

Wie het kleine eert, is in de aap gelogeed?

Over schadevergoeding in natura bij massaschadezaken en het risico van *coupon settlements*

Ilja Tillema*

Naar aanleiding van de collectieve schikking in de Staatsloterijzaak gaat de auteur in op schikkingen in massaschadezaken waarbij schadevergoeding in natura wordt toegekend. Zij gaat op zoek naar omstandigheden die kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een dergelijke schikking, en de waarborgen die daarbij (zouden moeten) gelden om misbruik of 'Amerikaanse toestanden' tegen te gaan.

1 Introductie

In mei 2017 hield de Staatsloterij een eenmalige, bijzondere trekking die de uitkomst was van schikkingsonderhandelingen tussen de Staatsloterij en Stichting Staatsloterij-schadeclaim.¹ De schikking vloeide voort uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2015, waarin was geoordeeld dat de Staatsloterij gedurende de periode 2000-2008 misleidende mededelingen had gedaan over de prijzen en winkansen in de loterij (kort gezegd: ook niet-verkochte loten dongen mee naar de prijzenpot).² Op grond van de schikking konden misleide loterijspelers die zich voor de bijzondere trekking aanmelden, daaraan deelnemen met maximaal vier loten.

Naar Nederlands recht kan voor schadevergoeding in natura onder omstandigheden plaats zijn, naast of in plaats van schadevergoeding in geld

Een dergelijke vorm van schadevergoeding kan worden aangemerkt als schadevergoeding in natura. Naar Nederlands recht kan daarvoor onder omstandigheden plaats zijn, naast of in plaats van schadevergoeding in geld (art. 6:103 BW). Om – ten minste – twee redenen is de Staatsloterijcasus interessant. Allereerst betreft het een bijzondere vorm van schadevergoeding en kan een dergelijke schikking bij massaschade voor zover mij bekend als uniek worden aangemerkt. Daarnaast toont de casus zowel voordelen als nadelen van collectieve afwikkeling van massaschade door belangenbehartigers met (ook) een eigen, commercieel belang. Deze elementen geven mij aanleiding om in deze bijdrage te onderzoeken welke omstandigheden kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking waarbij schadevergoeding in natura wordt overeengekomen, en welke waarborgen daarbij (zouden moeten) gelden om misstanden te voorkomen. Omdat de zaak en schikking raakvlakken hebben met enkele beruchte

* Mr.dr. I. Tillema is universitair docent aan de Erasmus School of Law aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij is Siewert Lindenbergh erkentelijk voor zijn hulp bij de totstandkoming van dit artikel.

1 Zie <http://staatsloterijshadeclaim.nl>.

2 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178, NJ 2015/377, m.nt. S.D. Lindenbergh.

‘Amerikaanse toestanden’, beantwoord ik deze vragen mede aan de hand van een blik over de oceaan.

De bijdrage is als volgt opgebouwd. Ik vang aan met een schets van de thematiek aan de hand van Amerikaanse ervaringen met *class actions*, in het bijzonder met *coupon settlements* (par. 2). Daarbij beperk ik mij tot de hoofdlijnen en beoog ik vooral inzicht te geven in de voordelen en nadelen die aan dergelijke schikkingen kleven en de Amerikaanse waarborgen daartegen. Deze ervaringen koppel ik vervolgens terug naar de Nederlandse context. Daartoe zet ik eerst kort het Nederlandse juridische kader uiteen voor collectieve afwikkeling van massaschade en schadevergoeding in natura, en bespreek ik de Staatsloterij-casus en de omstandigheden die kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een dergelijke schikking (par. 3). Vervolgens bezie ik of het (huidige en voorgestelde) Nederlandse recht voldoende aanknopingspunten biedt om mogelijke misstanden rondom dergelijke schikkingen tegen te gaan (par. 4). Ik rond af in paragraaf 5.

Het meest beruchte type schikking dat schadevergoeding in natura toekent, is de *coupon settlement*

2 Een handjevol ervaringen uit de Verenigde Staten

2.1 Nonpecuniary class action settlements
Sinds 1966 is de (*plaintiff*) *class action* in de Verenigde Staten een regelmatig gevolgde route om massaschade af te wikkelen.³ Er zijn verschillende soorten *class actions*, maar kort gezegd houdt het in dat een benadeelde, de *named or lead plaintiff*, in samenwerking met een advocaat, de *class or lead counsel*, een collectieve (schadevergoedings)actie instelt namens alle benadeelden, de *class*. Het merendeel van collectieve schadevergoedingsacties eindigt door middel van een schikking.⁴ Een rechter dient de schikking goed te keuren om zo de belangen van de afwezige *class members* te bewaken.⁵ Als de rechter de schikking goedkeurt dan geldt deze voor alle benadeelden, met uitzondering van degenen die zich tijdig aan de schikking onttrekken door middel van een opt-outverklaring.

Evenals in Nederland is in de Verenigde Staten schadevergoeding in geld het uitgangspunt.⁶ Dat neemt niet weg dat massaschade kan worden afgewikkeld door middel van een schikking waarbij schadevergoeding in natura wordt toegekend (*in-kind* of *nonpecuniary class action settlement*).⁷ Binnen deze categorie schikkingen onderscheiden Miller & Singer een aantal subtypen.⁸ Zo keert de aangesproken partij in een *securities settlement* schadevergoeding uit in de vorm van aandelen of andere effecten, en wordt bij een *fluid recovery settlement* of *cy pres settlement* weliswaar schadevergoeding in geld uitgekeerd, maar dan aan een persoon of instelling die niet is verbonden aan de zaak, zoals een goeddoelen- of onderzoeksinstelling. Het meest beruchte type schikking dat schadevergoeding in natura toekent, is de *coupon settlement*. Op dit type schikking richt ik mij in de volgende paragraaf.

2.1 *My lawyer went to court and all I got was this lousy coupon*⁹

Bij een *coupon settlement* wordt schadevergoeding uitgekeerd in de vorm van een *coupon*. Dat is geen vastomlijnd begrip en wordt breed uitgelegd; het kan gaan om korting op toekomstige aankopen of dienstverlening, maar ook om een zelfstandig product zoals een cadeaubon.¹⁰ Kern van een *coupon* is dat deze op enige wijze zorgdraagt voor een nieuwe transactie tussen de benadeelden en aangesproken partij. *Coupons* kunnen allerlei vormen en maten aannemen en zijn in verschillende soorten massaschadezaken toegekend. Zo eindigde een *class action* over de verwerking van asbest in krijtjes in een schikking op grond waarvan consumenten 75 cent korting ontvingen op de aankoop van nieuwe krijtjes. In een *class action* die draaide om gebrekkige leidingen die waren geïnstalleerd in appartementencomplexen kregen de kopers 8% korting op nieuwe leidingen.¹¹ Ook de *class actions* tegen General Motors (vanwege een defect in benzinetanks van bepaalde auto's) en Ford (vanwege een defect in de deuren van bepaalde auto's) werden geschikt, en de benadeelden kregen \$ 1.000 respectievelijk \$ 400 korting op de aankoop van een nieuwe auto.¹² En in een zaak die draaide om misleiding rondom levensverzekeringspolissen kregen de benadeelden het recht op aanpassing van de verzekeringspolis.¹³

- 3 Zowel voor federale als statelijke rechters. Tenzij anders vermeld, bespreek ik hierna de federale *class action* als bedoeld in Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure (hierna: FRCP). Zie over de geschiedenis van de *class action* S. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven: Yale University Press 1987. Een nuttig handboek is bijv. W.B. Rubenstein, *Newberg on class actions*, Eagan, MN: Thomson Reuters 2018.
- 4 Zie bijv. S. Issacharoff & R.A. Nagareda, 'Class Settlements under Attack', *University of Pennsylvania Law Review* 2008, p. 1650.
- 5 Rule 23(e) FRCP (over de *final approval*) en – voor *coupon settlements*, zie hierna – 28 U.S. Code § 1712(e).
- 6 J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 3 (Monografieën Nieuw BW, nr. B36), Deventer: Kluwer 1992, p. 45. Zie ook Rubenstein 2018, § 12:7.
- 7 Zie bijv. *Shaw v. Toshiba America Information Systems*, 91 F. Supp. 2d (E.D. Texas 2000), p. 960 ('a settlement should not be disapproved simply because it contains an in-kind benefit component if the benefits are of real, economic value to the class members').
- 8 G.P. Miller & L.S. Singer, 'Nonpecuniary Class Action Settlements', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 101-107.
- 9 Ontleend aan J.B. Day, 'My Lawyer Went to Court and All I Got Was This Lousy Coupon! The Class Action Fairness Act's Inadequate Provision for Judicial Scrutiny over Proposed Coupon Settlements', *Seton Hall Law Review* 2008, p. 1085-1129.
- 10 Miller & Singer 1997, p. 102 en 103. Zie bijv. *Synfuel Techs v. DHL Express*, 463 F. 3d 646 (7th Cir. 2006), *Fleury v. Richemont North America*, 2008 WL 3287154 (N.D. Cal. 2008), *Redman v. RadioShack Corp.*, 768 F. 3d 622 (7th Cir. 2014) en *In re Southwest Airlines Voucher Litigation*, 799 F. 3d 701 (7th Cir. 2015). Vanwege de restrictieve bepalingen voor dergelijke schikkingen, zie hierna par. 2.3, blijft de vraag of de schadevergoeding moet worden aangemerkt als *coupon* voor discussie; zie Rubenstein 2018, § 12:11.
- 11 Beide voorbeelden zijn ontleend aan M. Gallagher, 'The Coupon Quandry: Restructuring Incentives in CAFA Coupon Settlements', *Notre Dame Law Review* 2016, p. 2091, die verwijst naar verschillende *class action settlements* zoals beschreven in *Senate Report No. 109-14*, February 28, 2005, p. 15 e.v.
- 12 *In re General Motors Corporation Pickup Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55 F. 3d 768 (3d Cir. 1995) en *Dunk v. Ford Motor*, 48 Cal. App. 4th 1794 (1996).



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

13 *Michels v. Phoenix Home Life Mutual Insurance*, 1997 WL 1161145 (Sup. Ct N.Y. County).

14 Zie bijv. J.C. Coffee, 'Class wars: the dilemma of the mass tort class action', *Columbia Law Review* 1995, p. 1367-1375, Miller & Singer 1997, p. 107-112, C.R. Leslie, 'A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation', *UCLA Law Review* 2002, p. 1004-1035, C.R. Leslie, 'The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation', *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2005, p. 1396-1397, S.B. Hantler & R.E. Norton, 'Coupon Settlements: The Emperor's Clothes of Class Actions', *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2005, *Senate Report* No. 109-14, 2005, p. 14-20, Gallagher 2016, p. 2095 en Rubenstein 2018, § 12:8.

15 *Senate Report* No. 109-14, 2005, p. 18 en 19.

16 Zie hierover bijv. Coffee 1995, p. 1367-1384, I.N. Tzankova, *Strooschade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 111 e.v. en I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer: Kluwer 2007, p. 116-117.

In de loop der jaren zijn *coupon settlements* steeds vaker bekritiseerd, om verschillende redenen.¹⁴ Ik noem de belangrijkste. Allereerst verplicht het benadeelden om opnieuw 'zaken te doen' met de aangesproken partij, daar waar ze dat anders mogelijk niet hadden gedaan. Daar komt bij dat de benadeelde in het geval van een kortingsbon opnieuw geld moet uitgeven. Verder bestaat het risico dat de *coupon* door de vorm en/of mogelijk relatief lage waarde benadeelden onvoldoende prikkelt om daadwerkelijk gebruik ervan te maken. Een argument tegen *coupon settlements* dat samenhangt met dit lage gebruik is dat de schadeveroorzaker de schade niet (volledig) vergoedt. Daar staat tegenover dat de aangesproken partij met de schikking de kans krijgt om zijn relatie met benadeelden te herstellen en wellicht zelfs baat ervan heeft, bijvoorbeeld door nieuwe uitgaven door benadeelden. Tot slot zijn *coupon settlements* berucht omdat deze vaak wél een (grote) som geld toekennen aan de advocaten van benadeelden. Zo ontvingen de advocaten in de 'krijtjeschikking' \$ 600.000 en in de 'waterleiding-schikkingen' ongeveer \$ 83 miljoen.¹⁵ Aan

het zicht op een dergelijke beloning – vaak resultaatgerelateerd, zie hierna paragraaf 2.3 – kleeft het risico dat advocaten hun eigen belang vooropstellen en in dat licht samenspannen met de aangesproken partij (*collusive behaviour*).¹⁶ Kort gezegd komt dit erop neer dat de aangesproken partij finaliteit en de medewerking van een belangenbehartiger afkoopt met een voor beiden gunstige schikking. Met een *coupon settlement* wordt dus mogelijk niet tegemoetgekomen aan twee doelen die aan de regeling van *class actions* ten grondslag liggen: het compenseren van benadeelden en/of het voorkomen van toekomstig schadeveroorzakend gedrag (afschrikking) doordat de gedaagde de veroorzaakte schade internaliseert. Met andere woorden: 'the defendants [...] get off cheaply, the [...] lawyers get the only real money that changes hand and the court, which approves the settlement, clears its docket of troublesome litigation'.¹⁷

De kritiek wordt door sommigen genuanceerd. Zo toont bovenstaand citaat het voordeel dat een collectieve schikking – ook meer in het algemeen – een efficiënte wijze is van afwikkeling van massaschade, in die

zin dat het de last verlicht van rechters. Ook bespaart het de tijd en (hoge) kosten van individuele of collectieve procedures, voorkomt het tegenstrijdige uitkomsten, en kan het finaliteit creëren, dat wil zeggen dat voor alle betrokkenen een einde komt aan het geschil. Van *coupon settlements* in het bijzonder wordt wel gezegd dat dit onder omstandigheden een economisch efficiënte remedie kan zijn, bijvoorbeeld wanneer de aangesproken partij onvoldoende financiële middelen heeft om alle benadeelden van schadevergoeding in geld te voorzien.¹⁸ Ik kom hierop terug in paragraaf 3.4. Voorts toont empirisch bewijs van Willging & Wheatman uit 2006 dat *coupon settlements* minder vaak voorkomen dan wordt gesteld.¹⁹ Desondanks vormden misstanden rondom *coupon settlements* een van de aanleidingen voor het invoeren van de Class Action Fairness Act 2005 (hierna: CAFA 2005).²⁰ In de volgende paragraaf licht ik toe op welke wijze hiermee werd tegemoetgekomen aan voormelde risico's.

Misstanden rondom *coupon settlements* vormden een van de aanleidingen voor het invoeren van de Class Action Fairness Act 2005

2.3 CAFA 2005: een belangrijke taak voor rechters

De CAFA 2005 bracht een aantal belangrijke wijzigingen mee. Allereerst werd de jurisdictie van federale rechters vergroot.²¹ Dit was een algemene wijziging, maar relevant voor *coupon settlements* omdat van staatsrechters werd gezegd dat zij schikkingen minder streng toetsten dan federale rechters. Ook werd het vereiste geïntroduceerd dat van elke voorgestelde schikking een *notice* wordt gestuurd naar een daartoe aangewezen *public official*, zodat deze wordt gestimuleerd om de schikking te beoordelen en eventueel bezwaar te maken.²² De andere wijzigingen waren expliciet erop gericht om (misbruik bij) *coupon settlements* aan banden te leggen, door de taak van de federale rechter bij de toetsing van dergelijke schikkingen te verzwaren. Die dient een *fairness hearing* te houden en daarvan schriftelijk verslag te leggen alvorens een schikking goed te keuren.²³ Ook kregen rechters de mogelijkheid om te eisen dat een *coupon settlement* een deel van (de

waarde van) niet-geïnde *coupons* doneert aan een charitatieve instelling of overheidsinstelling.²⁴

Het belangrijkste onderdeel van de strengere toetsing ziet op de beoordeling van de beloning aan advocaten. De betreffende bepaling beoogt benadeelden beter te beschermen tegen een disproportionele beloning in verhouding tot de opbrengst voor *class members*.²⁵ Daartoe wordt de vergoeding van advocaten wanneer deze bestaat uit een percentage (*percentage-of-recovery method*) voortaan gebaseerd op de waarde van de *geïnde* korting in plaats van de totale, theoretische waarde van de schikking.²⁶ Daarbij hebben rechters de mogelijkheid om een deskundige inlichtingen te laten verschaffen over de waarde van de *geïnde coupons*.²⁷ Wanneer de vergoeding van advocaten niet (volledig) is gebaseerd op de waarde van de *coupons*, dan dient de betaling te zijn gebaseerd op de redelijk bestede tijd, eventueel inclusief een opslag op het uurtarief (*lodestar method*).²⁸ Dit alles neemt dus niet weg dat het belang van een redelijke beloning voor de werkzaamheden van de advocaat voorop blijft staan.²⁹

Uit het voorgaande blijkt dat *coupon settlements* kunnen bijdragen aan een efficiënte afwikkeling van massaschade, maar dat daaraan ook nadelen kleven. Wat kunnen wij leren van deze Amerikaanse ervaringen? In paragraaf 4 zet ik deze af tegen de Nederlandse bepalingen voor een collectieve (schadevergoedings)actie. Daartoe zet ik eerst kort het huidige en voorgestelde wettelijke kader uiteen (par. 3.1 en 3.2), beschrijf ik het voorbeeld van schadevergoeding in natura in de Staatsloterijzaak (par. 3.3), en meer in het algemeen de omstandigheden die (kunnen) bijdragen aan de totstandkoming van een dergelijke schikking (par. 3.4).

3 Schadevergoeding in natura bij massaschade: het juridische kader, een voorbeeld en omstandigheden die daartoe aanleiding kunnen geven

3.1 Massaschade en collectieve schikkingen

Nederland kent verschillende manieren waarop collectieve afwikkeling van massaschade kan plaatsvinden.³⁰

In deze bijdrage staat afwikkeling door middel van een collectieve schikking centraal. Op dit moment komen dergelijke schikkingen uitsluitend buiten rechte tot

- 17 *In re Oracle Sec. Litigation*, 132 F.R.D. 538 (N.D. Cal. 1990), p. 544-545.
- 18 Zie bijv. Miller & Singer 1997, p. 112-115 en L.M. Mezzetti & W.R. Case, 'The Coupon Can Be the Ticket: The Use of "Coupon" and Other Non-Monetary Redress in Class Action Settlements', *Georgetown Journal of Legal Ethics* 2005, p. 1433-1434.
- 19 T.E. Willging & S. Wheatman, 'Attorney Choice of Forum in Class Action Litigation: What Difference Does It Make?', *Notre Dame Law Review* 2006, p. 591-654.
- 20 Class Action Fairness Act of 2005, *Public Law* 109-2/ Feb. 18, 2005; de wet is gecodificeerd in onderdelen van 28 U.S. Code.
- 21 28 U.S. Code § 1453. Zie ook *Senate Report No. 109-14, 2005*, p. 14 en bijv. R.H. Klonoff, 'The Decline of Class Actions', *Washington University Law Review* 2013, p. 743 e.v.
- 22 28 U.S. Code § 1715.
- 23 28 U.S. Code § 1712(e). Vgl. FRCP 23(e)(2).
- 24 28 U.S. Code § 1712(e).
- 25 *Senate Report No. 109-14, 2005*, p. 32 en Gallagher 2016, p. 2099-2100.
- 26 28 U.S. Code § 1712(a). Zie ook *Senate Report No. 109-14, 2005*, p. 30. Hierbij mag de eventuele donatie aan een goed doel niet worden meegerekend; 28 U.S. Code § 1712(e).
- 27 28 U.S. Code § 1712(d).
- 28 28 U.S. Code § 1712(b). Over de precieze uitleg van deze bepaling bestaat discussie; zie *In re Southwest Airlines Voucher Litigation*, 799 F.3d 701 (7th Cir. 2015), *HP Inkjet Printer Litigation*, 716 F.3d 1173 (9th Cir. 2013), Gallagher 2016 en N. Connolly, 'Extreme Couponing: Reforming the Method of Calculating Attorneys' Fees in Class Action Coupon Settlements', *Iowa Law Review* 2017, p. 1335-1359. Over de *percentage* en *lodestar method*, zie bijv. American Law Institute, *Principles of the law of aggregate litigation*, Eagan, MN: Thomson Reuters 2018, § 3.13 en S.S. Gensler, *Federal Rules of Civil Procedure, rules and commentary*, Eagan, MN: Thomson Reuters 2019, Rule 23.
- 29 Gallagher 2016, p. 2100, met verwijzing naar *Lindy Brothers Builders v. American Radiator & Standard Sanitary*, 487 F.2d 161 (3d Cir. 1973).
- 30 Zie bijv. N. Frenk, 'Bundeling van vorderingen', *TPR* 2003, afl. 4, p. 1418-1423 en W.H. van Boom e.a., *Strooischade*, Den Haag: Pels Rijcken & Droog-leever Fortuijn 2009, p. 32-69.

stand, al dan niet voorafgegaan door een individuele (proef)procedure of een collectieve actie ex artikel 3:305a BW. In dat laatste geval stelt een belangenbehartiger (een stichting of vereniging) een vordering in ter bescherming van de belangen van andere personen, bijvoorbeeld een verklaring voor recht dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld. De uitspraak in zo'n actie bindt uitsluitend de belangenbehartiger en aangesproken partij, dus niet de benadeelden zelf.³¹ Dat neemt niet weg dat de uitspraak kan bijdragen aan de totstandkoming van een buitengerechtelijke collectieve schikking. Aan die schikking worden in beginsel alleen de benadeelden gebonden die expliciet daarmee instemmen, zoals in het geval van de Staatsloterij-schikking door aanmelding op de hiervoor ingestelde website en deelname aan de regeling.³² Een dergelijke 'opt-in-schikking' gaat dus geheel buiten de rechter om. Dat is anders wanneer de schikkende partijen – de belangenbehartiger(s) en aangesproken partij(en) – het Hof Amsterdam verzoeken om een schikkingsovereenkomst verbindend te verklaren langs de weg van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).³³ In dat geval vindt rechterlijke toetsing plaats van onder meer de redelijkheid van de hoogte van de schadevergoeding die de schikking toekent. Indien het hof de schikking verbindend verklaart, dan bindt deze alle benadeelden, met uitzondering van degenen die door middel van een 'opt-outverklaring' laten weten dat zij zich aan de schikking willen onttrekken.³⁴

In de toekomst kan een collectieve schikking ook binnen een gerechtelijke procedure plaatsvinden, indien het wetsvoorstel tot afwikkeling van massaschade in een collectieve actie (hierna: WAMCA) wordt aangenomen.³⁵ Dit wetsvoorstel opent de mogelijkheid voor belangenbehartigers om voor de benadeelden schadevergoeding in geld te vorderen, wat naar huidig recht ingevolge artikel 3:305a lid 3 BW niet is toegestaan. Het wetsvoorstel biedt daarmee 'een stok achter de deur' voor de gevallen waarin een schadeveroorzakende partij niet bereid is om te onderhandelen.³⁶ Desondanks stelt de wetgever voorop dat de voorkeur uitgaat naar een efficiënte wijze van afwikkeling door middel van een collectieve schikking. Ook binnen een collectieve schadevergoedingsactie dient de rechter waar mogelijk partijen te stimuleren om tot een schikking te komen.³⁷ Deze is dan evenals een WCAM-

schikking onderworpen aan rechterlijke goedkeuring.³⁸ Ook de WAMCA is een opt-outprocedure; de uitspraak bindt dus alle benadeelden, met uitzondering van degenen die tijdig hebben verklaard dat zij zich aan de collectieve actie of schikking willen onttrekken.³⁹

Uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht is dat schadevergoeding wordt voldaan in geld. Op vordering van de benadeelde kan een rechter schadevergoeding in een andere vorm toekennen, maar uitsluitend onder bijzondere omstandigheden

3.2 Schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom

Langs welke route kan schadevergoeding in natura worden toegekend? Uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht is dat schadevergoeding wordt voldaan in geld (art. 6:103 BW). Op vordering van de benadeelde kan een rechter schadevergoeding in een andere vorm toekennen (hierna: schadevergoeding in natura), maar uitsluitend onder bijzondere omstandigheden. De belangrijkste reden daarvoor is dat schadevergoeding in geld de eenvoudigste route is: 'Een veroordeling tot een andere prestatie heeft tot bezwaar, dat over de uitvoering nieuwe moeilijkheden kunnen ontstaan en is daarom in de meeste gevallen niet praktisch.'⁴⁰ Schadevergoeding in natura kan verschillende vormen aannemen. Zo kan bij het onrechtmatig rooien van een boom of afbreken van een gebouw de benadeelde plaatsing vorderen van een vergelijkbare boom respectievelijk herbouw van dat gebouw, en als een bewaarnemer een hem toevertrouwd voorwerp beschadigt dan kan hij dit door reparatie terugbrengen in de vroegere toestand of vervangen door een gelijksoortige zaak.⁴¹

Ten tijde van de codificatie van de regel is gediscussieerd over de vraag of schadevergoeding in natura ook zou moeten worden toegelaten op aanbod van de schuldenaar. Een voorstel met die strekking werd echter verworpen, 'omdat men de aansprakelijke niet in staat behoort te stellen de benadeelde iets op te dringen waarmee hij zelf niet instemt'.⁴² Wel kan onder omstandigheden van een benadeelde worden verwacht dat hij

31 Art. 236 Rv.

32 Zie <http://staatsloterij schadeclaim.nl>.

33 Art. 7:907-910 BW en art. 1013-1018a Rv.

34 Art. 7:908 lid 2 BW.

35 Op 29 januari 2019 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen; *Handelingen II* 2018/19, 46, item 12.

36 *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 1 en 4 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 1-7.

37 Art. 1018g Rv (zoals voorgesteld) en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 7.

38 Art. 1018h Rv (zoals voorgesteld).

39 Het uitstapmoment is afhankelijk van de uitkomst van de collectieve actie. Een rechterlijke uitspraak bindt alle benadeelden die niet na de ontvankelijkheidsfase hebben verklaard dat zij zich aan de collectieve belangenbehartiging willen onttrekken, tenzij bij die uitspraak een collectieve schikkingsovereenkomst wordt goedgekeurd. In dat geval krijgen benadeelden opnieuw de gelegenheid om zo'n verklaring af te leggen. Zie art. 1018f lid 1 Rv en art. 1018h lid 5 Rv, zoals gewijzigd in *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7. Voor buitenlandse gedupeerden geldt overigens een ander regime; zij moeten expliciet kiezen voor deelname aan de actie; zie art. 1018f lid 5 Rv, zoals gewijzigd in *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 7.

40 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 362 (TM). Zie over de uitzonderingspositie, kritisch, Spier 1992, p. 43 en 45-46.

41 Zie bijv. C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenissen in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/21 en HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2075, JA 2007/123, m.nt. W.H. van Boom (*Stichting Monumentenzorg Curaçao*).

42 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 363 (VV II en MvA II).

meewerkt aan schadevergoeding in natura, gelet op zijn schadebeperkingsplicht dan wel op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁴³ In 'sprekende gevallen' is bij de keuze van de vorm van schadevergoeding dus ook oog voor de belangen van de aangesproken partij. Indien gedaagde of de rechter een voorstel doet tot vergoeding van de schade in een andere vorm dan geld (waarbij ik aanneem dat laatstgenoemde dat uitsluitend doet indien het partijdebat daartoe aanleiding geeft), dan moet de eisende partij daarmee echter expliciet instemmen.⁴⁴

Bij schadevergoeding in natura is een aanspraak op schadevergoeding nodig, die dan langs de lijnen van Afdeling 6.1.10 BW wordt afgewikkeld.⁴⁵ De schikking in de Staatsloterij-zaak kwam tot stand na een collectieve actie ex artikel 3:305a BW, waarin als gezegd nog niet een vordering tot schadevergoeding *in geld* kan worden ingesteld. In het algemeen wordt aangenomen dat een vordering tot schadevergoeding in natura naar huidig recht wel mogelijk is, op grond van de volgende passage in de parlementaire geschiedenis:

'Ook is het voor een belangenorganisatie mogelijk schadevergoeding in natura te vorderen. Juridisch-technische complicaties als de berekening en distributie van het totale schadebedrag, doen zich dan immers niet voor. Bij een dergelijke schadevergoeding in een andere vorm dan in geld kan gedacht worden aan een bevel om een vervuild natuurgebied schoon te maken of aan een bevel om aan gediscrimineerde woningzoekenden alsnog en bij voorrang een woning toe te wijzen [...].'⁴⁶

Of een dergelijke vordering wordt toegestaan, lijkt echter afhankelijk van de *soort* schadevergoeding in natura. Bij schadevergoeding in de vorm van, bijvoorbeeld, een staatslot kan immers worden aangevoerd dat daarbij de individuele omstandigheden wel degelijk relevant zijn (zoals vragen over – het bewijs van – de individuele omvang van de schade). De beoordeling van dergelijke omstandigheden is een 'complicerende factor',⁴⁷ wat ten tijde van de totstandkoming van de collectieve actieregeling de voornaamste reden was om schadevergoeding in geld niet toe te staan.⁴⁸ Het is dus de vraag of elke vordering tot schadevergoeding in natura in een collectieve actie is toegestaan.⁴⁹ Deze discussie behoort echter tot het verleden indien de WAMCA wordt aangenomen. Het wetsvoorstel vermeldt expliciet dat schadevergoeding in natura mogelijk is, zoals korting op te betalen toekomstige premies of abonnementsgelden bij een duurovereenkomst.⁵⁰

Onder omstandigheden is het dus mogelijk dat een belangenbehartiger voor benadeelden in plaats van geld schadevergoeding in natura vordert of overeenkomt, zoals in het geval van de Staatsloterij-zaak. Daarbij kan worden aangevoerd dat dit knelt met het uitgangspunt van artikel 6:103 BW dat schadevergoeding in natura een benadeelde niet zonder instemming mag worden opgedrongen. Ik kom hierop terug in paragraaf 4. Eerst schets ik de Staatsloterij-casus, om vervolgens te bezien welke omstandigheden kunnen bijdragen aan de keuze voor een schikking waarbij schadevergoeding in natura wordt toegelend.

Het is de vraag of elke vordering tot schadevergoeding in natura in een collectieve actie is toegestaan. Deze discussie behoort echter tot het verleden indien de WAMCA wordt aangenomen

3.3 Een voorbeeld: de Staatsloterij-schikking

In 2008 stelde Stichting Loterijverlies een collectieve actie in tegen de Staatsloterij. De stichting zei op te komen voor de belangen van consumenten en vorderde enkele verklaringen voor recht, die ertoe strekten dat de Staatsloterij in de periode 2000-2008 misleidende mededelingen had gedaan over de winkansen omdat ook niet-verkochte loten onderdeel waren van de trekkingen. Na jarenlang procederen gaf de Hoge Raad de stichting gelijk, in die zin dat hij oordeelde dat de winkansen kleiner waren dan een gemiddelde consument zal hebben gedacht op basis van de mededelingen van de Staatsloterij en dat daarom sprake was van misleiding.⁵¹ Vervolgens ontspon zich een strijd over onder meer de omvang van de geleden schade. De stichting stelde zich op het standpunt dat de gemiddelde individuele schade € 2.000 bedroeg en de totale schade in de miljoenen liep.⁵² Zij meende dat de schade als gevolg van de misleidende mededelingen bestond uit de kosten van de aankoop van een of meerdere loten (het negatief belang). De Staatsloterij meende daarentegen dat de schade bestond uit het verlies van de kans op winst (het positief

43 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 363-364 (VV II, MvA II en Eindverslag I). Zie ook bijv. Spier 1992, p. 47, Asser/Sieburgh 6-II 2017/21 en S.D. Lindenberg, 'Herstel bij letsel. Over de juridische fundering van verplichtingen in herstel', in: *Kritiek op recht. Liber Amoricum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 6.

44 Door middel van wijziging van eis ex art. 130 Rv. Zie Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 363 (MvA II) en Spier 1992, p. 48.

45 De vordering tot schadevergoeding in natura moet worden onderscheiden van die tot nakoming ex art. 3:296 BW. Dit onderscheid is niet altijd eenvoudig gemaakt. Het verschil is vooral gelegen in het doel van de vordering. Bij schadevergoeding in natura wordt schade *ach-teraf* vergoed of hersteld; bij een vordering tot nakoming wordt (verdere) schade *vooraf* voorkomen of beperkt. Zie hierover bijv. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 362 (TM), Asser/Sieburgh 6-II 2017/23 en Lindenberg 2014.

46 *Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3*, p. 30. Zie ook Rb. Dordrecht 21 maart 2001, ECLI:NL:RBDOR:2001:AB0643, r.o. 6, *Kamerstukken II 2008/2009, 31762, 1*, p. 2, E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, § 11.3.3.3, A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Hand-leiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/159 en A.W. Jongbloed, commentaar op art. 3:305a BW, in: J. Hijma, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, aant. 16 en 22.

47 Vgl. Van Boom e.a. 2009, p. 46.

48 *Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3*, p. 30. Ook de eis van gelijksoortige belangen kan dan roet in het eten gooien, vgl. N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 152, evenals de executie van de uitspraak, omdat deze als gezegd alleen bindende werking heeft tussen de belangenbehartiger en aangesproken partij.

49 Vgl. Concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2007:BA2075, bij HR 8 juni 2007, *JA 2007/123*, m.nt. W.H. van Boom (*Stichting Monumentenzorg Curaçao*), onder 5.11.2 (in 5.13.1 geeft hij aan dat deze 'dogmatische kwestie' in de onderhavige procedure geen beslissing vergt).

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

51 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:178.

52 Zie bijv. G. Reijn, 'Loterijverlies. nl voor een tweede gok', *de Volkskrant* 13 augustus 2009 en C. Driesen, 'Een gratis trekking voor iedereen moet de Staatsloterij van claims verlossen', *NRC* 10 april 2017.

53 Zie bijv. Gerechtshof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587, r.o. 4.18 e.v.

54 Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 12 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5806, Rb. Noord-Holland 10 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3889, Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1207, Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210 en H. Lips, 'Viel er nog wat te redden door Ferdy Roet van Stichting Loterijverlies?', *Het Parool* 4 februari 2016.

55 Zie <http://staatsloterij schadeclaim.nl>.

56 Algemene voorwaarden voor de Vergoeding, art. 2.

57 Zie <https://staatsloterij.nederlandseloterij.nl/spel/bijzondere-trekking>.

58 Zie hierover W.H. van Boom & C.M.D.S. Pavillon, 'Meer kans in de Staatsloterij?', *AA* 2015, afl. 10, p. 784-793 (AA20150784), Lindenbergh in *NJ* 2015/377, A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017, afl. 11, p. 325-331 en de annotatie van Pavillon & Tigelaar in *TvC* 2018, afl. 4, p. 193-194.

59 Zie bijv. W. Feenstra, 'Schikking brengt Staatsloterij in problemen', *de Volkskrant* 28 augustus 2016.

60 Rb. Limburg (kanton) 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4295; zie ook Pavillon & Tigelaar 2018. Kort gezegd wees de kantonrechter de vordering af omdat het causaal verband tussen misleiding en schade niet was aangetoond; het spelgedrag van de benadeelde toonde onvoldoende aan dat deelname in de relevante periode was beïnvloed door de misleidende mededelingen.

61 R.M. Hermans, 'Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw', *TCR* 2015, afl. 5, p. 158.

62 Hermans 2015, p. 158-159.

63 Zie hierover ook R.M. Hermans, 'De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 366-368 (hierna: Hermans 2015a).

64 Vgl. Miller & Singer 1997, p. 113 e.v. en Mezzetti & Case 2005, p. 1433-1434.

belang). Omdat dit verlies minuscuul was, zou de individuele vermogensschade nagevoelbaar nihil zijn.⁵³

Het zal duidelijk zijn dat dit een lastig overbrugbaar verschil is. Partijen kwamen er dan ook niet uit, integendeel. Na jarenlang gesteggel met en over de Stichting Loterijverlies, voor het oog van rechters en publiek,⁵⁴ trof de Staatsloterij in april 2017 een buitengerechtigde schikking met een andere belangenbehartiger, Stichting Staatsloterij schadeclaim.⁵⁵ Als gezegd hield deze schikking in dat de Staatsloterij een eenmalige, bijzondere trekking zou houden voor de gedupeerden die door de misleiding schade hadden geleden. Gedupeerden konden met maximaal vier loten deelnemen aan de bijzondere trekking. Het aantal loten was afhankelijk van de vraag of zij bewijs konden overleggen van deelname aan de Staatsloterij in de litigieuze periode. In aanvulling op deelname aan de bijzondere trekking kregen de (ruim 200.000) gedupeerden die zich in de loop der jaren hadden aangesloten bij een belangenbehartiger een gefixeerde vergoeding van € 40 voor hun 'actiebereidheid'.⁵⁶ Ten derde doneerde de Staatsloterij in totaal € 500.000 aan drie goede doelen, als tegemoetkoming voor de deelnemers die zij met de bijzondere trekking niet zou kunnen bereiken.⁵⁷

Schadevergoeding in natura heeft weliswaar geldelijke waarde, maar als de (wijze van) vergoeding in de product- of dienstverleningssfeer van gedaagde ligt dan is het mogelijk draaglijker dan betaling van een grote som geld ineens

3.4 Een 'sprekend geval'? Omstandigheden die kunnen bijdragen aan een dergelijke schikking

Bij de afwikkeling van de Staatsloterijzaak stond centraal het verschil tussen de maatman-consument waarop de uitspraak van de Hoge Raad zag, en de individuele schade van een consument waarbij vragen spelen over het causaal verband tussen de misleiding en schade, de schadeomvang en het bewijs daarvan.⁵⁸ Dit zijn allesbehalve

eenvoudige discussies waarvan de uitkomst klip en klaar is. Illustratief zijn twee zaken tussen een individuele benadeelde en de Staatsloterij. In 2016 verschenen berichten in de media van een schikking tussen Staatsloterij en een individuele benadeelde, waarin laatstgenoemde de volledige kosten van aangeschafte loten (minus de opbrengst daarvan) vergoed kreeg.⁵⁹ Volgens de Staatsloterij ging het daarbij om een 'zeer uitzonderlijk geval'. In een andere zaak achtte de rechter het causaal verband tussen de misleiding en schade afwezig, zodat de benadeelde met lege handen stond.⁶⁰ Omdat het in de Staatsloterijzaak naar schatting om 7 miljoen gedupeerden gaat, valt vanuit het oogpunt van efficiëntie veel te zeggen voor een collectieve schikking, om zo de tijd en kosten te besparen van individuele afwikkeling. Dit verklaart echter niet de keuze voor schadevergoeding in natura; het afwegen van goede en kwade kansen zal in elke (collectieve) schikking centraal staan. Toch zijn massaschadezaken denkbaar waarin juist schadevergoeding in natura een oplossing kan bieden. Zo voorspelde Hermans dat de Hoge Raad in 2040 zijn vijftigste arrest in de woekerpolis-affaire 'viert'.⁶¹ Hij stelde daarom voor dat:

'[...] beslissingen in individuele zaken zo worden gegeven dat het partijen stimuleert een collectieve schikking te bereiken. Digitale beslissingen, waarbij een partij 100 procent gelijk krijgt en de wederpartij ongelijk, zoals het vernietigen van overeenkomsten, zijn uit den boze, evenals het toekennen van schadevergoedingen waarvan op voorhand duidelijk is dat als je het toegekende bedrag in die zaak vermenigvuldigt met het verwachte aantal zaken, de aansprakelijke partij dat bedrag nooit zal kunnen betalen. [...] Nog een laatste suggestie: als de aanbieder van een gebrekkig (financieel) product de voorwaarden daarvan voldoende verbetert, zou de rechter ook kunnen beslissen dat daardoor alle gebreken in het product zelf en de wijze waarop het is aangeboden, zijn geheeld en de vordering kunnen afwijzen.'⁶²

Het aanpassen van de voorwaarden zou kunnen worden aangemerkt als (een aanbod tot) schadevergoeding in natura. Met dit citaat wordt een reden zichtbaar om over te gaan tot dergelijke schadevergoeding: de (ontoereikende) financiële middelen van de aangesproken partij.⁶³ Schadevergoeding in natura heeft weliswaar geldelijke waarde, maar als de (wijze van) vergoeding in de product- of dienstverleningssfeer van gedaagde ligt dan is het mogelijk draaglijker dan betaling van een grote som geld ineens.⁶⁴ Ook het soort product en/of type fout speelt daarbij een rol. Het eigenlijke product dat de Staatsloterij aanbiedt, is een kans, op de financiële middelen voor een nieuw lot, een fiets, wereldreis of zelfs om

nooit meer te (hoeven) werken. De met de bijzondere trekking aangeboden schadevergoeding in natura past bij het aangeboden product en de gemaakte fout, het veroorzaken van het verlies van een kans.⁶⁵

In het geval van de Staatsloterij speelde mogelijk ook een rol dat deze is verbonden aan de overheid.⁶⁶ Meer in het algemeen geldt dat als de overheid de aangesproken partij is, een eventuele schadevergoeding uit publieke middelen komt. In het bestuursrecht, bij planschade, is daarom bepleit om in dergelijke gevallen schadevergoeding in natura toe te kennen:

'De voorkeur van degene die planschade lijdt voor een bepaalde wijze van compenseren is [...] in het planschade-recht niet doorslaggevend. Het bestuursorgaan mag bij het tegemoetkomen in de schade uitgaan van de wijze van compenseren die de laagste kosten met zich brengt. Die vergoeding wordt immers uit schaarse publieke middelen bekostigd, aldus de Afdeling.'⁶⁷

Ook bij civiele massaschade is de (decentrale of centrale) overheid geregeld de aangesproken partij. Dit kan een factor zijn om in dergelijke gevallen schadevergoeding in natura te overwegen.

Voorts kan de hoogte van de geleden schade en de traceerbaarheid van benadeelden een rol spelen. Bij bepaalde massaschades kan het voorkomen dat een groot deel van de benadeelden niet kan worden geïdentificeerd of getraceerd en – in het geval van *negative-value claims* – de kans klein of verwaarloosbaar is dat zij een claim indienen.⁶⁸ Voor de Staatsloterij-zaak gold dat de identiteit van abonneementhouders op relatief eenvoudige wijze kon worden achterhaald, maar niet die van de kopers die hun lot(en) aanschafte bij een sigarenboer en dergelijke. In dergelijke gevallen kan schadevergoeding in natura een oplossing bieden, bijvoorbeeld in de vorm van een tijdelijke algemene prijsverlaging. Frenk heeft aangevoerd dat dit vooral bij strooischade een geschikte manier van afwikkeling kan zijn. Hij gaf daarbij het voorbeeld van pomphouders die de benzineprijs met een paar cent foutief afronden, in welk geval de schadevergoeding in natura kan worden voldaan door gedurende bepaalde tijd de benzineprijs met een paar cent naar beneden af te ronden.⁶⁹ Daarbij moet dan op de koop toe worden genomen dat niet alle benadeelden worden bereikt en/of dat ook niet-benadeelden van de maatregel kunnen profiteren.⁷⁰

Tot slot kan een rol spelen dat meer dan één belangenbehartiger actief is op de markt van collectieve afwikkeling. Zoals

besproken in paragraaf 2.2 kan het zicht op een aantrekkelijke beloning advocaten (of in de Nederlandse context: belangenbehartigers met – ook – een eigen, commercieel belang) een prikkel geven om samen te spannen met de aangesproken partij. Wanneer concurrerende belangenbehartigers actief zijn, bestaat het risico dat de aangesproken partij de voor haar geschiktste belangenbehartiger uitkiest (lees: met wie de gunstigste schikking kan worden getroffen). De samenspanning kan dan als uitkomst hebben dat vooral zij profiteren van de schikking en de benadeelden er met *coupons* bekaaid vanaf komen. Ik kom hierop terug in paragraaf 4.3.

Wanneer concurrerende belangenbehartigers actief zijn, bestaat het risico dat de aangesproken partij de voor haar geschiktste belangenbehartiger uitkiest. De samenspanning kan dan als uitkomst hebben dat de benadeelden er met *coupons* bekaaid vanaf komen

4 Leren van 'Amerikaanse toestanden': zijn de Nederlandse waarborgen toereikend?

4.1 Collectieve schikking: opt-in of opt-out en (de afwezigheid van) rechterlijke toetsing
Er zijn dus verschillende factoren die een rol kunnen spelen bij de keuze om massaschade af te wikkelen met de afspraak dat de schadevergoeding in natura wordt toegekend. Daarbij kan de vraag worden opgeworpen of dit gerechtvaardigd is, in die zin dat de belangen van de afwezige benadeelden voldoende zijn gewaarborgd. Daarbij speelt als gezegd allereerst het uitgangspunt van artikel 6:103 BW een rol, dat schadevergoeding in natura in beginsel niet mag worden toegekend tegen de wil van de benadeelde. Dit staat mogelijk op gespannen voet met een collectieve schikking. Die wordt immers niet getroffen door de benadeelden, maar door een belangenbehartiger en de aangesproken partij. Dan is relevant op welke manier de benadeelden aan de schikking worden gebonden (opt-in

65 Vgl. Lindenbergh in *NJ* 2015/377. Zie ook Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 364 (Eindverslag I) ('Men denke aan een door een bepaald bedrijf toegebrachte schade die niemand beter dan juist dat (gespecialiseerde) bedrijf kan herstellen').

66 Het gaat hier om een staatsdeelneming, de overheid is aandeelhouder.

67 B.J. van Etekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018/23, § 6.2.8.

68 Miller & Singer 1997, p. 107. Bij *negative-value claims* is sprake van een dusdanig geringe schadeomvang dat de kosten van een individuele actie niet opwegen tegen de eventuele opbrengst ervan, zodat te betwijfelen valt of individuele benadeelden een vordering instellen. Daarbij verdient opmerking dat in het algemeen moeilijk kan worden vastgesteld wanneer precies sprake is van een schadehoogte die een individuele actie niet loont. Dat zal per zaak en benadeelde verschillen.

69 Frenk 2001/75.

70 Vgl. Van Boom e.a. 2009, p. 47. Voor eerstgenoemde situatie kan een aanvulling dienen zoals de donaties aan een goed doel (vgl. de Staatsloterij-schikking).

of opt-out), en de waarborgen die daarbij gelden. Ik werk dit uit in deze en de volgende paragraaf.

Een van de verschillen tussen *coupon settlements* en de Staatsloterij-schikking is dat laatstgenoemde een opt-in-schikking is. Dat betekent dat deelnemende benadeelden expliciet instemmen met de schikking en deze – dus – niet is onderworpen aan rechterlijke controle zoals bij de WCAM en WAMCA. Bij een schikking staat in beginsel de contractsvrijheid van partijen voorop.⁷¹ Gelet op de instemming van benadeelden lijken aanvullende waarborgen dan ook overbodig, ervan uitgaande dat de benadeelden voldoende worden geïnformeerd over datgene waarop zij ‘intekenen’. Op deze kanttekening kom ik terug in paragraaf 4.3.

In de Staatsloterij-zaak hebben de schikkende partijen verbindendverklaring van de collectieve schikking kennelijk onnodig geacht, waarschijnlijk in de verwachting dat voldoende benadeelden zich bij de schikking zouden aansluiten. Een derde belangenbehartiger heeft echter aangekondigd dat hij verdere stappen zal ondernemen.⁷² Mogelijk zijn met de buitengerechtelijke schikking dus nog niet alle vorderingen tegen de Staatsloterij van tafel. Het bereiken van finaliteit kan vooral voor een aangesproken partij reden zijn om een schikking verbindend te laten verklaren via de WCAM,⁷³ of in de toekomst langs de weg van de WAMCA. Evenals *class actions* zijn dit opt-outprocedures. Zoals besproken in paragraaf 3.1 zijn benadeelden dan aan de schikking gebonden tenzij zij zich tijdig daaraan onttrekken. Deze wijze van binding en het feit dat benadeelden niet – rechtstreeks – betrokken zijn bij de totstandkoming van de schikking rechtvaardigt rechterlijke toetsing van de redelijkheid ervan.⁷⁴ Rijsterborgh heeft binnen het kader van de WAMCA de zorg uitgesproken dat het wegvallen van een individueel en fijnmaziger partijdebat over causaal verband en de omvang van de schadevergoeding het risico meebrengt dat een aangesproken partij te veel schadevergoeding moet betalen.⁷⁵ Ik zou daaraan – (ook) binnen het verband van *coupon settlements* – willen toevoegen: of te weinig. Rechterlijke toetsing van de schikking kan het risico verkleinen dat benadeelden niet krijgen wat hun toekomt. In dat verband geeft het vereiste ‘op vordering van de benadeelde’ in artikel 6:103 BW aanleiding voor nader onderzoek. Ik werk dit uit in de volgende paragraaf.

4.2 Instemming of inspraak van benadeelden
Een gelijkenis tussen de Staatsloterij-schikking en *coupon settlements* is dat deze mogelijk worden gemaakt door de activiteiten van belangenbehartigers. Wanneer die activiteiten leiden tot een opt-outschikking die schadevergoeding in natura toekent, kan worden betoogd dat dit knelt met het uitgangspunt van artikel 6:103 BW dat schadevergoeding in natura niet tegen de wil van de benadeelde mag worden opgelegd.

Wanneer activiteiten van belangenbehartigers leiden tot een opt-outschikking die schadevergoeding in natura toekent, kan worden betoogd dat dit knelt met het uitgangspunt van artikel 6:103 BW dat schadevergoeding in natura niet tegen de wil van de benadeelde mag worden opgelegd

Het wetsvoorstel voor de WAMCA benadrukt dat het niet het materiële recht beoogt te wijzigen.⁷⁶ In het licht van artikel 6:103 BW kan daarom worden aangevoerd dat indien een collectieve schikking schadevergoeding in natura toekent, de rechter de benadeelden daarover moet (laten) raadplegen, en in ieder geval moet controleren of hun inspraakmogelijkheid genoegzaam is geweest. Zowel de WCAM als WAMCA regelt op verschillende wijzen de rechterlijke bevoegdheid hiertoe. Allereerst kan een rechter de benadeelden uitnodigen tot het bijwonen van de mondelinge zitting en het aanvragen van spreektijd.⁷⁷ Benadeelden kunnen daarnaast schriftelijk, al dan niet via een andere belangenbehartiger, verweer voeren tegen het verzoek tot verbindendverklaring van de schikking.⁷⁸ Stel dat zij verweer voeren tegen toekenning van schadevergoeding in natura. In dat geval kan de rechter bij de beoordeling van de redelijkheid van de schikking ook de belangen van de aangesproken partij meewegen, zoals besproken in paragraaf 3.2. Een in paragraaf 3.4 gesignaleerd voorbeeld van zo’n belang is een gebrek aan toereikende financiële middelen van de aangesproken partij. Ik merk daarbij op dat een dergelijk argument

71 Art. 7:902 BW.

72 Zie <https://litigation-investments.com/Openbare-claimzaken/NL-Staatsloterij/Status-Proefproces/>.

73 Zie Hermans 2015a, p. 368 e.v.

74 Art. (1018h lid 2 Rv jo.) 7:709 lid 3 onder b BW. Zie bijv. *Kamerstukken II 2003/04, 29414*, 3, p. 29 en C. Klaassen, ‘De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade “en nog wat van die dingen”’, AA 2013, afl. 9, p. 627-639 (AA20130627).

75 Rijsterborgh 2017, p. 327-328.

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

77 Zie binnen het kader van de WCAM W.J.J. Los, ‘Toepassing van de WCAM – bespiegelingen over de rol en taak van de rechter’, in: W.J.J. Los e.a. (red.), *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (NVvP, nr. 28), Den Haag: BJu 2013, p. 26-27, Hof Amsterdam 16 juni 2007, ECLI: NL:GHAMS:2017:2257 (*Fortis/Ageas*), onder 1 (procesverloop) en de processen-verbaal van de mondelinge behandelingen in deze zaak, beschikbaar op www.rechtspraak.nl/Uitspraken-en-nieuws/Bekende-rechtszaken/WCAM-Verzoekschrift-Ageas-SA-NV.

78 Art. (1018h lid 2 Rv jo.) 282 en 1014 Rv. Over deze en andere taken van concurrerende belangenbehartigers binnen het kader van de WAMCA, zie I. Tillema, ‘Exclusieve en concurrerende belangenbehartigers: balanceren op glad ijs?’, AA 2018, afl. 6, p. 476-481 (AA20180476).

dan wel voldoende moet zijn onderbouwd, om misbruik ervan te voorkomen. Bij de rechterlijke controle van de mogelijkheid tot instemming of inspraak van benadeelden speelt voorts de toetsing van de organisatorische inrichting van de belangenbehartiger een rol. Zo moet een belangenbehartiger – op straffe van niet-ontvankelijkheid – beschikken over ‘passende en doeltreffende mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt’.⁷⁹ Heeft de belangenbehartiger zorggedragen voor voldoende inspraak van de achterban? Of is het de belangenbehartiger die aan de touwtjes trekt, zonder enige vorm van toezicht daarop? Ten derde hebben benadeelden, mocht de rechter tegen hun wil schadevergoeding in natura toekennen, de mogelijkheid tot het afleggen van een opt-outverklaring. Het risico daarop en het negatieve effect daarvan op de finaliteit van een schikking en reputatie van de schikkende partijen kan hen prikkelen om zorg te dragen voor een schikking die voldoende draagvlak heeft onder de benadeelden.

Bovenstaande combinatie van waarborgen lijkt mij vooralsnog toereikend ter waarborging van de belangen van (afwezige) benadeelden in het geval van een schikking à la *coupon settlement*. Een Amerikaanse ervaring die ik hierbij echter nog buiten beschouwing heb gelaten, is het risico dat een belangenbehartiger en aangesproken partij samenspannen. In de volgende paragraaf bespreek ik tot slot in hoeverre het Nederlandse juridische kader waarborgen biedt om dit risico tegen te gaan.

In theorie, aangewakkerd door Amerikaanse ervaringen, kan bij een collectieve schikking sprake zijn van samenspanning tussen een belangenbehartiger en de aangesproken partij

4.3 Toetsing van (de beloning van) de belangenbehartiger

Toen Stichting Loterijverlies haar collectieve actie instelde, waren er geen concurrerende belangenbehartigers actief. Toen de actie succesvol bleek, maar de ‘oorspronke-

lijke’ belangenbehartiger en de Staatsloterij niet in staat bleken om tot collectieve afwikkeling te komen, stond een andere belangenbehartiger paraat. Deze stichting lukte het wel om een schikking te treffen met de Staatsloterij, inclusief een vergoeding voor de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van de totstandkoming van de schikking (€ 701.000).⁸⁰ Het belang van een belangenbehartiger die optreedt voor benadeelden is duidelijk: zonder een dergelijke partij zal geen collectieve afwikkeling plaatsvinden. Dit rechtvaardigt een redelijke beloning voor zijn kosten en inspanningen.

In theorie, aangewakkerd door Amerikaanse ervaringen, kan bij een collectieve schikking echter sprake zijn van samenspanning tussen een belangenbehartiger en de aangesproken partij. Dit risico neemt toe indien concurrerende belangenbehartigers actief zijn op de markt van collectieve afwikkeling, en zij vanwege de mogelijk aantrekkelijke beloning – ook – een eigen belang hebben bij het treffen van de schikking. Dan bestaat het gevaar dat de belangenbehartiger vooral dat eigen belang nastreeft en misbruik maakt van zijn positie. Een aangesproken partij kan dan worden verleid om de voor haar geschiktste belangenbehartiger te selecteren; degene met wie de gunstigste schikking kan worden getroffen. Bij de totstandkoming van de schikking met Stichting Staatsloterij schadeclaim speelde voor de Staatsloterij een rol dat Stichting Loterijverlies buitenspel zou worden gezet.⁸¹ Gelet op de omstandigheden in deze specifieke zaak is dat een te respecteren belang. Meer in het algemeen is het echter risicovol wanneer dergelijke belangen de schikkende partijen aanzetten tot samenspanning met als uitkomst dat vooral zij profiteren van de schikking en de benadeelden er met *coupons* bekaaid vanaf komen.

Dit risico kan worden ondervangen door rechterlijke toetsing, zowel van de redelijkheid van de toegekende schadevergoeding als van de geschiktheid van de belangenbehartiger en diens beloning, ondanks de bezwaren die aan dergelijke toetsing kleven.⁸² Om disproportionele vergoedingen te voorkomen, kan dan ter inspiratie worden gekeken naar de Amerikaanse wijze van vaststelling van de vergoeding, zoals besproken in paragraaf 2.3. Bij een buitengerechtelijke schikking is echter geen sprake van rechterlijke toetsing. Zoals besproken in paragraaf 4.1 is de bescherming van bena-

79 Art. 3:305a lid 2 onder b BW (zoals voorgesteld).

80 Vaststellingsovereenkomst onder 7; zie <http://staatsloterij.schadeclaim.nl/media/1017/vaststellingsovereenkomst.pdf>.

81 C. Driesen, ‘Een gratis trekking voor iedereen moet de Staatsloterij van claims verlossen’, *NRC* 10 april 2017.

82 Vgl. I.N. Tzankova, ‘Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?’, *TVP* 2017, afl. 4, p. 107-119, M.L.A. Rijndorp & I. Tillema, ‘Over meelifers, gelukzoekers en rechters die problemen maken als partijen die niet hebben. Beschouwingen naar aanleiding van de Fortis/Ageas-schikking’, *MvO* 2018, afl. 5, p. 121-131 en I. Tillema, ‘Naar een goed geolied mechanisme voor de collectieve afwikkeling van massaschade. Over claimvehikels, Engelse toestanden en het belang van een gebalanceerde kostenvergoeding’, *AV&S* 2019, afl. 1, p. 4-11.

deelden dan gelegen in het expliciet moeten instemmen met de schikking. Daarnaast mag van een belangenbehartiger worden verwacht dat hij de benadeelden goed voorlicht over datgene waarop zij intekenen en hun rechten en plichten daaromtrent.⁸³ Het voert te ver om daarop verder in te gaan; als voorbeeld noem ik vermelding van (de wijze van) naleving van de Claimcode door de belangenbehartiger.⁸⁴ Daarnaast kan, als alternatief voor rechterlijke toetsing van de kostenvergoeding aan de belangenbehartiger, toetsing plaatsvinden door een onafhankelijk accountantskantoor.⁸⁵

Ik concludeer dat het Nederlandse pakket aan waarborgen vooralsnog toereikend lijkt om eventueel misbruik rondom *coupon settlements* zoals gesignaleerd in de Verenigde Staten te voorkomen

5 Afronding

Is een benadeelde die zich bindt of wordt gebonden aan een collectieve schikking waarbij schadevergoeding in natura wordt toegekend in de aap gelogeed? Daartoe heb ik in deze bijdrage allereerst onderzocht welke omstandigheden eraan (kunnen) bijdragen dat een belangenbehartiger en aangesproken partij schadevergoeding in natura overeenkomen. Ik signaleerde de volgende: de financiële middelen van de aangesproken partij, de soort aangesproken

partij, het type product of fout, de hoogte van de individuele schade, de traceerbaarheid van benadeelden en de aanwezigheid van een concurrerende belangenbehartiger. Vervolgens heb ik onderzocht welke waarborgen (zouden moeten) gelden om misstanden rondom een dergelijke schikking te voorkomen. Ik constateerde dat allereerst een rol speelt op welke wijze benadeelden aan de schikking worden gebonden. Met een buitengerechterlijke schikking moeten benadeelden expliciet instemmen. Dan lijken aanvullende waarborgen onnodig, mits voor de benadeelden inzichtelijk is waarmee zij instemmen. Is echter sprake van een opt-outschikking, dan schuurt het uitgangspunt van artikel 6:103 BW – dat schadevergoeding in natura niet tegen de wil van de benadeelde mag worden opgelegd – met het gegeven dat een (commerciële) belangenbehartiger de schikking treft en een benadeelde daaraan zonder zijn medewerking kan worden gebonden. Ik stelde vast dat de WCAM en WAMCA, vergelijkbaar met de bepalingen in de Amerikaanse CAFA, waarborgen bevatten om deze spanning op te heffen en eventueel misbruik daarbij tegen te gaan. In deze procedures vindt rechterlijke toetsing plaats van de redelijkheid van de schikking en geschiktheid van (de beloning van) de belangenbehartiger, de benadeelden hebben verschillende mogelijkheden om zich uit te laten over de schikking, en desnoods kunnen zij besluiten om niet aan de schikking te worden gebonden. Ik concludeer daarom dat het Nederlandse pakket aan waarborgen vooralsnog toereikend lijkt om eventueel misbruik rondom *coupon settlements* zoals gesignaleerd in de Verenigde Staten te voorkomen.

83 Vgl. Van Boom & Pavillon 2015, p. 792-793.

84 Waarvan onlangs een nieuwe versie is gepubliceerd, zie: Claimcode 2019, beschikbaar op <https://bjv.nl/juridisch/catalogus/claimcode-2019-1-2019#extra-materiaal>.

85 Vgl. de Staatsloterij-schikking; zie de Vaststellingsovereenkomst onder XXIV (p. 5), beschikbaar op <http://staatsloterij.schadeclaim.nl/media/1017/vaststellingsovereenkomst.pdf>.



Schadebegroting

Een nieuwe benadering van schadebegroting die in overeenstemming is met de jurisprudentie en literatuur, maar waarbij de nadruk ligt op de achtereenvolgens te doorlopen stappen. Door schadebegroting in de vorm van een stappenplan te presenteren wordt de relatie tussen verschillende regels voor schadebegroting duidelijker dan gewoonlijk, en is het gemakkelijker om misverstanden en vergissingen te vermijden.

ISBN: 978-90-6916-897-5
Auteurs: T.F.E. Tjong Tjin Tai
Druk: 1e druk 2017
Prijs: € 21,50

ArsAequi Libri