeelhouders die dat niet hebben gedaan.⁴²⁴ De eerste schikkingsovereenkomst kende ongeveer 50% meer schadevergoeding toe aan de actieve claimanten.⁴²⁵ Volgens de verzoekers was deze regeling gerechtvaardigd omdat de actieve claimanten proceskosten hebben gemaakt, terwijl de niet-actieve claimanten geen actieve (inspannings-)bijdrage hebben geleverd.⁴²⁶ Het hof wijst erop dat de schade exact gelijk is voor alle aandeelhouders die ingevolge de in de overeenkomst beschreven omstandigheden binnen een bepaalde schadegroep vallen. Het onderscheid wordt daarom niet gerechtvaardigd door de aard, omvang, ernst of oorzaak van de schade.⁴²⁷ In de literatuur wordt geopperd dat de actieve houding van de rechter gevonden kan worden in de taak om de belangen van alle benadeelden te beschermen, in casu voor de niet-actieve claimanten.⁴²⁸ De door de rechter benoemde gezichtspunten bij art. 7:907 lid 3 sub b BW (de aard, omvang, ernst en oorzaak van de schade) zijn expliciet verankerd in de wettekst van art. 7:907 lid 3 BW. In casu legt de rechter de focus op de oorzaak, terwijl partijen niet wijzen naar de oorzaak van de schade (koersverlies), maar naar in hoeverre de aandeelhouders zijn betrokken bij de procedure.

Na wijziging van de schikking ex art. 7:907 lid 4 BW heeft het hof de redelijkheid van de vergoedingen op een vergelijkbare wijze getoetst als in de DSB-zaak. De overweging van het hof in de DSB-zaak ten aanzien van de redelijkheidstoets, is integraal overgenomen door het hof.⁴²⁹ De in paragraaf 3.5.5.1 besproken overweging van het hof, waaruit blijkt dat niet geheel aan partijen kan worden overgelaten te bepalen waarmee zij genoegen nemen in hun schikkingsovereenkomst, wordt in de Fortis-zaak nader gerechtvaardigd:

‘(...) De rechtvaardiging daarvan is met name, dat, anders dan bij een gewone vaststellingsovereenkomst, door de verbindendverklaring in beginsel ook de gerechtigden gebonden worden die niet bij de onderhandelingen betrokken waren en daarop dus ook geen invloed hebben gehad. Daarbij kan worden opgemerkt dat het in het belang is van alle betrokkenen en tevens in overeenstemming met de wettelijke regeling dat het aantal

⁴²¹ Hof Amsterdam 16 juni 2017, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 10.1 e.v.

⁴²² Hof Amsterdam 16 juni 2017, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.26-8.27.

⁴²³ Fortis schikkingsovereenkomst 2018, p. 27, te raadplegen via:

www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/nederlandse-vertaling-ageas.pdf.

⁴²⁴ Fortis schikkingsovereenkomst 2018, par. 4.

⁴²⁵ Hof Amsterdam 16 juni 2017, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.16.

⁴²⁶ Hof Amsterdam 16 juni 2017, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.28.

⁴²⁷ Hof Amsterdam 16 juni 2017, JOR 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann, r.o. 8.26.

⁴²⁸ Rijndorp & Tillema, MvO 2018/5-6, p. 126.

⁴²⁹ Hof Amsterdam 13 juli 2018, JOR 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (Fortis), r.o. 5.22.

*aandeelhouders dat ervoor kiest een opt out-verklaring af te leggen zo klein mogelijk is. Dat aspect weegt ook mee bij het oordeel van het hof over de redelijkheid van de toegekende vergoedingen.*⁴³⁰

In het kader van de redelijkheidstoets merkt het hof verder op dat er nog weinig richtinggevende jurisprudentie is over de wijze waarop de schade moet worden vastgesteld van individuele aandeelhouders van een vennootschap die het belegend publiek heeft misleid. Of de door partijen gehanteerde rekenmethodiek en de daarbij gehanteerde aannames in rechte geaccepteerd zullen worden is volgens het hof ‘nog geen uitgemaakte zaak’.⁴³¹ In 2018 merken Rijndorp en Tillema op dat de tijd rijp lijkt voor uitbreiding van het toetsingskader van de rechter ten aanzien van onder meer de aard en omvang van het schikkingsbedrag en van de individuele schade.⁴³² Hierbij worden enkele richtinggevende factoren geformuleerd die als gezichtspunt meegenomen kunnen worden bij de redelijkheidsbeoordeling. Zo zou de rechter de aard en de omvang van de individuele schade kunnen meewegen, de deskundigheid van de individuele benadeelden en meer duidelijkheid verschaffen over de gevolgen van een mogelijke afwijzing ex art. 7:907 lid 3 sub b BW. Als mogelijke gevolgen wordt genoemd de mogelijkheid tot een vergoedingsverlaging, of het laten vervallen van de schikking.⁴³³

3.4.5 Analyserend: de rechterlijke toetsingsintensiteit in de WCAM-zaken in verhouding tot afd. 6.1.10 BW

Hierboven is onderzocht in hoeverre de rechter de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW heeft betrokken in zijn redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW. Wat hierboven nog verspreid ligt en een aparte analyse behoeft, zijn de opvattingen over de toetsingsintensiteit van de rechter. Gaat het om een volledig inhoudelijke, of een marginale toetsing? Het is duidelijk dat de meningen hierover sterk uiteen lopen, onder meer wat wel en niet wenselijk is. De vraag wat wel en niet wenselijk is laat ik buiten het bereik van mijn analyse. Ik beperk mij tot de volgende vraag: wat is de verhouding tussen de toetsingsintensiteit van de rechter bij zijn redelijkheidstoets in de WCAM-zaken en afd. 6.1.10 BW?

Hiervoor is meermalen aan de orde gekomen dat bij de toetsing ex art. 7:907 lid 3 BW een actieve houding mag worden verwacht van de rechter.⁴³⁴ Ook is besproken dat de rechterlijke toetsing wordt aangeduid als marginaal.⁴³⁵ Immers, volgens de WCAM-regeling toetst de rechter niet of de schikkingsovereenkomst al dan niet rechtens correct is, maar of die al dan niet redelijk is ex art. 7:907 lid 3 sub b BW.⁴³⁶ In mijn optiek veronderstelt ‘redelijk’ een zekere discretieruimte, die ‘klein of groot’ gehouden kan worden. Gezien de analyse van de WCAM-zaken lijkt die ruimte steeds beperkter te worden. Daar waar het hof tot 2014 een vrij terughoudende toets aanhoudt (waarbij de partijautonomie steeds voorop staat), wordt namelijk het tij gekeerd in de DSB-zaak. Deze lijn wordt voortgezet in de daaropvolgende Fortis-zaak. Het hof betreft verscheidene nieuwe gezichtspunten in zijn redelijkheidsoordeel ex art. 7:907 lid 3 sub b BW, die niet te herleiden zijn naar de parlementaire documentatie van de WCAM: onder meer het aantal opt-out'ers en de steun van derden aan de door partijen bereikte

⁴³⁰ Hof Amsterdam 13 juli 2018, JOR 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*), r.o. 5.22.

⁴³¹ Hof Amsterdam 13 juli 2018, JOR 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*), r.o. 5.31.

⁴³² Rijndorp & Tillema, *MvO* 2018/5-6, p. 130.

⁴³³ Rijndorp & Tillema, *MvO* 2018/5-6, p. 130-131.

⁴³⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29414, nr. C, p. 6.

⁴³⁵ Zie onder meer Kok & Sinninghe Damsté, *TOP* 2011/1, p. 34, Klaassen, *AA* december 2013, p. 633 en Los 2013, p. 29.

⁴³⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4-6.

schikkingsovereenkomst. De kernvraag in mijn analyse is echter of de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW ook ‘een vinger in de pap’ hebben bij deze steeds indringendere toets van de rechter.

De meest in het oog springende overweging van het hof, die niet overeenkomt met de parlementaire documentatie van de WCAM, is dat de schikkingsovereenkomst niet in het geheel aan partijen kan worden overgelaten omtrent de hoogte van de toegekende vergoedingen. Als het ook aan de rechter overgelaten moet worden, op basis waarvan dient hij dan te oordelen of de toegekende vergoedingen al dan niet redelijk zijn? Uit de analyse van de WCAM-schikkingen blijkt dat het oordeel niet alleen op basis van de door de wetgever aangedragen gezichtspunten wordt gegeven. De rechter zoekt aansluiting bij afd. 6.1.10 BW, ook wanneer dit niet past in de kaders van de WCAM-regeling. Zo betreft de rechter bijvoorbeeld het leerstuk van eigen schuld (art. 6:101 BW) en matiging (art. 6:109 BW) in zijn redelijkheidsoordeel. Het hof wijst in de laatste twee WCAM-zaken bovendien tussenbeschikkingen doordat de vergoedingen niet redelijk genoeg zijn ex art. 7:907 lid 3 sub b BW. Al met al zien we een steeds kritischer onderzoekende WCAM-rechter,⁴³⁷ waarbij bepalingen uit afd. 6.1.10 BW ‘doorwerken’ in art. 7:907 lid 3 sub b BW. Een terughoudende toets, waarin aspecten als eigen schuld en matiging (die ingebed zijn in afd. 6.1.10 BW) buiten het bereik van de rechter blijven, lijkt aldus niet te passen in de rol van de WCAM-rechter. De afstand tussen afd. 6.1.10 BW en art. 7:907 lid 3 sub b BW is in de WCAM-praktijk kleiner geworden doordat de rechter bepalingen uit die afdeling heeft toegepast bij zijn redelijkheidstoets.

3.5 Tussenconclusie

Mijns inziens dient in de WCAM-procedure de contractsvrijheid van partijen als pilaar voor de wetgever. Hierdoor staat de WCAM in beginsel los van afd. 6.1.10 BW, waarin een individuele schadeafdoening het uitgangspunt is. De wetgever beoogt individuele (rechts-)vragen buiten het bereik van het rechterlijk oordeel te laten.⁴³⁸ Het zijn onder de WCAM de partijen die buiten het bereik van afd. 6.1.10 BW tot een schadebegroting kunnen komen, en niet de rechter. Wel is het de rechter die de schikking verbindend verklaard, en een redelijkheidsoordeel geeft over de toegekende vergoedingen in de schikkingsovereenkomst. De motivering van het hof ziet veelal op een efficiënte en effectieve afdoening. Evenwel toetst de rechter steeds indringender, waarbij hij verscheidene gezichtspunten formuleert die niet passen in de kaders van de WCAM-regeling (het aantal opt-out'ers en de steun aan de schikkingsovereenkomst). Tevens betreft de rechter bepalingen uit afd. 6.1.10 BW bij zijn redelijkheidstoets: de artt. 6:100, 6:101 (die niet hun grondslag vinden in de WCAM-regeling) en 6:109 BW. Getuige de WCAM-praktijk kan gesteld worden dat er een spanning bestaat tussen de redelijkheidstoets van art. 7:907 lid 3 sub b BW en afd. 6.1.10 BW. Bij de beoordeling van de schikkingsovereenkomst gaat het namelijk niet om de vraag wat rechtens is volgens het reguliere schadevergoedingsrecht,⁴³⁹ terwijl nu de afstand tussen afd. 6.1.10 BW en art. 7:907 lid 3 sub b BW steeds kleiner wordt. Dit lijkt niet in lijn met de bedoeling van de wetgever nu de WCAM-regeling juist (individuele) rechtsvragen over de schadevergoeding buiten het bereik van het rechterlijk oordeel wil laten.⁴⁴⁰ De vervolgvraag is dan ook als volgt: staat de rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA op losse schroeven, of biedt afd. 6.1.10 BW (nu) een voldoende basis voor een veralgemeniseerde toepassing van de bepalingen op collectief niveau? Hoofdstuk 4 gaat hier nader op in.

⁴³⁷ Hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*), par 8.

⁴³⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6 en p. 52.

⁴³⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

⁴⁴⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

Hoofdstuk 4 De collectieve schadebegroting in verhouding tot afd. 6.1.10 BW onder de WAMCA

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is de verhouding tussen afd. 6.1.10 BW en de WCA in kaart gebracht. Hoofdstuk 3 is ingegaan op de verhouding tussen de WCAM en afd. 6.1.10 BW. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht wat de verhouding is tussen de *rechterlijke* collectieve schadebegroting onder de WAMCA en afd. 6.1.10 BW. Centraal staan de volgende twee deelvragen:

- *Wat is de verhouding tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW onder de WAMCA?*
- *Biedt afd. 6.1.10 BW voldoende basis voor een rechterlijke collectieve schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv?*

Allereerst wordt in paragraaf 4.2 ingegaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de WAMCA. Paragraaf 4.3 gaat in op de WAMCA-procedure. In het bijzonder is er aandacht voor de verhouding tussen de door de wetgever aangedragen toetsingscriteria en handvatten voor de rechterlijke schadebegroting en afd. 6.1.10 BW. In paragraaf 4.4 wordt uitgebreid stilgestaan bij de actuele discussie in de literatuur over de vraag of afd. 6.1.10 BW al dan niet voldoende basis biedt voor een rechterlijke collectieve schadebegroting. Paragraaf 4.5 bespreekt enkele relevante (reeds aanhangige) WAMCA-procedures. Tot slot volgt in paragraaf 4.6 een tussenconclusie.

4.2 De totstandkomingsgeschiedenis van de WAMCA

Een groot kritiekpunt van de WCAM-procedure is het vrijwillige karakter ervan.⁴⁴¹ Voor situaties waarin tussen partijen geen wilsovereenstemming bestaat tot het bereiken van een schikking, schiet de WCAM tekort. De WCAM voorziet namelijk niet in de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie. Er ontbreekt dus een ‘stok achter de deur’ om in rechte een regeling af te dwingen voor partijen waarbij onderhandelingsbereidheid ontbreekt.⁴⁴² In de literatuur is een grote roep waarneembaar geweest ten faveure van een collectieve schadevergoedingsvordering,⁴⁴³ die in 2020 een feit is geworden met de komst van de WAMCA.

De WAMCA is op 1 januari 2020 in werking getreden.⁴⁴⁴ Met de WAMCA is uitvoering gegeven aan de motie Dijkssma.⁴⁴⁵ In de motie Dijkssma van 3 november 2011 heeft de Tweede Kamer de minister verzocht om instrumenten te introduceren die representatieve belangenorganisaties het recht toekennen om schade collectief te verhalen. Daartoe dienden in elk geval de WCAM en het Burgerlijk Wetboek aangepast te worden.⁴⁴⁶ Zoals besproken in paragraaf 3.2.4 is de wijziging van de WCAM op 1 juli 2013 in werking getreden.⁴⁴⁷ Aan het gedeelte van de motie Dijkssma om het Burgerlijk Wetboek te wijzigen is een eerste poging

⁴⁴¹ Van den Borne, *Bb* 2004/68, p. 3. Zie voorts Ozmis & Tzankova, *TCR* 2012/2, p. 34.

⁴⁴² Van den Borne, *Bb* 2004/68, p. 3.

⁴⁴³ Zie onder meer: Tzankova 2007, p. 154-55, Van den Borne, *Bb* 2004/68, p. 3-4 en Van Uchelen, *WPNR* 2008/6772, p. 804-805.

⁴⁴⁴ *Stb.* 2019, 130.

⁴⁴⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XIII, nr. 14.

⁴⁴⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XIII, nr. 14.

⁴⁴⁷ *Stb.* 2013, 255.

gedaan door de in 2014 gepubliceerde voorontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie 2014 ('het voorontwerp'). In essentie beoogde het voorontwerp de in art. 3:305a lid 3 BW neergelegde wettelijke uitsluiting van schadevergoeding in geld te schrappen.⁴⁴⁸ Het voorontwerp stuitte op zeer veel kritiek.⁴⁴⁹ Vervolgens heeft het ministerie een 'stakeholdersbijeenkomsten' georganiseerd op 9 april 2015. Deze bijeenkomst was aanleiding voor het rapport 'Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijksma' ('Aanbevelingen juristengroep'),⁴⁵⁰ die de basis heeft gevormd voor een volledig nieuw wetsvoorstel. Het nieuwe wetsvoorstel dat op 15 november 2016 is ingediend door het ministerie, is op 1 januari 2020 in werking getreden. Het verdient opmerking dat de WCAM, naast de WAMCA-procedure, ongewijzigd blijft bestaan als alternatieve route.⁴⁵¹

4.2.1 Het voorontwerp van 2014 in verhouding tot afd. 6.1.10 BW

4.2.1.1 Relevantie

Zoals opgemerkt vindt de WAMCA haar oorsprong in de motie-Dijksma, het voorontwerp en de Aanbevelingen juristengroep. Omdat het voorontwerp en de Aanbevelingen juristengroep de basis hebben gelegd van de WAMCA is het, voor een goed begrip van de WAMCA-regeling, zinvol om allereerst nader stil te staan bij het voorontwerp, en de kritieken daarop.⁴⁵² De bespreking hieronder zal zich, met het oog op de centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek, hoofdzakelijk beperken tot de uitlatingen die betrekking hebben op de collectieve schadebegroting door de rechter in verhouding tot afd. 6.1.10 BW.

4.2.1.2 Het voorontwerp 2014 in een notendop

Zoals hiervoor vermeld is met het voorontwerp een eerste (mislukte) poging gedaan tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie. De collectieve schadevergoedingsactie in het voorontwerp werd gezien als mogelijke voorfase van de WCAM.⁴⁵³ Het voorontwerp had tot doel een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen, en een ongewenste claimcultuur te voorkomen.⁴⁵⁴ Met het voorontwerp werd beoogd de verbodsbepaling in art. 3:305a lid 3 BW (oud) te schrappen en een, met waarborgen omklede, stapsgewijze schadevergoedingsprocedure te introduceren. De collectieve schadevergoedingsprocedure van het voorontwerp zou ingezet kunnen worden als de gewenste 'stok achter de deur' wanneer bij de partijen bereidheid tot onderhandelen ontbreekt, of als partijen door andere redenen er niet in slagen een schikking te bereiken.⁴⁵⁵ De regeling is erop gericht dat partijen, onder regie van de rechter, zoveel mogelijk trachten in gezamenlijkheid tot afwikkeling van een massaschade te komen door middel van een collectieve vaststellingsovereenkomst. Slechts in het uiterste geval zou de rechter – als ultimum remedium – een collectieve schikking kunnen opleggen.⁴⁵⁶ De collectieve schadevergoedingsactie van het

⁴⁴⁸ Consultatieversie voorontwerp 2014, p. 4 (MvT).

⁴⁴⁹ Er zijn in totaal achttien reacties binnengekomen op de internetconsultatie van het voorontwerp, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reactie/11a7bf0c-994c-4ca7-9a4d-e4160f7ffd3f.

⁴⁵⁰ Aanbevelingen juristengroep 2015, opgenomen als bijlage in *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3.

⁴⁵¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 10. Zie voorts Van Boom, *TvC* 2019/4, p. 155.

⁴⁵² De Aanbevelingen juristengroep bespreekt hoofdzakelijk procesrechtelijke aspecten, waardoor een bespreking niet van toegevoegde waarde is voor dit onderzoek.

⁴⁵³ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 7.

⁴⁵⁴ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 1.

⁴⁵⁵ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 1.

⁴⁵⁶ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 1.

voorontwerp beoogde geen wijziging te brengen in het huidige aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht.⁴⁵⁷

De voorgestelde collectieve schadevergoedingsprocedure in het voorontwerp is opgedeeld in vijf stappen.⁴⁵⁸ De eerste (formele) stap houdt in dat de rechter zich uitspreekt over de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie die de rechtsvordering inleidt.⁴⁵⁹ De rechter oordeelt vervolgens in de tweede stap of de aangesproken partij onrechtmatig heeft gehandeld. Is dit het geval, dan geeft de rechter partijen een termijn waarin zij in overleg tot een schikking kunnen komen.⁴⁶⁰ Indien dat lukt, eindigt daarmee de procedure bij stap 2. Het is dan aan partijen om de schikkingsovereenkomst al dan niet verbindend te laten verklaren via de WCAM.⁴⁶¹ Lukt het partijen niet een schikking te bereiken, dan volgt de derde stap waarin onder regie van de rechter partijen alsnog trachten een schikkingsovereenkomst te bereiken.⁴⁶² Indien het partijen ondanks voornoemde pogingen niet lukt om een vrijwillige collectieve schikking te bereiken, wordt in de vierde stap een laatste schikkingspoging gedaan.⁴⁶³ De rechter beveelt de overlegging van de voorstellen voor een collectieve schikking van de partijen. In dit traject kan de rechter de partijen naar een mediator verwijzen, die aan de hand van de overgelegde voorstellen met partijen tracht overeenstemming te bereiken over een schikking.⁴⁶⁴ Indien het partijen wederom niet lukt om een schikking te bereiken, volgt de vijfde en laatste stap. De rechter stelt, met inachtneming van de overgelegde voorstellen van partijen, eventueel zelf een regeling voor een collectieve schadeafwikkeling vast. Deze laatste stap fungeert als ‘stok achter de deur’ om partijen in de daaraan voorafgaande stappen zoveel mogelijk te bewegen om in onderling overleg een schikkingsovereenkomst te bereiken.⁴⁶⁵

4.2.2 De rechterlijke collectieve schadebegroting in het voorontwerp 2014

In de concept memorie van toelichting van het voorontwerp is ten aanzien van de schadevaststelling door de rechter aansluiting gezocht bij art. 6:97 BW. Het artikel laat volgens de wetgever ruimte om collectief te begroten aan de hand van schadecategorieën.⁴⁶⁶ Verder moet de rechter erop toezien dat de toegekende vergoeding ‘redelijk’ is, en de belangen van de benadeelden ook anderszins voldoende zijn gewaarborgd. Men denke hierbij aan een eenvoudige en snelle verkrijging van de vergoedingen, waarbij voorspelbaar en gemakkelijk kan worden vastgesteld in welke schadevergoedingscategorie de benadeelden behoren en dat de schadevaststelling gebeurt door een voldoende onafhankelijke organisatie.⁴⁶⁷

4.2.3 De kritiek op het voorontwerp 2014 in verhouding tot afd. 6.1.10 BW

De meest in het oog springende reactie op het voorontwerp wat betreft de verhouding tussen de rechterlijke schadebegroting en afd. 6.1.10 BW betreft het advies van de Raad voor rechtspraak (‘de Raad’). Kennelijk was het advies van de Raad ook cruciaal voor de wetgever nu deze, als

⁴⁵⁷ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT).

⁴⁵⁸ Zie voor een schematisch overzicht van de collectieve schadevergoedingsprocedure van het voorontwerp 2014: Stapel & Thuijs V&O 2014/12.

⁴⁵⁹ Ex art. 1018e lid 4 Rv van het voorontwerp, zie consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 7.

⁴⁶⁰ Ex art. 1018e lid 8 Rv van het voorontwerp, zie consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 10.

⁴⁶¹ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 10 en 40.

⁴⁶² Ex art. 1018f lid 2 Rv van het voorontwerp, zie consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 10 en 39.

⁴⁶³ Stapel & Thuijs, V&O 2014/12.

⁴⁶⁴ Ex art. 1018g lid 3 Rv van het voorontwerp, zie consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 11.

⁴⁶⁵ Ex art. 1018g lid 4 Rv van het voorontwerp, zie consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 11-12.

⁴⁶⁶ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 46.

⁴⁶⁷ Consultatieversie voorontwerp 2014 (MvT), p. 47.

enige uit de reacties op het voorontwerp, is opgenomen als bijlage in de parlementaire documentatie van de WAMCA.⁴⁶⁸ In het advies van de Raad wordt geconstateerd dat het voorontwerp geen oplossing biedt voor het al bij de invoering van art. 3:305a BW geconstateerde centrale probleem dat indien partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de hoogte van de te vergoeden schade, de rechter onvoldoende wettelijke middelen heeft om in een collectieve procedure de hoogte van de individuele schadevergoeding vast te stellen.⁴⁶⁹ De Raad wijst erop dat bij de invoering van art. 3:305a BW een collectieve rechterlijke schadebegroting uitdrukkelijk onmogelijk is gemaakt. In hoeverre de schade toerekenbaar is en of al dan niet sprake is van eigen schuld zou namelijk niet beantwoord kunnen worden in een collectieve actie.⁴⁷⁰ Uitsluitend een verwijzing naar art. 6:97 BW, en een aanwijzing dat de door de rechter vast te stellen regeling ‘redelijk’ dient te zijn, biedt onvoldoende houvast. Weliswaar kan de rechter de benadeelden categoriseren, maar ook over de wijze waarop dit zou moeten gebeuren biedt het voorontwerp geen uitsluitel. Volgens de Raad draagt de voorgestelde procedure daardoor het reële risico dat het uitmondt in een eindeloos, en voor de rechter onbeheersbaar gevecht.⁴⁷¹

De Raad haalt de hypothetische situatie aan waarin het hof in een schikkingsprocedure oordeelt dat ten aanzien van bepaalde groepen geen sprake is van causaal verband of eigen schuld. In dit verband vraagt de Raad zich af of de rechter wel een juiste rechtsopvatting heeft gehad over het begrip schade, en over de ‘aard van de schade’ in de zin van art. 6:97 BW. Immers, als bijvoorbeeld buiten de schikkingsprocedure in rechte komt vast te staan dat wel degelijk sprake is van eigen schuld, dan spreken we toch van evident onredelijke vergoedingen? De Raad vraagt zich af of het hof moet oordelen volgens de regelen des rechts of als goede mannen naar billijkheid. De Raad vraagt expliciet om een antwoord op de vraag hoe de rechter nu een ‘redelijke’ regeling moet vaststellen op grond van art. 1018g lid 4 van het voorontwerp.⁴⁷²

De Nederlandse Orde van Advocaten (‘NOvA’) stelt dat van de rechter wordt verlangd dat hij een schikking oplegt aan partijen op niet-juridische gronden. Het betreft immers geen rechterlijk oordeel over wat rechtens de juiste uitkomst is van het geschil, maar een aan partijen op te leggen schikking. De NOvA betwijfelt dat toetsing op redelijkheid in plaats van op juridische gronden een taak is die de rechter toekomt. Het is immers niet duidelijk op grond waarvan de rechter (anders dan slechts marginaal) dient te bepalen wat redelijk is.⁴⁷³

In de literatuur is verder stilgestaan bij de vraag of de rechter bij de vaststelling van de schadeafwikkeling de nodige gronden van de stellingen en bewijs tot zijn beschikking heeft om op basis hiervan een rechtsbeslissing te geven. Gras en Korsten stellen dat onder ‘redelijk’ de nodige niet uitgeprocedeerde juridische beoordeling van de schadeomvang schuil kunnen gaan. Het is namelijk onduidelijk in hoeverre (als de aansprakelijkheid al is aangenomen) te bewijzen stellingen omtrent causaliteit, aard en hoogte van de schade, toerekening, verjaring en eigen schuld een rol spelen bij de schadeafwikkeling door de rechter. Door deze onduidelijkheden bestaat de kans dat de rechter niet optreedt als zijnde de rechter, maar als ‘goede man naar redelijkheid’.⁴⁷⁴ Ook Van Duin en Lawant zijn kritisch over het feit de rechter zelf een schadeafwikkeling kan vaststellen. Kennelijk dient de rechter geen rechtsoordeel te geven over

⁴⁶⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 50.

⁴⁶⁹ Advies Raad voor de rechtspraak 2014, p. 5.

⁴⁷⁰ Advies Raad voor de rechtspraak 2014, p. 5.

⁴⁷¹ Advies Raad voor de rechtspraak 2014, p. 5.

⁴⁷² Advies Raad voor de rechtspraak 2014, p. 12.

⁴⁷³ Advies Nederlandse Orde van Advocaten 2014, p. 1.

⁴⁷⁴ Gras & Korsten, *Bb* 2014/84.

alle verweren in verband met de aard en omvang van de schadeplichtigheid. Dit komt de aanvaardbaarheid van de door de rechter op te leggen schaderegeling niet ten goede. Mede hierdoor is het voorontwerp ‘een brug te ver’.⁴⁷⁵

4.3 De WAMCA introduceert de collectieve schadevergoedingsvordering in geld

4.3.1 De WAMCA-procedure in een notendop

De WAMCA maakt het mogelijk om schadevergoeding in geld te vorderen in een collectieve actie.⁴⁷⁶ De wettelijke uitsluiting van schadevergoeding in geld - art. 3:305a lid 3 BW (oud) - is daarmee geschrapt en art. 3:305a BW is vrijwel volledig herschreven.⁴⁷⁷ In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een nieuwe titel 14A toegevoegd aan het derde Boek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin de nieuwe artt. 1018b-m Rv de materieel- en procesrechtelijke aspecten van de WAMCA nader uitwerken.⁴⁷⁸ De procedure is, anders dan onder de WCAM, een dagvaardingsprocedure.⁴⁷⁹ De WAMCA voorziet in één regime voor collectieve acties ex art. 3:305a BW, ongeacht of ze strekken tot schadevergoeding in geld.⁴⁸⁰ De collectieve schadevergoedingsactie kan ingesteld worden voor de afwikkeling van alle vormen van schade, en beperkt zich ook niet tot bepaalde vorderingsgerechtigden.⁴⁸¹ Alle collectieve procedures worden door de eiser geregistreerd in een centraal register dat voor eenieder eenvoudig raadpleegbaar is.⁴⁸² Het doel van het centrale register is (1) dat centraal bijgehouden wordt welke collectieve acties aanhangig worden gemaakt, en (2) geïnteresseerden eenvoudig kunnen terugvinden welke collectieve acties aanhangig zijn.⁴⁸³ Indien meerdere belangenorganisaties een collectieve vordering willen instellen, kiest de rechter de meest geschikte organisatie als Exclusieve Belangenbehartiger (‘EB’).⁴⁸⁴ Art. 3:305a BW regelt wie een collectieve vordering kan instellen en onder welke voorwaarden. De bepalingen in Titel 14A regelen hoe deze vordering moet worden ingesteld en afgewikkeld.⁴⁸⁵

De WAMCA beoogt een efficiënte en effectieve collectieve afwikkeling van massaschade te bevorderen.⁴⁸⁶ De wetgever benoemt expliciet dat de WAMCA ook een efficiënte en effectieve methode kan zijn om strooischade te verhalen voor een groep benadeelden.⁴⁸⁷ Onder strooischade wordt verstaan ‘massaschade die voor elk van de benadeelden zo gering is, dat een individuele actie met het oog op de kosten daarvan niet loont’.⁴⁸⁸ De wetgever streeft met de WAMCA naar een balans tussen het belang van benadeelden om hun rechten te kunnen verwezenlijken, en het belang van de aangesproken partijen om beschermd te worden tegen ongefundeerde of lichtvaardige massaclaims.⁴⁸⁹

⁴⁷⁵ Van Duin & Lawant, *TCR* 2015/7, p. 7.

⁴⁷⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

⁴⁷⁷ Met het oog op de centrale onderzoeksvraag worden de nadere wijzigingen niet (uitvoerig) besproken.

⁴⁷⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 16.

⁴⁷⁹ Art. 1018b lid 2 Rv.

⁴⁸⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

⁴⁸¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 7.

⁴⁸² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 8.

⁴⁸³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 37.

⁴⁸⁴ Kortmann, *NJB* 2018/407.

⁴⁸⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 31.

⁴⁸⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

⁴⁸⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2010/11, 27879, nr. 34.

⁴⁸⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 4.

⁴⁸⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

In hoofdstuk 2 is besproken dat een schadevergoedingsvordering in een collectieve actie al sinds 1988 een discussiepunt is.⁴⁹⁰ In 1994 is in art. 3:305a lid 3 BW (oud) de uitsluiting van een schadevergoedingsvordering in een collectieve actie geïntroduceerd. Deze uitsluiting is destijds opgenomen in de wet doordat een dergelijke mogelijkheid veel juridisch-technische complicaties met zich zou brengen. Individuele omstandigheden zouden zich niet lenen voor een bundeling van schadevergoedingsaanspraken.⁴⁹¹ Met de WCAM is deze wettelijke uitsluiting niet vervallen. Reden hiervan was – kort gezegd – het voorkomen van polarisatie en mogelijk zelfs escalatie. Een collectieve schadevergoedingsvordering zou namelijk ‘onhandelbaar’ worden als de slechts per individu te beantwoorden rechtsvragen (zoals causaliteit, eigen schuld en omvang van de schade) betrokken zouden worden in een collectieve procedure.⁴⁹² Met de WAMCA is weliswaar een einde gekomen aan het verbod van art. 3:305a lid 3 BW, maar de al jarenlang durende discussie is nog volop aan de gang. Voor een goed begrip van de discussie, die later in dit hoofdstuk in kaart wordt gebracht, wordt hieronder eerst nader stilgestaan bij de relevante uitgangspunten van de WAMCA-procedure.

4.3.2 Een stapsgewijs overzicht van de WAMCA-procedure

Voor een goed begrip van de WAMCA-procedure volgt hieronder – in het kort – een stapsgewijs overzicht van het WAMCA-proces.⁴⁹³

1. Allereerst dient de belangenbehartiger - op straffe van niet-ontvankelijkheid – in overleg te treden met de aangesproken partij over het gevorderde. Het in art. 3:305a lid 3 sub c BW verankerde overlegvereiste bepaalt dat de eisende partij in de gegeven omstandigheden voldoende heeft getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de verweerder. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daarvoor in elk geval voldoende.⁴⁹⁴
2. Art. 1018c Rv regelt de aanvang, en de ontvankelijkheid van de eisende partij in de WAMCA-procedure. Na de overlegverplichting van art. 3:305a lid 3 sub c dient de eiser de procesinleiding op te stellen en in te dienen conform de voorschriften van art. 1018c lid 1 Rv.⁴⁹⁵
3. Binnen twee dagen na indiening van zijn procesinleiding dient de eiser, op straffe van niet-ontvankelijkheid, een aantekening te maken in het centrale register voor collectieve acties (art. 1018c lid 2 BW).
4. Voordat de rechter de collectieve vordering inhoudelijk behandelt, beslist hij eerst over de ontvankelijkheid ex art. 1018c lid 5 Rv. Ingevolge art. 1018c lid 5 sub a BW dient te zijn voldaan aan de ontvankelijkheidseisen van art. 3:305a BW. Sub b van het artikel bepaalt dat de eiser voldoende aannemelijk moet maken dat het voeren van een collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele

⁴⁹⁰ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1987/88, 19908, nr. 8, p. 12 en 16. Zie voor een nadere bespreking hoofdstuk 2 en 3.

⁴⁹¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30, *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, nr. 7, p. 4.

⁴⁹² *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

⁴⁹³ Het overzicht is geïnspireerd door een vergelijkbaar overzicht (en tevens uitgebreider wat betreft de procesrechtelijke aspecten van de procedure) in: Van der Krans, *O&F* 2019/3, p. 65-66. Zie voor een schematisch overzicht van de WAMCA-procedure: Van Boom, *TvC* 2019/4, p. 156.

⁴⁹⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 28.

⁴⁹⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 36.

vordering. Tot slot bepaalt art. 1018c lid 5 sub c BW dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt op het moment waarop het geding aanhangig wordt.⁴⁹⁶ De bepaling beoogt een mogelijk (uitgebreid) inhoudelijk geschil over de collectieve vordering te voorkomen in gevallen waarin de collectieve vordering toch niet tot toewijzing kan leiden, omdat de rechter alsnog concludeert tot niet-ontvankelijkheid, of de vordering als summierlijk ondeugdelijk afwijst.⁴⁹⁷

5. Er wordt een EB aangewezen door de rechter ex art. 1018e Rv.
6. Nadat een EB is aangewezen kunnen individuele benadeelden zich onttrekken aan de collectieve belangenbehartiging door een opt-out ex art. 1018f lid 1 Rv. De termijn tot opt-out bedraagt ten minste één maand na de uitspraak waarin de EB is aangewezen.
7. Vervolgens wordt door de rechter een termijn gesteld voor het beproeven van een schikkingsovereenkomst. Deze ‘korte pauze’ is verankerd in art. 1018g Rv.⁴⁹⁸
8. In het geval deze ‘korte pauze’ resulteert in een schikking, moet deze worden goedgekeurd door de rechter ex art. 1018h Rv.⁴⁹⁹ De benadeelden krijgen in deze fase een tweede opt-out mogelijkheid (art. 1018h lid 5 Rv).⁵⁰⁰
9. Art. 1018g Rv biedt tevens een mogelijkheid voor gevallen waarin geen schikking wordt bereikt. In dat geval kan enerzijds de EB de gronden van de vordering, en anderzijds de verweerder(s) de gronden van zijn verweer aanvullen. Ook kan de rechter – als hij het wenselijk acht of als partijen het overeenkomen – bepaalde geschilpunten afzonderlijk behandelen, en een tussenvonnis wijzen over de aansprakelijkheid.⁵⁰¹
10. Indien de onder 7 genoemde ‘korte pauze’ niet resulteert in een schikking, komt art. 1018i Rv in beeld. Art. 1018i Rv regelt de vaststelling van de schadevergoeding door de rechter.⁵⁰² Het artikel biedt de rechter de mogelijkheid om een collectieve schadeafwikkeling vast te stellen, die strekt tot schadevergoeding in geld. Art. 1018i Rv wordt uitvoerig besproken in paragraaf 4.3.3.
11. De collectieve schadeafwikkeling onder de WAMCA-procedure eindigt door een schriftelijke mededeling aan de bekende achterban van de 3:305a-organisatie over de uitspraak waarin de collectieve schadeafwikkeling is vastgesteld. In beginsel is de verweerder verantwoordelijk voor de mededeling. De EB is verantwoordelijk voor de aankondiging op diens internetpagina en voor de aantekening in het register.⁵⁰³

Met het oog op de in de inleiding beschreven focus van dit hoofdstuk, wordt hieronder nader stilgestaan bij de stappen 9 en 10; meer specifiek bij de rechterlijke collectieve schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv.

⁴⁹⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39.

⁴⁹⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 40.

⁴⁹⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 47.

⁴⁹⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 48.

⁵⁰⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 33.

⁵⁰¹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 15 en de ‘Aanbevelingen WAMCA’, punt 10-11, 15-16, te raadplegen via:

www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/aanbevelingen-wamca.pdf.

⁵⁰² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 50-51.

⁵⁰³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 50-51.

4.3.3 De rechterlijke collectieve schadebegroting onder de WAMCA

Het fundamentele verschil tussen de WCAM en de WAMCA komt in beeld wanneer partijen niet tot een schikking komen. In dat geval kan de rechter de partijen een collectieve schadeafwikkeling opleggen ex art. 1018i lid 2 Rv. In hoofdstuk 3 is besproken dat het onder de WCAM de partijen zijn die (op basis van wilsovereenstemming) tot een schikkingsovereenkomst komen, die vervolgens – met inachtneming van de toetsingscriteria van art. 7:907 lid 2 en 3 BW – al dan niet verbindend wordt verklaard door de rechter. Ingevolge art. 1018i lid 2 Rv zijn het niet de partijen die de inhoud van de collectieve schadeafwikkeling bepalen, maar de rechter. De rechter stelt zelf (waar mogelijk) de schadecategorieën, en daarmee ook de collectieve schadeafwikkeling vast.⁵⁰⁴ De WAMCA brengt volgens de wetgever geen wijziging teweeg in het geldende aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht.⁵⁰⁵ Art. 1018i lid 2 Rv brengt de rechter aldus op een geheel nieuw terrein: het begroten van massaschade op basis van het huidige en niet-gewijzigde aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Op de rechterlijke schadebegroting zijn met andere woorden gewoon van toepassing de bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en de bepalingen van afd. 6.1.10 BW.⁵⁰⁶ De rechter heeft daarmee dezelfde mogelijkheden bij de schadevaststelling als in een reguliere procedure.⁵⁰⁷ Indien partijen wel een schikking treffen, wordt die goedgekeurd conform de regeling voor verbindendverklaring van schikkingen onder de WCAM.⁵⁰⁸ Art. 1018h lid 2 Rv bepaalt namelijk dat art. 7:907 BW over de WCAM-schikking van overeenkomstige toepassing is op de goedkeuring van de overeenkomst.⁵⁰⁹

4.3.3.1 De motieven van de wetgever voor de rechterlijke collectieve schadebegroting

Zoals reeds aangestipt, bepaalt art. 1018i lid 2 Rv dat de rechter de collectieve schadeafwikkeling, waar mogelijk, in categorieën kan vaststellen.⁵¹⁰ De wetgever stelt voorop dat de WCAM-praktijk heeft laten zien dat ook massaschade zich collectief laat afwikkelen.⁵¹¹ Volgens de wetgever kan door categorisering in geval van collectieve afwikkeling rekening worden gehouden met vragen van omvang van de schade, causaliteit, toerekening en eigen schuld, die afzonderlijk per groep van benadeelden worden beoordeeld.⁵¹² Daarnaast is het, gelet op het grote aantal benadeelden bij een collectieve schadeafwikkeling, ondoenlijk en niet efficiënt om de individuele schade van elke benadeelde afzonderlijk te begroten.⁵¹³ Om voornoemde redenen is de systematiek van categorisering overgenomen onder de WAMCA (in art. 1018i Rv), aldus de wetgever.⁵¹⁴

Dit punt behoeft nadere aandacht. In de parlementaire documentatie van de WCAM meent de wetgever dat door categorisering individuele rechtsvragen buiten beschouwing kunnen

⁵⁰⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵⁰⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 1.

⁵⁰⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 5, 15-16.

⁵⁰⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

⁵⁰⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 31.

⁵⁰⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 49, *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 9, p. 12.

⁵¹⁰ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵¹¹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5.

⁵¹² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6.

⁵¹³ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

⁵¹⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6, *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

blijven,⁵¹⁵ terwijl nu juist wordt gesteld dat door categorisering rekening kan worden gehouden met individuele rechtsvragen.⁵¹⁶ Dit zou te maken kunnen hebben met het feit het hof in de WCAM-schikkingen bepalingen uit afd. 6.1.10 BW heeft veralgemeniseerd.⁵¹⁷ Kennelijk is de wetgever daarom tot de conclusie gekomen dat afd. 6.1.10 BW voldoende ruimte biedt voor een rechterlijke schadebegroting op collectief niveau. Volgens de wetgever laat art. 6:97 BW ruimte om in geval van een collectieve schadevergoedingsactie de schade te begroten door middel van categorisering.⁵¹⁸ Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze ‘die het meest met de aard ervan in overeenstemming is’. Indien de schade niet nauwkeurig is vast te stellen, kan hij de schade schatten op basis van art. 6:97 BW.⁵¹⁹ Hiermee heeft de rechter voldoende ruimte om een collectieve schadeafwikkeling vast te stellen die zowel rechtens, alsook redelijk is.⁵²⁰

Art. 1018i lid 1 Rv biedt de rechter de mogelijkheid partijen te bevelen tot het overleggen van een voorstel tot schadeafwikkeling. De rechter dient bij de schadevaststelling mede de voorstellen van partijen in acht te nemen.⁵²¹ Het voorstel dient in ieder geval de gegevens te bevatten die ook een WCAM-overeenkomst vereisen ex art. 7:907 lid 2 BW.⁵²² Het doel van art. 1018i lid 1 Rv is dat partijen zo veel als mogelijk de nodige informatie verschaffen aan de rechter voor het vaststellen van een schadeafwikkeling.⁵²³ Een door de rechter vastgestelde collectieve schadeafwikkeling ex art. 1018i lid 2 Rv dient in ieder geval de gegevens te bevatten van art. 7:907 lid 2 sub a tot en met sub f BW.⁵²⁴ Alvorens de rechter een collectieve schadeafwikkeling vaststelt kan hij advies inwinnen van deskundigen ex art. 1018i lid 3 Rv. Voorts kan de rechter in dit stadium een prejudiciële vraag stellen aan de Hoge Raad.⁵²⁵ Men denke hierbij aan vragen over causaliteit, eigen schuld en voordeelstoerekening.⁵²⁶

Daarnaast dient de hoogte van de toegekende vergoedingen ‘redelijk’ te zijn.⁵²⁷ Hiervoor is reeds aan de orde gekomen dat de wetgever volstaat met een betrekkelijk summiere toelichting over de toepassing van afd. 6.1.10 BW bij de schadebegroting. De wetgever verwijst namelijk slechts naar de algemene regel van art. 6:97 BW. Ten aanzien van deze nieuw geïntroduceerde ‘redelijkheidstoets’ van art. 1018i lid 2 Rv is de wetgever net zo summier in zijn toelichting. De wetgever laat zich in zijn geheel niet uit over de vraag (1) wat de status is van deze redelijkheidstoets en (2) hoe deze zich verhoudt met de beginselen afd. 6.1.10 BW. Het is jammer dat de wetgever in zijn memorie van toelichting slechts een korte alinea toewijdt aan deze redelijkheidstoets:

*‘(...) moet de rechter er zorg voor dragen dat de toegekende vergoeding redelijk is en dat de belangen van de personen voor wie de collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld ook anderszins voldoende gewaarborgd zijn. De belangen van de gedupeerden liggen immers niet uitsluitend in de hoogte van de toegekende vergoeding.*⁵²⁸

⁵¹⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

⁵¹⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6 en p. 52.

⁵¹⁷ Dit is uitgebreid behandeld in hoofdstuk 3.

⁵¹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵¹⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵²⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

⁵²¹ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 48-49.

⁵²² Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 51.

⁵²³ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 50.

⁵²⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵²⁵ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵²⁶ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 166.

⁵²⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵²⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

Na deze voorgaande passage staat de wetgever stil bij de ‘minstens zo belangrijke’ praktische aspecten, zoals de eenvoudige en snelle verkrijging van de schadevergoeding. Bij de vereiste dat de rechter erop moet toezien dat de belangen van benadeelden (die geen gebruik hebben gemaakt van de opt-out mogelijkheid) ook anderszins gewaarborgd zijn, moet verder worden gedacht aan de vraag of de berekening van hun vergoeding voorspelbaar is, dat gemakkelijk kan worden vastgesteld in welke schadevergoedingscategorie zij behoren en dat deze vaststelling gebeurt door een voldoende onafhankelijke organisatie.⁵²⁹

Het gebrek aan enige aandacht door de wetgever aan deze ‘redelijkheidstoets’, wat op veel kritiek is gestuit,⁵³⁰ doet de vraag rijzen of een rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv voldoende recht doet aan de in hoofdstuk 2 besproken uitgangspunten van afd. 6.1.10 BW.⁵³¹ De wetgever staat hoofdzakelijk stil bij de procesrechtelijke en praktische aspecten van de procedure, en niet bij ‘het echte werk’: de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv.⁵³² De wetgever gaat er vanuit dat de rechterlijke collectieve schadebegroting goed mogelijk is op basis van de huidige afd. 6.1.10 BW, en dat art. 6:97 BW voldoende ruimte biedt om alle soorten massaschade te begroten op collectief niveau.

4.3.3.2 De motieven van de wetgever voor een abstracte collectieve schadebegroting

Bij het begroten van massaschade onder de WAMCA ontkomt de rechter er niet aan om een zekere mate van abstractie toe te passen.⁵³³ Daarnaast is in paragraaf 4.3.3 besproken dat de rechter de schade waar mogelijk vaststelt door categorisering, hetgeen gelijk staat aan een zekere mate van abstractie.⁵³⁴ Aan de ene kant is de collectieve actie een afgeleide van materiële aanspraken en vorderingsrechten van individuele benadeelden, de rechter dient derhalve rekening te houden met de inhoud daarvan. Aan de andere kant dient de rechter die materiële aanspraken en vorderingsrechten op een abstracte wijze te beoordelen, omdat het karakter van de collectieve actie zicht op alle concrete individuele gevallen niet toelaat.⁵³⁵

Zoals besproken in hoofdstuk 2 bepaalt afd. 6.1.10 BW dat de schade in beginsel individueel en concreet wordt berekend. Op basis van de hierboven beschreven toelichting op de WAMCA kan gesteld worden dat de wetgever de abstracte schadebegroting bij de afwikkeling van massaschade rechtvaardigt door grofweg vier afwegingen. Allereerst lijkt de wetgever groot gewicht toe te kennen aan de praktische voordelen van de procedure. Dat de WAMCA een efficiënte en effectieve collectieve schadeafwikkeling beoogt te bevorderen, zien we ook terug bij de toelichting van de vaststelling van de schadeomvang ex art. 1018i lid 2 Rv.⁵³⁶ Ten tweede verwijst de wetgever naar de WCAM-praktijk, waarin duidelijk is geworden dat ook massaschade zich collectief laat afwickelen. Verder bevat de regeling de verwijzing naar art. 6:97 BW, dat volgens de wetgever voldoende ruimte geeft om een collectieve schadeafwikkeling vast te stellen. Ten slotte zien we de aanwijzing dat de door de rechter vast te stellen schadeafwikkeling ‘redelijk’ dient te zijn. Verdere handvatten voor de rechterlijke collectieve schaderegeling worden niet geboden. Dit doet de vraag rijzen of de wetgever met

⁵²⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁵³⁰ De kritiek wordt uitvoerig besproken in paragraaf 4.2.4.

⁵³¹ Zie hoofdstuk 2 voor een uitvoerige bespreking van de uitgangspunten van afd. 6.1.10 BW.

⁵³² Hartlief, *NJB* 2017/2138.

⁵³³ Knigge e.a. 2018, onder verwijzing naar Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 331.

⁵³⁴ Loth, *NTBR* 2020/21, zie voorts Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 166.

⁵³⁵ Barbiers, *NTBR* 2020/35.

⁵³⁶ Zie hiervoor paragraaf 4.3.3.1.

deze handvatten voldoende wettelijke instrumentarium heeft om de schadeomvang van individuele benadeelden vast te stellen.

Art. 1018i lid 2 Rv heeft gezorgd voor veel kritische geluiden: zowel in het parlementaire debat, alsook in de literatuur. De discussie richt zich hoofdzakelijk op de vraag in hoeverre de rechterlijke collectieve schadebegroting op gespannen voet staat met het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW. Hieronder wordt eerst stilgestaan bij de kritiek in het parlementaire debat bij de totstandkoming van de WAMCA. De kritiek in de literatuur komt aan bod in paragraaf 4.4.

4.3.4 Het parlementaire debat over de rechterlijke collectieve schadebegroting

De memorie van toelichting bestaat voor ongeveer 90% uit een bespreking van de formele aspecten van de WAMCA-procedure, te weten: de ontvankelijkheid, de aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer en de governance van de belangenorganisaties die bevoegd zijn tot het instellen van een vordering.⁵³⁷ De schrapping van art. 3:305a lid 3 BW en de invoering van art. 1018i lid 2 Rv zijn opvallend onderbelicht gebleven. Toch verdient een onderwerp uit het parlementaire debat, met het oog op de centrale onderzoeksvraag, de aandacht: een bespreking van de vraag of bij de vaststelling van de schadeafwikkeling door de rechter leidend is wat de rechter redelijk acht, of wat rechtens is.

In de nota naar aanleiding van het verslag vragen de leden van de SP-fractie of bij de vaststelling van de schadeafwikkeling door de rechter leidend is wat de rechter redelijk acht, of wat rechtens is. De wetgever volstaat met een verwijzing naar art. 6:97 BW, en de mogelijkheid van de rechter om advies in te winnen van deskundigen over de vaststelling van de schade ex artt. 194-199 Rv.⁵³⁸ Art. 6:97 BW laat de rechter veel ruimte bij het vaststellen van een schadevergoeding.⁵³⁹ Door de in art. 1018i lid 2 Rv voorgeschreven mogelijkheid van categorisering heeft de rechter de mogelijkheid om zoveel mogelijk rekening te houden met de verschillende omstandigheden die voor verschillende groepen benadeelden van belang zijn. De wetgever vult deze toelichting aan door te stellen dat bij beleggingsschade de categorieën veelal betrekking hebben op het moment van aan- en verkoop van de aandelen. Ter illustratie gaat de wetgever in op de Volkswagenzaak.⁵⁴⁰

Met het oog op de hiervoor besproken vraag van de leden van de SP-fractie, is het zinvol om kort stil te staan bij de beweegreden(en) van de wetgever om de in paragraaf 4.2.2.1 onder 8 benoemde tweede opt-out mogelijkheid van art. 1018h lid 5 Rv toe te kennen aan benadeelden. In de nota van wijziging geeft de wetgever namelijk een interessante toelichting op de reden waarom deze mogelijkheid is voorbehouden aan de schikking, en niet openstaat bij een rechterlijke uitspraak. Indien de collectieve procedure eindigt met een rechterlijke uitspraak waarin de rechter een collectieve schadeafwikkeling vaststelt, stelt de rechter de rechten en plichten van partijen dwingend vast. De benadeelden zijn hieraan zonder meer gebonden, hetgeen redelijk is.⁵⁴¹ Het ligt echter anders als partijen tijdens de procedure een collectieve schikking bereiken. In een vaststellingsovereenkomst mogen partijen afwijken van wat rechtens, dus ook van dwingend recht (art. 7:900 BW). Bij de rechterlijke goedkeuring staat afwijking van dwingend recht niet aan goedkeuring in de weg als de collectieve schikking redelijk is. Een door de rechter goedgekeurde schikking kan dus redelijk zijn terwijl toch

⁵³⁷ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1794.

⁵³⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 15-16.

⁵³⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

⁵⁴⁰ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 6, p. 16.

⁵⁴¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 7, p. 9.

afgeweken wordt van wat voor de individuele benadeelde rechtens is.⁵⁴² Uit deze laatste zin kom ik a contrario tot de conclusie dat bij een door de rechter vastgestelde schadeafwikkeling leidend is wat rechtens is, en niet wat de rechter redelijk acht. De wetgever gaat er vanuit dat de rechter de schade collectief kan begroten, zonder dat afgeweken wordt van wat rechtens is krachtens afd. 6.1.10 BW. De wetgever wordt gevraagd wat de reikwijdte is van het relevante schadebegrip uit art. 6:97 BW. De wetgever volstaat door op te merken dat het schadebegrip volgt uit art. 6:97 BW, en de WAMCA er niets aan verandert.⁵⁴³ De wetgever maakt niet duidelijk hoe hij de reikwijdte van art. 6:97 BW in het bijzonder, en afd. 6.1.10 BW in zijn algeheel (nu) voor zich ziet.

Mijns inziens merkt Hammerstein terecht op dat het moeilijk is om consensus te bereiken over collectief procederen, omdat het onderwerp vanuit verschillende gezichtshoeken wordt bekeken.⁵⁴⁴ Zo bestaat in de literatuur geen consensus over wat de verhouding is tussen de rechterlijke collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW. De summiere toelichting van de wetgever bij de collectieve rechterlijke schadebegroting heeft namelijk de nodige vragen met zich gebracht, en de al jarenlang bestaande discussie in de literatuur verder aangewakkerd.

4.4 De discussie in de literatuur over de verhouding tussen de collectieve rechterlijke schadebegroting en afd. 6.1.10 BW

4.4.1 Inleidend

In de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden dat omstreden is in hoeverre de rechter bij zijn schadevaststelling ex art. 1018i lid 2 Rv recht kan doen aan afd. 6.1.10 BW. Immers, het karakter van een collectieve schadeafwikkeling maakt een volledige schadevergoeding ex afd. 6.1.10 BW (vaak) onmogelijk.⁵⁴⁵ Afd. 6.1.10 BW bepaalt dat de schade individueel en concreet wordt berekend, maar dezelfde afdeling bepaalt ook dat er ruimte is voor abstractie. De vraag hierbij is om hoeveel ruimte het gaat, en of de mate van abstractie die nodig is bij de rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA past in de in afd. 6.1.10 BW bestaande ruimte. In de literatuur zijn wat dit punt betreft de nodige pennen nader in beweging gebracht. Met het oog op de centrale onderzoeksvraag is het interessant om een analyse te geven van hoe de verschillende opvattingen zijn verdeeld in de actuele discussie.

Hieronder worden de verschillende opvattingen in de literatuur - over de verhouding tussen de collectieve schadebegroting onder de WAMCA en afd. 6.1.10 BW - in kaart gebracht. Allereerst worden de dogmatische benaderingen, en daartegenover de (meer) pragmatische benaderingen behandeld. De dogmatische benaderingen stellen – in het kort gezegd - voorop dat afd. 6.1.10 BW de schade individueel en concreet berekend, en dat een collectieve rechterlijke schadebegroting niet past in de kaders van afd. 6.1.10 BW, in die zin dat de aanwezigheid van massaschade geen vrijbrief zou mogen geven voor een (meer) abstracte schadebegroting.⁵⁴⁶ Onder (meer) pragmatisch versta ik een benaderingswijze waarin de wettekst van afd. 6.1.10 BW – getuige de WCAM-praktijk en de bestendige jurisprudentie – zo wordt gelezen, dat er ruimte is (of mogelijk gecreëerd kan worden) voor een collectieve rechterlijke schadebegroting conform de WAMCA. De vraag die centraal staat bij de hieronder te bespreken verschillende nuances is of, en zo ja in welke mate er strijd bestaat tussen afd.

⁵⁴² *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 7, p. 9.

⁵⁴³ *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, nr. 9, p. 10.

⁵⁴⁴ Hammerstein, *MvO* 2016/4, p. 81.

⁵⁴⁵ Zie paragraaf 4.2 en 4.3. Zie voorts Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 462.

⁵⁴⁶ Zie hoofdstuk 2 voor welke mogelijkheden afd. 6.1.10 BW biedt voor een abstracte schadebegroting.

6.1.10 BW en de collectieve rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA. Mocht aangenomen worden dat (in een bepaalde mate) sprake is van strijd tussen afd. 6.1.10 BW en een collectieve rechterlijke schadebegroting, dan is van belang of, en zo ja, hoe het spanningsveld (mogelijk) kan worden opgeheven. Ter beantwoording van deze laatste vraag wordt stilgestaan bij de door verschillende auteurs aangedragen richtlijnen die, al dan niet met het huidige schadevergoedingsrecht, het spanningsveld tussen de rechterlijke collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW kan overbruggen of verminderen.

4.4.2 Dogmatische benaderingen

4.4.2.1 De rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv past niet in afd. 6.1.10 BW

Smeehuijzen en Verheij betogen – kort gezegd – dat het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW is toegesneden op een individuele schadebegroting. De WAMCA vergt geen bijzondere wijze van schadebegroting en het is onwenselijk om het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW te verlaten.⁵⁴⁷ De wetgever is tamelijk zorgeloos over de schrapping van art. 3:305a lid 3 BW en meent (zonder nadere uitleg) dat de WCAM-praktijk heeft laten zien dat ook massaschade collectief afgewikkeld kan worden. De bekende twijfel over de mogelijkheid massaschade collectief af te wikkelen is daarmee niet geadresseerd.⁵⁴⁸ De wetgever lijkt de oplossing te hebben gevonden in categorisering.⁵⁴⁹ Smeehuijzen en Verheij zijn zeer kritisch over deze benaderingswijze van de wetgever en omschrijven zowel de tekst van de wet, alsook de memorie van toelichting als ambivalent. Aan de ene kant wordt van de rechter gevraagd de schade in te delen in categorieën die in een redelijke vergoeding dient te resulteren. Bij de mogelijkheid tot categorisering gaat de wetgever ervan uit dat het voldoende recht doet aan de individuele omstandigheden, en dat de rechter zich niet moet laten beperken door de normatieve kaders van het geldende schadebegrip. De hoogte van de toegekende vorderingen dient immers ‘redelijk’ te zijn. Daartegenover zien we passages die juist suggereren dat de rechter binnen de kaders van het bestaande schadebegrip moet blijven.⁵⁵⁰ Als er geen verplichting bestaat tot schadevergoeding naar huidig recht, verandert de WAMCA daar volgens de wetgever niets in.⁵⁵¹ In art. 1018i lid 2 Rv staat expliciet dat de rechter de schade ‘waar mogelijk’ in categorieën vaststelt. Smeehuijzen en Verheij verstaan onder ‘waar mogelijk’: ‘op een wijze die past binnen het bestaande schadevergoedingsrecht’.⁵⁵²

Volgens Smeehuijzen en Verheij bestaat er geen rechtvaardiging om het materiële recht anders toe te passen in een collectieve schadevergoedingsprocedure. Hiertoe wordt allereerst opgemerkt dat de legitimatie van de taak van de rechter om middels categorisering een redelijke schadevergoeding toe te wijzen, niet bekend is. In ieder geval kan louter het feit dat sprake is van massaschade geen reden zijn de rechter, in aanvulling op de reeds bestaande mogelijkheden tot abstractie, de bevoegdheid te geven tot (nadere) abstractie.⁵⁵³ Daarnaast is het feit dat sprake is van massaschade zowel voor de benadeelde, alsook voor de schadeveroorzaker irrelevant.⁵⁵⁴ De aangesproken partij zal zo benadeeld kunnen worden doordat haar de mogelijkheid wordt

⁵⁴⁷ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241.

⁵⁴⁸ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1794.

⁵⁴⁹ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1794.

⁵⁵⁰ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1795.

⁵⁵¹ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1795.

⁵⁵² Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1795.

⁵⁵³ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797.

⁵⁵⁴ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797.

ontnomen verweren als eigen schuld te voeren, die toegespitst zijn op de individuele positie van de benadeelden.⁵⁵⁵

In hoofdstuk 2 is besproken dat de abstracte schadebegrotingsmethode ook wel gekwalificeerd wordt als een ‘praktisch hulpmiddel’.⁵⁵⁶ Doelmatigheid en redelijkheid zijn belangrijke motieven van de wetgever om schade op abstracte wijze te begroten.⁵⁵⁷ Art. 6:97 BW biedt de rechter een grote vrijheid bij het begroten van de schade.⁵⁵⁸ Onder meer de bestendige jurisprudentie heeft duidelijkheid verschaft over in welke gevallen een abstracte(re) methode kan worden gehanteerd.⁵⁵⁹ De door Smeehuijzen en Verheij benoemde ‘reeds bestaande mogelijkheden tot abstractie’ vinden hun grondslag dus (ook) in de jurisprudentie.⁵⁶⁰ Weliswaar verschilt een collectieve schadebegroting op basis van de partijwil wezenlijk van een collectieve schadebegroting door de rechter, maar het feit dat de rechtspraak de reeds bestaande mogelijkheden tot abstractie heeft gebracht doet de vraag rijzen waarom de WCAM-rechtspraak, en in het verlengde daarvan straks de WAMCA-rechtspraak, geen mogelijkheden kan bieden voor een abstracte(re) schadebegroting bij massaschade.

Al met al achten Smeehuijzen en Verheij het niet wenselijk om bij de afwikkeling van massaschade een nadere abstractie te aanvaarden, omdat schaalvoordeel ook op andere wijzen behaald kan worden (zonder afstand te doen van de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW). Zo wordt gesteld dat categorisering binnen afd. 6.1.10 BW eerder mogelijk is (1) naarmate de schade geringer is, en (2) naarmate minder individuele omstandigheden een rol spelen.⁵⁶¹ Ter illustratie van het eerstgenoemde wordt strooischade genoemd (neem bijvoorbeeld een schadevergoedingsvordering vanwege een misleidend telefoonabonnement van € 500, waarbij de schade naar de aard der zaak gering is).⁵⁶² Het tweede punt wordt verduidelijkt door de waardedaling van onroerend goed te vergelijken met letselschade.⁵⁶³ Bij een letselschadezaak waarin letselschade is ontstaan bij een grote groep benadeelden door een gebrekkig medicijn, zal de aard en omvang van het letsel per individueel benadeelde sterk variëren. Daartegenover kan sprake zijn van een situatie waarin de relevante feiten voor een groot deel overeenkomen, bijvoorbeeld bij waardedaling van onroerend goed door vervuiling in een bepaalde regio. In een dergelijke situatie is het goed mogelijk om die waardedaling uit te drukken in percentages, in plaats van een schadevaststelling per woning.⁵⁶⁴

4.4.2.2 De aard van de massaschade

Verheij staat verder nader stil bij de aard van de massaschade, meer in het bijzonder bij het onderscheid tussen zuivere vermogensschade en personen- en zaakschade. Hij acht een collectieve schadeafwikkeling van personen- en zaakschade conform afd. 6.1.10 BW onmogelijk. Dat de rechter de schade waar mogelijk dient vast te stellen in categorieën, en ervoor moet zorgen dat de hoogte van de toegekende vergoedingen ‘redelijk’ is, staat op

⁵⁵⁵ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1798.

⁵⁵⁶ Asser/Sieburgh 6-II 2017/38.

⁵⁵⁷ Lindenbergh 2013, p. 8.

⁵⁵⁸ Verheij 2019/48, zie voorts Asser/Sieburgh 6-II 2017/35.

⁵⁵⁹ Zie hiervoor paragraaf 2.2.4.2.

⁵⁶⁰ Hoewel de abstracte schadebegroting in beginsel is overgelaten aan de rechter, heeft de wetgever in een klein aantal specifieke gevallen een (nadere) abstractie voorgeschreven. Zie hiervoor paragraaf 2.2.4.2.

⁵⁶¹ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797.

⁵⁶² Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797.

⁵⁶³ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797-1798.

⁵⁶⁴ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797-1798, onder verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618.

gespannen voet met afd. 6.1.10 BW.⁵⁶⁵ Afd. 6.1.10 BW bepaalt dat de schade individueel en concreet wordt berekend, en categorisering past niet in de kaders van afd. 6.1.10 BW.⁵⁶⁶ Creatieve systematieken waarin materiële en immateriële schade met elkaar worden verknoot in een categorie, (die niet conform afd. 6.1.10 BW tot stand komen) kunnen weliswaar werkzame oplossingen zijn in de praktijk, maar dergelijke systematieken kunnen volgens Verheij niet leiden tot een oplossing onder de WAMCA. Dit past namelijk niet in het systeem van afd. 6.1.10 BW.⁵⁶⁷ Gezien het hoogstpersoonlijke karakter van personenschade, zal de WAMCA geen toegevoegde waarde hebben voor personenmassaschade-zaken. Daarnaast heeft de WAMCA tot gevolg dat afd. 6.1.10 BW wordt losgelaten, omdat de procedure – zonder legitimatie - leidt tot een abstract schadevergoedingsrecht. Dit is onwenselijk, zo wordt de benadeelde namelijk de mogelijkheid ontnomen om op zijn individuele positie betrekking hebbende verweren te voeren als eigen schuld.⁵⁶⁸

Het staat buiten kijf dat het karakter van een collectieve schadeafwikkeling een volledige schadevergoeding (ex afd. 6.1.10 BW) voor de individuele benadeelde soms onmogelijk maakt. In het verlengde hiervan suggereren de opvattingen van Smeehuijzen en Verheij naar een onoverbrugbare strijd tussen afd. 6.1.10 BW en een rechterlijke begroting op collectief niveau. Echter, kan afd. 6.1.10 BW heden ten dage nog wel beschouwd worden als een regeling die geen ruimte biedt voor (nadere) abstractie bij massaclaims? Tegenover de hierboven beschreven opvatten staan de (meer) pragmatische benaderingen van verschillende auteurs.

4.4.3 (Meer) pragmatische benaderingen

In hoofdstuk 2 en 3 is duidelijk geworden dat de WCAM-praktijk de bakens van de letterlijke wettekst van afd. 6.1.10 BW al heeft verzet vóór de totstandkoming van de WAMCA. In mijn beleving betoogt Lindenbergh terecht dat de nieuwe mogelijkheid van de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv de kijk op de ‘klassieke toepassing’ van afd. 6.1.10 BW nu nader zal beïnvloeden.⁵⁶⁹ De eerste ‘moderne(re) inzichten’ over afd. 6.1.10 BW in verhouding tot de rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA zijn reeds gevormd door verschillende auteurs. Er zijn verschillende mogelijkheden geformuleerd waarmee een poging is gedaan om het aanwezige spanningsveld te verminderen dan wel te overbruggen. Hieronder volgt een bespreking.

4.4.3.1 De aard van de massaschade

Net als Verheij staan ook Pavillon en Hartlief nader stil bij de soorten schades. Zoals besproken in paragraaf 4.3 zijn de WCAM-praktijk, de aard van de schade (massaschade) en efficiëntie- en effectiviteitsvoordelen belangrijke rechtvaardigingsgronden voor de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv. Volgens Smeehuijzen en Verheij geeft louter het feit dat sprake is van massaschade onvoldoende rechtvaardiging voor een (meer) abstracte schadebegroting binnen het geldende schadevergoedingsrecht. Pavillon is het hier mee eens, maar kijkt verder dan alleen de aard van de schade. De massaliteit van de procedure op zich kan nooit voldoende reden zijn voor rechtvaardiging, aldus Pavillon. Zij meent dat niet de aard van de schade, maar het effectiviteits- en gelijkheidsbeginsel doorslaggevend zijn bij dit

⁵⁶⁵ Verheij, VR 2020/179.

⁵⁶⁶ Verheij, VR 2020/179.

⁵⁶⁷ Verheij, VR 2020/179.

⁵⁶⁸ Verheij, VR 2020/179.

⁵⁶⁹ Lindenbergh, NTBR 2020/30, p. 216.

rechtvaardigingsvraagstuk.⁵⁷⁰ Volgens Oving leent het karakter van een collectieve schadeafwikkeling zich simpelweg niet voor een individuele schadeafdoening, waardoor de benadeelden genoeg dienen te nemen met een redelijke vergoeding ex art. 1018i lid 2 Rv. Hij omschrijft het afwikkelen van massaschade als ‘een kwestie van geven en nemen’.⁵⁷¹

Hartlief merkt op dat hij in de parlementaire stukken van de WAMCA uitvoerige beschouwingen mist over verschillende soorten schades, en sluit zich aan bij verschillende auteurs die opperen dat de WAMCA vooral van toegevoegde waarde lijkt voor strooischadezaken.⁵⁷² Pavillon meent dat een gestandaardiseerde (concrete) begroting bij zuivere vermogensschade qua techniek op relatief weinig complicaties stuit.⁵⁷³ Bij zaakschade en letselschade doen zich meer moeilijkheden voor dan bij financiële massaclaims als het gaat om abstrahering van individuele omstandigheden. Echter, een aanpassing van het Burgerlijk Wetboek zal hier geen verandering in brengen. Reden hiervan is de complexiteit van de feiten bij letselschade en zaakschade.⁵⁷⁴ Desalniettemin is ook bij collectieve personen- en letselschadezaken een zekere mate van objectivering onvermijdelijk.⁵⁷⁵ Volgens Pavillon is enige abstractie (middels categorisering) in massa-letselschade en immateriële schade gerechtvaardigd en zonder meer te billijken.⁵⁷⁶ Ze zoekt hierbij aansluiting bij de praktijk van ‘damage scheduling’ onder de WCAM en de bestaande begrotingspraktijk, die nuttige aangrijpingspunten biedt bij een eventuele categorisering.⁵⁷⁷ Hiermee stuit ik op de volgende vraag: als categorisering mogelijk is binnen de kaders van afd. 6.1.10 BW, hoe dient een categorisering die recht doet aan afd. 6.1.10 BW er dan uit te zien?

4.4.3.2. Een zeer gedetailleerde categorisering

Rijsterborgh geeft een aanzet voor het antwoord op de vraag hoe de schadeomvang vastgesteld zou kunnen worden onder de WAMCA, waarbij categorisering van evident belang is. Hij stelt voorop dat het partijdebat in een collectieve actie noodzakelijkerwijs abstracter verloopt, waardoor het partijdebat minder fijnmazig is dan het partijdebat bij een individuele procedure. De EB behartigt namelijk de belangen van een onbekende groep individuele benadeelden. Dit betekent dat in een collectieve actie geen sprake is van een concreet geschil tussen de aangesproken partij en de EB. Immers, strikt genomen heeft niet de EB, maar haar achterban een vordering op de aangesproken partij.⁵⁷⁸ Dit maakt dat bij het partijdebat niet de individuele, maar de gemiddelde benadeelde centraal staat. Bijvoorbeeld bij effectenrechtelijke massaschadezaken waarin beleggers schade hebben geleden door misleiding, zal noodgedwongen een ‘maatmanbelegger’ gehanteerd worden als maatstaf teneinde de

⁵⁷⁰ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 176, onder verwijzing naar par. 6.2 en 6.3.

⁵⁷¹ Oving, *TVP* 2020/1, p. 15-17.

⁵⁷² Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 461-462, onder verwijzing naar M.H.C. Sinnighe Damsté en T.M.C. Arons, ‘Collectief schadeverhaal bij kartels in de financiële sector; zegen of vloek’, *Ondernemingsrecht* 2017/470 en W.H. Van Boom en F. Weber, ‘Collectief procederen’, *WPNR* 2017/7145, p. 297.

⁵⁷³ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 164.

⁵⁷⁴ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 175 bij zaakschade en letselschade gaat het immers om ‘verschillende typen zaken met verschillende typen beschadigingen die alle afzonderlijk moeten worden beoordeeld resp. verschillende typen letsel, materieel en immaterieel, en een belangrijke rol voor de pre-existentie/dispositie en toekomstschade’.

⁵⁷⁵ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 164.

⁵⁷⁶ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 175, onder verwijzing naar HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219 m.nt. Mendel (*Reaal/Athlon*), r.o. 3.6.2.

⁵⁷⁷ Pavillon *RMThemis* 2019/4, p. 175, onder verwijzing naar de arresten *Johanna Kruidhof*, *Rijnstate/Reuvers en Bakkum/Achmea*.

⁵⁷⁸ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 326.

onrechtmatigheid van een bepaald handelen vast te stellen.⁵⁷⁹ Het feit dat een collectieve actie minder fijnmazig is dan een individuele procedure, kan gerechtvaardigd worden doordat een collectieve actie (proceseconomische) voordelen biedt boven een individuele procedure.⁵⁸⁰ Men denke hierbij aan een effectieve handhaving van normen die strekken tot bescherming van een bepaalde groep benadeelden.⁵⁸¹

Door het ‘abstracte karakter’ van het partijdebat in collectieve acties, worden automatisch de normen aangaande aansprakelijkheid in zekere mate meer geobjectiveerd.⁵⁸² Dit kan tot gevolg hebben dat aansprakelijkheid bij de aangesproken partij eerder wordt aangenomen in een collectieve actie dan in een individuele procedure het geval zou zijn geweest.⁵⁸³ De aangesproken partij kan immers moeilijk een beroep doen op individuele omstandigheden als causaliteit, eigen schuld, en voordeelstoerekening, omdat deze aspecten hoogstens op generiek niveau worden meegewogen bij categorisering.⁵⁸⁴ Pavillon staat hier nader bij stil, meer in het bijzonder bij het causaliteitsvraagstuk. De veralgemenisering van het csqn-verband (die veelal is gestoeld op een vermoeden) bracht, gelet op de jurisprudentiële en wettelijke vermoedens, weinig problemen bij collectieve acties in het pre-WAMCA-tijdperk.⁵⁸⁵ De veralgemenisering werd namelijk gerechtvaardigd doordat uiteindelijk de individuele omstandigheden beslissend zijn bij de schadebegroting. Nu kan de rechter de schade begroten op collectief niveau. Dit betekent dat de aangesproken partij het vermoeden slechts op generiek niveau kan weerleggen. Dit kan er inderdaad voor zorgen dat de WAMCA een drempel vormt voor het causaliteitsvraagstuk.⁵⁸⁶ In paragraaf 2.2.3.1 is besproken dat het causaliteitsvraagstuk twee fasen kent. Het voorgaande doet de vraag rijzen of het abstracte karakter van het partijdebat voor beide fasen een gelijksoortige drempel vormt. Pavillon meent van niet. Als het csqn-verband is vastgesteld, zal de tweede causaliteitszeef (art. 6:98 BW) minder problemen brengen. Immers, art. 6:98 BW laat zich op dezelfde wijze veralgemeniseren als eigen schuld of voordeelstoerekening.⁵⁸⁷

In het verlengde van het vorenstaande pleit Rijsterborgh voor een begrotingswijze waarin de rechter zeer nauwgezet differentieert. Alleen dan kan de rechter namelijk tot een resultaat komen dat zo veel mogelijk gelijk is aan wat rechtens zou zijn tussen partijen op grond van het huidige materiële schadevergoedingsrecht.⁵⁸⁸ Ook Pavillon acht het van belang dat de categorieën heel precies en gedetailleerd dienen te zijn om zo veel als mogelijk in de buurt te komen van een individuele begroting.⁵⁸⁹ Wellicht druist dit in tegen het doel van de WAMCA (een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade), en kan het zorgen voor een aanzienlijke vertraging van de procedure. Dit neemt volgens Rijsterborgh niet weg dat dit volgens hem de aangewezen weg is. Voornoemde nadelen van een dergelijke begrotingswijze zullen op de koop toe genomen moeten worden.⁵⁹⁰ Barbiers neigt naar objectieve en duidelijke

⁵⁷⁹ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 326, onder verwijzing naar HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201 (*VEB/World Online*), r.o. 4.10.4.

⁵⁸⁰ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 327, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 22-23.

⁵⁸¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 5.

⁵⁸² Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 326.

⁵⁸³ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 330.

⁵⁸⁴ Wijnberg & Biezenaar, *TOP* 2019/397, p. 25.

⁵⁸⁵ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 169, onder verwijzing naar HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (*DES-dochters*), hof Amsterdam 25 oktober 2007 ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, (*Westfriese Flora-zaak*) r.o. 6.37.

⁵⁸⁶ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 174.

⁵⁸⁷ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 174.

⁵⁸⁸ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 330.

⁵⁸⁹ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 175.

⁵⁹⁰ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 330.

schadecategorieën, die juist een mogelijke vertraging in de procedure zo veel als mogelijk tegengaan.⁵⁹¹ Hij plaatst deze wijze van categorisering in een door hem geformuleerde aanzet tot een processtructuur. Hieronder volgt een bespreking.

4.4.3.3 Een aanzet tot een processtructuur onder de WAMCA

Barbiers zoekt naar een procesrechtelijk kader waarbinnen afd. 6.1.10 BW zoveel mogelijk tot haar recht komt. Hij formuleert een aanzet tot een processtructuur, waarmee hij beoogt te voorkomen dat het resultaat voor individuele benadeelden anders is dan wanneer zij een individuele procedure zouden instellen. Hij laat zich niet concreet uit over de vraag of (het doel van) de WAMCA voldoende rechtvaardiging biedt voor een rechterlijke collectieve schadebegroting conform afd. 6.1.10 BW. Voor een antwoord is nader onderzoek nodig, aldus Barbiers.⁵⁹² Hij stelt voorop dat het doel van de WAMCA een meer abstracte benadering van de materiële aanspraken van de benadeelden met zich zal brengen, en meent dat een middenweg-norm een mogelijke uitkomst kan zijn van het nadere (nog niet uitgevoerde) onderzoek. Onder ‘middenweg’ verstaat hij een schadeafwikkeling waarin de schade zoveel als mogelijk geconcretiseerd wordt aan de hand van objectieve en duidelijke schadecategorieën.⁵⁹³

Wat betreft de verhouding tussen deze processtructuur en afd. 6.1.10 BW wordt benadrukt dat de WAMCA-rechter niet bekend is met alle individuele omstandigheden (onder meer doordat de WAMCA een opt-out model kent).⁵⁹⁴ De vraag is derhalve hoe de rechter de abstracte schadebegrotingswijze dient toe te passen, zonder dat hij te veel afwijkt van de uitkomst van individuele beoordelingen.⁵⁹⁵ Doordat de wetgever geen vaste werkwijze voorschrijft, heeft de rechter ruimte om hier zelf nader invulling aan te geven.⁵⁹⁶ De rechter is, anders dan partijen die een schikkingsovereenkomst overeenkomen, gebonden aan het materiële en formele recht. Dit betekent dat de rechter zich zal moeten redden met de voorstellen van partijen, de hulp van deskundigen en de ‘globale aanwijzingen’.⁵⁹⁷ Barbiers maakt uit art. 1018c lid 1 en 2 jo. art. 1018e lid 2 Rv op dat de EB (abstracte) standaardgevallen moet formuleren voor de groep benadeelden waarvoor hij opkomt.⁵⁹⁸ Uiteindelijk stelt de rechter abstracte standaardgevallen vast in zijn beslissing (op grond van art. 1018e lid 2 Rv).

Een schadeafwikkeling ex art. 1018i lid 2 Rv bestaat voor een groot deel uit toegewezen en nader uitgewerkte standaardgevallen.⁵⁹⁹ De centraal staande standaardgevallen zullen de procedure stroomlijnen en zorgen voor een eenvoudig partijdebat. Door de standaardgevallen wordt namelijk duidelijk wat bij de rechterlijke beoordeling centraal staat ten aanzien van verschillende (mogelijke) geschilpunten.⁶⁰⁰ Deze processtructuur wordt verduidelijkt aan de hand van voorbeelden, waarin het gaat om beleggingsverzekeringen en beursgenoteerde instellingen voor misleidende informatie.⁶⁰¹ In de aangehaalde zaken gaat het om het

⁵⁹¹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3.

⁵⁹² Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3.

⁵⁹³ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3.

⁵⁹⁴ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 1.

⁵⁹⁵ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 1.

⁵⁹⁶ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 3.

⁵⁹⁷ Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, p. 329, Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 176.

⁵⁹⁸ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.1.2, onder verwijzing naar Bleeker 2018, p. 145-147; Pavillon 2019, p. 174; Rijsterborgh 2017, p. 326-327; Tzankova 2007, par. 5.2.2. Vgl. ook artikel 9 lid 5 en 7, alsmede punt 49-50 van de preambule van de Richtlijn representatieve acties, zie voetnoot 6.

⁵⁹⁹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.1.4.

⁶⁰⁰ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.

⁶⁰¹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.2.

tekortschieten in de informatieplicht door de verzekeraars bij de verkoop van beleggingsverzekeringen.⁶⁰² De in deze zaken opgenomen standaardgevallen zouden onder de WAMCA aangevuld kunnen worden door variabelen door andere relevante feiten die een geschilpunt kunnen vormen in procedure. Bij geschilpunten denkt Barbiers aan vragen naar verjaring of eigen schuld.⁶⁰³ Als de standaardgevallen nader worden ‘aangekleed’ door vragen als eigen schuld, causaliteit en voordeelstoerekening (die veelal bij de vaststelling van de schadeafwikkeling als geschilpunt in beeld komen), kan een eerdere beoordeling een snelle en eenvoudige schadeafwikkeling stroomlijnen.⁶⁰⁴

Zoals besproken in paragraaf 4.3.1 kan de WAMCA-procedure ingezet worden voor de afwikkeling van alle soorten schade.⁶⁰⁵ Daarom is de vraag in hoeverre de door Barbiers besproken illustratieve zaken kunnen dienen als voorbeeld voor het geheel van de toekomstige WAMCA-procedures wat mij betreft discutabel. Zuivere vermogensschade kan veelal gemakkelijker ingedeeld worden in categorieën dan massaschade in de vorm van letselschade. In het laatste geval kan zowel materiële als immateriële schade geleden worden, die per benadeelde wezenlijk kunnen verschillen.⁶⁰⁶ Zuivere vermogensschade kan eenvoudiger vertaald worden in een op objectieve criteria gebaseerde rekenformule.⁶⁰⁷ Als bij de collectieve letselschadezaken de standaardgevallen worden aangekleed door vragen als causaliteit en eigen schuld, kan het alsnog (sneller dan bij zuivere vermogensschade) een geschilpunt vormen bij de rechterlijke schadeafwikkeling.

Wat betreft het spanningsveld tussen afd. 6.1.10 BW en de WAMCA stelt Barbiers voorop dat het doel en de systematiek van de WAMCA meebrengt dat het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in collectieve acties op een andere wijze wordt toegepast dan in individuele procedures.⁶⁰⁸ Hij verwijst naar de literatuur waarin door meerdere auteurs wordt bepleit dat het doel van de WAMCA deze ‘wijziging’ in het materiële recht rechtvaardigt.⁶⁰⁹ Hij meent dat als men ervan uitgaat dat bij de beoordeling van standaardgevallen en bij de schadevaststelling meer geabstraheerd mag worden van de individuele omstandigheden van de benadeelden, gesteld zou kunnen worden dat het huidige materiële recht inderdaad ‘wijzigt’.⁶¹⁰ Ondanks dat de wetgever expliciet onderstreept dat het materiële recht ongewijzigd blijft, zal men toch moeten constateren dat sprake is van een wijziging als de materiële consequenties van een WAMCA-procedure tot andere resultaten zal leiden voor de individuele benadeelden.⁶¹¹ In dit verband verwijs ik naar paragraaf 4.3.3, waarin is besproken dat de wetgever afd. 6.1.10

⁶⁰² Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.2, onder verwijzing naar hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543; Rb. Rotterdam 22 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3740; Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6762 en B.J. de Jong, *Schade door misleiding op de effectenmarkt* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 319-325, 346-378.

⁶⁰³ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.1.2.

⁶⁰⁴ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.1.2.-5.1.3, onder verwijzing naar HR 27 oktober 2017, *NJ* 2018/152, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.4.3.

⁶⁰⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 7.

⁶⁰⁶ Eijssermans-van Abeelen, *NTBR* 2015/3.

⁶⁰⁷ Eijssermans-van Abeelen, *NTBR* 2015/3, onder verwijzing naar Doorn & Bruijn, *NJB* 2013/41, p. 2859-2861 en De Jong *Ondernemingsrecht* 2007/6, p. 237.

⁶⁰⁸ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.1.2, 5.3.

⁶⁰⁹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3, onder verwijzing naar Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 175-176. Ook verwijst Barbiers naar rechtspraak waarin het doel van de WAMCA als rechtvaardiging wordt gezien voor abstractie op collectief niveau: HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 3.6.1-3.7; HR 2 september 2016, *NJ* 2017/9, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 5.3-5.4 (eigen schuld bij effectenleasezaken); HR 3 februari 2017, *NJ* 2017/146, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.6.2 (voordeelstoerekening bij effectenleasezaken).

⁶¹⁰ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3.

⁶¹¹ Barbiers, *NTBR* 2020/35, par. 5.3.

BW niet heeft gewijzigd. De abstrahering geschiedt via het procesrecht. De rechterlijke schadeafwikkeling is namelijk mogelijk gemaakt door de introductie van art. 1018i lid 2 Rv (waarbij de rechter dient te begroten op basis van afd. 6.1.10 BW). Wel zou gesteld kunnen worden dat indirect afstand wordt genomen van de letterlijke wettekst van afd. 6.1.10 BW, de *bestaande* uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht worden namelijk *abstracter* toegepast bij de rechterlijke schadeafwikkeling ex art. 1018i lid 2 Rv.

4.4.3.4 Een bijzonder massaschadevergoedingsrecht

Kort samengevat pleit Hartlief voor een bijzonder massaschadevergoedingsrecht binnen het algemene kader van afd. 6.1.10 BW, waarbij de rechter binnen de bestaande reguliere kaders van het schadevergoedingsrecht de nodige ruimte wordt gegund.⁶¹² Hieruit kom ik tot de conclusie dat Hartlief binnen afd. 6.1.10 BW voldoende ruimte ziet voor een rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv. Ook Pavillon ziet voldoende ruimte, zij betoogt dat de reguliere kaders van het huidige schadevergoedingsrecht zich goed lenen voor een rechterlijke schadeafwikkeling op collectief niveau. Het succes van de WAMCA is echter afhankelijk van de bereidheid van de rechter, hij dient de nodige abstractie bij een collectieve schadeafwikkeling te omarmen.⁶¹³ In dit verband achten Hartlief en Pavillon het van belang dat een zekere standaardisering en normering bij massaschadezaken al mogelijk is binnen het reguliere schadevergoedingsrecht. Immers, de Hoge Raad is meermalen bereid gebleken om op collectief niveau een meer abstract antwoord te geven op rechtsvragen op het vlak van causaliteit, eigen schuld en voordeelstoerekening.⁶¹⁴

Niettemin is Hartlief wel kritisch over de wettekst van de WAMCA. Hij meent dat de wetgever op zijn minst dient te erkennen dat (1) een onverkorte toepassing van afd. 6.1.10 BW in het kader van de rechterlijke schadeafwikkeling ex art. 1018i lid 2 Rv niet altijd mogelijk is, en te verankeren in de wet (2) dat de rechter bij een schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv de ruimte heeft om af te wijken van het normatieve kader van afd. 6.1.10 BW.⁶¹⁵ Zo kan zich met de tijd een bijzonder massaschadevergoedingsrecht ontwikkelen.⁶¹⁶ Op grond van art. 1018i Rv is het reguliere schadevergoedingsrecht bepalend voor de omvang van de schadevergoeding.⁶¹⁷ De wetgever geeft nu aan dat de ‘aard van de schade’ ruimte geeft voor abstracte begroting.⁶¹⁸ Bij categorisering is het moeilijk denkbaar dat de benadeelde volledig aan zijn trekken komt. Om een efficiënte en effectieve massaschaderegeling te realiseren is het immers onvermijdelijk dat geabstraheerd wordt van individuele omstandigheden van benadeelden.⁶¹⁹ De wetgever suggereert nu een onverkorte toepassing van afd. 6.1.10 BW bij een collectieve schadevaststelling door de rechter.⁶²⁰ Dit lijkt Hartlief ‘wishful thinking’, omdat werkelijk recht

⁶¹² Hartlief, *NJB* 2017/2138. Zie voorts Loth, *NTBR* 2020/21.

⁶¹³ Pavillon, *RMThemis* 2019/4, p. 175-176.

⁶¹⁴ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 464, onder verwijzing naar HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*); HR 27 november 2009, *NJ* 2014/201 m.nt. C.E. Du Perron (*World Online*), HR 19 juli 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1278*, r.o. 2.13.1 en 2.13.6 (*Groningse aardbevingszaak*) HR 3 februari 2017, *NJ* 2017/146 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Dexia*). Zie voorts Pavillon, *RMThemis* 2019/4, par. 3.3.

⁶¹⁵ Hartlief, *NJB* 2017/2138.

⁶¹⁶ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 475.

⁶¹⁷ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 464.

⁶¹⁸ Hartlief, *NJB* 2017/2138, onder verwijzing naar HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219, m.nt. Mendel (*Reaal/Athlon*).

⁶¹⁹ Hartlief, *NJB* 2017/2138.

⁶²⁰ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 474-475.

doen aan het regime van afd. 6.1.10 BW in verhouding tot elke individuele benadeelde in de context van een collectieve regeling gewoon niet mogelijk is.⁶²¹

Volgens Hartlief is deze complicatie ‘geen ramp’.⁶²² Als we de WAMCA werkelijk een kans van slagen willen geven, zal de rechter wat ruimte gegund moeten worden.⁶²³ Wellicht kan in de toekomst zelfs een massaschadevergoedingsrecht worden ontwikkeld. De rechter kan daarin de schade zoveel als mogelijk afwikkelen op basis van de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW, en waar nodig kan dan recht worden gedaan aan het feit het om een collectieve schadebegroting gaat.⁶²⁴ Anders dan Hartlief zien Smeehuijzen en Verheij geen ruimte voor een ontwikkeling van een bijzonder massaschadevergoedingsrecht, maar wel voor een ‘massaschadeprocesrecht’. De rechter kan dan een vaste werkwijze hanteren bij de schadebegroting, door onder meer uniforme vragenlijsten voor deskundigen. Op deze manier kunnen ook efficiëntievoordelen behaald worden, zonder dat men afstand doet van de normatieve kaders van afd. 6.1.10 BW.⁶²⁵

4.4.3.5 Overwegingen en beginselen van distributieve rechtvaardigheid bij de rechterlijke schadebegroting onder de WAMCA

Loth kondigt een nieuwe ratio aan die gekwalificeerd kan worden als een extra rechtvaardigingsgrond voor een (meer) abstracte schadebegroting onder de WAMCA.⁶²⁶ Hij omschrijft deze ratio als een precisering van de door Hartlief geformuleerde mogelijke bijzondere massaschadevergoedingsrecht.⁶²⁷ Anders dan Smeehuijzen en Verheij lijkt het Loth zinloos om nader stil te staan bij de spanning tussen corrigerende rechtvaardigheid (dat wil zeggen de klassieke benadering waarin herstel in de oude toestand voorop staat) en de afwikkeling van massaschade.⁶²⁸ Hij meent dat het vruchtbaarder is om nader onderzoek te doen naar de beginselen van distributieve rechtvaardigheid.⁶²⁹ Onder distributieve rechtvaardigheid wordt verstaan een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen over een groep van vorderingsgerechtigden.⁶³⁰ Hij focust zich hierbij op de *omvang* van de aansprakelijkheid in een collectieve afwikkeling van massaschade, waar overwegingen van distributieve rechtvaardigheid een rol spelen.⁶³¹

Daar waar corrigerende rechtvaardiging de vestiging van aansprakelijkheid rechtvaardigt, rechtvaardigen overwegingen van distributieve de omvang van de aansprakelijkheid.⁶³² Het beginsel van restitio in integrum wordt gerelativeerd door overwegingen van een eerlijke verdeling.⁶³³ In hoofdstuk 2 is besproken dat de bepalingen van afd. 6.1.10 BW hoofdzakelijk de omvang van de schadevergoeding regelen.⁶³⁴ Dit betekent dat de beginselen van distributieve

⁶²¹ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 475.

⁶²² Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 475.

⁶²³ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 466, onder verwijzing naar Pavillon, *RMThemis* 2019 p. 176, Van Boom, *TvC* 2019/4, p. 158-159, Rijsterborgh, *MvV* 2017/11, 330-331.

⁶²⁴ Hartlief, *TPR* 2019/2, p. 475.

⁶²⁵ Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241, p. 1797.

⁶²⁶ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 160.

⁶²⁷ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 161.

⁶²⁸ Beumers & Van Boom 2016, p. 39.

⁶²⁹ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 153.

⁶³⁰ Beumers & Van Boom 2016, p. 40, zie voorts Loth, *NTBR* 2020/21, p. 159, onder verwijzing naar *Aristoteles, Ethica Nicomachea*, Amsterdam: Kallias, boek V, paragraaf 2, 4 en 5.

⁶³¹ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 154.

⁶³² Beumers & Van Boom 2016, p. 45-46.

⁶³³ Beumers & Van Boom 2016, p. 48.

⁶³⁴ Verheij 2019/48, met uitzondering van de artt. 6:99, 6:106, 6:107 en 6:108 BW.

rechtvaardigheid besloten liggen in de bepalingen van afd. 6.1.10 BW die de schadeomvang regelen. Loth meent dat de overwegingen van distributieve rechtvaardigheid zich gedragen ‘als een koekoek in het nest van het privaatrecht’.⁶³⁵ Op het moment dat deze overwegingen onderwerp van het debat vormen, overheersen zij veelal de andere overwegingen.⁶³⁶ Volgens Loth kunnen overwegingen en beginselen van distributieve rechtvaardigheid ook meegenomen worden bij de schadebegroting onder de WAMCA, hetgeen het hof in de WCAM-rechtspraak al heeft gedaan bij zijn redelijkheidstoets.⁶³⁷ De eenvoudige en snelle verkrijging van de schadevergoeding wordt zowel bij art. 7:907 lid 3 sub b BW, alsook bij art. 1018i lid 2 Rv benoemd als gezichtspunt.⁶³⁸ Hier wordt door het hof uitdrukkelijk acht op geslagen bij de redelijkheidsbeoordeling in de *Vie d’Or*-zaak.⁶³⁹ Hieruit kan geconcludeerd worden dat juist bij de afwikkeling van massaschade de materieel- en procesrechtelijke aspecten onverbreekelijk met elkaar samenhangen, en dat de procesrechtelijke afwikkeling daardoor medebepalend is voor redelijkheid van de toegekende schadevergoedingen.⁶⁴⁰

Of de WAMCA-rechter voornoemde overwegingen zal betrekken bij zijn schadebegroting, is nog ‘terra incognita’. In dit licht is het interessant om te bezien hoe belanghebbenden van een rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv anticiperen op deze nieuwe taak van de rechter. De volgende paragraaf staat stil bij de eerste stappen in de WAMCA-praktijk.

4.5 De eerste stappen in de WAMCA-praktijk

Sinds de invoering van de WAMCA zijn er thans 18 WAMCA-procedures aanhangig.⁶⁴¹ In geen van deze aanhangige procedures is vooralsnog een eindvonnis gewezen. Dit betekent dat nog niet bekend is op welke wijze de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv zal worden opgepakt in de rechtspraak.

Slechts vier van de aanhangige procedures bevatten vorderingen strekkende tot schadevergoeding in geld.⁶⁴² Drie van deze vier procedures bevatten een gezamenlijk opgestelde dagvaarding door Viotta Advocaten, Bynkershoek dispute resolution en bureau Brandeis. Deze drie procedures hebben allen betrekking op het bekende dieselschandaal. De vierde procedure gaat over onrechtmatige gegevensverwerking. De eerste drie procedures aangaande het dieselschandaal bevatten min of meer dezelfde toelichting op de namens de benadeelden gevorderde schadevergoeding. Hieronder volgt een bespreking van twee WAMCA-procedures. Allereerst wordt één van de drie procedures betreffende het dieselschandaal besproken, te weten de procedure waarin de toelichting op de wijze van de schadeafwikkeling uitgebreider is dan in de processtukken van de andere twee procedures. Vervolgens wordt stilgestaan bij de procedure aangaande onrechtmatige gegevensverwerking, waarin een andersoortige schadeafwikkelingswijze wordt geformuleerd. Tot slot volgt een

⁶³⁵ Beumers & Van Boom 2016, p. 11, 14 en 26.

⁶³⁶ Beumers & Van Boom 2016, p. 13.

⁶³⁷ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 154.

⁶³⁸ Zie hiervoor paragraaf 3.3.1.2 en 4.3.3.1.

⁶³⁹ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 154, onder verwijzing naar hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196 (*Vie d’Or*), r.o. 4.15.

⁶⁴⁰ Loth, *NTBR* 2020/21, p. 154.

⁶⁴¹ Centraal register voor collectieve vorderingen, te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.

⁶⁴² (1) Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Volkswagen Aktiengesellschaft 16 maart 2020; (2) dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020; (3) dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Fiat Chrysler Automobiles N.V. 21 augustus 2020; (4) dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020.

toekomstblik. Zoals gezegd is het nog onduidelijk hoe de rechterlijke schadeafwikkeling eruit zal zien. Niettemin doe ik een poging, die ik laat kleuren door de voorgaande hoofdstukken.

4.5.1 Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G.

Het in hoofdstuk 1 besproken dieselschandaal van Volkswagen heeft zich met de tijd uitgebreid naar ook andere merken, en zo ook naar het merk Mercedes. Het geschil in deze zaak betreft – kort samengevat - de door Mercedes gepleegde dieselfraude.⁶⁴³ Vanwege deze dieselfraude zijn typegoedkeuring-autoriteiten, afnemers van getroffen voertuigen en consumenten misleid.⁶⁴⁴

Ingevolge art. 1018d Rv kan een (andere) rechtspersoon (als bedoeld in art. 3:305a BW) binnen drie maanden na aantekening in het register een collectieve vordering instellen voor dezelfde gebeurtenis(sen), die gebaseerd zijn op dezelfde feiten. Dit betekent dat het mogelijk is dat er meerdere dagvaardingen aanhangig zijn in dezelfde procedure. In deze zaak zijn in totaal een drietal dagvaardingen ingediend tegen Daimler, de fabrikant van het automerk Mercedes-Benz, haar Nederlandse Importeurs en de Dealers ('Mercedes'). De eerste dagvaarding is ingediend door Stichting Diesel Emissions Justice ('Stichting 1'), de tweede door Stichting Car Claim ('Stichting 2') en de derde door Stichting Emmission Claim ('Stichting 3').

De dagvaarding van Stichting 1 stelt het uitgangspunt van volledige (concrete) schadevergoeding voorop; de benadeelden moeten in beginsel volledig gecompenseerd worden voor hun schade (art. 6:95 BW). Wel wordt aangestipt dat de rechter, gezien de aard van de zaak, kan abstraheren van bepaalde omstandigheden ex art. 6:97 BW.⁶⁴⁵ Bij de vordering strekkende tot schadevergoeding in geld,⁶⁴⁶ verdeelt Stichting 1 de benadeelden in vier categorieën, te weten: de (1) consumenten, (2) de zakelijke kopers, (3) de leasekopers, die na afloop van de leaseovereenkomst juridisch eigenaar zijn geworden van het getroffen voertuig en de (4) leasekopers, die (nog) geen juridisch eigenaar zijn van het getroffen voertuig.⁶⁴⁷ De schadevorderingen zijn vervolgens nader onderverdeeld in een drietal subcategorieën waarin de voornoemde vier hoofdcategorieën zijn gespecificeerd. Stichting 1 geeft te kennen dat in deze zaak gewerkt moet worden met categorisering. In dit verband wordt verwezen naar de parlementaire documentatie van de WAMCA, en de Amerikaanse rechtspraak. De onderverdeling in subcategorieën maakt het mogelijk om steeds ander bewijs toe te laten die betrekking heeft op een specifieke subgroep. Van de benadeelden die een overeenkomst hebben gesloten met een dealer, kunnen de dealers op basis van hun administratie duidelijk maken wat de benadeelden hebben betaald voor hun getroffen voertuig, en wat de onderhoudskosten zijn geweest. De benadeelden die een getroffen voertuig hebben gekocht van een ander dan een dealer zijn zelf verantwoordelijk voor het bewijs. Stichting 1 stelt dat de categorisering pas verder uitgewerkt kan worden als voldoende voorzienbaar is welke informatie verkregen zal worden van de benadeelden.⁶⁴⁸

De dagvaarding van Stichting 2 verwijst met betrekking tot de schadevergoedingsvordering naar de dagvaarding van Stichting 1. In de dagvaarding van Stichting 3 zijn de benadeelden onderverdeeld in twee groepen, te weten (1) de benadeelden die alleen schadevergoeding

⁶⁴³ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 24.

⁶⁴⁴ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 24.

⁶⁴⁵ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 175.

⁶⁴⁶ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 133-174, gebaseerd op de artt. 6:162, 6:166, 6:185 en 6:193g BW.

⁶⁴⁷ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 185.

⁶⁴⁸ Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020, p. 185-186.

vorderen ('groep A'), en (2) de benadeelden die ontbinding van hun koopovereenkomst met een dealer vorderen ('groep B').⁶⁴⁹ Met betrekking tot groep A wordt gesteld dat de schade bestaat uit het bedrag dat zij te veel hebben betaald voor de dieselauto's van Mercedes ('overcharge'). Stichting 3 stelt dat het schadebedrag pro rata verdeeld moet worden over het aantal benadeelden, afhankelijk van de aard van hun gebruik.⁶⁵⁰ De overcharge wordt berekend op basis van de door Mercedes voor ieder model vastgestelde nieuwprijs. Stichting 3 stelt dat de exacte overcharge-bedrag in een later stadium van de procedure geconcretiseerd zal worden. Mocht dit niet lukken, dan wordt verzocht de schade vast te stellen middels winstafracht ex art. 6:104 BW (de voor het getroffen voertuig oorspronkelijk gemaakte winst door Mercedes).⁶⁵¹ Stichting 3 geeft te kennen dat de rechter de omschreven (sub)categorieën, desgewenst, nader kan specificeren.⁶⁵²

4.5.2 The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce

Het geschil in deze zaak betreft – kort gezegd - onrechtmatige gegevensverwerking van alle Nederlandse internetgebruikers door Oracle en Salesforce. Zowel Oracle, alsook Salesforce zijn internationaal opererende technologieconcerns. Oracle opereert onder meer op het gebied van bedrijfssoftware voor datamanagement, en Salesforce op het gebied van onder meer bedrijfssoftware voor klantrelatiebeheer.⁶⁵³

In het kader van de schadevergoedingsvordering wordt door The Privacy Collective ('de Stichting') een forfaitair bedrag gevorderd per benadeelde.⁶⁵⁴ Ten aanzien van verwerking van de persoonsgegevens wordt voor de individuele benadeelde een bedrag van € 500 gevorderd. Ten aanzien van een recent datalek van Oracle wordt zowel materiële, alsook immateriële schade gevorderd; te weten een bedrag van € 100 per benadeelde.⁶⁵⁵ De Stichting stelt voorop dat volledige (concrete) schadevergoeding het uitgangspunt is (art. 6:95 BW), en dat art. 6:97 BW ruimte biedt om de schade op abstracte wijze te begroten.⁶⁵⁶ De schadevergoedingsvordering is niet gebaseerd op categorisering. Volgens de Stichting ligt het bij een massale inbreuk op de persoonlijke levenssfeer voor de hand om aan alle benadeelden hetzelfde schadebedrag toe te kennen.⁶⁵⁷ De Stichting stelt dat wat betreft de gevorderde immateriële en materiële schadevergoeding in de rechtspraak uitzonderingen zijn aanvaard op praktische gronden.⁶⁵⁸ De immateriële schadevergoedingsvordering wordt door de Stichting nader onderbouwd door een verwijzing naar de Groningse aardbevingsschadezaak. De volgende passage uit de uitspraak wordt als volgt geciteerd:

⁶⁴⁹ Dagvaarding Stichting Emission Claim/ Daimler A.G. 30 december 2020, p. 18-19.

⁶⁵⁰ Dagvaarding Stichting Emission Claim/ Daimler A.G. 30 december 2020, p. 20.

⁶⁵¹ Dagvaarding Stichting Emission Claim/ Daimler A.G. 30 december 2020, p. 19 en 116, onder verwijzing naar T&C Vermogensrecht, aantekening 1 bij art. 6:104 BW, waarin de achtergrond van de bepaling als volgt is beschreven: *"de gedachte achter deze bepaling is dat het onredelijk werd geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is."*

⁶⁵² Dagvaarding Stichting Emission Claim/ Daimler A.G. 30 december 2020, p. 20.

⁶⁵³ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 12.

⁶⁵⁴ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 152.

⁶⁵⁵ De Stichting baseert haar schadevergoedingsvordering primair op art. 82 AVG, en subsidiair op art. 6:162 BW c.q. art. 6:212 BW, zie Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 163.

⁶⁵⁶ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 161 en 169.

⁶⁵⁷ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 154, onder verwijzing naar HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI), par. 18.

⁶⁵⁸ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 153, onder verwijzing naar J. Spier, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht deel 5), Deventer: Kluwer 2015, par. 208.

‘De omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, laat zich niet ‘min of meer forfaitair’ vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade.’⁶⁵⁹ Dat laat onverlet dat de rechter kan oordelen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan [...] zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen en dat de rechter daarbij aannemelijk kan achten dat de door deze aantasting in de persoon geleden schade [...] ten minste een bepaald bedrag belooft.⁶⁶⁰

Op basis van het bovenstaande stelt de Stichting dat in deze zaak kan worden aangenomen dat de schade tenminste tot een bepaald bedrag dient te belopen per benadeelde.⁶⁶¹ De Stichting stelt dat in casu, op praktische gronden, afgeweken dient te worden van het uitgangspunt van volledige schadevergoeding.⁶⁶² In dit verband verwijst de Stichting naar de parlementaire documentatie van de WAMCA, waaruit blijkt dat voor een efficiënte en effectieve massaschaderegeling het onvermijdelijk is om te abstraheren van individuele omstandigheden, en categorisering ervoor zorgt dat massaschade collectief kan worden afgewikkeld.⁶⁶³

4.5.3 Een toekomstblik

4.5.3.1 Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G.

In deze zaak is de schadeverdeling van Stichting 1 gebaseerd op categorisering, en die van Stichting 3 op een rekenformule. Het gaat hier om zuivere vermogensschade. Om verschillende redenen acht ik de kans groot dat de rechter in zee zal gaan met Stichting 1. In de WCAM-praktijk is zuivere vermogensschade afgedaan door verscheidene verdelingsmethodes, namelijk door (1) categorisering, (2) rekenformules en (3) een combinatiemodel van beide methodes. Zoals behandeld in paragraaf 4.3.3.2 stelt de wetgever nu een rechterlijke schadeafdoening aan de hand van categorisering voorop, en geeft de rechter verder geringe handvatten mee: kort samengevat de gestelde afdoende ruimte in art. 6:97 BW, en dat de vergoeding ‘redelijk’ dient te zijn. De WCAM-rechtspraak heeft laten zien dat de rechter bij zijn redelijkheidstoets pas gaandeweg het instructieboekje van de wetgever heeft verlaten door intensiever te gaan toetsen, en gezichtspunten te formuleren die niet op te hangen zijn aan de wettekst en parlementaire geschiedenis van art. 7:907 lid 3 sub b BW. Gezien het vorenstaande acht ik de kans groot dat de rechter, in ieder geval in de eerste WAMCA-zaken, de schade zal afdoen conform het door de wetgever aangedragen dun instructieboekje. Gezien de summiere toelichting van de wetgever op de rechterlijke schadebegroting is het verder mogelijk dat de rechter, net als in de WCAM-rechtspraak, al dan niet gaandeweg nieuwe gezichtspunten zal formuleren die niet te herleiden zijn naar de wettekst en parlementaire documentatie van de WAMCA. Omdat afd. 6.1.10 BW nu onder het toetsingskader van de rechter valt, denk ik hier hoofdzakelijk aan gezichtspunten die te maken zullen hebben met de praktische aspecten van de zaak.

⁶⁵⁹ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 163, onder verwijzing naar EHRM 10 februari 2011, nr. 30499/03 (*Dubetska e.a./Oekraïne*), r.o. 105.

⁶⁶⁰ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 163, onder verwijzing naar HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.7.

⁶⁶¹ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 153.

⁶⁶² Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 152-153.

⁶⁶³ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 154, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5, 6 en 52.

4.5.3.2 The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce

In deze zaak wordt zowel materiële, alsook immateriële schade gevorderd. Alhoewel de wetgever heeft bepaald dat de WAMCA zich niet beperkt tot bepaalde soorten schade,⁶⁶⁴ maakt met name de gevorderde immateriële schade deze zaak interessant. Tot dusver is de DES-zaak de enige zaak waarin immateriële schade collectief is afgewikkeld. De DES-zaak was, anders dan hier, gebaseerd op een zeer gedetailleerde categorisering. Daarnaast zal de schade hier, anders dan in de DES-zaak – afgewikkeld worden door de rechter ex art. 1018i lid 2 Rv (jo. afd. 6.1.10 BW). In de DES-zaak is benadrukt dat bij immateriële schade zich oneindige variëteit kan voordoen, waardoor vaste bedragen veelal geen soelaas zullen bieden voor een zo concreet mogelijke schadeberekening. Een ander belangrijk verschil met de DES-zaak is dat het hier niet om letselschade gaat, maar om schending van fundamentele rechten. In deze zaak wordt geen categoriseringsmethode aangedragen. De Stichting vordert een forfaitair bedrag per benadeelde. Volgens Lindenbergh ligt het bij schending van fundamentele rechten voor de hand om voor de omvang van de schadevergoeding aan te sluiten bij de aard en ernst van de normschending.⁶⁶⁵ Mede hierdoor is volgens de Stichting een forfaitaire vergoeding op zijn plaats. In deze zaak is het mogelijk dat door de rechter een deskundigenrapport wordt gelast ex art. 1018i lid 3 Rv ten aanzien van de aard en ernst van de normschending, en voor de vraag in hoeverre een (gedetailleerde) indeling in categorieën mogelijk is.⁶⁶⁶

4.6 Tussenconclusie

De WAMCA heeft ons gebracht van een collectieve actie (1994) naar een collectieve schadevergoedingsactie. In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de meningen verdeeld zijn over of de rechterlijke collectieve schadebegroting past in het ongewijzigde aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Gezien het wettelijk kader van afd. 6.1.10 BW en het karakter van de WAMCA, is het niet (altijd) mogelijk dat de rechter de schade op gelijke wijze begroot als in een individuele procedure. Enige abstractie is onvermijdelijk. Wat dit punt betreft heeft de wetgever onvoldoende gehoor gegeven aan de kritische geluiden in de literatuur en in het parlementaire debat. Kort samengevat geeft de wetgever de rechter als handvat mee de gestelde afdoende ruimte in art. 6:97 BW, en dat de vergoeding ‘redelijk’ dient te zijn. Door de summiere toelichting op de rechterlijke schadebegroting heeft de wetgever het besproken spanningsveld niet op een doeltreffende wijze ondervangen. De praktische voordelen van de WAMCA-procedure lopen als een rode draad door de parlementaire documentatie. Mijns inziens heeft dit de indruk gewekt dat de wetgever de praktische voordelen, en het feit dat sprake is van massaschade (de aard van de schade) ziet als rechtvaardiging voor een rechterlijke schadebegroting op basis van afd. 6.1.10 BW. Verder verwijst de wetgever naar de WCAM-praktijk, waarbij slechts wordt opgemerkt dat daarmee duidelijk is geworden dat massaschade ook collectief afgewikkeld kan worden. Gezien de WCAM-analyse in hoofdstuk 3 lijkt dit te kort door de bocht. Uit de WCAM-analyse in hoofdstuk 3 volgt namelijk dat niet het voorgaande, maar het feit dat de rechter bij de redelijkheidstoets ook goed uit de voeten kan met de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW het kernargument had moeten zijn voor de rechterlijke collectieve schadeafwikkeling.

⁶⁶⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 7.

⁶⁶⁵ Dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, p. 154, onder verwijzing naar HR 15 maart 2019, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), par. 18.

⁶⁶⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 50-51.

Hoofdstuk 5 Bevindingen, conclusies en aanbevelingen

5.1 Inleiding

De in hoofdstuk 1 geformuleerde deelvragen zijn aan bod gekomen in de hoofdstukken 2, 3 en 4. Op basis van de voorgaande hoofdstukken wordt in dit hoofdstuk een antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag:

Hoe wordt sinds de totstandkoming van de Wet collectieve actie in de wetgeving, rechtspraak en literatuur omgegaan met de spanning tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW en valt hierin een lijn te ontwaren?

Hieronder wordt allereerst ingegaan op de bevindingen per hoofdstuk. Vervolgens worden de conclusies beschreven, waarbij wordt ingegaan op hoe in de (1) wetgeving, (2) rechtspraak en (3) literatuur is omgegaan met de spanning tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW sinds de totstandkoming van de WCA.

5.2 Bevindingen

5.2.1 Hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 is onderzocht wat de verhouding is tussen de collectieve schadebegroting en afd. 6.1.10 BW in de aanloop naar, en in het kader van de WCA. De bevindingen zijn als volgt. Afd. 6.1.10 BW gaat uit van een individuele schadeafdoening, waarbij een concrete en volledige schadeberekening het uitgangspunt is.⁶⁶⁷ Het principiële bezwaar tegen een abstracte schadebegroting ex art. 6:97 BW is het feit de benadeelde meer, of juist minder vergoed kan krijgen dan de werkelijk geleden schade.⁶⁶⁸ Niettemin volgt uit vaste rechtspraak dat zowel zuivere vermogensschade, alsook personenschade een abstracte schadebegroting ex art. 6:97 BW toelaat.⁶⁶⁹ De wetgever heeft sinds 1986 steeds bewust afgezien van een collectieve schadevergoedingsvordering, met grofweg de volgende twee redenen. Allereerst zouden de mogelijkheden van het civiele recht voldoende zijn, waardoor een collectieve schadevergoedingsvordering als onnodig werd gezien.⁶⁷⁰ Onder de mogelijkheden van het civiele recht werd verstaan de cessie, procesvolmacht en lastgeving. Het kernargument, dat sinds 1986 is opgeworpen door de wetgever, waren mogelijke juridisch-technische complicaties. Het recht op schadevergoeding zou slechts individueel te beantwoorden zijn (door vragen als eigen schuld, causaliteit en de schadeomvang), waardoor een collectieve schadevergoedingsvordering als onmogelijk werd gezien.⁶⁷¹ Meer gaf de wetgever niet. Wel was in de literatuur een roep waarneembaar ten faveure van een collectieve schadevergoedingsvordering. In 1994 is geopperd dat een collectieve schadevergoedingsvordering ingelezen zou kunnen worden in art. 6:97 BW.⁶⁷² Het schadevergoedingsrecht zou voldoende ruimte bieden om de kloof tussen individuele en

⁶⁶⁷ Asser/Sieburgh 6-II 2017/31 en 37.

⁶⁶⁸ Asser/Sieburgh 6-II 2017/37.

⁶⁶⁹ Verheij 2019/48, onder verwijzing naar HR 5 december 2008, NJ 2009/387, m.nt. Vranken (Rijnstate/Reuvers), HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. Vranken (Wrongful life).

⁶⁷⁰ Kamerstukken II 1987/88, 19507, nr. 8, p. 16, Kamerstukken II 1987/88, 19908, nr. 6, p. 28, Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 30.

⁶⁷¹ Kamerstukken II 1986/87, 19743, nr. 3, p. 8, Kamerstukken II 1978/79, 13611, nr. 12b, p. 3-4, Kamerstukken II 1987/88, 19908, nr. 6, p. 28, Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 13, 29 en 30.

⁶⁷² Frenk 1994, p. 230.

collectie schadeafwikkeling (verder) te dicht. Door de beperking van art. 3:305a lid 3 BW zou een mogelijke rechtsontwikkeling bij voorbaat geblokkeerd worden.⁶⁷³ De breed gedragen kritiekpunten hebben niet geleid tot een collectieve schadevergoedingsmogelijkheid; ook met de komst van de WCAM is de beperking van art. 3:305a lid 3 BW blijven bestaan. Dit brengt mij bij mijn bevindingen uit hoofdstuk 3.

5.2.2 Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 is onderzocht wat de verhouding is tussen afd. 6.1.10 BW en de WCAM. De bevindingen zijn als volgt. Volgens de wetgever krijgt een verbindend verklaarde schikkingsovereenkomst de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 1 BW).⁶⁷⁴ De wetgever stelt de praktische voordelen, en de contractsvrijheid voorop. De partijautonomie komt niet in het gedrang omdat het niet de rechter is die de schade begroot, maar de partijen.⁶⁷⁵ Niet de wet (in casu het schadevergoedingsrecht), maar de rechterlijke uitspraak vervangt een mogelijk recht op schadevergoeding.⁶⁷⁶ De schikkingsovereenkomst wordt verbindend verklaard als deze voldoet aan de toetsingscriteria van art. 7:907 lid 2 en lid 3 BW. Een analyse van deze toetsingscriteria heeft duidelijk gemaakt dat art. 7:907 lid 2 en lid 3 BW niet geheel los staat van afd. 6.1.10 BW. De wetgever knoopt expliciet aan bij de artt. 6:107, 6:108 en 6:109 BW.⁶⁷⁷ Daarnaast lijkt de redelijkheidstoets tot op zekere hoogte langs dezelfde lijnen te lopen van enkele bepalingen uit afd. 6.1.10 BW. Zo zien we elementen van art. 6:97 BW en art. 6:98 BW terug in de redelijkheidstoets van art. 7:907 lid 3 sub b BW, namelijk ‘de omvang van de schade’ en ‘de mogelijke oorzaken van de schade’. Het doel en de systematiek van de WCAM is dat door categorisering ‘de noodzaak vervalt’ om individuele rechtsvragen als eigen schuld, causaliteit en de schadeomvang te beantwoorden.⁶⁷⁸

De focus van de kritiek in de literatuur ten aanzien van de redelijkheidstoets ligt niet expliciet op de verhouding tot afd. 6.1.10 BW. In de literatuur wordt ten aanzien van de WCAM hoofdzakelijk stilgestaan bij de vraag in hoeverre de WCAM mogelijkheid biedt tot maatwerk, en of de toetsingsintensiteit van de rechter al dan niet wenselijk is. Dit brengt mij bij mijn bevindingen uit de analyse van de WCAM-jurisprudentie.

Ook het hof stelt de praktische voordelen van de WCAM-procedure, en de contractsvrijheid voorop.⁶⁷⁹ Er kan evenwel een scheidslijn getrokken worden tussen de overwegingen van de rechter voor en na de DSB-zaak. Met de DSB-zaak wordt de rechterlijke toets beduidend indringender dan daarvoor. De partijwil staat niet meer voorop en de schikkingsovereenkomst wordt, anders dan daarvoor en ook anders dan de parlementaire documentatie van de WCAM, geformuleerd als een ‘ongewone’ vaststellingsovereenkomst die niet geheel overgelaten kan worden aan partijen.⁶⁸⁰ De redelijkheid van de toegekende vergoedingen in de aangedragen schikkingen wordt kritischer onderzocht, en het hof formuleert gezichtspunten bij art. 7:907 lid 3 sub b BW die niet op te hangen zijn aan de parlementaire documentatie van de WCAM: de

⁶⁷³ Bloembergen, *RMThemis* 1996/81, p. 92.

⁶⁷⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 4.

⁶⁷⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5.

⁶⁷⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 7.

⁶⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 13, *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20.

⁶⁷⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 5.

⁶⁷⁹ Zie onder meer hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461 (*DES I*), r.o. 5.22, hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71 (*Dexia*), r.o. 6.6, 6.15, hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, mt.nt. B.J. de Jong (*Converium*), par. 4.

⁶⁸⁰ Hof Amsterdam 13 mei 2014, *JOR* 2015/9, (*DSB*), r.o. 7.2.3, hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*), r.o. 5.22.

steun van de betrokkenen aan de schikkingsovereenkomst, het aantal opt-out'ers, art. 6:101 BW en art. 6:100 BW.⁶⁸¹ Voorts betreft het hof art. 6:109 BW expliciet bij zijn redelijkheidstoets.⁶⁸² De analyse van de WCAM-regeling laat zien dat de afstand tussen afd. 6.1.10 BW en een collectieve schadebegroting kleiner is geworden: de bakens van het 'klassieke' schadevergoedingsrecht (te weten: een individuele schadeafdoening) lijken in zekere zin te zijn verzet. De rechter toetst de toegekende vordering op collectief niveau aan bepalingen uit afd. 6.1.10 BW. Met de komst van de WAMCA is een rechterlijke collectieve schadeafwikkeling mogelijk gemaakt. Nu hoeft de rechter geen afstand meer te nemen van afd. 6.1.10 BW, en is die afdeling zelfs (in samenhang met zijn redelijkheidstoets ex art. 1018i lid 2 Rv) zijn toetsingskader.

5.2.3 Hoofdstuk 4

In hoofdstuk 4 is onderzocht wat de verhouding is tussen de WAMCA en afd. 6.1.10 BW. De bevindingen uit hoofdstuk 4 zijn als volgt. De wetgever ziet nu voldoende ruimte in art. 6:97 BW om de rechter de bevoegdheid te geven voor een (abstracte) collectieve schadeafwikkeling.⁶⁸³ Ingevolge art. 1018i lid 2 Rv (waarin de redelijkheidstoets is ingebed) kan de rechter de schade – waar mogelijk – in categorieën vaststellen.⁶⁸⁴ Door de summiere toelichting op de materiële aspecten van de rechterlijke schadebegroting, heerst er onduidelijkheid over de werkwijze van de rechter. De wetgever maakt in het algemeen niet duidelijk (1) wat de reikwijdte is van afd. 6.1.10 BW (en in het bijzonder van art. 6:97 BW), (2) wat de status van de redelijkheidstoets daarbij is en (3) hoe deze zich verhoudt met de beginselen van afd. 6.1.10 BW. Ook biedt de wetgever geen uitsluitsel over de wijze waarop categorisering plaats zou moeten vinden. Hoofdzakelijk de onduidelijke toelichting op de nieuwe taak van de rechter heeft gezorgd voor forse kritiek in de literatuur. De analyse van de actuele discussie maakt duidelijk dat de meerderheid van de auteurs potentie zien in de rechterlijke schadeafwikkeling, maar zien evenwel een spanning bij de toepassing van art. 1018i lid 2 Rv in combinatie met afd. 6.1.10 BW. De in de discussie geconstateerde spanning komt in de conclusies, waar nodig, aan de orde.

5.3 Conclusies en aanbevelingen

Op grond van de voorgaande hoofdstukken kom ik tot de conclusie dat de wetgever een lange tijd bang is geweest zich aan koud water te branden. Toen de WCAM-praktijk heeft laten zien dat de redelijkheidstoets gecombineerd kan worden met afd. 6.1.10 BW, is de wetgever teruggekomen van zijn 25-jarig kernargument: de zorgen over de juridisch-technische complicaties die een collectieve schadevergoedingsvordering met zich zou brengen verdwenen, en art. 3:305a lid 3 BW is geschrapt. Nu kan de rechter de collectieve schade afdoen met toepassing van afd. 6.1.10 BW, in combinatie met de redelijkheidstoets uit art. 1018i lid 2 Rv.

In dit onderzoek is duidelijk geworden dat afzonderlijk in de wetgeving, rechtspraak en literatuur op verschillende wijzen is omgegaan met de spanning tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW. Om verschillende redenen constateer ik bij de rechter een beduidend meer geleidelijke ontwikkeling van een algemene collectieve actie

⁶⁸¹ Hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*), r.o. 4.15, 4.21, hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell*), r.o. 6.15, 6.23 en 6.25, hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196 m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Vie d'Or*), r.o. 4.16.

⁶⁸² *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 16 en 52.

⁶⁸³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

⁶⁸⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 52.

naar een algemene collectieve schadevergoedingsactie dan bij de wetgever. Met name de WCAM-analyse maakt dit duidelijk. Hieronder volgt een toelichting, waarbij wordt ingegaan op hoe (1) de rechter en (2) de wetgever is omgegaan met de spanning tussen de collectieve (rechterlijke) schadebegroting en afd. 6.1.10 BW sinds de totstandkoming van de WCA. Waar nodig worden de kritische geluiden uit de literatuur erbij gehaald.

De analyse van de WCAM-jurisprudentie heeft aangetoond dat er een beweging zichtbaar is waarin de rechter geleidelijk de redelijkheidstoets heeft geïntensiveerd, en heeft uitgebreid naar de kaders van afd. 6.1.10 BW. Een mogelijke conclusie ten aanzien van de geïntensiveerde toetsing is dat de rechter afd. 6.1.10 BW niet als obstakel heeft gezien, of de spanning simpelweg niet heeft opgemerkt. Een andere, meer voor de hand liggende conclusie is dat de rechter zijn redelijkheidstoets zo heeft opgevat dat de gezichtspunten van de redelijkheidstoets niet beperkt zijn tot art. 7:907 lid 3 sub b BW, en bepalingen uit afd. 6.1.10 BW hierbij ook een rol kunnen spelen. Ik zeg expliciet ‘zo heeft opgevat’, omdat dit in essentie niet de bedoeling was van de wetgever. Strikt genomen beoogde de wetgever met de WCAM individuele rechtsvragen als causaliteit, eigen schuld en voordeelstoerekening buiten beschouwing van de schadeafwikkeling te laten door categorisering.⁶⁸⁵ De procedure zou ‘onhandelbaar’ worden als deze vragen betrokken zouden worden in de procedure.⁶⁸⁶ Dezelfde wetgever heeft evenwel expliciet aangeknoopt bij de artt. 6:107, 6:108 en 6:109 BW.⁶⁸⁷ Vervolgens heeft het hof de afstand tussen afd. 6.1.10 BW en art. 7:907 lid 3 sub b BW kleiner gemaakt door bij zijn redelijkheidstoets gewicht toe te kennen aan bepalingen uit afd. 6.1.10 BW, in het bijzonder expliciet aan de artt. 6:100, 6:101 en 6:109 BW. Alhoewel de parlementaire documentatie van de WCAM niet aanknoopt bij de artt. 6:100 en 6:101 BW, heeft de rechter de genoemde artikelen in het kader van de redelijkheidstoets toegepast op collectief niveau (zonder dat het onderwerp was van het geschil).

Op basis van de WCAM-analyse kan geconcludeerd worden dat afd. 6.1.10 BW in elk geval voldoende flexibel is voor een veralgemeniseerde toepassing van de artt. 6:98, 6:100, 6:101, 6:107, 6:108 en 6:109 BW bij een collectieve schadeafdoening. Daarmee kom ik bij het artikel dat de wetgever vooropstelt, te weten art. 6:97 BW. Art. 6:97 BW regelt de schadebegroting, en laat zich op dezelfde wijze veralgemeniseren als de overige bepalingen uit afd. 6.1.10 BW. In mijn optiek kunnen de pragmatische benaderingen in de actuele discussie dan ook de overhand nemen. In dit verband verdient aanbeveling om ook onderzoek te verrichten naar de algemene WCA-jurisprudentie, die mogelijk meer kan vertellen over de toepassing van de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW op collectief niveau. Het feit dat afd. 6.1.10 BW voldoende basis lijkt te bieden, neemt echt niet weg dat er nog steeds een duidelijke spanning is tussen afd. 6.1.10 BW en de rechterlijke schadebegroting ex art. 1018i lid 2 Rv. Die spanning was al aanwezig vóór de komst van de WAMCA. Doordat de wetgever zich kennelijk niet heeft bekommerd om de al aanwezige spanning, geen oplossing heeft geboden, en juist zichzelf heeft tegengesproken in de parlementaire documentatie van de WAMCA, is het spanningsveld groter geworden.

Zoals beschreven onder de bevindingen was een collectieve schadevergoedingsactie bij de totstandkoming van de WCA strikt onmogelijk volgens de wetgever. Onder de WCAM is door

⁶⁸⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 6.

⁶⁸⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 4, p. 8.

⁶⁸⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 13, *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 7, p. 20. Zie voor een bespreking van de artt. 6:107, 6:108 en 6:109 BW paragraaf 2.2.3.1 en 2.2.3.4. Vermeldenswaard is dat in de parlementaire geschiedenis van art. 6:109 BW wordt gesproken over de ‘hoofregel van volledige schadevergoeding’, zie Reehuis 1990, p. 1317.

de wetgever verwezen naar enkele bepalingen uit afd. 6.1.10 BW, maar over de hele linie bleef het verbod van art. 3:305a lid 3 BW bestaan. Wat de wetgever kennelijk niet scherp voor ogen heeft is dat de redelijkheidstoets van art. 7:907 lid 3 sub b BW geen rechterlijke schadebegroting is, maar een beoordeling van de redelijkheid van een op basis van vrijwilligheid tot stand gekomen schadebegroting van de partijen.

Nu maakt de wetgever een rechterlijke schadebegroting wel mogelijk. Ik benadruk het feit dat de WCAM op een evident punt niet vergeleken kan worden met de WAMCA. Het zijn nu niet de partijen die tot een collectieve schadeafwikkeling komen, maar de rechter. De wetgever beoogt nu juist rekening te houden met individuele rechtsvragen als causaliteit, eigen schuld en voordeelstoerekening door categorisering,⁶⁸⁸ hetgeen lijnrecht tegenover het uitgangspunt van de WCAM staat. De rechter krijgt zeer geringe handvatten mee van de wetgever: de verwijzing naar art. 6:97 BW, en dat de door de rechter vast te stellen schadeafwikkeling ‘redelijk’ dient te zijn. Verdere handvatten worden niet geboden. Het voorgaande maakt dat de wetgever de indruk heeft gewekt dat er sprake is van een plotsklapse omwenteling, terwijl uit de WCAM-analyse blijkt dat de rechterlijke schadeafwikkeling de facto is ontstaan uit een geleidelijke ontwikkeling. De WCAM-analyse biedt een belangrijk gegeven, namelijk dat art. 7:907 lid 3 sub b BW gecombineerd kan worden met bepalingen uit afd. 6.1.10 BW (die sturing geven aan de distributie, en zich dus lenen voor een veralgemeniseerde toepassing). Hieruit kan geconcludeerd worden dat de wetgever kennelijk – getuige de WCAM-praktijk – tot de conclusie is gekomen dat art. 1018i lid 2 Rv ook gecombineerd kan worden met afd. 6.1.10 BW. Weliswaar verwijst de wetgever naar de WCAM-praktijk, maar de toelichtingswijze van de wetgever is verwarrend. Ten eerste omdat de toelichting van het materieelrechtelijke aspect van de rechterlijke schadeafwikkeling zeer summier is, en ten tweede omdat de toelichting op de rechterlijke schadebegroting niet strookt met zijn eerdere standpunten.

De WCAM blijft naast de WAMCA bestaan als alternatieve route. In het geval de WCAM-rechter zijn huidige toetsingsintensiteit voortzet, is het mogelijk dat eerder de spanning tussen de WCAM en afd. 6.1.10 BW groter wordt dan de spanning tussen de WAMCA en afd. 6.1.10 BW. Immers, in hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat de WCAM-regeling voor de toepassing van afd. 6.1.10 BW – met uitzondering van de artt. 6:107, 6:108 en 6:109 BW – geen wettelijke grondslag biedt. Toch betreft de rechter ook andere bepalingen uit afd. 6.1.10 BW bij zijn redelijkheidsoordeel, te weten de artt. 6:100 en 6:101 BW. De WAMCA geeft de rechter afd. 6.1.10 BW expliciet mee als toetsingskader, de WCAM daarentegen niet.

Desalniettemin schiet de WAMCA-regeling nu op bepaalde punten tekort. De al sinds 1986 bestaande twijfel over collectief schadeverhaal is daarom onvoldoende geadresseerd door de wetgever. In eerste instantie heeft de wetgever een zeer summiere toelichting gegeven op art. 1018i lid 2 Rv, en de mogelijkheid om de schade te begroten aan de hand van afd. 6.1.10 BW. In het verlengde hiervan heeft de wetgever de rechter zeer geringe handvatten gegeven. Het is daarom onduidelijk op welke wijze de rechter de schade dient te begroten. De aangedragen gezichtspunten bieden onvoldoende houvast voor de rechter. Doordat de wetgever geen vaste werkwijze heeft voorgeschreven voor de rechterlijke schadeafwikkeling, heeft de rechter veel ruimte om hier zelf nader invulling aan te geven. Het nieuwe terrein van art. 1018i lid 2 Rv in samenhang met afd. 6.1.10 BW zal nader worden verkend in de rechtspraktijk. Voor nu verdienen in ieder geval de volgende punten de aandacht.

⁶⁸⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6 en p. 52.

Mijns inziens diende de wetgever op zijn minst te erkennen dat nu blijkt dat art. 6:97 BW voldoende basis biedt voor de rechterlijke schadeafwikkeling, doordat de ‘klassieke’ bakens van afd. 6.1.10 BW zijn verzet voorafgaand aan de WAMCA. In het geval een aanpassing van de WAMCA-terminologie niet in het verschiet blijkt te liggen, verdient het aanbeveling dat de *rechter* (alhoewel hij een dun instructieboekje heeft gekregen) – ter compensatie van de summiere toelichting van de wetgever - het toepassingsbereik van afd. 6.1.10 BW betreft bij zijn redelijkheidsoordeel ex art. 1018i lid 2 Rv.

Resumerend het volgende. Uit de WCAM-analyse kan geconcludeerd worden dat de toegekende schadevergoeding in een schikkingsovereenkomst niet slechts redelijk is als die concreet en dus volledig is. De redelijkheidstoets ex art. 7:907 lid 3 sub b BW is geen eigenstandig criterium, en staat niet los van de bepalingen uit afd. 6.1.10 BW. In het verlengde hiervan is de succesvolle combinatie van art. 7:907 lid 3 sub b BW jo. afd. 6.1.10 BW vervangen door art. 1018i lid 2 Rv jo. afd. 6.1.10 BW. De WAMCA-regeling is verwarrend, maar past in essentie in de gegroeide rechtspraktijk.

Bibliografie

Literatuur

Abas & Van Zijst, NTBR 2005/1

P. Abas & M. van Zijst, 'Regeling van massaschade via een vaststellingsovereenkomst', *NTBR* 2005/1, p. 14-17.

Eijssermans-van Abeelen, NTBR 2015/3

D.M.J. Eijssermans-van Abeelen, 'Een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland; met voldoende waarborgen omkleed?', *NTBR* 2015/3, afl. 1.

Eijssermans- van Abeelen 2020

D.M.J. Eijssermans-van Abeelen, *De uitkering van massaschadeclaims: professionalisering van het distributieproces bij collectieve schikkingen*, Tilburg University (ProefschriftMaken) 2020.

Asser e.a. 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken & I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Boom Juridische Uitgevers: 2003.

Barbiers, NTBR 2020/35

D.L. Barbiers, 'Beoordeling van schadevergoedingsvorderingen door de rechter in collectieve actie', *NTBR* 2020/35, afl. 8.

Barendrecht & Tzankova, NJB 2007/2125

J.M. Barendrecht & I.N. Tzankova, 'Massaschade: coördinatie gevraagd', *NJB* 2007/2125, afl. 41, p. 2597-2597.

Barendrecht & Van Doorn, NJB 2007/2127

J.M. Barendrecht & C.J.M. van Doorn, 'Richtpunten voor massale geschillen: het schikkingsspel in de aandelenleaseaffaire', *NJB* 2007/2125, afl. 41, p. 2605-2612.

Van den Berg, in: GS Schadevergoeding

L.M. van den Berg, commentaar op art. 6:109 BW, in A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Henkemans 2007

R.R.A. Henkemans, 'De wetgevende taak van de rechter bij massaschade', in: N. van den Berg, R.R.A. Henkemans & A.S.H. Timmer (red.), *Massaclaims. Class actions op z'n Nederlands*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 29-58.

Beumers & Van Boom 2016

M. Th. Beumers & W.H. van Boom, 'De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens. Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Bloembergen, RMThemis 1996/81

A.R. Bloembergen, 'Kollektieve Akties in het privaatrecht', *RMThemis* 1996/81, p. 91-93.

Van Bochove & Van Doorn, TvC 2007/1
L.M. van Bochove en C.J.M. van Doorn, 'Eerste WCAM-beschikking: DES-zaak nu ten einde? Annotatie bij Hof Amsterdam 1 juni 2006, NJ 2006/461', TvC 2007/1, p. 21-22.

Van Boom, TvC 2019/4

W.H. van Boom, 'WCA→WCAM→WAMCA', TvC 2019, afl. 4, p. 154-160.

Boonekamp, in: GS schadevergoeding

R.J.B. Boonekamp, commentaar op art. 6:98 BW, in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van den Borne, Bb 2004/68

C.H.D.W. van den Borne, 'Wetsvoorstel massaschade, oplossing voor collectieve acties?', Bb 2004/68, afl. 24, p. 241-243.

Claessens & Warmerdam, FIP 2014/7

M.E.J. Claessens & I.M.M. Warmerdam, 'De WCAM-procedure in faillissement: echt zo effectief en efficiënt?', FIP 2014/7, p. 255-259.

Croiset van Uchelen, AV&S 2007/34

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'De verbindendverklaring volgens de WCAM als procesvorm', AV&S 2007/34, afl. 5, p. 222-228.

Croiset van Uchelen, WPNR 2008/6772

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven? De effectiviteit van de WCAM', WPNR 2008/6772, p. 798-805.

Van Dijk, Van Doorn & Tzankova 2010

G. van Dijk, C.J.M. van Doorn & I. Tzankova, *Individueel of collectief procederen bij massaschade?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Van Dijk, Van Doorn & Tzankova NJB 2011/1087

G. van Dijk, C.J.M. van Doorn & I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade', NJB 2011/1087, afl. 21, p. 1383-1389.

Van Doorn, in: GS Bijzondere overeenkomsten

C.J.M. Van Doorn, commentaar op art. 7:910 BW, in: C.G. Breedveld-de Voogd & S.E. Bartels (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Doorn, in: GS Bijzondere overeenkomsten

C.J.M. van Doorn, commentaar op art. 7:907 lid 2 BW, in: C.G. Breedveld-de Voogd & S.E. Bartels (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Doorn & De Bruijn 2013, NJB 2013/2405

C.J.M. van Doorn & M. De Bruijn, 'Collectieve afwikkeling van massaschade', NJB 2013/2405, afl. 41, p. 2856-2863.

Van Doorn, AV&S 2007/16

C.J.M. van Doorn, 'De tweede WCAM-beschikking is een feit: tijd voor een terugblik en een blik vooruit', AV&S 2007/16, afl.3, p. 105-114.

Van Doorn, NTBR 2010/46

C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *NTBR* 2010/46, afl. 10, p. 387-396.

Van Duin & Lawant, TCR 2015/7

J.M.L. van Duin en R.S.I. Lawant, 'Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?', *TCR* 2015/7, p. 7-15.

Frenk 1994

N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Frenk, AV&S 2006/24

N. Frenk, 'Definitieve afwikkeling van de DES-zaak in zicht Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461', *AV&S* 2006/24, afl. 5, p. 22-27.

Frenk, AV&S 2007/33

N. Frenk, 'Massaschade: de Nederlandse benadering', *AV&S* 2007/33, afl. 5, p. 214-222.

Gras & Korsten, Bb 2014/84.

E. Gras & L.E.J. Korsten, 'Fundamentele kritiek in de internetconsultatie op Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie', *Bb* 2014/84, afl. 26, p. 277-280.

Hammerstein, MvO 2016/4

A. Hammerstein, 'Collectief procederen vanuit de visie van een rechter', *MvO* 2016/4, p. 81-83.

Hartlief e.a. 2018

T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenberg & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Hartlief, WPNR 2002/6472

T. Hartlief, 'Open normen in het schadevergoedingsrecht: de artikelen 6:98, 99 en 101 BW', *WPNR* 2002/6472, p. 8-19.

Hartlief, TVP 2006/4

T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade? Enkele opmerkingen over afbakening van de kring van gerechtigden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *TVP* 2006/4, p. 98-104.

Hartlief, NJB 2007/2124

T. Hartlief, 'De twee werelden van massaschade', *NJB* 2007/2124, afl. 41, p. 2595-2596.

Hartlief, NJB 2017/2138

T. Hartlief, 'Massaschade en de regelende rechter', *NJB* 2017/2138, afl. 40.

Hartlief, TPR 2019/2

T. Hartlief, 'Massaschaderecht in ontwikkeling', *TPR* 2019/2, p. 451-476.

Hermans 2015

R.M. Hermans, 'De verbindendverklaring van schikkingen op grond van de WCAM', in: M. Holtzer e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jongbloed, in: GS Vermogensrecht

A.W. Jongbloed, commentaar op art. 3:305a BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Jongbloed, in: GS Vermogensrecht

A.W. Jongbloed, commentaar op art. 3:305b BW, in J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Klaassen, AA december 2013

C.J.M. Klaassen, 'De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade 'en nog wat van die dingen'', AA december 2013, p. 627-632.

Klaassen 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW, deel B35), Deventer: Kluwer 2017.

Knigge e.a. 2018

A. Knigge, L.F. Dröge & E.M. Hoogervorst, Commentaar op art. 1018i Rv, in: C.J.M. Klaassen, R.H. de Bock, A. Hammerstein & R.M. Hermans (red.), *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu 2018.

Kok & Sinninghe Damsté, TOP 2012/2

A.J. Kok & M.H.C. Sinninghe Damsté, 'Converium; de eindbeschikking. Opnieuw een stap vooruit bij collectieve afwikkeling van internationale massaschade in Nederland!', TOP 2012/2, p. 74-76.

Kok & Sinninghe Damsté, TOP 2011/1

A.J. Kok & M.H.C. Sinninghe Damsté, 'Converium: een stap vooruit bij collectieve afwikkeling van internationale massaschade in Nederland', TOP 2011/1, p. 28-35.

Kortmann, NJB 2018/407

J.S. Kortmann, 'Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie (34608)', NJB 2018/407, afl. 8.

Krans 2007, NJB 2007/2126

H.B. Krans, 'DES en DEXIA: de eerste ervaringen met collectieve afwikkeling van massaschade', NJB 2007/2126, afl. 41, 2598-2604.

Van der Krans, O&F 2019/27

A. van der Krans, 'Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?', O&F 2019/27, afl. 3, p. 61-71.

Lindenbergh, in: GS Schadevergoedingsrecht

S.D. Lindenbergh, commentaar op afd. 10 Boek 6 BW, in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding

S.D. Lindenbergh, commentaar op art. 6:95 BW, in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Lindenbergh, in: GS Schadevergoeding

S.D. Lindenbergh, commentaar op art. 6:97 BW, in: A.T. Bolt (red.), *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, deel B34), Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh e.a. 2013

S.D. Lindenbergh & A.Ch.H. Franken, *Abstracte schadeberekening*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW, deel B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, 'Een kleine kroniek van het schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2020/30, p. 213-216.

Los 2013

W.J.J. Los, 'Toepassing van de WCAM-Bespiegelingen over de rol en taak van de rechter', in: W.J.J. Los, B.P.M. van Ravels, D.F. Lunsingh Scheurleer & S. Voet (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 13-33.

Loth, NTBR 2020/21

M. Loth, 'uit de ban van corrigerende rechtvaardigheid', *NTBR* 2020/21, afl. 6, p. 153-162.

Oving, TVP 2020/1

A.A.L. Oving, 'De WAMCA onder de loep genomen', *TVP* 2020/1, p. 11-19.

Ozmis & Tzankova, TCR 2012/2

D. Ozmis & I.N. Tzankova, 'De evaluatie van de WCAM: de kernthema's uitgelicht', *TCR* 2012/2, p. 33-42.

Pavillon, RMThemis 2019/4

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', *RMThemis* 2019, afl. 4, p. 163-176.

Reehuis e.a. 1990

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Van Regteren Altena & Ten Cate, AA 2005/54

P.N. van Regteren Altena & M. ten Cate, 'Collectieve actie en collectieve afwikkeling, samen uit samen thuis?', *AA* 2005/54, afl. 4, p. 235-241.

Rijndorp & Tillema, MvO 2018/5-6

M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, 'Over meelifers, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben' *MvO* 2018/5-6, p. 121-131.

Rijsterborgh, MvV 2017/11

A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017/11, p. 325-331.

Rutten, TvI 2014/38

K. Rutten, 'De curator, de Wcam en de redelijkheid van de vergoeding', *TvI* 2014/38, afl. 6.

Asser/Sieburgh 6/II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Smeehuijzen & Verheij, NJB 2018/1241
J.L. Smeehuijzen & A.J. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee', *NJB* 2018/1241, p. 1794-1798.

Snijders 2007

H.J. Snijders, 'Van massaschades naar massaprocedures', in: N. van den Berg, R.R.A. Henkemans & A.S.H. Timmer (red.), *Massaclaims, Class Actions op z'n Nederlands*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2007, p. 5-8.

Snijders 2010

G. Snijders, 'Collectief procederen: mogelijkheden en onmogelijkheden', in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 127-143.

Spier e.a. 2015

J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Stapel & Thuijs, V&O 2014/12

M.A.C. Stapel & T. Thuijs, 'Collectief schadeverhaal in Nederland: we zijn er bijna, maar nog niet helemaal', *V&O* 2014/12, p. 186-190.

Stolk e.a. 2018

R. Stolk, L. van der Meulen, M. Wolfrat en K. de Meulder, *Strategisch procederen in het bestuursrecht*, Boom Juridische Uitgevers: 2018.

Stolker, NTBR 1996/81

C.J.J.M. Stolker, 'N. Frenk Kollektieve Akties in het privaatrecht', *NTBR* 1996/81, p. 127-130.

Tillema, MvO 2006/4,

I. Tillema, 'Tien jaar WCAM: een overzicht', *MvO* 2006/4, p. 90-99.

Tjong Tjin Tai 2017

J.F.E. Tjong Tin Tai, *Schadebegroting*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2017.

Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Tzankova, Ondernemingsrecht 2007/88

I.N. Tzankova, 'Enkele overpeinzingen naar aanleiding van de Dexia(-be)schikking', *Ondernemingsrecht* 2007/88, afl. 7, p. 282-287.

Valk 2005

W.L. Valk, 'Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling van massaschade vanuit het perspectief van de rechtspraak', in: A.I.M. van Mierlo, P.N. van Regteren Altena, R.H. Happé & W.L. Valk, *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 47-54.

Van der Velden & Raaijmakers, TOP 2014/381

B.W.G. van der Velden & A.S.G.M. Raaijmakers, 'Grenzen van collectieve afdoening in zicht', *TOP* 2014/381, afl. 5, p. 34-37.

Verheij 2019

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Monografieën Privaatrecht nr. 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Verheij, VR 2020/179

A.J. Verheij, 'De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en de begroting van personenschade', *VR* 2020/179, afl. 11.

Van der Waals 2017

S.E. van der Waals, *De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (Serie Van der Heijden Instituut nr. 139) (diss. Utrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Wijnberg & Biezenaar, TOP 2019/397

I.J.F. Wijnberg & J. Biezenaar, 'De WAMCA: nog (te) veel ruimte voor discussie', *TOP* 2019/397, afl. 7, p. 23-27.

Witjens, VR 2007/55

E.M. Witjens, 'Causaliteit in het privaatrecht en het strafrecht', *VR* 2007/55, afl. 2, p. 33-37.

Yperen, V&O 2012/3

C.A.J. van Yperen, 'Converium deel II: zesde verbindendverklaring van een collectieve schadeovereenkomst met toepassing van de Wcam', *V&O* 2012/3, p. 11-15.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (*DES-dochters*).

HR 27 maart 1998, *NJ* 1998/709 (*FNV/Transportbedrijf Jac. Kuypers*).

HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. Vranken (*Wrongful life*).

HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/527, m.nt. Van Dam (*DNB/Vie d' Or*).

HR 1 oktober 2010, *NJ* 2013/81 m.nt. T. Hartlief (*Verheag/Jenniskens, Voordeelstoerekening*).

HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013/219, m.nt. Mendel (*Reaal/Athlon*).

Gerechtshof

Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, *JOR* 2004/206 (*DNB/Vie d' Or*).

Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461 (*DES I*).

Hof Amsterdam 25 januari 2007, *JOR* 2007/71, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Dexia*).

Hof Amsterdam 29 april 2009, *JOR* 2009/196, m.nt. A.F.J.A. Leijten, (*Vie d' Or*).

Hof Amsterdam 29 mei 2009, *JOR* 2009/197, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Shell*).

Hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325, m.nt. A.C.W. Pijls (*Vedior*).

Hof Amsterdam 17 januari 2012, *JOR* 2012/51, m.nt. B.J. de Jong (*Converium*).

Hof Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3918.

Hof Amsterdam 13 mei 2014, *JOR* 2015/9 (*DSB*).

Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2371 (*DES-II*).

Hof Amsterdam 16 juni 2017, *JOR* 2018/10, m.nt. J.S. Kortmann.

Hof Amsterdam 13 juli 2018, *JOR* 2018/246, m.nt. I.N. Tzankova (*Fortis*).

Rechtbank

Rb. Amsterdam 14 september 2005, *JOR* 2005/277.

Rb. Amsterdam 9 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3529.

Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715.

Parlementaire stukken

Vaststelling van Boek 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6.

Regelen omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame

Kamerstukken II 1978/79, 13611, nr. 6.

Kamerstukken II 1978/79, 13611, nr. 3.

Kamerstukken II 1978/79, 13611, nr. 12a

Kamerstukken II 1978/79, 13611, nr. 12b.

Wijziging van de Vestigingswet Bedrijven 1954 (Stb. 1964, 66), de Vestigingswet detailhandel (Stb. 1971, 569) en de Drank- en Horecawet (Stb. 1964, 386)

Kamerstukken II 1986/87, 19743, nr. 3

Voorstel van wet van het lid Groenman houdende regels betreffende rechtsvorderingen door rechtspersonen ter bevordering van gelijke behandeling

Kamerstukken II 1986/87, 19507, nr. 6.

Kamerstukken II 1987/88, 19507, nr. 8.

Wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Stb. 1980, 86), van artikel 1637ij van het Burgerlijk Wetboek en aanvulling van de Wet medezeggenschap onderwijs en enkele andere onderwijswetten, alsmede opnemings van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst (Stb. 1980, 384), van de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen (Stb. 1975, 129) en van de Wet tijdelijke voorziening gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van gehuwden en ongehuwden in geval van beëindiging van de dienstbetrekking (Stb. 1979, 278) in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (betreft herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen)

Kamerstukken II 1987/88, 19908, nr. 6.

Gezondheids- en welzijnswet voor dieren

Kamerstukken II 1988/89, 16447, nr. 30.

Kamerstukken II 1991/92, 16447 nr. 88a.

Algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (Algemene wet gelijke behandeling)

Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 2.

Regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen

Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3.

Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 5.

Kamerstukken II 1992/93, 22486, nr. 5.

Kamerstukken II 1992/93, 22486, nr. 7.

Kamerstukken II 1993/94, 22486, nr. 15.

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade)

Kamerstukken II 2003/04, 29414 nr. 3.

Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 4.

Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 7.

Kamerstukken II 2003/04, 29414, nr. 6.

Kamerstukken II 2004/05, 29414, nr. C.

Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (XIII) voor het jaar 2012

Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 14.

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade)

Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33126, nr. 6.

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie)

Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 6.

Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 7.

Kamerstukken II 2017/18, 34608, nr. 9.

Wetgeving

Stb. 1937, 801.

Stb. 1980, 304.

Stb. 1985, 307.

Stb. 1988, 655.

Stb. 1989, 168.

Stb. 1990, 19.

Stb. 1991, 600.

Stb. 1994, 269.

Stb. 2005, 340 jo. 380.

Stb. 2013, 255.

Stb. 2012, 65.

Stb. 2019, 130.

Overige bronnen

- DES-rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor DES-schade 2005, online te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling (laatstelijk geraadpleegd op 18 februari 2021).
- DES-I overeenkomst 2005, online te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling (laatstelijk geraadpleegd op 18 februari 2021).
- DES-rapport inzake de grondslagen van een uitkeringsregeling voor te vroeg geboren kinderen van DES-dochters 2013, online te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/bekende-rechtszaken/DES-regeling (laatstelijk geraadpleegd op 18 februari 2021).
- Consultatieversie Voorontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie juli 2014, online te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/details (laatstelijk geraadpleegd op 19 februari 2021).
- Advies Raad voor de rechtspraak over het Voorontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie 2014, online te raadplegen via:

www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2014-40-Advaies-Wetsvoorstel-afwikkeling-massaschade-in-een-collectieve-actie.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 19 februari 2021).

- Advies Nederlandse Orde van Advocaten – Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht 2014, online te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reactie/11a7bf0c-994c-4ca7-9a4d-e4160f7ffd3f (laatstelijk geraadpleegd op 19 februari 2021).
- Tweede aangepaste Fortis- schikkingsovereenkomst 2018, te raadplegen via www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/nederlandse-vertaling-ageas.pdf, (laatstelijk geraadpleegd op 19 februari 2021).
- Centraal register voor collectieve vorderingen, Dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Volkswagen Aktiengesellschaft 16 maart 2020; dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Daimler A.G. 30 juli 2020; dagvaarding Stichting Diesel Emissions Justice/ Fiat Chrysler Automobiles N.V. 21 augustus 2020; dagvaarding The Privacy Collective/ Oracle en Salesforce 17 augustus 2020, online te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen (laatstelijk geraadpleegd op 22 februari 2021). .