

36 Collectieve schadebegroting bij collectieve acties:

discussie in de wetenschap, toepassing (van de eis van gelijksoortigheid) in de rechtspraktijk en reflectie op basis van empirische inzichten vanuit het benadeeldenperspectief

Mr. dr. C. (Karlijn) J.M. van Doorn *

1. Inleiding

Met de komst van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA) per 1 januari 2020 is de collectieve schadevergoedingsactie in Nederland geïntroduceerd.¹⁾ Het bezwaar dat eerder aan het toelaten van een dergelijke actie in de weg stond – individuele omstandigheden zouden zich tegen een bundeling van schadevergoedingsaanspraken verzetten – achtte de wetgever anno 2020 niet meer doorslaggevend.²⁾ De huidige praktijk laat immers zien dat de schadevergoeding voor een groep gedupeerden bepaald kan worden door een onderverdeling van deze gedupeerden in categorieën of aan de hand van een formule, ook wel *damage scheduling* genoemd.³⁾ Verder heeft de wetgever bij de totstandkoming van de WAMCA aan de schadebegroting en -vergoeding in een collectieve actie weinig woorden gewijd. In de literatuur is er daarentegen een discussie gaande over de toepassing van het materiële schadevergoedingsrecht in de context van massaschade.⁴⁾ Rechteren zijn tot op heden nog niet tot het toewijzen van collectieve schadevergoedingen op basis van de WAMCA gekomen. Hoe het proces van schadebegroting en het verdelen van een collectieve schadevergoeding over benadeelden zal gaan plaatsvinden binnen het WAMCA-regime, is aldus nog niet duidelijk. Wel is duidelijk dat de collectieve schadevergoedingsacties die aanhangig zijn gemaakt onder de WAMCA, uiteenlopende terreinen betreffen – van productaansprakelijkheid en schendingen van contractuele afspraken tot schendingen van privacy- en mededingingsrechtelijke regels – en dat het komen tot schadebegroting en -vergoeding in een collectieve actie niet gemakkelijk zal zijn.

In dit artikel wil ik een bijdrage leveren aan de discussie over het 'massaschadevergoedingsrecht' op basis van bevindingen die ik in het kader van mijn promotieonderzoek heb opgetekend. Ik heb middels empirisch onderzoek in beeld gebracht wat drijfveren en behoeften van benadeelden van massaschade zijn en hoe zij een collectieve afwikkeling ervaren.⁵⁾ Vanuit deze empirische inzichten zal ik reflecteren op collectieve schadebegroting en -vergoeding, de discussie in de literatuur daaromtrent en de eerste ontwikkelingen in de rechtspraktijk. Mijn aanpak daartoe is als volgt. Allereerst zal ik ingaan op de discussie in de literatuur over toepassing van het materiële schadevergoedingsrecht in de context van massaschade (paragraaf 2.1). Daarna zal ik me richten op de eerste ontwikkelingen in de rechtspraktijk. Ik ga in op de toets van gelijksoortigheid van schadevergoedingsaanspraken en bespreek enkele oordelen hieromtrent in WAMCA-zaken (paragraaf 2.2). Hoewel het oordelen zijn die in de formele fase van een collectieve schadevergoedingsactie zijn gegeven, vormen ze een eerste opmaat naar de categorisering en afwikkeling van schadevergoedingsaanspraken in de materiële fase. Ik

maak de balans op ten aanzien van de huidige stand van zaken in paragraaf 2.3. Vervolgens bespreek ik de empirische inzichten over belangen van benadeelden bij massaschade en reflecteer ik vanuit hier op de discussie in de literatuur en de ontwikkelingen in de rechtspraktijk (paragraaf 3.1-3.4). Na deze reflectie zet ik een aantal vuistregels voor categorisering en collectieve schadebegroting op een rij (paragraaf 3.5). Deze bijdrage wordt in paragraaf 4 afgesloten met een slotwoord.

2. Schadebegroting in een collectieve schadevergoedingsactie: de huidige stand van zaken

2.1. *Discussie in de literatuur: verschillende geuite opvattingen omtrent collectieve schadebegroting en -vergoeding*

Hartlief was degene die in 2017 het debat over schadebegroting bij massaschade opende naar aanleiding van het WAMCA-wetsvoorstel dat toen voorlag. Hij signaleerde dat in het wetsvoorstel meer aandacht uitging naar de ontvankelijkheidsfase dan naar 'het echte

* Universitair docent Privaatrecht bij het Department Private, Business and Labour Law van Tilburg Law School, Tilburg University.

1. *Stb* 2019, 130.
2. *Kamerstukken II* 1991/92, 22468, nr. 3, p. 29-30.
3. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 5-6. Zie ook K. van Doorn en M. de Bruijn, 'Collectieve afwikkeling van massaschade. Verdeelsleutels voor vergoedingen aan benadeelden', *NJB* 2013-41, p. 2856-2863.
4. Zie T. Hartlief, 'Massaschade en de regelende rechter', *NJB* 2017/2138, p. 2935; A.J. Rijsterborgh, 'Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie', *MvV* 2017-11, p. 325-331; L. Smeehuijzen en A. Verheij, 'Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee', *NJB* 2018/1241, p. 1794-1798; C.M.D.S. Pavillon, 'Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade? Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAMCA-tijdperk', *Themis* 2019-4, p. 163-176; M. Loth, 'Uit de ban van corrigerende rechtvaardig-

- heid. Over de begroting en afwikkeling van massaschade', *NTBR* 2020-6, p. 153-162; A.J. Verheij, 'De wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en de begroting van personenschade', *VR* 2020/179, p. 333-338; J.T. Hiemstra, 'Productaansprakelijkheid bij massaschade', *VR* 2023/82, p. 213-220; S.D. Lindenbergh, 'Over collectieve afdoening van smartengeldvorderingen', *NJB* 2024/1050, p. 1308-1316; K. Rutten en J.A. Olydam, 'De rechterlijke collectieve afwikkeling vraagt om een abstracte methode', in: N. Boomsma en S. Timmerman, *Collectieve acties in de financiële sector*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2024, p. 203-230; T. Hartlief, 'Normering van personenschadevergoeding', *NJB* 2024/2133, p. 2715; A.H.M. van den Bergh, 'Het gelijksoortigheidsvereiste bij collectief verhaal van letselschade', *TVP* 2024-4, p. 97-104.
5. C.J.M. van Doorn, *De mensen achter de grote getallen. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de belangen van benadeelden in situaties van massaschade*, Boom juridisch: Den Haag 2024. In mijn onderzoek heb ik allereerst door een systematische literatuurstudie een overzicht opgetekend van bestaande empirische kennis over belangen van benadeelden die ter afwikkeling van hun schade een individuele resp. collectieve procedure hebben doorlopen (H2). Omdat empirische studies die zich richten op deze collectieve schadeafwikkelingscontext nauwelijks verricht zijn, heb ik zelf drie empirische case studies uitgevoerd conform de kwalitatieve onderzoeksmethode (H3-5). Ik heb diepte-interviews met benadeelden gehouden in de DSB-zaak (waar de DSB-bank haar zorgplicht had geschonden vanwege de verkoop van niet-transparante financiële producten), met slachtoffers van het seksueel misbruik in de R-K-kerk en met DES-gedupeerden (benadeelden die letselschade hebben geleden doordat zijzelf het DES-hormoon hebben geslikt of hun moeder of oma dat heeft gedaan). Vervolgens heb ik deze empirische bevindingen geanalyseerd (H6) en geconfronteerd met bestaande juridische uitgangspunten, regels en praktijken rondom de collectieve afwikkeling van massaschade (H7).
 6. Hartlief 2017, p. 2935.
 7. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3 (MvT), p. 1.
 8. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3 (MvT), p. 5-6.
 9. *Kamerstukken II 2016/17, 34608*, nr. 3 (MvT), p. 52.
 10. Hartlief 2017, p. 2935; Smeehuijzen en Verheij 2018, p. 1794, vgl. ook D. L. Barbiers, 'Beoordeling van schadevergoedingsvorderingen door de rechter in collectieve actie', *NTBR* 2020/35, m.n. p. 251.
 11. Hartlief 2017, p. 2935.
 12. Smeehuijzen en Verheij 2018, p. 1794-1798. Vgl. ook Verheij 2020, p. 333-338. Op enkele van deze mogelijkheden tot collectivisering kom ik in paragraaf 3 van deze bijdrage nog terug.
 13. Pavillon 2019, p. 163-176.
 14. Rijsterborgh 2017, p. 325-331.
 15. Van den Bergh 2024, p. 99.
 16. Zoals bij medische productaansprakelijkheidszaken het geval is, zie Hiemstra 2023, p. 219.
 17. Rutten en Olydam 2024, p. 214-221.
 18. Lindenbergh 2024, p. 1316. Vgl. ook Rutten en Olydam 2024, p. 221-224 en J.M.L. van Duin, A.L. Jonkers, J.M. Wassink en K.V. Meiring, 'Immateriële schadevergoeding in collectieve acties onder de AVG: terug

werk': de rechterlijke collectieve schaderegeling zelf.⁶⁾ Inderdaad zegt de wetgever hierover niet veel meer dan dat het wetsvoorstel het materiële aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht niet verandert⁷⁾ en dat *damage scheduling* – een praktijk die in het kader van de afwikkeling krachtens (WCAM-) schikkingen tot ontwikkeling is gekomen – de manier is waarop massaschade collectief afgewikkeld kan worden.⁸⁾ Art. 6:97 BW dat de rechter de bevoegdheid geeft de schade te begroten op een wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, zou daarvoor de wettelijke grondslag bieden.⁹⁾ In de literatuur wordt vervolgens gesignaleerd dat het toebedelen van schadevergoeding middels een categorie-indeling gelijk staat aan abstractie, terwijl concrete schadebegroting in het schadevergoedingsrecht de norm is. Door de veroorzaker moet immers een zodanige schadevergoeding betaald worden dat de benadeelde wordt gebracht in zijn (vermogens)situatie van voor het ongeval.¹⁰⁾ Diverse auteurs stellen dit dilemma aan de orde en doen – vanuit verschillende perspectieven – pogingen om deze tegenstrijdigheid te rechtvaardigen en/of dogmatisch in te passen.

Volgens Hartlief is het onvermijdelijk dat voor categoriseren een prijs betaald wordt wat betreft het tegemoetkomen aan de individuele omstandigheden van de benadeelden. Hij bepleit daarom dat wettelijk wordt vastgelegd dat de rechter bij de afwikkeling van massaschade van afd. 6.1.10 BW mag afwijken.¹¹⁾ Smeehuijzen en Verheij wensen vast te houden aan het wettelijk schadebegrip en vinden dat een situatie van massaschade onvoldoende rechtvaardiging vormt voor een verdere abstractie dan het huidige schadebegrip. Wel zien zij zeven 'mogelijkheden die ruimte bieden aan collectivisering' maar het bestaande schadebegrip respecteren.¹²⁾ Pavillon laat op basis van andere abstraheringstendensen in het aansprakelijkheidsrecht zien dat de 'kloof' minder groot is dan deze lijkt. Volgens haar leent het materiële schadevergoedingsrecht zich goed voor de context van massaschade, mits belangenorganisaties op voorhand goed differentiëren en de rechter vervolgens voor toepassing in de massaschade-context openstaat.¹³⁾ Ook Rijsterborgh beargumenteert vanuit procesrechtelijk perspectief dat de rechter bij het indelen van benadeelden in categorieën beter meer kan differentiëren dan minder.¹⁴⁾ Van den Bergh stipt ter rechtvaardiging abstraheringstendensen op het terrein van de begroting van immateriële schade aan (de Wet vergoeding affectieschade, Smartengeldgids en 'Rotterdamse schaal').¹⁵⁾ Hiemstra benadrukt net als Pavillon en Van den Bergh de al bestaande abstraheringstendensen. Zij bepleit zo fijnmazig mogelijk categoriseren, waarbij zij ook op de voordelen wijst die collectief procederen meebrengt in situaties waarin de drem-

pel om individueel te procederen hoog is.¹⁶⁾ Ook voor Rutten en Olydam vormt het effectiviteitsbeginsel de rechtvaardiging voor een abstracte begroting van massaschade.¹⁷⁾ Lindenbergh neemt specifiek smartengeldvorderingen onder de loep en concludeert dat een collectieve afdoening hiervan goed mogelijk is: bij dergelijke vorderingen wordt immers geabstraheerd van het subjectieve leed van de benadeelde en aangeknoopt bij objectieve aanknopingspunten als de aard van het letsel, de aard van de normschending en de gevolgen daarvan.¹⁸⁾ Loth zet een stap verder en pleit ervoor de eenzijdige focus op een gunstigere uitkomst in het geval van een hypothetische individuele procedure los te laten. Volgens Loth kan dat door niet enkel de theorie van corrigerende rechtvaardigheid tot vertrekpunt van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te nemen, maar ook aansluiting te zoeken bij overwegingen van distributieve rechtvaardigheid en de afwikkeling van massaschade daarmee veel meer als een verdelingsvraagstuk te zien.¹⁹⁾

2.2. Ontwikkelingen in de rechtspraktijk: de gelijksoortigheid van schadevergoedingsvorderingen

2.2.1. Het gelijksoortigheidsvereiste

In de discussie over schadebegroting in de context van massaschade wordt in de literatuur ook geregeld het gelijksoortigheidsvereiste uit art. 3:305a lid 1 BW aangestipt.²⁰⁾ Het vereiste houdt in dat de behartigde belangen voldoende gelijksoortig moeten zijn, op straffe van niet-ontvankelijkheid van de belangenbehartiger in de aanhangig gemaakte collectieve actie. Onder het oude recht (voor inwerkingtreding van de WAMCA) waarborgde deze eis dat de behartigde belangen zich leenden voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming van de individuele benadeelden bereikt kon worden.²¹⁾ Daarbij was het niet nodig de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele benadeelden te betrekken; het was immers juist die beoordeling van individuele omstandigheden die zich tegen invoering van een collectieve schadevergoedingsactie verzette. In de literatuur wordt aangenomen dat met de invoering van de WAMCA dit gelijksoortigheidsvereiste – hoewel de toets in de formele ontvankelijkheidsfase van een collectieve actie plaatsvindt – in zekere zin een vooruitblik vormt op de materiële schadebegrotingsdiscussie.²²⁾ Samen met art. 1018c lid 5 onder b Rv waarborgt het vereiste dat de latere vaststelling en beoordeling van standaardgevallen alsmede de vaststelling en uitvoering van een schadeafwikkeling voldoende mogelijk zijn.²³⁾ De vraag of de gevorderde schadevergoeding daadwerkelijk collectief kan worden afgewikkeld en in welke omvang, zijn vervolgvragen die thuishoren bij de inhoudelijke behandeling. Er wordt in de lite-

ratuur aangenomen dat het gelijksoortigheidsvereiste ruim moet worden benaderd, al moet gewaakt worden voor een te ruime benadering.²⁴⁾ Een te ruime benadering schept immers het risico dat tijdens de inhoudelijke behandeling blijkt dat bepaalde rechtsvragen niet kunnen worden veralgemeniseerd, de beoordeling van standaardgevallen te complex is en daarmee een collectieve schadeafwikkeling tijdrovend of zelfs onmogelijk is.

2.2.2. Rechterlijke oordelen over gelijksoortigheid bij collectieve schadevergoedingsacties
Omdat de invulling van het gelijksoortigheidsvereiste enige blik vooruit werpt op de schadebegrotingsdiscussie, besteed ik nu aandacht aan enkele actuele rechterlijke overwegingen daaromtrent in collectieve schadevergoedingsacties. Hoogervorst, Klaassen en Knigge constateren dat de rechtspraak in het kader van de WAMCA tot nu toe een ruime maatstaf van gelijksoortigheid aanneemt.²⁵⁾ De gelijksoortigheid van immateriële schadevergoedingen is daarbinnen het meest controversieel en heeft de nodige aandacht gekregen, ook in de literatuur.²⁶⁾ Dit hangt mede samen met het oordeel van de Hoge Raad uit 2019 inzake de Groningse gaswinningsproblematiek. Daar heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat immateriële schade zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogstpersoonlijke karakter van deze schadevergoedingsvordering. De Hoge Raad acht de vaststelling dat deze schade voor bepaalde groepen een minimaal vergoedingsbedrag loopt wel toelaatbaar.²⁷⁾ Actuele rechterlijke overwegingen omtrent gelijksoortigheid vallen binnen twee domeinen: privacy-schendingen enerzijds en productaansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen anderzijds.

Gelijksoortigheid bij privacy-schendingen
Interessant is het oordeel over gelijksoortigheid van de Rechtbank Amsterdam in de collectieve actie jegens TikTok.²⁸⁾ In deze zaak, waarin mogelijke privacy-schendingen van TikTok centraal staan, maakt de rechtbank een onderscheid tussen de materiële en de immateriële schadevergoedingsvorderingen. In het kader van de vergoeding voor de materiële schade oordeelt de rechtbank dat – wanneer komt vast te staan dat TikTok op onrechtmatige wijze persoonsgegevens van gebruikers heeft verwerkt – voor elke gebruiker de kans aanwezig is dat TikTok ook zijn persoonsgegevens onrechtmatig heeft verwerkt waardoor hij de controle daarover is kwijtgeraakt. Dat maakt dat alle TikTok-gebruikers in een gelijke positie verkeren.²⁹⁾ Of dat ook leidt tot een aanspraak op schadevergoeding die bundelbaar is, kan de rechtbank in deze fase van de procedure nog niet zeggen.³⁰⁾ In ieder geval is niet uitgesloten dat TikTok-gebruikers dan dezelfde schade lijden, hun schade (in beginsel) op hetzelfde bedrag zal worden begroot en hun

vorderingen dus bundelbaar zijn waarmee de drempel van gelijksoortigheid is genomen.³¹⁾ Ten aanzien van de immateriële schadevergoedingsvorderingen oordeelt de rechtbank anders. Die vorderingen hangen zozeer af van de individuele situatie van de TikTok-gebruiker, dat geen sprake is van bundelbare en voldoende gelijksoortige vorderingen.³²⁾

Twee recente oordelen over de gelijksoortigheid van immateriële schadevergoedingsvorderingen bij privacy-schendingen luiden anders.³³⁾ Het Hof Amsterdam stelt in een zaak jegens Oracle en Salesforce voorop dat er zeer grote verschillen kunnen zijn tussen de benadeelden die deel uitmaken van de groep. Het al dan niet lijden van immateriële schade is in het algemeen sterk afhankelijk van de omstandigheden en van de benadeelde persoon.³⁴⁾ Volgens het hof blijkt uit de wetgeschiedenis van de WAMCA – en de daar genoemde WCAM-praktijk van schadeafwikkeling middels categorieën – dat de wetgever heeft voorzien dat niet elk lid van de achterban gelijke schade heeft geleden. Daaruit volgt volgens het hof dat niet noodzakelijk is dat de schade voor iedereen gelijk is.³⁵⁾ De rechtbank Amsterdam vertrekt in een collectieve actie jegens Google vanuit hetzelfde uitgangspunt: het feit dat er bij collectieve schadevergoedingsvorderingen eerder sprake zal zijn van bijzonderheden van het geval en de persoon, staat niet in de weg aan het aannemen van gelijksoortigheid. Anders zou immers de met de WAMCA geïntroduceerde mogelijkheid om in collectieve actie schadevergoeding te vorderen zinledig zijn.³⁶⁾ In beide zaken wordt vervolgens overwogen dat voorstelbaar is dat vanwege de naar haar aard gelijke normschending door benadeelden eenzelfde schade wordt geleden; de schade kan vervolgens in hoogte verschillen en dan ligt een schadeafwikkeling middels categorieën voor de hand.³⁷⁾ Verder merken de rechtspreekende instanties op dat een collectieve schadevergoedingsactie efficiënt is en het niet reeds in de ontvankelijkheidsfase laten stranden van de schadevergoedingsvordering past bij de ratio van de WAMCA.³⁸⁾ In beide zaken wordt geconcludeerd dat (niet kan worden uitgesloten dat) de immateriële schadevergoedingsvorderingen aan het gelijksoortigheidsvereiste voldoen.³⁹⁾ Het Hof Amsterdam expliciteert nog dat het debat over de gestelde schade moet worden uitgediept in de inhoudelijke fase van het geschil, nadat de normschending en de ernst daarvan is vastgesteld, en dat het ontvankelijkheidsoordeel op geen enkele wijze vooruitloopt op de toewijsbaarheid van de vordering.⁴⁰⁾

Gelijksoortigheid bij productaansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen
In twee zaken komt de gelijksoortigheid van schadevergoedingsvorderingen vanwege gebrekkige medische hulpmiddelen aan de orde: in de zaak tegen Allergan die draait om

- naar de kern', *NTBR* 2024/18, p. 144-145. Overigens houdt de Hoge Raad er in de Groningse gaswinningscontext een beperktere opvatting op na, zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, r.o. 2.13.6 en paragraaf 2.2.2. hierna. Zowel Lindenberg 2024 (p. 1315-1316) als Rutten en Olydam 2024 (p. 223-224) vinden deze terughoudende opvatting niet terecht. Anders oordelen D.J. Beenders en J.A.M. Gijsbers, 'Immateriële schadevergoeding in collectieve actie', *MvV* 2023-12, p. 425-426.
19. Loth 2020, p. 153-162.
 20. Onder meer door Pavillon 2019; Barbiere 2020; Hiemstra 2023; Rutten en Olydam 2024; Van den Bergh 2024.
 21. HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *NJ* 2011/473 (*Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa*), m.nt. H.J. Snijders, r.o. 4.2.
 22. Pavillon 2019, p. 165; Beenders en Gijsbers 2023, p. 424.
 23. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39; Barbiere 2020, p. 247.
 24. Pavillon 2019, p. 165; Barbiere 2020, p. 246; Hiemstra 2023, p. 216-217. Vgl. ook Van den Bergh 2024, p. 97 en Van Duin, Jonkers e.a. 2024, p. 141-143.
 25. E. Hoogervorst, C. Klaassen en A. Knigge, 'Kroniek WAMCA', *TCR* 2024-3, p. 113. De lezer vindt meer voorbeelden van toepassingen van de eis van gelijksoortigheid terug in T.M. Alberga-Smits en T. Korvinus, 'Kroniek collectieve acties en schikkingen 2023', in: Van Bekkum e.a. (red), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2023-2024*, Deventer: Kluwer 2024, paragraaf 1.5.2.3.
 26. Hoogervorst, Klaassen en Knigge 2024, p. 113-114; Beenders en Gijsbers 2023, p. 421-427; Van Duin, Jonkers e.a. 2024, p. 136-146.
 27. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, r.o. 2.13.6.
 28. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.39 e.v.
 29. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.43.2.
 30. Daarvoor moet eerst worden vastgesteld of TikTok op onrechtmatige wijze persoonsgegevens heeft verwerkt, of gebruikers daardoor materiële schade hebben geleden en of dat dezelfde of vergelijkbare schade is, Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.43.3.
 31. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.43.4 en 2.43.5. De vraag of art. 6:104 BW een rol kan spelen bij de schadebegroting, hoeft nu dan ook nog niet te worden beantwoord.
 32. Hier baseert de rechtbank haar redenering op het EBI-arrest (HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162): noch gegeven de aard en de ernst van de normschending kan er een vergelijkbare aantasting in de persoon worden aangenomen; noch liggen nadelige gevolgen voor alle gebruikers voor de hand, aldus Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.44.4, zie daarover Beenders en Gijsbers 2023, p. 425-426.
 33. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.11 e.v. en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 76 e.v.
 34. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.17. De ernst van de normschending kan daarmee nog niet vastgesteld worden. Overigens waren materiële schadevergoedingen in deze zaak niet gevorderd.
 35. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.18.

36. Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 79.
37. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 418 en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 710.
38. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 418 en Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 711.1.
39. Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 711.
40. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 418-419, zie ook Van Duin, Jonkers e.a. 2024, p. 143.
41. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.57 e.v. en Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.34 e.v.
42. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.57 en r.o. 5.65; Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.34 en 3.35.
43. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.58 en Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.36.
44. Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.37-3.38. Ook de rechtbank Amsterdam oordeelt dat de aansprakelijkheidsvraag eventueel opgesplitst kan worden per tijdsperiode, Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.58.
45. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.57, 5.59-5.60 en Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.39-3.40.
46. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.59-5.61. Deze werkwijze ten aanzien van de immateriële schadevergoedingen sluit aan bij het oordeel van de Hoge Raad in het arrest inzake de Groningse aardbevingen (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391) aldus de rechtbank in r.o. 5.63.
47. Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.43-3.45, hetgeen conform de overwegingen van de Hoge Raad in de Groningse aardbevingszaak (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391) is.
48. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.62 en 5.66 en Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.41 en 3.46.
49. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.64.
50. Conform het al onder het oude collectieve actie-recht gewezen arrest HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 (Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa).
51. Zie ook HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, r.o. 213.6.

mogelijk gebrekkige borstimplantaten en in de recente uitspraak in de zaak tegen Bayer over sterilisatiemethode Essure.⁴¹⁾ In beide zaken trapt de rechtbank de argumentatie af door heel duidelijk het doel van het collectieve actierecht voorop te stellen. Zo wordt geoordeeld dat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming voor benadeelden nastreeft wordt; dat een collectieve actie voordelen heeft boven het voeren van individuele procedures; dat posities, achtergronden en belangen van benadeelden niet identiek of zelfs overwegend gelijk hoeven te zijn en dat hier een zekere abstracte toetsing bij hoort.⁴²⁾ Twee keer wordt geoordeeld dat de beoordeling van de aan de orde zijnde kernvraag – of de implantaten gebrekkig zijn vanwege het veroorzaken van (het risico op) twee ziektebeelden c.q. of Essure gebrekkig is – voor alle benadeelden hetzelfde is.⁴³⁾ In de zaak over Essure hebben alle benadeelden bovendien een gelijk belang bij de beoordeling of Bayer voldoende heeft geïnformeerd over de eigenschappen en risico's van Essure. Het gaat er namelijk om of de gemiddelde consument voldoende is geïnformeerd en niet is misleid, eventueel opgesplitst naar tijdsperiodes.⁴⁴⁾ De vervolgvraag naar de gevolgen van ontoelaatbaar handelen, die zich in beide zaken vertaalt in een materiële en immateriële schadevergoeding, kan aan de hand van nader gedefinieerde categorieën van benadeelden worden beantwoord.⁴⁵⁾ Belangenbehartiger Bureau Clara Wichman heeft de benadeelden van mogelijk gebrekkige borstimplantaten hiertoe in vier hoofdcategorieën en verschillende subcategorieën onderverdeeld, voor de materiële schadevergoeding een abstracte wijze van schadebegroting gehanteerd door te werken met een gestandaardiseerd bedrag gebaseerd op een gemiddelde van gangbare prijzen en ook ten aanzien van de immateriële schadevergoeding gestandaardiseerde bedragen gevorderd.⁴⁶⁾ Belangenbehartiger Stichting Essure Claims heeft de benadeelde vrouwen in 17 categorieën onderverdeeld en in ieder geval twee materiële schadeposten onderscheiden. De rechtbank overweegt in deze zaak dat zij mag vaststellen dat de geleden of nog te lijden immateriële schade in ieder geval een bepaald (forfaitair) bedrag is.⁴⁷⁾ Het geheel in beide zaken maakt dat de schadevergoedingsvorderingen in beginsel bundelbaar en dus voldoende gelijksoortig zijn.⁴⁸⁾ In de borstimplantatenzaak benadrukt de rechtbank nog dat de definitieve beoordeling van de vraag of, en zo ja, in hoeverre een abstracte beoordeling bij alle vorderingen daadwerkelijk mogelijk is, bij de inhoudelijke behandeling zal plaatsvinden en dat dit voor een aantal vorderingen echt nog maar de vraag is.⁴⁹⁾

2.3. Tussenconclusie: waar we nu staan

Wanneer we nu de balans opmaken in de discussie en ontwikkelingen ten aanzien van

collectieve schadebegroting, dan tekent zich het volgende beeld af. De gemene deler in de literatuur is dat het huidige schadevergoedingsrecht best toepasbaar is in een collectieve context. De ene auteur ziet meer in het (verder) loslaten van het huidige uitgangspunt van een concrete en volledige vergoeding bij de schadebegroting dan de andere; ook pleiten verschillende auteurs voor het zo veel als mogelijk differentiëren tussen groepen gedupeerden. Geregeld wijzen auteurs ter rechtvaardiging van een meer abstracte schadebegroting in de context van massaschade naar reeds bestaande abstraheringstendenzen binnen het aansprakelijkheidsrecht. Ook het effectiviteitsbeginsel biedt veelvuldig de kapstok waaraan een rechtvaardiging wordt opgehangen: collectief procederen zorgt ervoor dat individuele benadeelden überhaupt een schadevergoeding kunnen verkrijgen; dat deze dan minder op maat is, is de prijs die de individuele benadeelde daarvoor betaalt. Rechters laten zich in de ontvankelijkheidsfase van de collectieve schadevergoedingsactie in het kader van de gelijksoortigheids-toets in feite door hetzelfde beginsel leiden wanneer zij refereren aan het gegeven dat de collectieve schadevergoedingsactie een effectieve en efficiënte rechtsbescherming voor benadeelden dient.⁵⁰⁾ De individuele omstandigheden van het geval en van de benadeelde persoon hoeven daarvoor niet identiek te zijn.

Uit de meest actuele uitspraken omtrent het collectief verhalen van immateriële schadevergoeding – waarbij het het meest fnuikend lijkt te zijn dat individuele omstandigheden uiteen lopen⁵¹⁾ – lijken rechters een tweestappenplan te volgen in het kader van de gelijksoortigheidstoets. Rechters gaan eerst na of (i) de *aard van de normschending* voor de benadeelden gelijk is. Is dat zo, dan verkeren alle individuele benadeelden zich in een gelijke positie en zijn hun belangen in die zin bundelbaar. De verwachting is dat benadeelden dan (in beginsel) dezelfde schade lijden; of – voorzichtiger geformuleerd – niet uitgesloten is dat zij dan dezelfde schade lijden. De gevolgen die de naar haar aard gelijke normschending voor individuele benadeelden heeft, kunnen voor de verschillende (groepen van) benadeelden uiteenlopen. Dat betreft de tweede stap: (ii) *de omvang van de schade* kan per (groep van) individuele benadeelde(n) verschillen. Rechters wijzen dan naar een categorie-indeling als manier om deze verschillen te verdisconteren. De twee uitspraken in productaansprakelijkheidskwesities suggereren dat rechters geholpen lijken te worden in het nemen van deze tweede stap van de gelijksoortigheidstoets wanneer een hanteerbare categorie-indeling al in de dagvaarding wordt voorgelegd. Ondanks dat dit twee stappenplan voor de gelijksoortigheidstoets zich uitte-

kent, is de lagere rechtspraak – en de literatuur – vooralsnog niet eensgezind over de invulling ervan voor immateriële schadevergoedingsvorderingen.⁵² Verder kunnen we vaststellen dat de gelijksoortigheidstoets in de ontvankelijkheidsfase van een collectieve schadevergoedingsactie niet meer dan een voorlopig en beperkt oordeel is en niet impliceert dat de vorderingen ook toewijsbaar zijn.

3. Empirische bevindingen: nieuwe inzichten voor abstracte schadebegroting en categorisering

Mijn promotieonderzoek levert empirische bevindingen op die een nieuw perspectief bieden op deze problematiek.⁵³ Omwille van de omvang van deze bijdrage zet ik niet alle empirische bevindingen op een rij, maar bespreek ik enkel de inzichten die relevant zijn voor de schadebegrotingsdiscussie. Aan de hand van deze inzichten probeer ik om vanuit het benadeelden-perspectief – het zijn immers de benadeelden aan wie de schadevergoeding toekomt – enige empirische fundering te geven aan de discussie en rechtsontwikkeling rondom collectieve schadebegroting en -vergoeding.

3.1. Het belang van financiële compensatie en de aard van de schade

Het begroten van schadevergoeding voor de individuele benadeelde draait om de hoogte van het bedrag aan financiële compensatie dat de benadeelde krijgt. Mijn onderzoek leert meer over het belang dat benadeelden hechten aan het verkrijgen van een geldbedrag bij het verhaal van hun schade. Welke rol financiële compensatie voor hen speelt, is afhankelijk van de context. Zo is het verkrijgen van financiële compensatie een belangrijke of de belangrijkste drijfveer voor benadeelden als de financiële bestaanszekerheid bedreigd wordt.⁵⁴ Bij letselschade, schade door seksueel misbruik en rampschade daarentegen zijn andere motieven voor benadeelden belangrijker. Het verkrijgen van financiële compensatie speelt dan meer een symbolische rol: het is een middel om immateriële doelen te bereiken, zoals het verkrijgen van erkenning, het ter verantwoording roepen van de schadeveroorzaker en het bijdragen aan preventie.⁵⁵

Deze bevindingen impliceren dat in deze contexten voor deze (groepen van) benadeelden de traditionele wijze van schadeberekening losgelaten kan worden. Hoe minder gemakkelijk de schade in euro's uitgedrukt kan worden, hoe meer het geldbedrag immers een symbolische rol lijkt te spelen en hoe minder groot de noodzaak van een concrete en volledige schadeberekening daarmee voor benadeelden zelf is.⁵⁶ Juist dit zijn

de schadesoorten waar zich voor juristen qua abstrahering de meeste moeilijkheden voordoen, zo signaleert ook Pavillon. Terecht is dan ook haar conclusie dat de complexiteit besloten ligt in de feiten.⁵⁷ Het is de aard van de schade die tot abstractie noopt en vanuit het perspectief van de benadeelden die de schade lijden – zo leert mijn onderzoek – is dat doorgaans geen probleem: in die situaties is het geldbedrag voor hen toch meer symbolisch.⁵⁸ Smeehuijzen en Verheij poneeren in hun bijdrage het vertrekpunt dat 'voor categorisering eerder plaats is wanneer minder goed vastgesteld kan worden hoe hoog de schade is' en noemen hierbij immateriële schade. De aard van de schade maakt het dan volgens hen lastig de schadepost op geld te waarderen.⁵⁹ Ook Lindenbergh, Rutten en Olydam achten dit vertrekpunt vanuit juridisch-dogmatisch perspectief houdbaar.⁶⁰ Dit vertrekpunt is – zo blijkt – ook heel goed te rechtvaardigen vanuit het empirisch perspectief van benadeelden. Daarmee kan de volgende vuistregel voor collectieve schadebegroting geformuleerd worden:

'Wanneer de schade naar haar aard minder gemakkelijk in geld uit te drukken is (zoals bij (immateriële) letselschade), neemt de rechtvaardiging voor abstracte schadebegroting en categorisering toe.'

Hoewel deze vuistregel juridisch-dogmatisch houdbaar wordt geacht en gerechtvaardigd wordt vanuit het empirisch benadeeldenperspectief, lijkt ze in te druisen tegen de uitspraak van de Hoge Raad inzake de Groningse gaswinningsproblematiek. Daar oordeelde de Hoge Raad als gezegd dat immateriële schade zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen vanwege het hoogstpersoonlijke karakter van deze schade.⁶¹ Vanuit het empirisch perspectief van benadeelden verdient dit oordeel dan ook heroverweging of nuancering. Dat lagere rechters in collectieve acties in het kader van de gelijksoortigheidstoets onderscheid maken tussen materiele en immateriële schadevergoedingsvorderingen in die zin dat immateriële schadevergoedingsvorderingen niet gelijksoortig (kunnen) zijn omdat ze te zeer afhangen van de individuele situatie van de benadeelden, wordt ook niet ondersteund door de empirische bevindingen. Juist omdat immateriële schade naar haar aard minder gemakkelijk in euro's uitgedrukt kan worden, lijkt voor benadeelden een abstracte schadeberekening met een symbolisch bedrag aan schadevergoeding te volstaan. De benadering van de gelijksoortigheidstoets door de rechtbank in de Tik-Tok-zaak⁶² verdient vanuit empirisch benadeelden-perspectief dan ook heroverweging; de oordelen van rechters in de zaken tegen Oracle en Salesforce⁶³, Google⁶⁴, Allergan⁶⁵ en Bayer⁶⁶ kunnen worden toegejuicht.

52. Alhoewel de meerderheid van de rechterlijke uitspraken en auteurs wel voldoende gelijksoortigheid en het abstract kunnen begroten van immateriële schadevergoedingsvorderingen tot vertrekpunt neemt; Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694 en Beenders en Gijsbers 2023, p. 425–426 vormen hier de uitzondering op.
53. De lezer die geïnteresseerd is in de onderzoeksmethode of de meer overkoepelende bevindingen, verwijs ik naar mijn boek (Van Doorn 2024) of naar een verkorte weergave daarvan: C.J.M. van Doorn, 'Massaschade, collectieve afwikkeling en individuele benadeelden', *L&S* 2024/28, p. 14–21; C.J.M. van Doorn, 'De mensen achter de grote getallen. Over de belangen van benadeelden in situaties van massaschade en hoe recht en praktijk daaraan (meer) tegemoet kunnen komen', *TVP* 2024–3, p. 65–72.
54. Van Doorn 2024, p. 392–393.
55. Van Doorn 2024, p. 392–393.
56. En vice versa: in situaties van massaschade waarin sprake is van zuivere vermogensschade, is het gemakkelijker om de schade direct in euro's uit te drukken en lijkt financiële compensatie voor benadeelden ook belangrijker te zijn, Van Doorn 2024, p. 433.
57. Pavillon 2019, p. 175. Wanneer het gaat om massaschadezaken waar sprake is van zuivere vermogensschade, speelt het probleem minder, omdat daar door middel van het gebruik van formules concrete schadevergoeding het meest benaderd kan worden.
58. Vgl. ook de bevinding uit het onderzoek ter evaluatie van de Wet vergoeding affectieschade dat vergoeding van affectieschade middels een vast bedrag breed wordt geaccepteerd door naasten: men begrijpt dat het een symbolisch bedrag is, hoe gevoelig de materie ook is. Zie K. van Wees, R. Rijnhout e.a. *Evaluatie wet vergoeding affectieschade*, WODC 2024, p. 67–68; 80–82; 92–95; 100–102; 199–200.
59. Smeehuijzen en Verheij 2018, p. 1798, mogelijkheid 3. Zie ook Pavillon 2019 p. 175.
60. Lindenbergh 2024, p. 1316; Rutten en Olydam 2024, p. 223–224.
61. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 (*Groningenveld I*) m.nt. J. Spier, r.o. 2.13.6, al hangt dit ook af van de vraag wat de Hoge Raad bedoelt met 'min of meer' forfaitair.
62. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6694, r.o. 2.39 e.v.
63. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 4.11 e.v.
64. Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 7.6 e.v.
65. Rechtbank Amsterdam 14 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:745, r.o. 5.57 e.v.
66. Rechtbank Midden-Nederland 8 januari 2025, ECLI:NL:RBMNE:2025:10, r.o. 3.34 e.v.

Het verkrijgen van erkenning blijkt een belangrijke drijfveer van benadeelden te zijn.

3.2. *Het belang van erkenning en de aard van de schade*

Bezien vanuit het empirisch benadeelden-perspectief kan nog een stap verder gezet worden. Een benadeelde krijgt in een situatie van massaschade doorgaans een vergoeding die minder op maat gesneden is dan hij op basis van een concrete schadeberekening in een individuele context zou krijgen. Ter rechtvaardiging van deze abstracte schadebegroting kan overwogen worden om bij de afwikkeling van massaschade meer aan te sluiten bij waar de benadeelde vanuit empirisch perspectief (ook) behoefte aan heeft. Uit mijn onderzoek blijkt het verkrijgen van erkenning een belangrijke drijfveer van benadeelden te zijn, ongeacht de aard van de geleden schade. Erkenning is van groot belang bij het verhalen van letselschade, maar ook bij het verhaal van zaakschade en zuivere vermogensschade lijkt het verkrijgen van erkenning een niet te onderschatten rol te spelen.⁶⁷⁾ Deze vorm van compensatie – het tegemoetkomen aan de behoefte aan erkenning – zou men juridisch-dogmatisch kunnen kwalificeren als schadevergoeding in natura. Op basis van artikel 6:103 BW wordt schadevergoeding in de vorm van geld voldaan. Het artikel geeft ook een uitzondering op die hoofdregel: op vordering van de benadeelde kan de rechter schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Het verdient aanbeveling dat belangenorganisaties die in een collectieve procedure voor de belangen van hun achterban opkomen, onderzoeken met welke erkenningsmaatregelen ze individuele benadeelden die tot hun achterban behoren, kunnen helpen en eventueel hun vordering of voorstel tot *damage scheduling* hierop inrichten.⁶⁸⁾ Deze inzichten leiden tot de volgende vuistregel:

'Ongeacht de aard van de schade is er aandacht voor het immateriële belang van erkenning dat benadeelden hebben (als een vorm van schadevergoeding in natura ex art. 6:103 BW).'

3.3. *Belangen die verband houden met de omvang van de schade*

Uit mijn onderzoek blijkt dat de omvang van de schade invloed heeft op de bereidheid van benadeelden om in juridische zin in actie te komen: naarmate de ernst van de (letsel) schade toeneemt, neemt de bereidheid een vordering tot schadevergoeding in te dienen toe, en vice versa.⁶⁹⁾ Blijkbaar vinden benadeelden bij in omvang of ernst beperktere schade compensatie daarvan minder belangrijk of minder nodig. Deze empirische bevinding rechtvaardigt dat wanneer de schade geringer in omvang is, de mate van abstractie bij de schadeafwikkeling in situaties van massaschade toeneemt. Deze constatering is relevant voor situaties van strooischade.

Onder strooischade wordt die schade verstaan waarvan de omvang zo beperkt is, dat de benadeelde op basis van een kosten-baten-afweging niet de moeite zal nemen hiervoor een individuele procedure te starten. Het idee is dat privaatrechtelijke handhaving wel geboden is, omdat de schadeveroorzaker er anders met een aanmerkelijk winstvoordeel vandoor gaat.⁷⁰⁾

Ten aanzien van de collectieve schadevergoedingsacties die zien op privacyschendingen kan goed verdedigd worden dat het hier gaat om het verhaal van strooischade. De materiële schade die een individuele benadeelde lijdt door een privacyschending is doorgaans verwaarloosbaar; ook ten aanzien van de immateriële schade is voorstelbaar dat voor een individuele benadeelde de schade te gering is om hiervoor een individuele procedure op te starten.⁷¹⁾ Op basis van deze empirische bevinding is een abstracte schadeberekening bij collectief verhaal van schade door privacyschendingen dan ook te rechtvaardigen. Smeehuijzen en Verheij bargumenteren in hun bijdrage dat de stelling dat 'naarmate de schade geringer is, categorisering eerder mogelijk is' juridisch-dogmatisch houdbaar is en noemen hierbij als voorbeeld strooischade.⁷²⁾ Dit vertrekpunt kan dus ook vanuit het empirisch benadeelden-perspectief gerechtvaardigd worden. De benadering van de gelijksoortigheidstoets bij (im)materiële schadevergoeding door privacyschendingen door de rechters in de zaken tegen Oracle en Salesforce⁷³⁾ en Google⁷⁴⁾ kan op basis van deze empirische bevinding eveneens verdedigd worden, nog los van het eerdere empirische inzicht dat bij immateriële schade een abstracte schadeberekening voor benadeelden volstaat. Aansprekend in dit verband is dat Van Duin, Jonkers e.a. benadrukken dat de gelijksoortigheidstoets een relatief vereiste is. Deze relatieve benadering resulteert erin dat naarmate de individuele vordering kleiner is, eerder aan het gelijksoortigheidsvereiste is voldaan, met name als de te verwachten proceskosten hoger zijn dan het schadebedrag.⁷⁵⁾ Deze benadering sluit aan bij het empirische benadeelden-perspectief. Kortweg kan de volgende vuistregel geformuleerd worden:

'Wanneer de schade geringer in omvang is, neemt de rechtvaardiging voor abstracte schadebegroting en categorisering toe.'

Ook hier geldt dat – omdat een benadeelde in een situatie van massaschade doorgaans een vergoeding krijgt die minder op maat gesneden is dan hij op basis van een concrete schadeberekening in een individuele context zou krijgen – een stap verder gezet kan worden. Ter rechtvaardiging van de abstracte schadebegroting kan overwogen worden om bij de schadeafwikkeling meer aan te sluiten bij waar de benadeelde vanuit empirisch per-

67. Van Doorn 2024, p. 391-392 en p. 405.

68. Vgl. ook D.J.B. Op Heij, 'Schadevergoeding in natura. Een verkennend rechtspraakonderzoek en een toekomstgericht perspectief', *WPNR* 2022-7353, p. 4-12.

69. Van Doorn 2024, p. 405 met verdere verwijzingen.

70. I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 18 e.v.

71. Vgl. M.C. Samsom, 'Normering van schadevergoeding in gegevensbeschermingszaken', *AV&S* 2022/1, p. 12-13 en p. 16-17.

72. Smeehuijzen en Verheij 2018, p. 1797-1798, mogelijkheid 2. Zie ook Samsom 2022, p. 16-17.

73. Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1651, r.o. 411 e.v.

74. Rechtbank Amsterdam 15 januari 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:313, r.o. 76 e.v.

75. Van Duin, Jonkers e.a. 2024, p. 142.

spectief (ook) behoefte aan heeft. Uit mijn onderzoek volgt dat het bijdragen aan preventie en het voorkomen van een vergelijkbaar schadeval in de toekomst een belangrijke drijfveer voor benadeelden is, in allerhande schadecontexten. Sterker nog: het lijkt erop dat preventie belangrijker wordt voor benadeelden wanneer zij geringere schade hebben geleden of zelf minder direct schade hebben geleden.⁷⁶⁾ Juist hierom verdient de behoefte van benadeelden aan preventie aandacht bij de afwikkeling van massaschade, zeker voor de groepen benadeelden die relatief geringe schade of strooischade hebben geleden. Schade door privacyschendingen is hier een sprekend voorbeeld van. Ook deze vorm van compensatie kan als schadevergoeding in natura voor benadeelden gezien worden; art. 6:103 BW biedt een grondslag om dit belang in een door een belangenorganisatie ingestelde vordering in collectieve actie onder de aandacht te brengen.⁷⁷⁾ Deze inzichten leiden tot de volgende vuistregel:

'Juist bij in omvang geringere schade is er aandacht voor het immateriële belang van preventie dat benadeelden hebben (als een vorm van schadevergoeding in natura ex art. 6:103 BW)'.

3.4. Beleving van het aantal benadeelden

Smeehuijzen en Verheij geven aan dat veelvuldigheid (in de zin van veel benadeelden met vergelijkbare schade) op zichzelf een rechtvaardiging kan vormen voor afwikkeling naar uniforme maatstaven.⁷⁸⁾ Ook dit wordt onderschreven door de empirische bevindingen. Uit mijn empirische studies volgt dat benadeelden in situaties van massaschade begrip hebben voor het feit dat er vanwege het aantal gedupeerden met een categoriaal model voor de schadeafwikkeling gewerkt wordt. Ze snappen dat dat nodig is om een werkbare manier schade af te wikkelen bij een groep, dat er grenzen gehanteerd moeten worden om gevallen van elkaar te onderscheiden en tot eerlijke oordelen te komen.⁷⁹⁾ Het effectiviteitsbeginsel dat in de literatuur wel wordt genoemd als rechtvaardiging voor een meer abstracte schadebegroting in situaties van massaschade en dat door rechters als vertrekpunt wordt genomen bij de invulling van het gelijksoortigheidsvereiste, sluit in feite aan op deze empirische constatering. Dat leidt tot de volgende vuistregel:

'Het feit dat veel benadeelden vergelijkbare schade hebben geleden, rechtvaardigt een abstracte schadebegroting en categorisering'.

3.5. Empirisch verrijkte vuistregels op een rij

Wanneer we na deze empirische reflectie de vuistregels op een rij zetten, leidt dat tot het volgende overzicht. Deze vuistregels hebben een juridisch-dogmatische basis en zijn houd-

baar op basis van empirische bevindingen vanuit het benadeelde-perspectief.⁸⁰⁾ Ze kunnen de rechter (dan wel onderhandelende partijen) houvast geven bij de toepassing van art. 6:97 BW in een situatie van collectieve schadebegroting en bij de opstap daarnaartoe, de vraag in de ontvankelijkheidsfase of de vorderingen voldoende gelijksoortig zijn.

Vuistregels voor categorisering en collectieve schadebegroting

- 'Wanneer de schade naar haar aard minder gemakkelijk in geld uit te drukken is (zoals bij (immateriële) letselschade), neemt de rechtvaardiging voor abstracte schadebegroting en categorisering toe';
- 'Ongeacht de aard van de schade is er aandacht voor het immateriële belang van erkenning dat benadeelden hebben (als een vorm van schadevergoeding in natura ex art. 6:103 BW)';
- 'Wanneer de schade geringer in omvang is, neemt de rechtvaardiging voor abstracte schadebegroting en categorisering toe';
- 'Juist bij in omvang geringere schade is er aandacht voor het immateriële belang van preventie dat benadeelden hebben (als een vorm van schadevergoeding in natura ex art. 6:103 BW)';
- 'Het feit dat veel benadeelden vergelijkbare schade hebben geleden, rechtvaardigt een abstracte schadebegroting en categorisering'.

4. Tot slot

In dit artikel heb ik vanuit het empirisch benadeelden-perspectief een bijdrage aan de discussie over schadebegroting in collectieve schadevergoedingsacties geleverd. Het concrete resultaat daarvan zijn vuistregels die handzaam kunnen zijn bij de vraag wanneer er sprake is van gelijksoortige schadevergoedingsvorderingen en wanneer overgegaan kan worden tot een meer abstracte schadebegroting en categorisering. Waar categorisering en abstracte schadebegroting voor juristen vanuit het huidige schadebegrip en het uitgangspunt van een concrete en volledige schadebegroting soms ongemakkelijk voelt, lijken de benadeelden – de gebruikers van het recht aan wie de uiteindelijke schadevergoeding toekomt – daar in bepaalde contexten heel goed mee te kunnen leven. De komende jaren zullen we steeds wijzer worden op het terrein van collectieve schadebegroting en – op basis van ervaringen in de rechtspraktijk en bevindingen in wetenschappelijk onderzoek – leren wat wel en niet werkt. Ook andere abstraheringstendensen binnen het aansprakelijkheidsrecht zijn vanuit dit perspectief de moeite waard om te volgen. Zo zien we op het terrein van het berekenen van het verliesvermogen binnen de personenschadeafwikkeling de roep om normering en standaardisering terug⁸¹⁾, is de gestandaardiseerde vergoeding van affectieschade geëvalueerd⁸²⁾ en wordt er een schaal voor smartengeldbedragen⁸⁴⁾ ontwikkeld. Allemaal initiatieven waarbij – vanwege grote aantallen gedupeerden – gewerkt wordt met abstracte schadevergoeding, normering en standaardisering. Ook van ervaringen rondom deze initiatieven kan geleerd worden voor een collectieve schadebegroting van massaschade.

76. Van Doorn 2024, p. 394-395.

77. Vanuit dit perspectief kan ook de toepassing van de *cy prês-doctrine* en de inzet van *second best-bestedingen* in het kader van collectieve schadebegroting positief gewaardeerd worden, zie Van Doorn 2024, p. 429-430 en C.J.M. van Doorn en I.N. Tzankova, 'Collectieve schadevergoedingsacties, *second best-bestedingen* en de *cy prês-doctrine*', in: N. Boomsma en S. Timmerman, *Collectieve acties in de financiële sector*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2024, p. 231-254.

78. Smeehuijzen en Verheij 2018, p. 1797, mogelijkheid 1.

79. Van Doorn 2024, p. 386 en p. 401-402. Vgl. ook K. van Wees, R. Rijnhout e.a. *Evaluatie wet vergoeding affectieschade*, WODC 2024, p. 80-82; 100-102; 199-200.

80. Zie ook Van Doorn 2024, p. 432-438. Omdat ik in mijn boek de 'mogelijkheden tot collectivisering' uit de bijdrage van Smeehuijzen en Verheij meer direct tot uitgangspunt voor de empirische reflectie heb genomen, bevat het overzicht daar een vuistregel meer: 'Naarmate individuele omstandigheden minder een rol spelen, is categorisering eerder mogelijk'.

81. W. van Boom, 'Schadeafwikkeling – van laaghangend fruit en zelfreflectie', *NJB* 2022/2794, p. 3230-3232 en Hartlief 2024, p. 2715.

82. Zie K. van Wees, R. Rijnhout e.a. *Evaluatie wet vergoeding affectieschade*, WODC 2024.

83. www.rotterdamsschaal.nl.