

Dent v. NFL: een Amerikaanse bedrijven

Mr. M. (Mark) Postma *

127



* Werkzaam als stafjurist bij de afdeling Privaatrecht van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen. Hij houdt zich onder meer bezig met massaschadezaken. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. De auteur dankt mr. P.G.J. (Pim) Wissink (docent/promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen) voor diens commentaar op een eerdere versie van dit artikel, alsmede William Sinclair Esq. (Baltimore, Verenigde Staten), de *lead attorney* in deze zaak, die mij veel (nieuwe) informatie over de zaak heeft verschaft.

American football, de meest populaire sport in de Verenigde Staten, is geen fijnzinnige sport. Het heeft voor een met de sport onbekende waarnemer op het eerste gezicht veel weg van een ouderwetse Middel-eeuwse veldslag waarbij het territorium van de tegenstander moet worden veroverd. Het spel heeft een uitermate fysiek karakter. Spelers lopen dan ook een aanzienlijk risico op blessures. Het aantal hersenschuddingen is elk seizoen groot. Er zijn wetenschappelijke studies die stellen dat het beoefenen van American football het risico op neurologische problemen, hersenziektes en zelfs voortijdig sterven vergroot.¹⁾ Om geblesseerde spelers zo snel mogelijk weer wedstrijdfit te krijgen, zowel tijdens als na de wedstrijd, wordt veelvuldig gebruik gemaakt van allerlei (zware) pijnstillers. De afgelopen decennia hebben veel footballspelers zowel tijdens als na hun loopbaan met allerlei fysieke problemen te maken gekregen, die zij toeschrijven aan overvloedig medicijngebruik tijdens hun loopbaan en waarvoor zij hun clubs en de National Football League (NFL), de organisator van de competitie, verantwoordelijk houden. Een groot aantal spelers heeft vervolgens hun belangen gebundeld en heeft als collectief claims ingediend (een *'class action'*) tegen zowel hun clubs als de NFL. In dit artikel beschrijf ik de lotgeval-

1. In algemene zin: Karen Weintraub, 'NFL Players Could Have a Higher Risk of Death and Brain Disease, Study Indicates', *USA TODAY*, 1 februari 2018, <https://eu.usatoday.com/story/news/nation/2018/02/01/nfl-players-could-have-higher-death-and-brain-disease-study-indicates/1087352001/>

anese massaschadezaak in vele

len van de na acht jaar nog steeds lopende massaschadeclaim van spelers tegen de NFL, in rechte bekend staand als *Dent vs. NFL*. Aan deze zaak heb ik een zeer bescheiden bijdrage mogen leveren, waarbij ik een fascinerende blik in de keuken van een massaschadeclaim kreeg. In hoofdstuk 1 geef ik ter introductie enige achtergrond bij de sport zelf. Hoofdstuk 2 introduceert de *dramatis personae*, waarna in hoofdstuk 3 de procedurele vorm van de rechtszaak aan de orde komt. Hoofdstuk 4 gaat in op de risico's van het spel, waarna ik in hoofdstuk 5 de verwijten bespreek die de ex-spelers in deze zaak aan de NFL maken. Hoofdstuk 6 besteedt aandacht aan de lange en moeizame tocht van de zaak langs federale rechtbanken en gerechtshoven, waarna in hoofdstuk 7 enkele slotopmerkingen volgen.

1. Een korte schets van de sport

American football is een sport die voor veel Nederlanders vrij onbekend is en hooguit een belletje doet rinkelen vanwege de jaarlijkse Super Bowl, de finale van het seizoen in de maand februari. En dan vooral door de spetterende pauzeshow, waarbij 's werelds bekendste artiesten optreden. Zo was het ook voor mij, tótdat ik in 2015 (tijdelijk) naar de Verenigde Staten verhuisde. Daar leerde ik American football pas echt kennen en daar is mijn passie voor deze sport en in het bijzonder de Baltimore Ravens, het team uit mijn voormalige woonplaats Baltimore, ontstaan.

In de wereld van het American football zijn van oudsher twee stromingen te onderscheiden. Het *college football*, mateloos populair bij studenten en alumni van universiteiten, en daarnaast het *professional football*, dat binnen de NFL wordt gespeeld. Op die laatste stroming ziet dit artikel. De NFL bestaat uit 32 teams, verspreid over twee *conferences*, de National Football Conference (NFC) en de American Football Conference (AFC). Na het reguliere seizoen wordt in play-offs beslist welk team de betreffende conference wint. De kampioenen van NFC en AFC treden uiteindelijk in het kader van de Super Bowl tegen elkaar in het strijdperk. De winnaar van deze wedstrijd is daarmee kampioen van de Verenigde Staten. De regerend kampioen zijn de Los Angeles Rams (uit de NFC), die in een spannende finale (Super Bowl LVI) op 14 februari 2022 de Cincinnati Bengals (uit de AFC) met 23-20 versloegen.

De wedstrijden bestaan uit vier kwarten van telkens vijftien minuten. Het doel van het spel is om punten te scoren door de bal in de *end zone* van de tegenstander, aan de andere zijde van het veld, te brengen. Dit kan door de bal over de doellijn van de *end zone* te dragen of deze naar een zich daar bevindende medespeler te gooien (een *touchdown*) óf door middel van een *fieldgoal*, waarbij de bal tussen de doelpalen achterin de *end zone* getrapt wordt. Een *touchdown* levert zes punten op en een *fieldgoal* drie. Het team dat aan het einde van de wedstrijd de meeste punten heeft behaald, is de winnaar.

2. De partijen in de rechtszaak

De zaak *Dent v. NFL* betreft een (*putative*²⁾ *class action* van ruim duizend voormalige American Football spelers tegen de NFL. Het gaat om spelers die tussen 1969 en 2012 in de NFL hebben gespeeld. De bij naam genoemde eisers in de zaak *Dent v. NFL* zijn tien spelers die in het verleden voor clubs in de NFL hebben gespeeld en in deze rechtszaak als *class representatives* voor de grote groep benadeelde ex-spelers fungeren. De speler naar wie de zaak is genoemd, is Richard Lamar Dent, die gedurende veertien jaar voor vier verschillende NFL-teams actief was, met name voor de Chicago Bears, met welk team hij twee keer de Super Bowl won. In 2011 werd hij opgenomen in de Pro Football Hall of Fame.

Een ouderwetse middeleeuwse veldslag waarbij het territorium van de tegenstander moet worden veroverd.

2. Dit betreft een *class action* die de *certification*-fase nog niet is gepasseerd.



De 32 NFL-teams en hun locaties in de Verenigde Staten. Bron: www.sportleaguemaps.com.

De NFL heeft de clubs met de grootste financiële waarde.

De NFL is de overkoepelende organisatie van de 32 profteams uit het hele land en bestaat in zijn huidige vorm sinds 1970, na de fusie tussen de "oude" NFL en de American Football League (AFL). De Super Bowl, als treffen tussen de kampioenen van beide leagues, wordt sinds 1967 gespeeld.³⁾ De NFL als sportcompetitie kan zonder overdrijven *the biggest show on earth* worden genoemd. De NFL kent het hoogste aantal toeschouwers van welke profsportcompetitie ter wereld ook,⁴⁾ genereert de meeste inkomsten (recent op 16 miljard dollar per jaar geraamd)⁵⁾ en heeft de clubs met de hoogste financiële waarde. De Dallas Cowboys uit Texas prijken daarbij bovenaan. De NFL wordt geleid door een zogeheten *commissioner*, Roger Goodell, die de Chief Executive Officer van de NFL is. Hij wordt door de clubs gekozen en heeft vergaande bevoegdheden op zakelijk en disciplinair gebied. Elke NFL-club bezit een zogeheten *franchise*, wat erop neerkomt dat de NFL de betreffende club toestaat om in zijn vestigingsplaats en de omgeving daarvan te opereren. Sinds 1968 zijn de NFL, de NFL-teams en de spelers gebonden aan zogeheten *Collective Bargaining Agreements*, een soort cao's, die onder meer bepalingen bevatten over de rechten van spelers op medische zorg en behandeling. Daarover later meer, want dit blijkt een juridisch struikelblok op te leveren.

3. Wat is een class action?

Het procedurele kader van de zaak is als gezegd een *class action*, een bekende figuur in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, met name vanwege procedures van consumenten die schadevergoeding van een bedrijf vorderen uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad en waarin af en toe torenhoge schadevergoedingen worden toegekend. Een *class action* is te duiden als een collectieve procedure waarin één of meer eisers niet alleen voor zichzelf, maar ook voor een grote groep andere benadeelden met een vergelijkbare positie een schadever-

goedingsvordering instellen tegen een schadeveroorzakende partij. Het is een effectief middel om grote aantallen schadevergoedingsvorderingen te bundelen, die op individuele basis niet of niet snel zouden (kunnen) worden ingesteld. Zoals Van Osch het omschrijft: een *class action* is een procedure waarin de rechter een persoon of een kleine groep het recht verleent om de belangen van een grotere groep te behartigen.⁶⁾ In een *class action* wordt de complete groep eisers vertegenwoordigd door een of meer zogeheten *lead* of *representative plaintiff(s)*, ook wel genoemd: *class representative(s)*. De *class representative* komt in de rechtszaak op voor de belangen van de groep en vordert een *class wide relief*, ten behoeve van alle *class members* die zelf geen partij bij de rechtszaak zijn. De *class representative* voert de gehele procedure en kan de rechter verzoeken om de procedure als *class action* te bestempelen (*class certification* genoemd).⁷⁾

Rule 23 van de Federal Rules of Civil Procedure geeft regels voor *class actions* in federale procedures en stelt de volgende eisen aan een *class action*:

- (1) De groep moet zodanig groot zijn dat het praktisch gezien niet mogelijk is om alle groepsleden als procespartij in één procedure te betrekken,
- (2) Er moet sprake zijn van gemeenschappelijke feitelijke of juridische twistpunten,
- (3) De *class* moet een of meerdere *class representatives* hebben wiens/wier vorderingen 'typisch' zijn voor de *class* en
- (4) De *class representatives* moeten de belangen van de *class members* op een rechtvaardige en effectieve wijze behartigen.

Voor uiteindelijke *class certification* onder Rule 23 is noodzakelijk dat wordt aangetoond dat de rechtsvragen of feitelijke vragen die de *class members* gemeenschappelijk hebben, uitstijgen boven vragen die slechts individuele leden van de *class* betreffen (de eis van *predominance*) en dat een *class action* beter geschikt is dan andere beschikbare methodes om op een faire en efficiënte wijze het geschil te beslechten (de eis van *superiority*). Indien hieraan is voldaan en de rechter *class certification* vaststelt, worden in een *court order* de *class*, de vorderingen en het verweer vastgesteld. Daarnaast wordt door de rechter een *class counsel* aangesteld.⁸⁾

Een bijzonder aspect aan Rule 23 is dat deze een stimulans verschaft voor de gedaagde partij om, nadat de rechter een *class* heeft gecertificeerd, de zaak te schikken gelet op de proceskansen en de kosten van verdere verdediging tegen de claim. Als het tot *certification* komt, volgt vaak een schikking. Een dergelijke schikking moet door de rechter worden goedgekeurd. Voor de advocaten van de eisers is een schikking overigens zeer inte-

3. Richard C. Crepeau, *NFL Football, A History of America's New National Pastime, Centennial Edition*, University of Illinois Press, 2020.

4. *NFL is the world's best attend pro sports league*, <http://www.abs-cbnnews.com/sports/01/06/13/-nfl-worlds-best-attended-pro-sports-league>.

5. Megh Nadar, *Top 10 Richest Sports Leagues in the world Right Now*, 25 oktober 2021, <https://sportsunfold.com/10-most-profitable-sports-leagues-in-the-world>.

6. M.F.J.N. van Osch, 'Class Actions, (all) the American way?', *Trema* 2017/2, p. 2.

7. K.J. Krzeminski, 'Class Actions lawsuits, Going Dutch' (*O&R* nr. 113) 2019/8.4.1., M.F.J.N. van Osch, 'Class Actions, (all) the American way?' t.a.p.

8. *Ibid.*

ressant, aangezien zij in de regel een percentage van de overeengekomen schadevergoeding ontvangen.

4. De risico's van het spel

'They remember the hard hits. The brain-rattlers that left them blank-eyed and disoriented, they have no recollection of it at all. But the ones that snapped ligaments, rendered bones the consistency of crushed ice or bent joints in ways they ought not to bend are still felt every morning years later. A career in the National Football League creates echoes good and bad. Some reverberate in medical records, others in luxuries from rich contracts. But the most vivid ones for many players come when they get out of bed each day and put their feet on the floor. If the NFL confers wealth – a rookie's base pay next season will be \$405,000 – it exacts a heavy price: lifelong hurt. A Washington Post survey of retired NFL players found that nearly nine in 10 report suffering from aches and pains on a daily basis, and they overwhelmingly – 91 percent – connect nearly all their pains to football'⁹⁾

American football-spelers hebben tijdens hun loopbaan bijzonder vaak te kampen met blessures en andere medische klachten die voor chronische pijn, ook na hun loopbaan, zorgen. Uit een door de Washington Post rond 2013 uitgevoerde enquête onder ruim 500 voormalige NFL-spelers kwamen behoorlijk schokkende resultaten naar voren. Om een aantal te noemen. Negen van de tien spelers gaven aan dat zij hersenschuddingen tijdens het spel hadden opgelopen. Twee van de drie spelers die hersenschuddingen hadden opgelopen, gaven aan dat zij de gevolgen van deze hersenschuddingen nog steeds ondervonden. Bijna de helft van de spelers gaf aan dat zij van mening waren dat de teamartsen de belangen van het team boven het belang van de gezondheid van het individu stelden. Negen van de tien spelers gaven aan dat zij doorspeelden terwijl zij eigenlijk geblesseerd waren en ruim de helft van de spelers dat dit frequent gebeurde.¹⁰⁾ Mede omdat het seizoen slechts vijf maanden duurt, waarin alle wedstrijden zijn samengebond, is het belang dat spelers beschikbaar zijn voor wedstrijden groot. Dat leidt tot druk op spelers om zo snel mogelijk weer wedstrijdfit te geraken. Er bestaat ook een niet te onderschatten financiële stimulans bij doorspelen ondanks medische klachten, aangezien in spelerscontracten vaak clausules zijn opgenomen dat een speler bepaalde inkomsten alleen ontvangt wanneer hij daadwerkelijk speelt en niet wanneer hij geblesseerd langs de kant zit.

In verband met de vele hersenschuddingen die NFL-spelers tijdens hun loopbaan oplo-

pen, zijn door duizenden spelers vanaf 2011 rechtszaken (de zogenoemde *concussion cases*) tegen de NFL aanhangig gemaakt, stellende dat zij tijdens hun loopbaan hersenletsel hadden opgelopen. Deze rechtszaken (die ook als *class action* werden gevoerd), bekend staand als *In re: National Football League Players Concussion Injury Litigation*, zijn gevoegd behandeld in het United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. In die zaken is het uiteindelijk niet tot gerechtelijke uitspraken gekomen, omdat de betrokken partijen mede onder druk van de rechter de zaken uiteindelijk hebben geschikt, overigens nadat de NFL jarenlang het causaal verband tussen de hersenschuddingen en het hersenletsel van spelers uitdrukkelijk had ontkend. Op grond van het *Settlement Agreement* stemde de NFL, zonder erkenning van schuld, toe in de oprichting van een ongelimiteerd compensatiefonds, waartegenover de spelers hun claims tegen de NFL lieten vallen. Hierin is voor verschillende types hersenletsel (dementie, Parkinson, Alzheimer, CTE en ALS) in schadevergoedingen voorzien. Deze kunnen in de miljoenen dollars lopen.¹¹⁾ Inmiddels heeft de NFL al ruim 800 miljoen dollar aan financiële compensatie op basis van het *Settlement Agreement* uitbetaald.¹²⁾

5. Het gebruik van pijnstillers

Spelers krijgen tijdens hun loopbaan veelvuldig medicatie voorgeschoteld om hun fysieke klachten te bestrijden. Het gebruik van (met name) pijnstillers is schering en inslag bij NFL-spelers. Daarbij gaat het om véél meer dan het spreekwoordelijke paracetamolletje.

'Former NFL linebacker Scott Fujita said he still has the pill bottle, nearly the size of a soda can. "It was the craziest big pill bottle you've ever seen", he said. It was given to him by an NFL team physician to treat a single knee injury, yet it contained, he estimates, somewhere between 125 and 150 pills of Percocet, the addictive oxycodone-based painkiller. On another NFL team played for, he says, an assistant trainer passed out narcotic painkillers in unlabeled manila envelopes before games to whoever raised a hand. Ex-offensive lineman Rex Hadnot described the moment he joined a class action accusing NFL teams of misusing narcotics and other pain medications to keep players on the field despite injuries. It was the day a lawyer explained to him that the powerful anti-inflammatory Toradol should not be used for more than five days under Food and Drug Administration guidelines, at risk of kidney damage. By Hadnot's estimate, medical staffs from four NFL teams gave him Toradol injections or Toradol pills virtually once a week

Bijzonder vaak blessures en chronische pijn bij American football-spelers.

9. Sally Jenkins, Rick Meese and Scott Clement, 'Do no harm, NFL players endure a lifetime of hurt', *The Washington Post*, 16 mei 2013.

10. Ibid.

11. Meer informatie over (de voorwaarden van) het Settlement Agreement is te vinden op <https://www.nflconcussionsettlement.com>.

12. Jodi S. Balsam, 'NFL Concussion Settlement Five Years Later', *Brooklyn Sports & Entertainment Law Blog*, 7 juni 2021.

Veel Amerikanen zijn verslaafd aan (te) gemakkelijk voorgeschreven pijnstillers.

– for nine years, from 2004 until he retired after the 2012 season, without explaining potential side effects. “Sometimes I got the shot *and* the pill”, he said. (...) In playing through dozens of injuries during his 11-year career – separated shoulders, torn muscles – Fujita estimated he was given prescription painkillers four to five days a week, in addition to Toradol on game day. He and teammates joked about trying to have a Drug-Free Wednesday. Yet he estimated that only “about one third” of what he was given wound up noted or logged in his medical records.¹³⁾

In hun *second amended complaint* beschrijven Dent c.s. de verschillende soorten medicatie die NFL-spelers in de voorbije decennia hebben gebruikt om hen wedstrijdfit te krijgen.¹⁴⁾ Ten eerste gaat het om opioïden, zeer sterke pijnstillers die al vele jaren door artsen (vooral) bij patiënten met hevige pijnen worden voorgeschreven. Bekende voorbeelden hiervan zijn oxycodon, morfine, fentanyl en methadon. Deze medicatie zorgt vaak voor bijwerkingen en kan bij langdurig gebruik tot verslaving leiden. Ten tweede gaat het om zogeheten NSAID's, krachtige pijnstillers die geschikt zijn voor het verlichten van matige tot ernstige pijn. Bekende voorbeelden hiervan zijn diclofenac, toradol en ibuprofen. NSAID's kunnen over het algemeen niet langdurig worden gebruikt vanwege het risico op bijwerkingen. Ten derde gaat het om pijnstillers die voor plaatselijke verdoving zorgen, zoals Lidocaine. Voeg daar nog aan toe dat in de Verenigde Staten al geruime tijd sprake is van een ware *opioids crisis*. Vele Amerikanen gebruiken pijnstillers als ware het snoepgoed. Pijnstillers worden, nog steeds, (te) gemakkelijk voorgeschreven en veel Amerikanen zijn eraan verslaafd geraakt.¹⁵⁾

Het algemene verwijt dat tegen deze achtergrond door Dent c.s. aan de NFL wordt gemaakt, is dat de NFL – in strijd met de geldende federale regelgeving en regelgeving op het niveau van de staten – medicatie aan spelers verstrekke om hun medische klachten te bestrijden, althans het gebruik van deze medicatie door spelers toestond en aanmoedigde, als onderdeel van het ‘*return to play*’ plan van de NFL. De spelers zijn volgens de *second amended complaint* door de NFL niet gewaarschuwd voor de gevaren van cocktails van medicatie, het gebruik van medicatie boven de toegestane dosis, het gebruik van medicatie langer dan noodzakelijk was, de mogelijkheid van verslaving aan medicatie en de mogelijkheid van het ontstaan van frequentere en ernstigere blessures vanwege het maskerende effect van de pijnmedicatie.¹⁶⁾ Ten aanzien van de *class representatives* wordt aangegeven dat zij tijdens hun loopbaan honderden, zo niet duizenden, pijnstillers hebben gebruikt.

De vorderingen van Dent c.s. zijn gebaseerd op meerdere grondslagen, waaronder *negligence* (nalatigheid), *negligence per se* (de theorie waarbij een handeling als nalatig wordt beschouwd omdat deze in strijd is met de wet), *negligent hiring and retention* (nalatigheid bij het in dienst nemen en hebben van werknemers van wie de werkgever wist of had moeten weten dat zij zich op een bepaalde manier tegenover andere personen zouden gedragen of handelingen zouden verrichten die tot aansprakelijkheid kunnen leiden), *negligent misrepresentation* (het doen van verklaringen waarvan de spreker geen redelijke grond had om aan te nemen dat deze juist waren), *fraud* (het doen van een valse verklaring of het achterhouden van informatie, terwijl de betreffende persoon de waarheid kent) en *loss of consortium* (het wegnemen van de voordelen van een familiale relatie door een persoon die onrechtmatig handelt).¹⁷⁾

De eisen van Dent c.s. betreffen, samengevat weergegeven, verklaringen voor recht omtrent het onrechtmatig handelen van de NFL, alsmede de toekenning van zowel *monetary* als *punitive damages* en het medisch laten monitoren van de benadeelde spelers. Er is weinig verbeeldingskracht voor nodig om te beseffen dat het slagen van een dergelijke claim – in vervolg op de *concussion cases* – enorme financiële gevolgen voor de NFL zou kunnen hebben. De NFL verdedigt zich, zoals hierna zal blijken, dan ook met hand en tand tegen de claims van de spelers.

6. De rechtsgang: heen en weer tussen de federale rechtbank en het federale gerechtshof

De spelers worden in de rechtszaak bijgestaan door een aantal advocatenkantoren, waarbij het kantoor Silverman Thompson Slutkin White, Attorneys at Law, gevestigd in Baltimore, Maryland, als *lead attorney* fungeert. Op dit kantoor heb ik vanaf de zomer van 2017 een aantal maanden als jurist gewerkt, waarbij ik met de *Dent v. NFL* zaak kennismaakte, daarbij ook inhoudelijk betrokken raakte en zelfs aan processtukken meeschreef. Voor een jurist met een grote liefde voor sport een fantastische opdracht.

Ook tegen de 32 NFL-clubs gezamenlijk zijn door voormalige NFL-spelers overigens claims aanhangig gemaakt vanwege het overvloedige gebruik van pijnstillers. Die claims zijn door het United States District Court for the Northern District of California te San Francisco afgewezen, omdat de claims – simpel gezegd – waren verjaard.¹⁸⁾ De claims waren niet tijdig genoeg na het ontdekken van het gestelde nadeel (“*injuries to business or property*”) door de spelers aanhangig gemaakt. Deze beslissing is in hoger

13. Sally Jenkins and Rick Maese, 'Two former NFL players describe prescription drugs practices', *The Washington Post*, 27 november 2014.

14. Second Amended Complaint, 29 augustus 2014, § 15.

15. <https://www.hhs.gov/opioids/about-the-epidemic/index.html>.

16. Second Amended Complaint, 29 augustus 2014, § 50.

17. Zie voor definities: <https://law.cornell.edu/wex>.

18. Etopia Evans *et al.* v. Arizona Cardinals Football Club LLC *et al.*, No. C 16-0130 WHA (N.D. Cal. 2017).

beroep door het Court of Appeals for the Ninth Circuit bevestigd.¹⁹⁾ Daarmee zijn deze claims afgedaan.

De rechtszaak van de spelers tegen de NFL is in 2014 aanhangig gemaakt bij het United States District Court for the Northern District of California. Na het indienen van de initiële *complaint* dienden de spelers een *first* en daarna nog een *second amended complaint* in. De NFL diende in reactie hierop een *motion to dismiss* in. Een *motion to dismiss* komt erop neer dat de gedaagde vóór alle inhoudelijke weren een conclusie indient, waarin hij stelt dat de vordering van de eiser(s) al meteen moet worden afgewezen "for failure to state a claim upon which relief can be granted". Zoals ik het in een ander artikel kort samenvatte: eiser is in gebreke gebleven om een vordering te formuleren die kan worden toegewezen.²⁰⁾ Bij zijn beoordeling van een *motion to dismiss* moet de rechter, bij wijze van veronderstelling, uitgaan van de waarheid van de feitelijke stellingen van eiser. Indien een *motion to dismiss* slaagt, dan eindigt daarmee de zaak (in zoverre).

De door de NFL ingediende *motion to dismiss* slaagt in dit geval. In zijn uitspraak van 17 december 2014 wijst het District Court deze motie toe.²¹⁾ De juridische discussie op dit punt is vrij technisch en voor het vervolg van de zaak uiteindelijk ook niet doorslaggevend. Simpel gezegd komt het erop neer dat volgens het District Court Section 301 van de Labor Management Relations Act verhindert dat de spelers hun claims voor de federale rechtbank kunnen brengen, omdat geschillen over *Collective Bargaining Agreements* door middel van arbitrage moeten worden beslecht en dit geschil interpretatie van deze *agreements* vereist.

De spelers gaan van deze beslissing in hoger beroep bij het federale gerechtshof, het Court of Appeals for the Ninth Circuit (ook wel: 'The Ninth Circuit' genoemd), ook gevestigd in San Francisco. In een uitspraak van 6 september 2018 vernietigt het hof de uitspraak van het District Court. Volgens het hof staat de Labor Management Relations Act niet in de weg aan claims op grond van het handelen van de NFL inzake pijnstillers omdat de *Collective Bargaining Agreements* tussen de NFL en de spelersbonden dat onderwerp niet regelden. Er is geen interpretatie van *Collective Bargaining Agreements* noodzakelijk om te kunnen bepalen of de NFL een zorgvuldigheidsverplichting jegens de spelers had en of zij die verplichting heeft geschonden:

'The NFL has a duty to avoid creating unreasonable risks of harm when distributing controlled substances that is completely independent of the CBA's.'²²⁾

De zaak wordt daarom weer terugverwezen naar hetzelfde District Court, die de eisers in de gelegenheid stelt om hun *complaint* opnieuw aan te passen. Een *third amended complaint* volgt in december 2019. Hierin laten eisers het grootste deel van hun eerder gestelde juridische grondslagen vallen en baseren zij hun vorderingen nog slechts op onder meer *negligence per se* en *negligent voluntary undertaking* (nalatigheid bij het nakomen van de vrijwillige verplichting om een ander voor nadeel te behoeden).²³⁾

Bij het District Court loopt het wederom niet goed af voor de spelers. Een door de NFL ingediende *motion to dismiss* ten aanzien van de *third amended complaint* treft doel. In zijn uitspraak van 18 april 2019 wijst het District Court deze motie toe. Volgens het District Court is er geen sprake van nalatigheid van de NFL. Onvoldoende onderbouwd is dat het handelen van de NFL leidde tot een *duty of care* voor de NFL jegens de spelers of dat de NFL die *duty of care* heeft geschonden. Hetzelfde lot is de andere rechtsgrond beschooren. Het District Court is van oordeel dat de spelers onvoldoende hebben onderbouwd dat de NFL vrijwillig een verplichting op zich heeft genomen om de spelers te beschermen. Daarmee was de claim van de spelers in eerste aanleg vooralsnog definitief afgedaan. De spelers werd geen verlot verleend om hun *complaint* nog verder aan te passen.

Wederom gaan de spelers in hoger beroep bij The Ninth Circuit en opnieuw – zij het nu ten dele – met succes. De afwijzing van de *negligence* rechtsgrond wordt bekrachtigd, maar het hof doet de claims van Dent c.s. op één grondslag herleven. Volgens het hof is het mogelijk dat de spelers uiteindelijk succes boeken op grond van hun stelling dat de NFL vrijwillig de verplichting op zich heeft genomen om de toediening van medicatie te overzien, door het gebruik van medicatie door teams te reguleren. Hiertoe hadden spelers op zichzelf voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd.

'(...) we conclude that Plaintiffs' voluntary undertaking theory survives dismissal, given sufficient allegations in the TAC of NFL's failure to "use its authority to provide routine and important safety measures" regarding distribution of medications and returning athletes to play after injury. (...) If proven, a voluntary undertaking theory could establish a duty owed by the NFL to protect player safety after injury, breach of that duty by incentivizing premature return to play, and liability for resulting damages.'²⁴⁾

De uitspraak van het District Court wordt in zoverre vernietigd en de zaak wordt ter verdere afdoening weer terugverwezen naar het District Court.



Bron: www.norebbo.com/nfl.logo/

19. Etopia Evans *et al.* v. Arizona Cardinals Football Club LLC *et al.*, No. 17-16693 (9th Cir. 2019).
20. Mark Postma, 'De toetsing van de summierlijk blijkende ondeugdelijkheid van een collectieve vordering in de WAMCA', VR 2021/78, p. 165.
21. Dent *et al.* v. National Football League, No. C 14-02423 WHA, 2014 WL 72005048 (N.D. Cal. Dec. 17, 2014).
22. Dent *et al.* v. National Football League, No. 15-15143 (9th Cir. 2018), 902 F.3d 1109 (2018).
23. Zie voor definities <https://law.cornell.edu/wex>.
24. Dent *et al.* v. National Football League, No. 19-16017 (9th Cir. 2020).

De zaak is inmiddels al meerdere keren tussen lagere en hogere rechterlijke instanties heen en weer gegaan.

De spelers hebben hierna een verzoek om *class certification* ingediend, waarbij eisers als *class* gecertificeerd proberen te krijgen alle NFL-spelers die op enig moment tussen 1 januari 1973 en 31 december 2008 in de NFL hebben gespeeld en die de eerder genoemde medicatie van NFL-clubs hebben ontvangen. In een *order denying class certification* van 31 augustus 2021 verwerpt het District Court dit verzoek.²⁵⁾ Volgens het District Court is *class certification* in deze zaak onmogelijk. Allereerst stelt het District Court vast dat geen sprake is van *predominating* gemeenschappelijke rechtsvragen. Volgens het District Court hebben eisers niet aangetoond dat één rechtsstelsel op de gehele *class* kan worden toegepast of dat de verschillen tussen *state laws* te overzien zijn. Judge William Alsup, die ook alle voorgaande uitspraken wees, ziet het duidelijk niet zitten:

'The Court is concerned that trial of plaintiffs' proposed nationwide negligence class implicating the law of at least 23 different states would become a sprawling train wreck.'

Verder is het District Court van oordeel dat feitelijke kwesties op clubniveau de zaak domineren. Kortom, de zaak is niet geschikt voor *class certification*. Het District Court geeft eisers in overweging dat de meest effectieve en efficiënte manier om in deze zaak te procederen op *non-class* basis is. De rechter spreekt de verwachting uit dat als in individuele zaken jury's in het voordeel van eisers oordelen, dat ook voordelig zal zijn voor de claims van andere spelers. Kortom, na ruim zeven jaar procederen is het qua *class action* helaas *back to square one* voor de eisers. Vooralsnog althans, want ik heb recent van de *lead attorney* begrepen dat ook tegen deze beslissing hoger beroep is ingesteld.

Last but not least, het District Court moest zich na verwijzing nog buigen over de enige nog resterende juridische grondslag: *negligent voluntary undertaking*. Ook die grondslag haalt het niet. In een uitspraak van 17 december 2021 wijst de rechter de *motion for summary judgment* van de NFL hierover toe. Deze processuele figuur, geregeld in Rule 56 van de Federal Rules of Civil Procedure, bepaalt dat summary judgment wordt verleend "if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law."²⁶⁾ Volgens het District Court verhinderen de van toepassing zijnde verjaringstermijnen reeds toewijzing van de vorderingen. Ook van die beslissing is inmiddels hoger beroep ingesteld. De rechtszaak is daarmee nog steeds niet tot een eind gekomen.

7. Slotopmerkingen

Na een jarenlange procedure tegen de NFL is het vooralsnog niet goed afgelopen voor de ex-spelers. De gewenste schadevergoeding is (nog?) niet in zicht. De zaak is tot nu toe telkens op formele gronden gestrand. Dat is in de Amerikaanse rechtspraak overigens niet ongewoon. Regelmatig sneuvelen zaken, waaronder ook collectieve vorderingen, reeds voordat aan een inhoudelijke behandeling gedurende een *trial* kan worden toegekomen. De zaak *Dent v. NFL* is op zichzelf beschouwd ook een lastige zaak om (snel) succes in te boeken, omdat er – mede door het tijdsverloop sinds de verweten gedragingen – flink wat haken en ogen aan de zaak kleven. Verjaring en (het ontbreken van) causaal verband zijn voor de hand liggende verwerpen in een zaak als deze. Met een kapitaalcrachtige tegenpartij als de NFL, die flink wat geld kan spenderen aan het voeren van verweer in een juridische procedure, was het dan ook te verwachten dat partijen de nodige formele geschilpunten zouden gaan uitvechten. Een omstandigheid die de zaak ook zeker niet bespoedigd heeft, zijn de verschillende visies van de rechters in eerste aanleg en hoger beroep, waardoor de zaak inmiddels al meerdere keren tussen beide instanties heen en weer is gegaan. In de Nederlandse rechtspraak, waarin zaken minder snel opgeknipt worden op de onderwerpen en de zaak meestal in zijn geheel voorligt en terugverwijzing naar de eerste aanleg uitzonderlijk is, was een soortgelijke zaak vermoedelijk sneller afgewikkeld.

Bij deze stand van zaken is de NFL vooralsnog de winnaar. Indien de zaak voorbij de talrijke formele hindernissen was gekomen, dan is het mijn overtuiging dat de NFL – in het verlengde van de *concussion cases* – de zaak financieel had proberen te schikken, om een *trial* met een onzekere (financiële) uitkomst te vermijden. Dat hier niet is geschied, laat zich wellicht ook verklaren doordat het causaal verband in de *concussion cases* a prima facie gemakkelijker is aan te nemen. Een en ander laat onverlet dat de NFL in deze zaak de nodige imagoschade heeft geleden. De zaak heeft de aandacht gevestigd op het ongewenste veelvuldig gebruik van pijnstillers door spelers om hun *return to play* te bespoedigen, waarop de NFL – naar het zich laat aanzien – jarenlang geen adequaat toezicht heeft uitgeoefend als overkoepelende sportbond.

25. *Dent et al. v. National Football League*, No. 14-02324 WHA, 31 augustus 2021 (N.D. Cal. 2021).

26. Postma, 2021, p. 165.