

82 Productaansprakelijkheid bij massaschade

Mr. dr. J.T. Hiemstra *

1. Inleiding

Medische productschade treft vaak een grote groep mensen. Bij een productie- of ontwerpfout is doorgaans niet één product gebrekkig, maar een hele serie. In de recente geschiedenis hebben we te maken gehad met problemen rondom de borstimplantaten van de fabrikant PIP, het anticonceptiemiddel Implanon, de steralisatiemethode Essure, transvaginale mesh en metaal-op-metaal heupprotheses. Langer geleden veroorzaakte het beruchte medicijn DES een grote groep slachtoffers.

De voorbeelden hebben gemeen dat een groep personen (meestal vrouwen) stelden productschade te hebben geleden. Desalniettemin hebben deze schadeveroorzakende gebeurtenissen niet in veel procedures geresulteerd. Als er al werd geprocedeerd, dan gebeurde dit hoofdzakelijk op individuele basis.¹⁾ Een individuele procedure van een gelaedeerde tegen een fabrikant van een medisch product kent obstakels die ertoe kunnen leiden dat de gelaedeerde afziet van het instellen van een rechtsvordering. Zo kan er sprake zijn van 'rationele apathie' doordat de individuele schade niet opweegt tegen de kosten van een procedure of kan het de gelaedeerde de middelen ontbreken om het tegen een kapitaalkrachtige onderneming op te nemen.²⁾ Daar komt bij dat de regeling inzake productaansprakelijkheid beperkingen met zich brengt, bijvoorbeeld op het gebied van verjaring en verval. Deze omstandigheden hebben ertoe geleid dat het productaansprakelijkheidsrecht sinds de introductie van de richtlijn productaansprakelijkheid een grotendeels slapend bestaan heeft geleid en er weinig productaansprakelijkheidszaken in de jurisprudentie voorkomen.

De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie ("WAMCA") die op 1 januari 2020 in werking is getreden heeft de potentie om hier verandering in te brengen. Een belangenorganisatie kan op grond van artikel 3:305a BW schadevergoeding vorderen voor een "nauw omschreven" groep gelaedeerden met "gelijksoortige belangen". Voor de inwerkingtreding van deze regelgeving kon een belangenorganisatie bij onrechtmatig gedrag jegens een grote groep personen slechts een verklaring voor recht vorderen en kon massaschade slechts collectief worden afgewikkeld met een zogeheten WCAM-schikking.³⁾ Thans kan een belangenorganisatie dus direct een vordering tot schadevergoeding instellen. Er zijn op dit moment al twee collectieve rechtszaken aanhangig over (medische) productschade en ik verwacht dat het daar niet bij zal blijven.⁴⁾ Die verwachting wordt ook gevoed door een andere ontwikkeling: de voorgestelde slachtoffervriendelijke wijzigingen van de richtlijn productaansprakelijkheid.⁵⁾

Deze ontwikkelingen zetten het productaansprakelijkheidsrecht weer op de kaart en hebben de potentie om gelaedeerden van medische producten eenzelfde niveau van bescherming te verlenen als het consumentenrecht in bredere zin geeft aan gelaedeerde consumenten. Deze ontwikkelingen roepen echter ook nieuwe rechtsvragen op. De vragen die zien op de voorgestelde wijzigingen van de richtlijn productaansprakelijkheid worden in twee andere bijdrages in dit nummer behandeld. De onderhavige bijdrage zal stilstaan bij de vragen die samenhangen met het collectief procederen ter verkrijging van schadevergoeding bij (medische) productschade.

In de eerste plaats is het relevant om te kijken naar de schadeveroorzakende gebeurtenis bij productaansprakelijkheid. De mogelijkheid om collectief schadevergoeding te vorderen, hangt namelijk samen met het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis en de vraag of het om een enkelvoudige gebeurtenis gaat of een reeks gebeurtenissen. Dit komt aan bod in paragraaf 2.

In de tweede plaats is het interessant om stil te staan bij de gelijksoortigheid van de belangen van slachtoffers van productschade. Productschade kan bestaan uit schade aan een andere zaak dan het gebrekkige product of schade door dood of lichamelijk letsel (6:190 BW). Bij medische pro-

* Advocaat bij Hausfeld Advocaten te Amsterdam.

1. Met uitzondering van de DES-zaak.
2. Zie over rationele apathie M.G. Faure & L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve acties', in: Collectieve acties. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2015, p. 7-64.
3. Dit houdt in dat een belangenorganisatie een schikking treft met de schadeveroorzaker en partijen de vaststellingsovereenkomst (art. 7:907 BW e.v.) algemeen verbindend laten verklaren door het hof Amsterdam (art. 1013 Rv e.v.).
4. Een zaak over de Biocell-borstimplantaten en een zaak over de sterilisatiemethode Essure (<https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>). De auteur is als advocaat betrokken bij de eerste zaak.
5. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken (COM/2022/495 final).

De schadeveroorzakende gebeurtenis bij productschade is het in het verkeer brengen van een gebrekkig product.

ductschade staat de laatste categorie centraal. Eigen aan letsel- en overlijdensschade is dat de aard, omvang en hoogte niet voor iedere gelaedeerde gelijk is – zelfs niet als alle schade wordt veroorzaakt door hetzelfde product. Dit roept de vraag op of voldaan wordt aan het vereiste van “gelijksoortige belangen” voor het instellen van een collectieve schadevordering. Deze vraag staat centraal in paragraaf 3.

In de derde plaats is van belang om in te gaan op de vraag in hoeverre letselschade collectief kan worden gevorderd en begroot. Dit wordt besproken in paragraaf 4. In paragraaf 5 sluit ik af met een korte conclusie.

2. Overgangsrecht en de schadeveroorzakende gebeurtenis bij productschade

De WAMCA is per 1 januari 2020 in werking getreden. Over het overgangsrecht wordt in artikel 119a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek bepaald dat de WAMCA van toepassing is op “een gebeurtenis of gebeurtenissen die heeft of hebben plaatsgevonden voor 15 november 2016”.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel van de WAMCA bevatte geen overgangsrecht, zodat de onmiddellijke werking van de nieuwe regeling het uitgangspunt zou zijn. Dit leidde tot kritiek. Onmiddellijke werking zou (kunnen) betekenen dat belangenbehartigers in reeds aanhangige collectieve acties aan strengere wettelijke eisen zouden moeten voldoen dan waar zij bij het aanvangen van de procedure rekening mee moesten houden.⁶⁾

In de (eerste) Nota van wijziging is een regeling opgenomen van overgangsrecht die er op neer kwam dat een collectieve actie die was ingesteld voor datum inwerkingtreding van de WAMCA moest worden afgewikkeld op basis van de oude regeling in artikel 3:305a BW.⁷⁾ Op basis van die regeling kon geen schadevergoeding worden gevorderd door een belangenorganisatie en waren er minder ontvankelijkheidsvereisten. Daarmee zou voorkomen worden dat belangenbehartigers in een reeds aanhangige actie aan strengere ontvankelijkheidseisen zouden moeten voldoen of dat de rechter een exclusieve belangenbehartiger zou moeten aanwijzen als er verschillende acties aanhangig zouden zijn over dezelfde gebeurtenissen. Deze regeling is vervolgens door het amendement Van Gent c.s. aangescherpt, waarbij de zinsnede “die betrekking hebben op een gebeurtenis of gebeurtenissen die heeft of hebben plaatsgevonden op of na 15 november 2016” is toegevoegd.⁸⁾

Deze aanscherping wordt in het amendement onder meer toegelicht met een verwij-

zing naar het rechtszekerheidsbeginsel. Bij onmiddellijke werking van de WAMCA zouden tot in lengte van dagen vorderingen kunnen worden ingediend met gebruikmaking van het nieuwe recht naar aanleiding van gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van de wet, voor zover geen sprake is van verjaring. Dat zou een onterechte veruiming van de bevoegdheden voor eisende partijen opleveren, terwijl de verwerende partij onmogelijk met gebruikmaking van dit instrument door de eiser rekening had kunnen houden. Deze vorm van overgangsrecht zou op gespannen voet staan met het rechtszekerheidsbeginsel. Bedrijven, organisaties of andere partijen zouden immers geen mogelijkheid hebben gehad om zich voor te bereiden op de komst van de nieuwe wet als deze ook van toepassing is op oude gebeurtenissen. Onder meer om die reden is in het amendement opgenomen dat een rechtsvordering die wordt ingesteld op grond van het nieuwe artikel 3:305a BW slechts mogelijk is als de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden op of na 15 november 2016. Deze datum is gekozen omdat het wetsvoorstel op die datum naar de Tweede Kamer is gestuurd en partijen dus vanaf dat moment rekening hebben kunnen houden met de komst van de nieuwe regeling. Als de collectieve procedure ziet op een gebeurtenis die op of na die datum heeft plaatsgevonden, geldt het nieuwe artikel 3:305a BW. Als het gaat om “een reeks van gebeurtenissen die zowel vóór als na 15 november 2016” hebben plaatsgevonden, dan “is het recht van toepassing zoals dat geldt op het moment dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft, heeft plaatsgevonden”, aldus de toelichting bij het amendement Van Gent c.s.

Bij collectieve productschade zal het dikwijls gaan om producten die langere tijd op de markt zijn geweest en die gedurende meerdere jaren bij verschillende gebruikers van het product schade hebben veroorzaakt. Als de betreffende producten zowel voor als na 15 november 2016 op de markt zijn geweest, rijst de vraag in hoeverre de WAMCA van toepassing is. Zoals uit de hiervoor opgenomen toelichting blijkt, is relevant in hoeverre het gaat om “een reeks van gebeurtenissen”. Bij een dergelijke reeks is de datum van de laatste gebeurtenis bepalend voor de vraag of de WAMCA van toepassing is.

De schadeveroorzakende gebeurtenis bij productschade is het in het verkeer brengen van een gebrekkig product. Anders dan werd overwogen door de rechtbank Amsterdam in de collectieve actie over “sjoemeldiesels”, is de schadeveroorzakende gebeurtenis niet het ontwerp van het gebrekkige product of de productiefout, maar het in het verkeer brengen van dat product.⁹⁾ In deze procedure lagen volgens de rechtbank meerdere hande-

6. A.W. Jongbloed, *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 43.

7. *Kamerstukken II 2017/18*, 34608, 7, p. 3.

8. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2018–2019, 34 608, nr. 13, p. 2.

9. Rb. Amsterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:468, r.o. 3.7. Zie eerder Rb. Amsterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541; Rb. Amsterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1542.

lingen aan de gestelde onrechtmatige daad ten grondslag, zoals het produceren van voertuigen met een verboden manipulatie-instrument, het voorzien van de voertuigen van een onjuist certificaat van overeenstemming, het via de importeur en de autodealers op de markt brengen van deze voertuigen en het vervolgens verkopen en in lease geven van deze voertuigen. Volgens de rechtbank ligt het zwaartepunt van deze handelingen steeds bij de ontwikkeling van de gestelde verboden software. Zonder het beweerdelijke illegale manipulatie-instrument zouden de overige handelingen en gebeurtenissen immers niet onrechtmatig zijn en zouden de benadeelden geen schade hebben geleden.¹⁰⁾

De rechtbank Amsterdam oordeelde dat de schadeveroorzakende gebeurtenis *niet* het op de Nederlandse markt brengen van voertuigen met een vals certificaat van overeenstemming is en het verkopen of leasen van deze voertuigen aan de benadeelden. Weliswaar hebben deze gebeurtenissen ervoor gezorgd dat de schadelijke gevolgen zijn ingetreden, maar zonder de aanwezigheid van het beweerdelijk illegale manipulatie-instrument zou er door deze gebeurtenissen geen schade zijn ontstaan.¹¹⁾

Deze redenering van de rechtbank gaat er terecht vanuit dat er zonder het illegale manipulatie-instrument in de "sjoemeldiesels" (de ontwerpfout) geen schade zou zijn ontstaan. Echter, het enkele bestaan van een ontwerpfout leidt niet tot schade. Door de ontwerpfout kan het product als gebrekkig worden aangemerkt, maar pas als dat gebrekkige product in het verkeer wordt gebracht, kan schade (en daarmee een schadevordering) ontstaan. Dat geldt zowel bij een vordering die is gegrond op de regeling inzake productaansprakelijkheid van artikel 6:185 e.v. BW als bij een vordering die is gegrond op artikel 6:162 BW. Immers, ook bij een onrechtmatige daadactie vanwege productschade is de schadeveroorzakende en aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis volgens de Hoge Raad het in het verkeer brengen van een gebrekkig product.¹²⁾

Bij productschade is bovendien van belang dat het moment van de ontwerpfout vaak niet bekend is of kan zijn bij de gelaedeerde, met name als het gaat om een product of serie die langere tijd op de markt is. Het moment van een productiefout zal mogelijk bij geen van de betrokken partijen – inclusief de producent – bekend zijn. Aannemen dat de datum van de ontwerpfout leidend zou moeten zijn bij de toepassing van het overgangsrecht op een collectieve productaansprakelijkheidszaak, zou daarom onwerkbaar zijn. De datum waarop een product in het verkeer is gebracht is daarentegen gemakkelijker te achterhalen. Het gaat daarbij namelijk om het moment waarop het pro-

duct het productieproces van de producent heeft verlaten en "is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie"¹³⁾ Pas als een product wordt overgedragen aan iemand die niet onder de controle van de producent valt, is het product in het verkeer gebracht.¹⁴⁾ Het moment van controleverlies kan dus na analyse van het distributieproces worden vastgesteld.

Dat de schadeveroorzakende gebeurtenis bij productschade het in het verkeer brengen van het gebrekkige product is, sluit ook aan bij het aanvangsmoment van de vervaltermijn voor productaansprakelijkheid.

Als er sprake is van collectieve productschade door producten die langere tijd op de markt zijn geweest, dan zullen deze producten dikwijls voortdurend in het verkeer zijn gebracht. In een dergelijke situatie zou mijns inziens kunnen worden gesproken van een 'reeks gebeurtenissen'. Of de WAMCA al dan niet van toepassing is, moet dan worden beoordeeld aan de hand van de datum waarop het in het verkeer brengen van het product is gestopt. Deze datum kan bij collectieve productschade samenvallen met een *recall* van het betreffende product.

3. Gelijksortige belangen bij (medische) productschade

Medische productschade is meestal schade door dood of lichamelijk letsel. Typerend voor dergelijke schade is dat de aard, omvang en hoogte niet voor iedere gelaedeerde gelijk is. Tegelijkertijd kan de aansprakelijkheidsvraag voor alle gelaedeerden van hetzelfde product eenduidig en op basis van objectieve omstandigheden worden beantwoord. Dit roept de vraag op en hoe in een collectieve actie over medische productschade wordt voldaan aan het vereiste van "gelijksortige belangen".

De bevoegdheid van belangenorganisaties om rechtsvorderingen in te stellen op grond van artikel 3:305a BW is beperkt tot de bescherming van gelijksoortige belangen. Als de belangen van de personen waarvoor de belangenorganisatie opkomt onvoldoende gelijksoortig zijn, is de belangorganisatie niet ontvankelijk.

Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat aan het vereiste van gelijksoortigheid is voldaan "indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd." De vorderingen lenen zich voor bundeling als daarover in één procedure kan worden geoordeeld "zonder dat daarbij de bijzondere

Het moment van een productiefout zal mogelijk bij geen van de betrokken partijen – inclusief de producent – bekend zijn.

10. Idem, r.o. 4.9.

11. Idem, r.o. 4.10.

12. HR 6 december 1996, NJ 1997/219 (DuPont/Hermans); HR 22 oktober 1999, NJ 2000/159 (Koolhaas/Rockwool); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005 (Helm/Aerts c.s.).

13. HvJ EU 9 februari 2006, C-127/04

(O'Byrne/Aventis Pasteur), r.o. 27.

14. Conclusie A-G Geelhoed van 2 juli 2005 voor zaak C-127/04 (O'Byrne/Aventis Pasteur), nr. 47.

Het criterium van “gelijksoortige belangen” wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd.

omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken behoeven te worden”.¹⁵ Bij een collectieve actie waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd dat sprake is van onrechtmatig handelen, kunnen volgens de Hoge Raad de van geval tot geval te beantwoorden vragen rondom een recht op schadevergoeding (waarbij te denken valt aan omvang van de schade, causaal verband, eigen schuld) in een latere fase aan de orde komen.¹⁶

Het criterium van “gelijksoortige belangen” wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Zo werd in een procedure bij de rechtbank Amsterdam het verweer gevoerd dat er geen sprake zou zijn van gelijksoortige belangen.¹⁷ Het ging om een collectieve actie van een belangenorganisatie die opkwam voor de belangen van tandartspraktijken. De belangenorganisatie vorderde een verklaring voor recht van Buma dat de tandartspraktijken geen vergoedingen verschuldigd waren voor het afspelen van achtergrondmuziek in hun praktijken. Omdat de situatie voor iedere tandartspraktijk verschilde vanwege onder meer verschillende aantallen patiënten, werknemers en oppervlakte, stelde Buma dat een individuele beoordeling vereist zou zijn. De rechtbank ging daar niet in mee en oordeelde dat de belangen van de tandartspraktijken bij de gevraagde verklaring voor recht dat geen enkele tandartspraktijk een vergoeding verschuldigd was, parallel liepen.¹⁸

In een collectieve procedure over het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen Deliveroo en haar bezorgers werd hetzelfde verweer gevoerd.¹⁹ Volgens Deliveroo zouden de individuele omstandigheden van de bezorgers relevant zijn voor de vraag of er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Ten behoeve van die kwalificatie moet immers per individu gekeken worden naar de rechten en verplichtingen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stond en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven.²⁰ De rechtbank overweegt dat de vraag of in deze zaak sprake is van een arbeidsovereenkomst, een grote groep werkenden raakt en ook een algemeen belang dient.²¹ Verder is volgens de rechtbank van belang dat indien de vordering van de FNV wordt toegewezen, dit een veel groter effect heeft dan de uitkomst van een individuele procedure. De kwalificatieproblematiek die samenhangt met de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, en met name de daarvoor volgens vaste jurisprudentie vereiste beoordeling van alle omstandigheden van het geval, is van een andere orde. Het gaat dan niet om de vraag of de belangen zich lenen voor bundeling, maar of de aard van de vordering zich leent voor toewijzing daarvan. Dit is onderdeel

van de inhoudelijke beoordeling en niet relevant voor de ontvankelijkheidsvraag. Het verweer van Deliveroo dat de belangenorganisatie niet ontvankelijk zou zijn vanwege het ontbreken van gelijksoortige belangen slaagde dus niet.

In een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag in kort geding oordeelde de rechtbank dat geen sprake was van gelijksoortige belangen.²² In deze procedure vorderde de FNV een uniform voorschot op schadevergoeding van de Staat aan zorgmedewerkers met post-COVID. De Staat zou haar zorgplicht jegens de zorgmedewerkers hebben geschonden door de zorgmedewerkers te vragen door te werken tijdens de pandemie zonder voldoende maatregelen te nemen ter bescherming van de gezondheid van de zorgmedewerkers. De Staat betoogde dat de FNV niet ontvankelijk was omdat de belangen van de zorgmedewerkers niet gelijksoortig waren.²³ De groep gedupeerden voor wie de FNV de collectieve vorderingen heeft ingesteld, bestond uit zorgmedewerkers die werkzaam zijn of waren in ziekenhuizen, in verzorgings- en verpleeghuizen, in de gehandicaptenzorg, in de wijkverpleging, in de geestelijke gezondheidszorg, in de huisartsenzorg, in de jeugdzorg, in de ambulancezorg en in de geboortezorg, en die binnen die verschillende onderdelen van de zorg ook op diverse afdelingen verschillende functies hebben uitgeoefend. Of en in welke mate zij tijdens de uitoefening van hun werkzaamheden zijn blootgesteld aan het risico op besmetting met het coronavirus valt gelet op de diversiteit binnen de groep gedupeerden niet in algemene zin vast te stellen, aldus de Staat. Verder zou geen sprake zijn geweest van een uniform beleid in het kader van de bestrijding van het coronavirus. De Staat heeft op verschillende momenten verschillende maatregelen aangekondigd en uiteenlopende richtlijnen uitgevaardigd. De Staat heeft daarbij toegelicht dat deze maatregelen en richtlijnen vervolgens door de werkgevers binnen de specifieke deelgebieden in de zorg zijn vertaald in eigen protocollen en beheersmaatregelen. Om die reden zou niet in algemene zin kunnen worden vastgesteld of de Staat adequate maatregelen heeft genomen ter bescherming van de zorgmedewerkers in de diverse onderdelen van de zorg en in het verlengde daarvan of de Staat onrechtmatig jegens de gedupeerden heeft gehandeld.

De rechtbank volgde de Staat en oordeelde dat de vraag of en in hoeverre de zorgmedewerkers schade hebben geleden en de vraag of die schade is toe te rekenen aan onrechtmatig handelen van de Staat alleen kunnen worden beantwoord door daarbij (onder meer) de aard van de verrichte werkzaamheden en de omstandigheden waaronder die werkzaamheden zijn verricht te betrekken.²⁴

15. HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa), r.o. 4.2.
16. Hoge Raad 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, r.o. 4.8.1.
17. Rb. Amsterdam 24 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5392.
18. Idem, r.o. 4.7.
19. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.
20. Idem, r.o. 10.
21. Idem.
22. Rb. Den Haag 8 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2686.
23. Idem, r.o. 4.6-4.7.
24. Idem, r.o. 4.8.

Niet in algemene zin kan worden beoordeeld of en in welke mate de schade van individuele gedupeerden is veroorzaakt door het handelen of het nalaten van de Staat. De omstandigheden van de individuele zorgmedewerkers zijn zo verschillend dat een eensluidend oordeel over de collectieve aansprakelijkheid van de Staat en de (hoogte van de) door de individuele gedupeerden geleden schade niet kan worden gegeven. Om die reden is er volgens de rechtbank geen sprake van gelijksoortige belangen.

Bij de beoordeling van gelijksoortige belangen in een collectieve actie over medische productschade zal gelet op voorgaande jurisprudentie relevant zijn dat de aansprakelijkheidsvraag voor alle gelaedeerden, althans voor afgebakende groepen gelaedeerden, dezelfde is: heeft de aangesproken producent een gebrekkig product in het verkeer gebracht dat schade heeft veroorzaakt? Het is daarbij mijns inziens tevens van belang dat de collectieve actie ziet op een product of productserie met af te bakenen gebreken. Alleen dan lenen de belangen van de gelaedeerden zich voor bundeling en leidt de collectieve actie tot een efficiënte en effectieve rechtsbescherming van de gelaedeerden. Dat er in de besproken collectieve actie over zorgmedewerkers met post-COVID geen sprake was van gelijksoortige belangen heeft met name te maken met verschillen in de aansprakelijkheidsvraag, niet zozeer in de omstandigheid dat de schade van de gelaedeerden letselschade betrof. Voor alle zorgmedewerkers was de in acht genomen zorg potentieel verschillend en om die reden kon niet collectief een zorgplichtschending en daarmee aansprakelijkheid worden aangewend. Bij productschade is dat vanwege de objectieve criteria voor de vaststelling van aansprakelijkheid evident anders. Het is zeer goed mogelijk voor de rechter om in algemene zin vast te stellen dat een product om een of meer redenen gebrekkig is en daardoor bepaalde soorten schade heeft veroorzaakt. Naar analogie van de uitspraak van de rechtbank Amsterdam in voornoemde Deliveroo-zaak²⁵⁾ meen ik dat de vraag of alle collectief gevorderde schade ook daadwerkelijk collectief kan worden afgewikkeld of ten aanzien van bepaalde schadeposten zal moeten worden volstaan met een verklaring voor recht dat de producent daarvoor aansprakelijk is, thuishoort bij de inhoudelijke behandeling en niet in de ontvankelijkheidsfase.

4. Collectieve begroting van (medische) productschade

Gelet op de hiervoor beschreven aard van letsel- en overlijdensschade, rijst ook de vraag of dergelijke schade collectief kan worden begroot en afgewikkeld. Collectieve

schadebegroting impliceert namelijk enige mate van abstrahering van de persoonlijke omstandigheden van de gelaedeerde, terwijl de collectieve actie in beginsel geen wijzigingen voor het materiële schadevergoedingsrecht met zich brengt.

Over deze vraag wordt in de literatuur verschillend gedacht, waarbij opvalt dat meerdere auteurs vallen over de dubbele boodschap die de wetgever meegeeft. Enerzijds wordt in artikel 1018i lid 2 Rv dat ziet op de collectieve schadeafwikkeling bepaald dat de rechter de schadevergoeding "waar mogelijk in categorieën vaststelt" en "dat de hoogte van de daarbij toegekende vergoedingen redelijk is". Anderzijds wordt in datzelfde artikel verwezen naar afdeling 6.1.10 BW en volgt uit de memorie van toelichting dat "[w]aar onder het huidige recht op een partij een verplichting tot schadevergoeding rust, (...) daarvoor straks ook een collectieve vordering in de zin van artikel 3:305a BW kan worden ingesteld. Bestaat die verplichting tot schadevergoeding naar huidig recht niet, dan verandert het wetsvoorstel daar niets in".²⁶⁾

Hartlief stelt dat onverkorte toepassing van afdeling 6.1.10 BW in geval van een door de rechter te bepalen collectieve schadevergoedingsregeling niet steeds mogelijk is.²⁷⁾ Hij meent dat met categorieën met een eigen vergoedingsregime verschillen tussen gelaedeerden tot uitdrukking kunnen worden gebracht en tegelijkertijd gelijke behandeling zoveel mogelijk kan worden gewaarborgd. Daar komt bij dat de Hoge Raad nu reeds standaardbenaderingen bij leerstukken als voordeelstoerekening en eigen schuld toestaat, bijvoorbeeld in individuele Dexia-zaken.²⁸⁾ Volgens Hartlief is het echter onvermijdelijk dat er een prijs wordt betaald voor het omwille van efficiënte en effectieve massaschaderegeling abstraheren van individuele omstandigheden van de gelaedeerden. Standaardvergoedingen zullen niet altijd de werkelijke schade benaderen, maar dit is mogelijk het hoogst haalbare en uiteindelijk is daarmee het gros van de gedupeerden gediend. Hij zou daarom graag hebben gezien dat de wetgever in de wet zou hebben verankerd dat de rechter de ruimte heeft om indien nodig van de algemene regeling van 6.1.10 BW af te wijken.

Klaassen stelt dat de categorisering op gespannen voet staat met afdeling 6.1.10 BW en noemt de verwijzing in artikel 1018 lid 2 Rv "verwarrend".²⁹⁾ Zij meent dat inherent aan de toekenning van schadevergoeding in massaschadezaken is dat het uitgangspunt van het "reguliere" schadevergoedingsrecht dat slechts aanspraak kan worden gemaakt op de werkelijk geleden schade enigszins wordt losgelaten.³⁰⁾ De rechter dient in een massaschadezaak wel zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij dat uitgangspunt.

Bij een collectieve actie moet de aansprakelijkheidsvraag voor alle gelaedeerden hetzelfde zijn.

25. Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

26. Kamerstukken II 2016/17, 34 608, nr. 3, p. 1.

27. T. Hartlief, 'Massaschade en de regelende rechter', *NJB* 2017/2138.

28. HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:164.

29. C.J.M. Klaassen, Collectief schadeverhaal (*O&R* nr. 105) 2018/3.4.3.

30. Idem.

Er zijn twee gronden voor abstracte afwikkeling: praktische overwegingen en de billijkheid.

Ook Verheij meent dat het hanteren van categorieën op gespannen voet staat met afdeling 6.1.10 BW omdat schade volgens die afdeling individueel en concreet wordt begroot.³¹⁾ In dat verband vraagt hij zich af of in een collectieve actie het materiële recht toch niet anders wordt toegepast dan in een individuele procedure – anders dan door de wetgever geïmpliceerd in het hiervoor weergegeven citaat uit de toelichting. Hij meent dat daar geen rechtvaardiging voor zou zijn, onder meer omdat het daarmee voor de benadeelde zou gaan uitmaken of hij de enige benadeelde is of één van de velen.³²⁾ In een andere publicatie stelt hij – tezamen met Smeehuijzen – dat er wel aanknopingspunten in het materiële recht zijn voor een schadebegroting die geschikt is voor collectieve afwikkeling.³³⁾ Zo zijn er grofweg twee gronden voor abstracte afwikkeling: praktische overwegingen en de billijkheid. Met name de eerste grond lijkt volgens de auteurs “voor afwikkeling van massaschade een belofte in te houden”. Dat het bij massaschade om grote getallen gaat, kan ook binnen het schadebegrip zoals zich dat in de rechtspraak van de Hoge Raad heeft ontwikkeld, reden tot abstractie zijn. Hoe geringer het belang van de benadeelden, hoe aanvaardbaarder dit is, aldus de auteurs.

Barbiers signaleert als risico van te veel abstractie dat toegekende en afgewezen vergoedingen onvoldoende de verschillende posities van gelaedeerden weerspiegelen.³⁴⁾ Daar staat tegenover dat een collectieve afwikkeling voorkomt dat gelijke gevallen verschillend of op onderdelen inconsequent worden beoordeeld. Verder meent hij dat er efficiëntievoordelen bestaan bij een collectieve afwikkeling omdat een beoordeling van alle individuele gevallen in een situatie van massaschade zeer tijdrovend en kostbaar zou zijn. Over de begroting van immateriële schade stelt hij dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid dat de rechter niet zomaar kan abstraheren van de individuele omstandigheden van het geval.³⁵⁾ Hij concludeert echter dat de Hoge Raad uitdrukkelijk toestaat dat de rechter bij het begroten van de schade een objectieve werkwijze hanteert.³⁶⁾ Hij wijst daarbij in het bijzonder op een uitspraak van de Hoge Raad uit 2002 waarin wordt overwogen dat de rechter “de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name [zal] moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen” en dat “bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is geweest”.³⁷⁾ Hij wijst op de mogelijkheid tot onderverdeling van de benadeelden in verschillende groepen of

categorieën. Als de rechter de schadevergoedingsplicht jegens deze groepen of categorieën heeft aangenomen, kan de beoordeling van de individuele omstandigheden van de gelaedeerde om vast te stellen tot welke groep hij of zij behoort door een (private) schade-afwikkelaar geschieden.³⁸⁾

Met deze auteurs meen ik dat er een tegenstelling lijkt te schuilen in de wettekst van artikel 1018i lid 2 Rv en de toelichting. Tegelijkertijd is het de vraag hoe de toelichting moet worden geïnterpreteerd. Dat een collectieve actie geen *verplichting* tot schadevergoeding creëert als die in een reguliere procedure ook niet zou bestaan, betekent mijns inziens niet dat ook de wijze van schadebegroting op exact dezelfde wijze zou moeten geschieden als in een individuele procedure. Zoals Hartlief en Klaassen terecht opmerken, *kan* dat ook niet. Als dat wel het uitgangspunt zou zijn, dan zou het collectieve actierecht beperkt zijn tot schades die – ook in een individuele zaak – volstrekt onafhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval kunnen worden vastgesteld. Met andere woorden, dan zou het collectieve actierecht hoofdzakelijk zien op de afwikkeling van zaakschade.³⁹⁾ Voor een dergelijke afbakening zijn geen aanwijzingen te vinden in de wet of de toelichting.

Met het collectieve actierecht ontstaat in feite “een bijzonder massaschadevergoedingsrecht”.⁴⁰⁾ In dat massaschadevergoedingsrecht is enige abstractie zoals gezegd onvermijdelijk. Dat dit bij letsel- en overlijdensschade, en in het bijzonder bij immateriële schade, goed mogelijk is, blijkt al uit de gangbare letselschadepraktijk. Bij de individuele begroting van letselschade tekent zich een ontwikkeling af in de richting van een objectivering, bijvoorbeeld door de verschuiving van de “wat als”-benadering (de vergelijking met de hypothetische situatie zonder ongeval) naar een benadeelde maatmensbenadering, waarbij van bepaalde individuele omstandigheden wordt geabstraheerd.⁴¹⁾ In het immateriële schadevergoedingsrecht wordt – buiten een collectieve actie – al in belangrijke mate geobjectiveerd en geabstraheerd van alle individuele omstandigheden van de gelaedeerde. Ondanks dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft bij het bepalen van de omvang van de smartengeldvergoeding en met alle omstandigheden van het geval rekening mag houden, houdt deze vrijheid geen willekeur in.⁴²⁾ Voor het bepalen van (de omvang van) het toe te kennen smartengeld is de (geobjectiveerde) aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan de primaire maatstaf.⁴³⁾

Binnen de letselschadepraktijk bestaat zelfs behoefte aan (nog) meer normering en standaardisering van smartengeldbedragen, zo

31. A.J. Verheij, ‘De wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en de begroting van personenschade’, *VR* 2020/179.
32. Idem.
33. L. Smeehuijzen & A.J. Verheij, ‘Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadebepaling? Nee’, *NJB* 2018/1241.
34. D.L. Barbiers, ‘Vaststelling van immateriële schadevergoeding voor aardbevings-slachtoffers: collectief of individueel’, *AV&S* 2022/13.
35. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714, r.o. 3.3; HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, r.o. 3.2; HR 27 april 2001, *NJ* 2002/91, r.o. 3.6; HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, r.o. 6.4; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010/61, r.o. 5.3; HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, r.o. 3.5; HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, r.o. 4.18, 5.6.
36. HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, r.o. 3.5; HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714, r.o. 3.3; HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, r.o. 3.2.
37. HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, r.o. 3.5.
38. D.L. Barbiers, ‘Vaststelling van immateriële schadevergoeding voor aardbevings-slachtoffers: collectief of individueel’, *AV&S* 2022/13.
39. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357.
40. T. Hartlief, ‘Massaschade en de regerende rechter’, *NJB* 2017/2138.
41. M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, preadviezen VASR, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
42. Zie o.a. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/174 (AMC) en HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/B.C.E. Bouw).
43. T. Hartlief, *Verbindenissen uit de Wet en Schadevergoeding* (SBR 5), 2021/ 249; HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, r.o. 3.5; Zie recent o.a.: Rechtbank Midden-Nederland 19 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:601.

stipte Bloembergen in zijn noot bij een arrest van de Hoge Raad over de begroting van smartengeld uit 2000 reeds aan.⁴⁴ A-G's Spronken en Lindenberg wijzen in hun uitgebreide conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2022 (ook) nog eens op het belang van het bevorderen van meer normering bij toekenning van smartengeldvergoedingen: een vergelijkbare behandeling van vergelijkbare gevallen, meer voorspelbaarheid van uitkomst voor partijen en meer houvast voor de rechter. Zij verwijzen ter inspiratie naar de *Engelse Guidelines for the assessment of general damages* (de Engelse Smartengeldgids) en roepen de feitenrechtpraak (via eigen overlegorganen), al dan niet in samenspraak met de Raad voor de Rechtspraak op om deze handschoen op te pakken.⁴⁵

Dat enige abstrahering ook in de context van massaschade gerechtvaardigd kan zijn⁴⁶, kan worden afgeleid uit de arresten van de Hoge Raad in de Groningse aardbevingskwesitie.⁴⁷ Zelfs bij immateriële schade heeft de rechter de mogelijkheid om de schade aan te nemen voor een bepaalde categorie en voor die categorie ook aannemelijk te achten dat de schade tenminste een bepaald bedrag is.⁴⁸

Zoals Klaassen terecht stelt, dient de rechter bij de vaststelling en begroting van massaschade wel zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij het uitgangspunt dat in principe alleen aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van de schade die daadwerkelijk is veroorzaakt door de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd. Om dat te bereiken is mijns inziens van groot belang dat zo fijnmazig mogelijk wordt gecategoriseerd.⁴⁹ Als voor een bepaalde categorie de schade niet exact is vast te stellen, kan de rechter na categorisering met gebruikmaking van de hem in art. 6:97 BW gegeven bevoegdheid de schade begroten.

Bij het categoriseren kan lering worden getrokken uit de praktijk die zich onder de WCAM heeft ontwikkeld. In de afwikkeling van de schade die werd geleden door de slachtoffers van het medicijn DES werd gewerkt met categorieën die waren gebaseerd op de verschillende aandoeningen van de slachtoffers.⁵⁰ In de hoogte van de voor de desbetreffende categorie geldende vergoeding werd de ernst van de aandoening weerspiegeld.

Categorisering staat mijns inziens niet per definitie op gespannen voet met de gangbare wijze van schadebegroting in individuele letselschadezaken. Zo gaat de Wet Affectieschade uit van vaste bedragen ter compensatie van verdriet en pijn en geeft ook de ANWB Smartengeldgids – een zeer belangrijke handleiding voor advocaten en rechters – duidelijke (naar met name de aard en ernst

van het letsel gecategoriseerde) richtlijnen voor de schadevergoeding. Over de gehanteerde categorisering per aandoening in het tweede DES-arrest oordeelde het hof dan ook dat de systematiek vergelijkbaar is met de in de letselschadepraktijk gebruikelijke benaderingen en noties:⁵¹

“Hoewel geen sprake is van een zuiver individuele benadering, is de systematiek vergelijkbaar met de in de letselschadepraktijk gebruikelijke benaderingen en noties. Deze maakt het mogelijk om een zekere verfijning te bereiken, zodat een beperkte mate van concrete schadebegroting wordt bereikt.”

Evenwel blijft het van belang dat de indeling in schadecategorieën fijnmazig genoeg is, althans dat zij voldoende ruimte laat voor differentiatie tussen 'maatmensen' en dat maatmensen zo veel mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid.⁵²

Met Hartlief ben ik het eens dat de uitkomst van deze benadering – dat niet iedere gelaedeerde een vergoeding zal ontvangen die zijn of haar werkelijke schade benadert – niet onwenselijk is gelet op (i) de mogelijkheid tot opt-out van art. 1018F Rv en (ii) de voordelen die ook voor individuele gelaedeerden kleven aan de mogelijkheid om collectief te procederen. In de perfecte wereld is het mogelijk om beide routes naast elkaar te leggen en te vergelijken, maar in de werkelijkheid bestaan er zaken met een inherent risico op een *inequality of arms*, zoals productaansprakelijkheidszaken, waarin de drempel om individueel te procederen hoog is. Dit heeft niet alleen invloed op de individuele positie van de gelaedeerde, maar is ook relevant vanuit een breder handhavingsperspectief. Zo is bij het schandaal rondom de PIP-borstimplantaten gebleken dat zeer schadelijke producten de Europese markt konden betreden en het systeem van certificering en post market surveillance onvoldoende bescherming boden tegen het ontstaan van schade. Deze leemte werd niet opgevuld door het civiele recht. Uit de regeling inzake productaansprakelijkheid vloeit dan wel een risicoaansprakelijkheid voort voor de producent van een schadelijk product, maar deze richtlijn heeft sinds haar introductie veertig jaar geleden met name in de literatuur aandacht gekregen en nauwelijks in de praktijk. Ondanks de (sterke) rechten die aan gelaedeerden van gebrekkige producten worden verleend, ontberen zij de spreekwoordelijke 'stok' om mee te slaan en die rechten goed te handhaven. De mogelijkheid om collectief op te treden heeft mijns inziens de potentie om ervoor te zorgen dat zowel het publieke productveiligheidsrecht als het civiele productaansprakelijkheidsrecht beter kunnen worden geëffectueerd.

Het blijft van belang dat de indeling in schadecategorieën fijnmazig genoeg is.

44. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen, onder 4.
45. A-G's Spronken en Lindenberg voor Hoge Raad 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, nrs. 5.4.3, 5.4.4.
46. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, 'Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade?', *RMThemis* 2019-4.
47. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 en HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534.
48. HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363.
49. Zie ook: A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017, afl. 11, p. 330.
50. Hof Amsterdam, 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440 (*DES-I*), r.o. 5.22.
51. Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2371 (*DES-II*), r.o. 6.4.7.
52. C.J.M. Klaassen en J. Spier, 'Aansprakelijkheidsrecht en maatmens', Wolters Kluwer 2016; M. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal beschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht' (*preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht*), Deventer: Kluwer 2016.

De gelijksoortigheid van de belangen van slachtoffers van productschade is relevant voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie.

5. Conclusie

In deze bijdrage is gekeken naar enkele aspecten van collectief procederen bij (medische) productschade. Met de komst van de WAMCA kunnen belangenorganisaties schadevergoeding vorderen voor grote groepen gelaedeerden. Dit heeft de potentie om het productaansprakelijkheidsrecht, dat sinds de introductie van de richtlijn productaansprakelijkheid een bijna slapend bestaan heeft geleid, weer op de kaart te zetten. De WAMCA roept echter in algemene zin, maar zeker als het gaat om verhaal van letselschade, nog veel vragen op.

In de eerste plaats is in deze bijdrage de schadeveroorzakende gebeurtenis bij productaansprakelijkheid geanalyseerd. De mogelijkheid om collectief schadevergoeding te vorderen, hangt namelijk samen met het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis en de vraag of het om een enkelvoudige gebeurtenis gaat of een reeks van gebeurtenissen. Gesteld is dat de schadeveroorzakende gebeurtenis het in het verkeer brengen van het gebrekkige product is. Als het gaat om een product dat gedurende een langere tijd in het verkeer is geweest, kan gesproken worden van een reeks (schadeveroorzakende) gebeurtenissen.

In de tweede plaats is gekeken naar de gelijksoortigheid van de belangen van slachtoffers van productschade. Dit is relevant voor de ontvankelijkheid van de belangenorganisatie. Enerzijds kan de aansprakelijkheidsvraag voor alle gelaedeerden van hetzelfde product eenduidig en op basis van objectieve omstandigheden worden beantwoord. Anderzijds gaat het bij medische productschade om letsel- en overlijdensschade en is de aard, omvang en hoogte van die schade niet voor iedere gelaedeerde gelijk. Geconcludeerd is dat voor de gelijksoortigheid van de belangen van de gelaedeerden relevant is of de aansprakelijkheidsvraag voor alle, of althans afgebakende groepen gelaedeerden hetzelfde is, namelijk: heeft de aangesproken producent een gebrekkig product in het verkeer gebracht dat schade heeft veroorzaakt? Daarbij dient het te gaan om een product of productserie met eenvoudig af te bakenen gebreken zodat de rechter in algemene zin kan vaststellen dat een product om een of meer redenen gebrekkig is en daardoor bepaalde soorten schade heeft veroorzaakt. De vraag of alle collectief gevorderde schade ook daadwerkelijk collectief kan worden afgewikkeld of ten aanzien van bepaalde schadeposten zal moeten worden volstaan met een verklaring voor recht dat de producent daarvoor aansprakelijk is, behoort mijns inziens thuis bij de inhoudelijke behandeling en niet in de ontvankelijkheidsfase.

In de derde plaats is de vraag besproken of letselschade collectief kan worden gevorderd en begroot. Over deze vraag wordt in de literatuur verschillend gedacht. Gesteld is dat met de WAMCA – anders dan de toelichting suggereert – een bijzonder massaschadevergoedingsrecht is ontstaan waarin enige mate van abstrahering van de persoonlijke omstandigheden van de individuele gelaedeerden noodzakelijk is. Dat dit bij letsel- en overlijdensschade, en in het bijzonder bij immateriële schade, goed mogelijk is, blijkt al uit de gangbare letselschadepraktijk. Om een resultaat te bereiken dat zoveel mogelijk overeenkomt met de individuele omstandigheden van de gelaedeerden, is het van belang dat zo fijnmazig mogelijk wordt gecategoriseerd. Als voor een bepaalde categorie de schade niet exact is vast te stellen, kan de rechter na categorisering met gebruikmaking van de hem in art. 6:97 BW gegeven bevoegdheid de schade begroten. In het massaschadevergoedingsrecht zal niet iedere gelaedeerde een vergoeding ontvangen die zijn of haar werkelijke schade benadert, maar daar staat tegenover dat collectief procederen veel voordelen kent in situaties waarin de drempel om individueel te procederen hoog is, zoals in medische productaansprakelijkheidszaken.